



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

Processo n° 16561.720011/2015-89
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-004.360 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de abril de 2018
Matéria Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF
Recorrente VANGUARDA AGRO S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2010

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.

AUSÊNCIA DE RETENÇÃO. REAJUSTAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. LEGALIDADE.

Não tendo a fonte pagadora efetuado a retenção que lhe cabia realizar, presume-se que assumiu o ônus do IRRF, hipótese em que a base de cálculo deve ser reajustada para considerar o valor efetivamente transferido ao beneficiário como líquido.

ALEGAÇÕES NÃO COMPROVADAS.

As simples alegações desprovidas dos respectivos documentos comprobatórios não são suficientes para afastar a exigência tributária.

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares. No mérito, pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Junia Roberta Gouveia Sampaio (Relatora) e Martin da Silva Gesto, que deram provimento integral ao recurso, e o Conselheiro Dílson Jatahy Fonseca Neto, que deu provimento parcial para admitir a imputação de pagamento efetuado posteriormente. Foi designada a Conselheira Rosy Adriane da Silva Dias para redigir o voto vencedor.

(Assinado digitalmente)

Waltir de Carvalho- Presidente Substituto.

(Assinado digitalmente)

Junia Roberta Gouveia Sampaio - Relatora.

(Assinado digitalmente)

Rosy Adriane da Silva Dias - Redatora Designada.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Waltir de Carvalho, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Dilson Jatahy Fonseca Neto, Paulo Sergio Miranda Gabriel Filho, Rosy Adriane da Silva Dias e Martin da Silva Gesto.

Relatório

Trata-se de autuação por não ter o Recorrente realizado a retenção do Imposto de renda e proventos de qualquer natureza de residentes ou domiciliados no exterior em razão de operação de incorporação de ações ocorrida em 29/10/2009. Aponta a fiscalização como enquadramento legal os artigos 674, 675, 682, 683, 684 e 685 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 - Regulamento do Imposto de Renda - RIR 1999. Foi lançado o montante de total de R\$ 32.893.704,39, com juros de mora e multa de ofício aplicada no percentual de 75%.

Em 23/12/2010, a BRASIL ECODIESEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BIOCOMBUSTÍVEIS E ÓLEOS VEGETAIS S.A. (“ECODIESEL”), nome que então designava a fiscalizada VANGUARDA AGRO S.A. (“V-AGRO”), incorporou as ações da MAEDA S.A. AGROINDUSTRIAL (“MAEDA”) na forma prevista no artigo 252 da lei 6.404/76 – Lei das SA.

Conforme registra o Protocolo e Justificação, a Relação de Substituição foi estabelecida em 1 ação ordinária de emissão da ECODIESEL para cada 3,6395 ações ordinárias de emissão da MAEDA (doc.202D, cláusula 1.1). O Capital Social da ECODIESEL foi aumentado em R\$ 320.139.973,78, com a emissão de 358.941.555 ações da ECODIESEL “integralizadas com as ações de emissão da MAEDA e atribuídas aos acionistas da MAEDA, de acordo com a Relação de Substituição mencionada na Cláusula 1.1.

4. Como resultado da incorporação de ações, a MAEDA tornou-se subsidiária integral da ECODIESEL e os antigos acionistas daquela tornaram-se acionistas desta.

Em razão da incorporação de ações, foram emitidos pela ECODIESEL em favor de KILINACO INVESTMENTS LIMITED (“KILINACO”) e MAHI INVESTMENT LIMITED (“MAHI”).

As participações de KILINACO e MAHI foram adquiridas ao custo de R\$ 15.245.432,64 e R\$ 6.250.917,84, respectivamente. É o que consta nos Contratos de Câmbio apresentados pela MAEDA, pelos quais foram integralizadas nesta as participações daquelas. A fiscalização entendeu que as referidas empresas obtiveram ganho de capital ao confrontar os mencionados custos com os valores das subscrições na ECODIESEL.

De acordo com o impugnante, ora Recorrente, a incorporação de ações não importa em ganho de capital, pelos seguintes motivos:

a) o negócio se realiza entre a pessoa jurídica incorporada e a incorporadora, sem manifestação de vontade de seus acionistas;

b) a troca de uma participação acionária pela outra dela decorrente se enquadra como sub-rogação real;

c) a caracterização do fato gerador do imposto de renda sobre ganho de capital requer a realização financeira do acréscimo de valor auferido pelo bem negociado;

d) Impossibilidade de incidência do imposto de renda, pois, segundo o regime de caixa, aplicável às contribuintes por força do art. 18 da Lei nº 9.249, de 1995, apenas haveria ocorrência de fato gerador no momento da realização da renda. O ganho de capital não ocorreria com a simples troca das ações por valor superior ao custo da aquisição, mas apenas quando elas fossem alienadas no mercado;

e) o fato gerador do IRRF e o respectivo ganho de capital só teria ocorrido quando da alienação das ações da ECODIESEL pelas empresa KILINACO e MAHI

f) o IRRF não poderia ter sido exigido da autuada, visto que ela, em virtude de o negócio não ter gerado fluxo financeiro, não teria como efetuar retenção e se ressarcir do eventual custo com o recolhimento do tributo.

g) Teria havido dupla tributação sobre o ganho de capital: a primeira sobre a alienação EDODIESEL da ações da MAEDA, e a segunda pela alienação das ações da ECODIESEL as referidas sociedades estrangeiras haviam recebido em substituição às ações da MAEDA sendo que, em relação à segunda alienação, teria sido devidamente recolhido o imposto de renda sobre o ganho de capital;

Além do exposto a Impugnante alegou nulidade da ação fiscal uma vez que não lhe foi dada a oportunidade de se manifestar sobre os documentos apresentados pela TM CACHOEIRA, uma das sócias da MAEDA, os quais foram utilizados pela fiscalização para lavratura do auto de infração.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto - DRJ julgou improcedente a impugnação conforme se constata pela ementa abaixo transcrita (fls. 624/669):

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 23/12/2010

NULIDADE.

Somente são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente, bem como os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Data do fato gerador: 23/12/2010

ÔNUS DA PROVA. REDUÇÃO INDEVIDA.

Compete ao contribuinte comprovar as afirmações que importem redução, exclusão, suspensão ou extinção do crédito tributário.

GANHO DE CAPITAL. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.

A incorporação de ações por envolver uma transferência de titularidade das ações da incorporada, dadas em pagamento em uma conferência de aumento de capital, para a incorporadora, caracteriza-se como uma espécie do gênero alienação. No caso concreto, como houve a valorização a preço de mercado das ações dadas em pagamento, gerou-se um acréscimo patrimonial tributável pelo ganho de capital.

GANHO DE CAPITAL. PESSOA JURÍDICA RESIDENTE NO EXTERIOR. RESPONSABILIDADE PELA RETENÇÃO

Os ganhos de capital auferidos por pessoas jurídicas sediadas no exterior, nas alienações de bens e direitos localizados no Brasil, estão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, devido pela adquirente, na qualidade de responsável ou substituto tributário.

REAJUSTAMENTO DA BASE DE CÁLCULO

Considera-se que a pessoa jurídica obrigada ao pagamento assumiu o ônus do imposto e o rendimento será considerado líquido, cabendo à fonte pagadora reajustar o rendimento, nos termos do art. 725 do Decreto n° 3000, de 26 de março de 1999 - RIR/1999, para fins de recolhimento do imposto

Irresignado, o contribuinte apresentou o Recurso Voluntário de fls. 679/729, no qual reitera os argumentos utilizados quando da Impugnação, requerendo, preliminarmente, a nulidade do procedimento de fiscalização ou, caso assim não se entenda, o cancelamento integral do Auto de Infração ou, subsidiariamente, (I) impossibilidade de reajustar-se a base de cálculo do IRRF da forma como pretendida pela fiscalização (II) a necessidade de apuração da referida base em moeda estrangeira e extinção da multa e dos juros aplicados.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contra-razões ao Recurso Voluntário (fls. 901/929), na qual alega reitera as razões já expostas na decisão recorrida.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Júnia Roberta Gouveia Sampaio - Relatora

O recurso preenche os pressupostos legais de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

A discussão central do presente processo é complexa e gira em torno da operação denominada incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76, nos seguintes termos:

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

Foram citados como enquadramentos legais da infração os artigos 684 e 685 do RIR/99, o artigo 18 da Lei nº 9.249/95, e 26 e 47 da Lei nº 10.833/03 abaixo transcritos:

Art.684.Os residentes ou domiciliados no exterior sujeitam-se às mesmas normas de tributação previstas para os residentes ou domiciliados no País, em relação aos:

I- rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa;

II- ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas;

III - rendimentos obtidos em aplicações em fundos de renda fixa e de renda variável e em clubes de investimento.

Parágrafo único. Sujeitam-se à tributação, nos termos dos arts 782 e 783 os rendimentos e ganhos de capital decorrentes de aplicações financeiras, auferidos por fundos, sociedades de investimento e carteiras de valores mobiliários de que participem, exclusivamente, pessoas físicas ou jurídicas, fundos ou outras entidades de investimento coletivo, residentes, domiciliados ou com sede no exterior.

Art. 685. Os rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica residente no exterior, estão sujeitos à incidência na fonte:

I-à alíquota de quinze por cento, quando não tiverem tributação específica neste Capítulo, inclusive:

- a) os ganhos de capital relativos a investimentos em moeda estrangeira;*
- b) os ganhos de capital auferidos na alienação de bens ou direitos;*
- c) as pensões alimentícias e os pecúlios;*
- d) os prêmios conquistados em concursos ou competições;*

II-à alíquota de vinte e cinco por cento:

- a) os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços;*
- b) ressalvadas as hipóteses a que se referem os incisos V, VIII, IX, X, e XI do art. 691, os rendimentos decorrentes de qualquer operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte por cento, a que se refere o art. 245*

§1º-Prevalecerá a alíquota incidente sobre rendimentos e ganhos de capital auferidos pelos residentes ou domiciliados no País, quando superior a quinze por cento.

§2º No caso do inciso II, a retenção na fonte sobre o ganho de capital deve ser efetuada no momento da alienação do bem ou direito, sendo responsável o adquirente ou o procurador, se este não der conhecimento, ao adquirente, de que o alienante é residente ou domiciliado no exterior.

§3º-O ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País

Lei 9.249/95

Art. 18. O ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País

Lei nº 10.833/03

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

(...)

Art. 47. Sem prejuízo do disposto no art.10 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995 e no art. 7º da Lei nº 9.959, de 27 de janeiro de 2000, o ganho de capital decorrente de operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país ou dependência com tributação favorecida, a que se refere o art. 24 da Lei nº 9.430 de 27 de dezembro de 1996, sujeita-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento).

Para solução da controvérsia posta nos autos, entendo fundamental a análise das seguintes questões: a) A incorporação de ações pode ser definida como espécie de alienação prevista no artigo 3º, §3º da Lei 7.713/88? b) O recebimento das ações da empresa incorporadora pelos sócios da incorporada caracteriza integralização de capital com bens? c) a tributação do ganho apurado na incorporação das ações pode ser tributada pelo Imposto de Renda Pessoa Física, mesmo não tendo havido qualquer recebimento ou fluxo de recursos?

1) PRELIMINARES

O Recorrente alega que o lançamento em questão é nulo em razão dos seguintes fatos:

a) não lhe foi dada a oportunidade de se manifestar sobre os documentos apresentados pela TM CACHOEIRA, uma das sócias da MAEDA, os quais foram utilizados pela fiscalização para lavratura do auto de infração;

b) a autuação estaria exigindo crédito tributário já pagos por terceiros.

Quanto a primeira alegação, não há que se falar em ofensa ao princípio do contraditório, uma vez que o procedimento de fiscalização é de natureza inquisitorial. Como esclarece JAMES MARINS:

Na etapa fiscalizatória, não há porém, processo, exceto quando já se chegou à etapa litigiosa, após o ato de lançamento ou de imposição de penalidades e sua respectiva impugnação. Nesse caso, por já estar configurada a litigiosidade diante da pretensão estatal (tributária ou sancionatória) poderá haver fiscalização com o objetivo de carrear provas ao Processo Administrativo. A fiscalização levada a efeito como etapa preparatória do ato de lançamento tem caráter meramente procedimental. Disso decorre que as discussões que trazem à etapa anterior ao lançamento questões concernentes a

elementos tipicamente processuais, em especial as garantias do due process of law, confundem momentos logicamente distintos. Primeiramente, não há processo, há procedimento que atende a interesses da Administração. O escopo de tal procedimento é justamente fundamentar um ato de lançamento e, em certos casos, instruir um eventual processo futuro.

“O procedimento administrativo fiscalizador interessa apenas ao Fisco e tem finalidade instrutória, estando fora da possibilidade, ao menos enquanto mera fiscalização, dos questionamentos processuais do contribuinte. É justamente a presença, ou não, de uma pretensão deduzida ante ao contribuinte, que separa o procedimento, atinente exclusivamente ao interesse do Estado, do processo, que vincula, além dos Estado, o contribuinte.”

A característica inquisitorial do lançamento é reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa pela ementa abaixo transcrita:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ARBITRAMENTO. AFERIÇÃO INDIRETA. IRREGULARIDADE NA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou, com base na prova dos autos, que **"o procedimento administrativo tributário, antes da consumação do lançamento fiscal, é eminentemente inquisitório, já que o contribuinte deve apenas suportar os poderes de investigação do fisco e colaborar com a prestação de informações e documentos, justamente para que a verdade material seja alcançada. Após a notificação do contribuinte acerca do lançamento, abre-se a possibilidade de contraditório e de ampla defesa, o que de fato foi oportunizado à empresa embargante. Conquanto esse momento seja próprio para que o contribuinte apresente as provas e os documentos hábeis a refutar os vícios e as falhas na contabilidade que ensejaram o arbitramento, a empresa, na via administrativa, não cumpriu com o seu ônus a contento. Tentou suprir a falha na via judicial, juntando a este processo balancetes mensais e GRPS, contudo, não é possível, pelo simples exame desses elementos de prova, constatar que a desconsideração da contabilidade da empresa resulta da simples escrituração errônea de alguns fatos contábeis"** (fl. 627, e-STJ).

2. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ.

3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.445.477 – S, Relator: Ministro Herman Benjamin, DJ 24/06/2014)

Em relação a nulidade relativa ao valor do lançamento que teria deixado de considerar os valores posteriormente recolhidos entendendo se confundem com o mérito e, por isso, será juntamente com ele analisada.

Em face do exposto, rejeito as preliminares.

2) DA NATUREZA JURÍDICA DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.

Conforme ressaltado pela Procuradoria da Fazenda, existe grande controvérsia quanto a natureza jurídica do instituto da Incorporação de Ações. Os pontos comuns em todas as manifestações (fiscalização, recorrente, procuradoria da fazenda) é o de que a incorporação de ações é uma modalidade de concentração empresarial em que se mantém a personalidade jurídica da companhia cujas ações são incorporadas, passando, assim, a ter um só acionista (subsidiária integral).

Ao buscar subsídio da jurisprudência deste Conselho, verifica-se que a Câmara Superior de Recursos Fiscais, ao analisar a questão no Acórdão 9202-003.579, na sessão de 03 de março de 2015, adotou o posicionamento da corrente que entende que a Incorporação de Ações se caracteriza como permuta não havendo, portanto, ganho de capital a ser tributado pelo Imposto de Renda Pessoa Física. O Acórdão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2008

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

A figura da incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei 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 especial negado. (grifamos)

Ao elaborar o voto vencedor, o Conselheiro Manoel Coelho Arruda Junior, após mencionar a divergência nas decisões do CARF sobre o tema, assim expõe suas razões:

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.

Na incorporação de empresas, ocorre a transmissão do patrimônio da incorporada para a incorporadora, com a extinção daquela. Já a integralização de capital consiste na subscrição de capital, quando uma sociedade comercial é constituída, ou seja, os sócios assinam um termo prometendo injetar valores na empresa, quer sob a forma de dinheiro ou de bens e direitos

A integralização do capital é o cumprimento da promessa, quando do sócio efetivamente entrega os valores ou bens para a empresa.

O artigo 23 da Lei nº 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 nº 7.713/88.

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 assembléia de acionistas que a aprovou, deverão, apenas, promover a alteração acima referida em suas declarações de ajuste anual.

(...)

*No mesmo sentido, leciona NELSON EIZIRIK [**Incorporação de ações: aspectos polêmicos**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 78-99]:*

A incorporação de ações constitui a operação pela qual uma sociedade anônima é convertida em subsidiária integral de outra companhia brasileira, estando expressamente prevista no artigo 252 da Lei n. 6.404/1976.

A incorporação de ações para o fim de constituição de subsidiária integral constitui manifestamente um instituto

jurídico decorrente do processo crescente de concentração empresarial.

O moderno capitalismo caracteriza-se, conforme pode ser observado na prática de negócios, por um alto grau de concentração econômica, o qual decorre de três fatores essenciais: a) da existência de economias de escala que a concentração possibilita, quer ao nível da unidade técnica de produção, quer ao nível da gestão empresarial, dado que os empresários buscam sempre minimizar seus custos de produção e de distribuição dos produtos; b) o impacto dos avanços tecnológicos na produção econômica; como a inovação tecnológica constitui uma das principais fontes de lucros das empresas e dada a maior dificuldade de seu desenvolvimento em unidade isoladas de produção, há uma tendência crescente para a concentração; c) da necessidade de diversificação na produção e distribuição dos produtos, com a consequente diminuição dos riscos inerentes a uma atividade monoprodutora.

É inegável que uma das funções básicas do moderno direito societário é a de prover os instrumentos jurídicos adequados à instrumentalização e disciplina legal do processo de concentração empresarial.

Nesse sentido, podemos verificar, conceitualmente, a existência de dois grandes grupos de instrumentos jurídicos societários aptos a instrumentalizarem a concentração empresarial:

- a dois institutos que permitem a conjugação de atividades, porém mantida a personalidade jurídica das empresas, como ocorre com os grupos de sociedades; e
- a dois institutos que instrumentalizam a concentração por integração ou interpretação societária, como ocorre nas fusões e incorporações, em que desaparece a personalidade jurídica de uma das empresas envolvidas.

Além dos institutos clássicos acima referidos, a disciplina jurídico-societária prevê determinados institutos híbridos, como é o caso da incorporação de ações para constituição de subsidiária integral, na qual procede-se a uma modalidade de concentração empresarial em que se mantém a personalidade jurídica da companhia cujas ações são incorporadas, passando ela, porém a ter apenas um acionista.

[...] Trata-se, portanto, de típica operação de integração empresarial, que não se confunde com a operação de aumento de capital, embora traga, como uma de suas consequências, por força da incorporação das ações da incorporada ao capital da incorporadora, o aumento de capital desta última.

[...]A subscrição constitui o ato pelo qual alguém transfere a título de propriedade bens ou direitos de seu patrimônio para

o patrimônio da sociedade, passando tais bens ou direitos a integrar o fundo comum ou social. Em contrapartida à conferência dos bens para a integralização do capital social, são atribuídas ao subscritor, que passará a gozar, a partir de então, do 'status socii'.

A subscrição de capital em bens, está prevista nos artigos 7º a 10 da Lei das S.A, encerra um contrato entre a sociedade e o novo acionista.

Na incorporação de ações, por outro lado, é estabelecida uma relação entre duas sociedades – a incorporadora e aquela cujas ações serão incorporadas. Verifica-se, assim, a convergência de vontades entre as duas companhias, cujas assembleias aprovam a operação de incorporação de ações pode ser deliberada por maioria, não exigindo a unanimidade.

[...] Uma outra diferença entre a subscrição e a incorporação de ações centra-se no elemento vontade. Com efeito, na subscrição, o subscritor manifesta sua vontade de se tornar sócio da companhia. Trata-se de ato unilateral e voluntário, pelo qual a pessoa que deseja se tornar acionista da sociedade manifesta a sua vontade de contribuir para o capital social, obrigando-se por determinado número de ações.

Na incorporação de ações, ao contrário, prescinde-se da vontade do acionista da companhia cujas ações serão incorporadas. A operação é aprovada por maioria e independentemente da vontade do acionista minoritário, cabendo-lhe, apenas no caso de dissidência, o exercício do direito de recesso.

Na incorporação de ações, assim, haverá subscrição, independentemente da vontade do acionista minoritário, de ações da sociedade incorporadora com a totalidade das ações do capital social da companhia cujas ações serão incorporadas.

[...] Na incorporação de ações, assim como ocorre na incorporação de sociedades, os acionistas da companhia incorporada perdem a titularidade das ações de sua propriedade e, em contrapartida, recebem ações de emissão da incorporadora.

Contudo, a operação de incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei Societária, não se confunde com a incorporação de sociedades.

Nos termos do artigo 227 da Lei Societária, a incorporação de sociedade constitui operação mediante a qual uma das sociedades é absorvida por outra, que lhe sucede em todos os direitos e obrigações.

Assim, em decorrência da incorporação, a sociedade incorporada desaparece e o seu patrimônio é incorporado à sociedade incorporadora, que realiza um aumento de capital a ser subscrito com a versão do patrimônio da incorporadora.

Os acionistas da incorporadora perdem os direitos que tinham em relação ao patrimônio da sociedade extinta e passam a ser acionistas da sociedade incorporadora, recebendo, em substituição às suas antigas ações, ações de emissão da sociedade incorporadora.

A Lei n. 6.404/76 especificou, nos três parágrafos do artigo 227, o procedimento a ser observado tanto pela companhia incorporadora quanto pela incorporada.

Por sua vez, a incorporação de ações, como antes referido, constitui operação pela qual uma sociedade anônima é convertida em subsidiária integral de outra companhia brasileira, estando expressamente prevista no artigo 252 da Lei n. 6.404/76.

Não há, na hipótese prevista no artigo 252 da Lei das SA, embora a norma mencione “incorporação” de ações, incorporação de uma sociedade por outra.

(...)

[...]A incorporação de ações disciplinada no artigo 252 da Lei das S.A constitui negócio plurilateral, cujo objeto é a integração de participação societária, mediante a agregação de todas as ações da incorporadora ao patrimônio da incorporadora, mantida a personalidade jurídica da incorporada. Ou seja, não há, na incorporação de ações, a extinção da sociedade, cujas ações foram “incorporadas”, muito menos a sucessão em seus direitos e obrigações.

(...)

Uma das principais características da operação de incorporação de ações é a compulsoriedade da transferência das ações dos acionistas, independentemente de seu consentimento. Isto é, verifica-se a total ausência do elemento volitivo para a efetivação e concretização deste tipo de operação. (grifos no original)

(...)

A partir dessa conclusão, surgem algumas indagações:

a) o contribuinte que consta da autuação - pessoa física - percebeu/recebeu algo em operação?

Entendo que não, pois não houve a venda de ações. Não houve realização monetária neste momento;

b) Ocorreu integralização de capital por pessoa física, sujeita a tributação pela Lei 9.249?

Entendo que não, pois houve incorporação de ações, entre pessoas jurídicas, instituto jurídico definido em lei, diverso da integralização de ações

c) Há hipótese de incidência do IRPF nessa operação, sobre a pessoa física?

Entendo que haverá quando a pessoa física vender suas ações. Aliás, é bom destacar que a Declaração de Rendimentos da Pessoa Física do contribuinte, sujeito passivo da relação jurídico-tributária, não foi alterada, persistindo com o mesmo valor, mesmo após a incorporação de ações, haja vista que não houve alteração do patrimônio. Não se deve esquecer as lições do Professor Alberto Xavier que leciona: "A tributação sobre eventual ganho de capital apenas ocorrerá caso de alienação futura das ações da companhia incorporadora, sendo então tal ganho a diferença entre o preço de alienação e o custo originário constante da declaração de bens";

d) Por derradeiro, questiona-se: sendo o contribuinte acionista com poder de decisão na assembleia geral e, por conseguinte, definido a incorporação, não seria a hipótese de se tributar pela existência de elemento de vontade?

Entendo que não, pois, conforme lições do Professor NELSON EIZIRIK, na incorporação de ações é estabelecida uma relação entre duas sociedades – a incorporadora e aquela cujas ações serão incorporadas. Verifica-se, assim, a convergência de vontades entre as duas companhias, cujas assembleias aprovam a operação de incorporação de ações pode ser deliberada por maioria, não exigindo a unanimidade. Ademais, na incorporação de ações, ao contrário, prescinde-se da vontade do acionista da companhia cujas ações serão incorporadas. A operação é aprovada por maioria e independentemente da vontade do acionista minoritário, cabendo-lhe, apenas no caso de dissidência, o exercício do direito de recesso. (grifamos)

Assim como precedente supra mencionado, entendo que a incorporação de ações não configura alienação e, por esse motivo, não poderia se sujeitar ao imposto de renda sobre ganho de capital. Ademais, conforme será demonstrado a seguir, ainda que se considere que a natureza jurídica da operação configure alienação, ausente o aspecto temporal da realização da renda, uma vez que à operação analisada aplica-se o regime jurídico próprio das pessoas físicas.

2) DA REALIZAÇÃO DA RENDA NO IMPOSTO DE RENDA SOBRE GANHO DE CAPITAL NAS PESSOAS FÍSICAS.

O artigo 18 da Lei nº 9.249/95 determina que os investidores não residentes, sendo eles pessoas físicas ou jurídicas, estão sujeitos às mesmas regras estabelecidas para as pessoas físicas no que diz respeito aos ganhos de capital:

"Art. 18 - 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.

O artigo 26 da Instrução Normativa nº 208/2002 corrobora essa conclusão ao determinar que:

"Art. 26 - a alienação de bens e direitos situados no Brasil realizada por não-residente está sujeita à tributação definitiva

sob a forma de ganho de capital, segundo as normas aplicáveis às pessoas físicas residentes no Brasil.

Dessa forma, o regime jurídico aplicável à operação autuada é aquele previsto para as pessoas físicas, motivo pelo qual, as conclusões do precedente acima transcrito são aplicáveis ao caso em questão.

O código tributário nacional, ao definir o conceito de renda, não tratou da chamada realização da renda. Menciona apenas, em seu artigo 43, a confusa e controversa expressão "disponibilidade jurídica e econômica":

*"Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição de **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.

Independente da natureza jurídica atribuída a operação de incorporação de ações, entendo que a solução da controvérsia requer também a resposta à seguinte questão: de acordo com a nossa legislação, quando se dá a realização da renda no caso do imposto de renda pessoa física?

Para responder a essa pergunta é imprescindível lembrar que os conceitos utilizados na definição de renda das pessoas físicas e pessoas jurídicas são distintos. O conceito de renda no caso das pessoas físicas é tratado pela legislação como "fluxo" e nas pessoas jurídicas como acréscimo. O artigo 43 do CTN deu conta dos diversos regimes jurídicos utilizados para tributação, respectivamente, da renda das pessoas jurídicas e físicas. Conforme esclarece Misabel Derzi:

*"É preciso registrar nos países ocidentais, separa os contribuintes em pessoas físicas e jurídicas e submete-os a tratamento jurídico distintos. **Podemos falar em dois conceitos de renda diferenciados: o primeiro é utilizado pela lei para apurar a renda da pessoa física e o outro é empregado na determinação da renda da pessoa jurídica.** Deriva daí o conceito ambíguo e complexo do Código Tributário Nacional, que procurou abranger, de forma mais ampla possível, ambos os tratamentos jurídicos.*

Do ponto de vista econômico fiscal, classicamente, também são duas as principais corrente que buscam apreender o conceito de renda:

*I - como excedente, ou acréscimo de riqueza, **considerando o fluxo de satisfações e serviços** consumidos (Irving Fischer) ou meramente disponíveis (Hewett), representados por seu valor monetário, fluxo que engloba as entradas e saídas em um período determinado de tempo. **É conceito que melhor se ajusta àquele empregado pelo legislador na apuração da renda da pessoa física.***

(...)

2-como acréscimo de valor ou de poder econômico ao patrimônio, apurada a renda pela comparação dos balanços de abertura e de encerramento de determinado período. É o conceito utilizado na apuração da renda da pessoa jurídica, especialmente as sociedades comerciais.

(...)

*Explica K. Tipke (Steuerecht. Ein sytmaticher Grundriss. 9. Köl, 1983, p. 213) que o dualismo tem longa tradição, pois ainda no século XIX, a lei cedeu às exigências dos empresários do comércio e da indústria, que insistiram em identificar o lucro com o resultado da contabilidade comercial. **A diferença de tratamento legal, dispensado à pessoa física e à pessoa jurídica, ainda hoje, está assentada nos seguintes argumentos:***

- 1. do risco do empreendimento, sendo a atividade empresarial muito mais sensível às oscilações da economia;*
- 2. da necessidade de afetação de um patrimônio às atividades empresariais.*

*Portanto, esse patrimônio, destinado à atividade produtiva, capaz de gerar renda, é cercado de cuidado especial. É renda apenas o que dele deriva, o que dele se cria ou se acresce. Para a pessoa jurídica empresarial, o resultado negativo, ou prejuízo, é perda de capital próprio, perda decorrente de trocas externas que são fluxos financeiros, que saem do patrimônio da sociedade em valor superior ao dos que entram. Mas, **além disso, o prejuízo pode decorrer também da perda de valor dos bens do patrimônio, causada pela ocorrência dos riscos a que estão sujeitos, independentemente da saída de fluxo financeiro.** (Ver Bulhões Pedreira, Finanças e Demonstrações Financeiras da Companhia, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1989, p. 454.) **Ou seja, ainda que o fluxo de receita e despesa, relativo à atividade comercial e produtiva da empresa, se mantenha no mesmo nível, o prejuízo pode advir da perda de bem do ativo por ação da natureza, baixa por se ter tornado inservível, ou venda abaixo do preço de custo.** Enfim, o patrimônio da pessoa empresarial, afetado a suas atividades, está sujeito a outros riscos, que podem desgastá-lo, reduzir-lhe a utilidade econômica, ou torná-lo obsoleto. Esses decréscimos de valor não são e não podem ser ignorados pelo legislador, permitindo-lhes a dedução, a fim de que possa ser repostos, recompostos e mantidos o patrimônio empresarial, do qual depende a sobrevivência do empreendimento econômico. (BALEIRO, Aliomar - Direito Tributário Brasileiro - 10ª edição, 1999, Ed. Forense, p. 289/290, atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi)(grifamos)*

A legislação, por sua vez, ao tratar do imposto de renda pessoa física deu conta desses conceitos diferenciados. Em se tratando de IRPF, o elemento fundamental é o fluxo de recursos financeiros, conforme se verifica pelo disposto no artigo 38 do Regulamento do Imposto de Renda:

"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 tal o da entrega de recursos** pela fonte pagadora, mesmo mediante depósito em instituição financeira a favor do beneficiário. (grifamos)*

Em razão dos diferentes conceitos de renda acima expostos, entendo que a resolução da controvérsia dos autos não se limita à resposta sobre a natureza jurídica da operação de incorporação de ações. É imprescindível também que se responda a seguinte questão: em que momento ocorre a realização da renda no imposto de renda pessoa física tendo em vista o conceito de renda como fluxo?

Como demonstrado acima, a alienação de bens e direitos situados no Brasil realizada por não-residente está sujeita à tributação definitiva sob a forma de ganho de capital, **segundo as normas aplicáveis às pessoas físicas residentes no Brasil**. Sendo assim, é fundamental que se esclareça quando ocorre a realização da renda no imposto de renda pessoa física. Como esclarece Brandão Machado ao tratar do conceito de renda:

*XXXIII - Em parecer emitido em 1970, Rubens Gomes de Souza explicou que a expressão **disponibilidade econômica corresponde a rendimento ou provento realizado, isto é, em dinheiro, e disponibilidade jurídica corresponde a rendimento ou provento adquirido, mas ainda não realizado**. A disponibilidade econômica inclui a jurídica. Em outro parecer do mesmo ano, o tributarista voltou a tratar do tema, quando, então, **afirmou que a aquisição da disponibilidade econômica significa realização da renda**. Por realização, Rubens Gomes de Souza entendia a manifestação, pela fonte produtora, de um acréscimo de valor patrimonial a que o titular do rendimento tem direito adquirido (ou virá a ter) em razão de título jurídico atual ou futuro; e disponibilidade jurídica vem a ser o que os financistas chamam separação da renda, que é o fato de o lucro de uma empresa, por exemplo, ser efetivamente distribuído como dividendo (...) (MACHADO, Brandão - Breve exame crítico do art. 43 do CTN, in " Estudos sobre o Imposto de Renda - em memória de Henry Tilbery, coord. Ives Gandra da Silva Martins, Editora Resenha Tributária Ltda, São Paulo, Julho /94, p. 122)*

Em outro artigo, ao tratar da não incidência do imposto de renda sobre ganho de capital na promessa de venda de ações, o mencionado autor destaca que, embora presente na tributação da pessoa jurídica, é na tributação das pessoas físicas que a realização da renda se torna mais imperativa:

*XVI - Na sistemática da tributação da renda, é fundamental, como hoje universalmente se reconhece, **o princípio da realização**, por vezes não observado pelo legislador tributário de muitos Estados e descuidado da doutrina brasileira.*

(...)

*O princípio da realização está presente na tributação da renda da pessoa física ou jurídica, **mas é precisamente na tributação da pessoa física que a aplicação do princípio se torna mais imperativa.***

(...)

*. O débito legítimo do imposto de renda pessoa física pressupõe, em regra, disponibilidade financeira obtida no mesmo período em que auferiu a renda (...) **De qualquer modo, o que sobreleva é o fato de receber o contribuinte a receita para atender à obrigação de pagar o imposto. Isso é fundamental.** (grifamos) (MACHADO, Brandão - *Imposto de renda. Ganhos de Capital. Promessa de Venda de Ações. Decreto-Lei nº 1.510, de 1976, in Revista de Direito Tributário Atual, vol 11/12 Editora: Resenha Tributária/IBDT - 1992, p.1032*) (grifamos)*

Quanto a esse ponto (realização da renda no imposto de renda pessoa física) a Câmara Superior de Recursos Fiscais, na sessão de 16 de fevereiro de 2016, Acórdão 9202-003.770, firmou o entendimento de que o ganho de capital, nas hipóteses de venda a prazo, se dá no momento do efetivo recebimento dos valores por parte da pessoa física:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Exercício: 2006, 2007, 2008, 2009

DECADÊNCIA OMISSÃO DE RENDIMENTOS GANHO DE CAPITAL.

Ganho de capital auferido na alienação do imóvel rural o fato gerador se dá no momento do efetivo ganho de capital. Em sendo o pagamento parcelado o fato gerador também será tomado a cada parcela separadamente.

Nesse sentido, merece transcrição o voto da Conselheira Relatora Ana Paula Fernandes:

Ora, estamos tratando de ganho de capital, desse modo, por uma questão de interpretação lógica e respeitando a interpretação sistemática do conjunto de normas que compõem o arcabouço legal aplicável ao caso, não resta dúvida, se o pagamento ocorre a prazo o ganho de capital também ocorre a prazo e conseqüentemente o fato gerador se "renova" a cada parcela, observe-se os arts. 2 e 21, § 2 da Lei 7.713/88.

LEI Nº 7.713, DE 22 DE DEZEMBRO DE 1988.

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 (...)

§ 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.

*Art. 21. Nas alienações a prazo, **o ganho de capital será tributado na proporção das parcelas recebidas em cada mês,** considerando-se a respectiva atualização monetária, se houver.*

Não há dúvidas de que a tributação do IRPF segue o regime de caixa – o fato gerador ocorre na medida do recebimento de rendimentos. De modo que assiste razão a fazenda nacional quando alega que a ocorrência do fato gerador ou fato imponible faz nascer a obrigação tributária. **A alienação de bens, por si só, não faz nascer a obrigação de pagar tributo, portanto, somente a alienação não constitui fato gerador. É fato gerador o recebimento de rendimentos decorrentes de ganho de capital produzido na alienação. Portanto, o fato gerador não ocorre na data de alienação, mas sim, quando do recebimento das parcelas que representam o ganho de capital** (grifamos)

Conforme se vê pela decisão acima transcrita, para a Câmara Superior o aspecto temporal do imposto de renda pessoa física ocorre com o recebimento dos rendimentos decorrentes do ganho de capital. Em outras palavras, a decisão acima transcrita afirma, textualmente, que, em se tratando de imposto de renda pessoa física, a **"alienação de bens, por si só, não faz nascer a obrigação de pagar tributo, portanto, somente a alienação não constitui fato gerador. É fato gerador o recebimento de rendimentos decorrentes de ganho de capital produzido na alienação"**

Diante do exposto, a realização da renda só ocorreu no momento em que as sociedades de KILINACO e MAHI alienaram as ações da ECODIESEL que receberam na operação de incorporação ora discutida.

4) CONCLUSÃO

Em face de todo exposto, rejeito as preliminares e, no mérito, dou provimento ao Recurso Voluntário.

(Assinado digitalmente)

Júnia Roberta Gouveia Sampaio - Relatora.

Voto Vencedor

Conselheira Rosy Adriane da Silva Dias - Redatora Designada.

Congratulo a i. Conselheira Júnia Roberta Gouveia Sampaio, pelo brilhantismo com que fundamentou seu voto. Entretanto, peço vênia para divergir de seu posicionamento, no que toca ao mérito.

A principal controvérsia do processo está no questionamento se a incorporação de ações é considerada alienação ou não. Verificando todos os argumentos trazidos pela Relatora, e os julgados já existentes relativos à matéria, filio-me à corrente que considera tal operação como alienação, cuja diferença positiva enseja ganho de capital passível de tributação.

Tal assertiva foi brilhantemente exposta na declaração de voto da Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, no Acórdão nº 9202-003.579, de 03/03/2015, em que foi abordada matéria e fatos semelhantes aos discutidos nos presentes autos. Por concordar com a tese construída com farta fundamentação legislativa e doutrinária, peço vênia para transcrever trechos do acórdão, adotando-os como razões de decidir:

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)

[...]

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.

Mesma linha de raciocínio foi desenvolvido pelo Conselheiro Antonio Bezerra Neto, no acórdão nº 1401-001.682, de 09/08/2016, e pelo conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, no Acórdão nº 9202-005.618, de 25/07/2017, cujas ementas transcrevo abaixo:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2007

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA JURÍDICA. GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO.

A incorporação de ações por envolver uma transferência de titularidade das ações da incorporada, dadas em pagamento em uma conferência de aumento de capital, para a incorporadora, caracteriza-se como uma espécie do gênero alienação. No caso concreto, como houve a valorização a preço de mercado das ações dadas em pagamento, gerou-se um acréscimo patrimonial tributável pelo ganho de capital.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ACIONISTA. DIREITO DE RECESSO.

A incorporação de ações seguirá os ditames das deliberações das assembleias gerais das companhias incorporadora e incorporada. Os acionistas da incorporada, que não concordarem com o evento de incorporação de ações, tem a opção de se retirar da sociedade, podendo se reembolsar do valor de suas ações. [...] (acórdão nº 1401-001.682)

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. (Acórdão 9202-005.618).

Diante dessas considerações, entendo que, quando da incorporação das ações da MAEDA pela VANGUARDA AGRO S.A, 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 pela VANGUARDA AGRO S.A.

Quanto ao argumento da não ocorrência da realização da renda, utilizo a seguinte situação hipotética, a fim de demonstrar que a renda se realiza no momento da incorporação de ações.

Caso hipotético: as ações das empresas abaixo apresentam os seguintes custos de aquisição:

VANGUARDA AGRO S.A.: R\$ 10.000,00

MAEDA: R\$ 1.000,00

Suponhamos que a VANGUARDA AGRO S.A. esteja interessada em tornar a MAEDA sua subsidiária integral, para isso, ela teria duas alternativas: 1) adquirir ações desta empresa pagando aos acionistas desta em espécie (moeda corrente) ou em bens mensuráveis em espécie, excluindo-os da sociedade; 2) pagar essa aquisição com suas próprias ações, mantendo os acionistas na sociedade, situação em que ocorreria uma incorporação de ações da MAEDA. Para isso, a VANGUARDA AGRO S.A teria que saber o valor das ações da MAEDA, a fim de calcular quantas das suas ações seriam necessárias para pagar pelas ações desta empresa. Após a avaliação pelo valor de mercado, por meio de laudo, concluiu que as ações da MAEDA estavam valoradas em R\$ 5.000,00.

Com isso, a VANGUARDA AGRO S.A resolve aumentar o capital social emitindo ações no valor de R\$ 5.000,00, a fim de que os sócios da MAEDA permaneçam na sociedade, subscrevendo essas ações. Veja que pelo § 1º do art. 252 da Lei nº 6.404/76 não há direito de preferência dos acionistas da VANGUARDA AGRO S.A para a subscrição do aumento de capital, como forma de permitir a incorporação das ações, pois, caso eles tivessem direito de preferência, os sócios da MAEDA não conseguiriam subscrever todas as novas ações emitidas pela VANGUARDA AGRO S.A, o que impediria que aquela empresa se tornasse subsidiária integral.

De acordo com a situação hipotética, podemos concluir que, para a incorporação de ações houve a necessidade de valorar as ações da MAEDA, o que demonstra a efetiva realização da renda. Na operação foram utilizadas todas as ações valoradas em R\$ 5.000,00 para subscrever o aumento de capital da VANGUARDA AGRO S.A. Perceba que a emissão de novas ações pela VANGUARDA AGRO S.A só foi possível após conhecimento do valor das ações da MAEDA.

A partir do momento da subscrição das ações, os acionistas da MAEDA têm direito a todos os benefícios decorrentes das ações, tais como, distribuição de lucros, bonificações, dividendos, etc; ou seja, adquirem a efetiva titularidade delas. Isso demonstra dois ganhos que podem ser obtidos quando da subscrição das ações da VANGUARDA AGRO S.A, pelos sócios da MAEDA, suas antigas ações nesta empresa quando valoradas ao valor de mercado, proporcionam um ganho de capital de R\$ 4.000,00. Por outro lado, suas ações avaliadas proporcionaram investimento que poderiam lhe render benefícios decorrentes das ações subscritas. Essa hipótese demonstra que a realização da renda se efetiva no momento da incorporação de ações.

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 da VANGUARDA AGRO S.A.

Quanto ao argumento da recorrente de que teria ocorrido dupla tributação, com enriquecimento ilícito do Fisco, uma vez que as empresas KILINACO e MAHI alienaram posteriormente suas participações obtendo ganho de capital, e provavelmente tenha sido feita a retenção do imposto de renda, entendo não lhe assistir razão.

Ora, a defesa alega a cobrança de tributo em duplicidade sem trazer aos autos qualquer comprovante de recolhimento que suporte tal alegação. O fato de as empresas KILINACO e MAHI terem alienado posteriormente suas participações societárias, obtendo ganho de capital, não tem qualquer relação com a operação da recorrente, por se referirem a fatos geradores diversos, e terem ocorrido em diferentes momentos. Portanto, não encontro motivo para acolher tal alegação.

Com relação ao reajustamento da base de cálculo, considero ter sido efetuado corretamente, em função de o art. 26 da Lei nº 10.833/2003 estabelecer a responsabilidade da fonte situada no Brasil pela retenção e recolhimento quando se tratar de pagamento a residente ou domiciliado no exterior, assim, quando a recorrente deixa de efetuar a retenção, assume para si o ônus do imposto que seria devido pelo beneficiário, não exigindo a Lei nº 4.154/62 o acordo entre as partes, porque a assunção do ônus é estabelecida pela própria Lei. Nesse sentido, cabe transcrever trecho do acórdão nº 2201-003.745, de 05/07/2017, cujos fundamentos adoto como razões de decidir:

Reajustamento da base de cálculo

Quanto ao reajustamento da base de cálculo, afirma a recorrente que tal prática ofenderia o princípio da legalidade, uma vez que não haveria previsão legal. Ocorre, entretanto, que a Lei nº 4.154, de 28 de novembro de 1962, expressamente prevê que:

Art. 5º Ressalvados os casos previstos nos artigos 100 e 101 do Regulamento mencionado no artigo 1º, quando a fonte pagadora assumir o ônus do imposto devido pelo beneficiado, a importância paga, creditada, empregada, remetida ou entregue, será considerada como líquida, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto, sobre o qual recairá o tributo.

Esta é uma medida de isonomia, já que garante ao mesmo benefício percebido a mesma tributação, de forma que haverá idêntica incidência tributária quando dois contribuintes tiverem recebido de suas fontes pagadoras idêntico valor.

É também uma medida de controle fiscal, já que impede a manipulação do valor que serve como base de cálculo, impedindo que a fonte considere apenas a parcela efetivamente transferida ao beneficiário (líquido) e não o rendimento efetivo (bruto).

Acrescento que, a assunção do ônus se presume não por declaração de vontade, mas pelo comportamento adotado pela fonte pagadora ao fazer a transferência do

valor integral ao beneficiário do rendimento, quando cabia a ela proceder à retenção de parte dele.

A recorrente alega a incorreção na apuração da base de cálculo, pois no seu entendimento deveria ter sido efetuada integralmente em moeda estrangeira.

Tal alegação já foi rebatida com precisão pelo acórdão recorrido, motivo pelo qual adota os seguintes trechos como razões de decidir:

[...] com relação à apuração do ganho de capital, aplicam-se as orientações contidas no art. 26 da Instrução Normativa SRF nº 208, de 27 de setembro de 2002, que assim esclarece:

"Art. 26. A alienação de bens e direitos situados no Brasil realizada por não-residente está sujeita à tributação definitiva sob a forma de ganho de capital, segundo as normas aplicáveis às pessoas físicas residentes no Brasil.

§ 1º O ganho de capital é determinado pela diferença positiva entre o valor de alienação e o custo de aquisição do bem ou direito.

§ 2º O custo de aquisição dos bens ou direitos adquiridos:

I - até 1995 pode ser atualizado com base nos índices constantes no Anexo I;

II - a partir de 1996 não está sujeito a atualização.

§ 3º O valor de aquisição do bem ou direito para fins do disposto neste artigo deve ser comprovado com documentação hábil e idônea.

§ 4º Na impossibilidade de comprovação, o custo de aquisição é:

I - apurado com base no capital registrado no Banco Central do Brasil, vinculado à compra do bem ou direito;

II - igual a zero, nos demais casos.

§ 5º Na apuração do ganho de capital de não-residente não se isenções e reduções previstas para o residente no Brasil " (grifou-se)

Analisando o disposto no art. 18 c/c o art. 17 da Lei nº 9.249, de 1995, no § 3º do art. 685 do Decreto nº 3.000, de 1999, bem como as orientações contidas no art. 26 da Instrução Normativa SRF nº 208, de 2002, é de se concluir que o ganho de capital auferido por não-residente no País é determinado pela diferença positiva entre o valor de alienação (em Reais) e o custo de aquisição (em Reais) do bem, este podendo ser atualizado monetariamente até 31 de dezembro de 1995, sendo que, na impossibilidade de comprovação com documentação hábil e idônea, o custo de aquisição deve ser apurado com base no capital registrado no Banco Central do Brasil (vinculado à compra do bem ou direito) ou ser igual a zero.

Neste ponto, registre-se que o custo de aquisição apurado pela fiscalização fora aquele informado em reais em contratos de

câmbio apresentados pela própria contribuinte como comprovantes dos pagamentos efetuados pelas empresas KILINACO e MAHI quando da integralização do capital da empresa MAEDA. Estes valores, inclusive, são comprovados (observadas as alterações cambiais, como bem destaca a contribuinte) pelas atas de assembléia extraordinária, colacionadas pela impugnante, onde determinadas as operações de integralização de capital.

Reprise-se: as operações foram todas realizadas em moeda nacional, havendo documento hábil a comprovar tais valores, tornando desnecessária qualquer conversão em dólar para posterior conversão em reais. (Grifos no original).

Diante do acima exposto, entendo não caber qualquer alteração na base de cálculo.

Juros sobre multa de ofício

Cabe destacar que, ao contrário do que entende a impugnante, a legislação autoriza a cobrança de juros de mora sobre o valor da multa de ofício.

Registre-se, que, a teor das disposições contidas nos artigos 113, § 1º, e 139 do Código Tributário Nacional (CTN), verifica-se que a penalidade pecuniária, a despeito de não ser tributo, faz parte do crédito tributário. Por conseguinte, tem-se que a cobrança das multas lançadas de ofício deve receber o mesmo tratamento dispensado pela legislação ao crédito tributário.

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

[...]

Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta. (Grifou-se)

Ressalte-se que a fundamentação para a futura cobrança dos juros de mora sobre a multa de ofício é sustentada no art. 161 do CTN, quando dispõe acerca da incidência de juros de mora sobre o crédito tributário não pago no vencimento, que são devidos seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo das penalidades cabíveis:

Código Tributário Nacional (CTN):

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

O art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, dispõe sobre a incidência dos juros de mora sobre os **débitos** para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados

pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorram a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica. Essa mesma lei, em seu art. 43, estabelece expressamente que sobre o crédito tributário constituído na forma do *caput* incidem juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento, e de um por cento no mês de pagamento. O *caput* do artigo se refere à formalização de exigência de crédito tributário correspondente, exclusivamente, a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Lei n.º 9.430/96:

Art.43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

[...]

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

[...]

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998). (Grifou-se)

Dessa forma, o CTN admite a incidência de juros de mora sobre as multas lançadas de ofício.

Ademais, a Lei nº 10.522/02, por meio de seu art. 17, incluiu o § 8º no art. 84 da Lei nº 8.981/95, que dispõe, de forma geral, que os juros de mora se aplicam aos demais créditos da Fazenda Nacional, cuja inscrição e cobrança como Dívida Ativa da União seja de competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Assim, ainda que se interprete que a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, após seu vencimento, não está incluída no art. 61 da Lei nº 9.430/96, prospera a interpretação de que os juros são devidos sobre a multa de ofício, considerando-se o disposto no § 8º do art. 84 da Lei nº 8.981/95.

Cabe reiterar, no caso, que o conceito de crédito tributário abrange a multa de ofício, de forma que, não efetuado o pagamento no prazo legal, o contribuinte se caracteriza em débito para com a União, incidindo juros de mora sobre o principal e a multa de ofício.

Conclusão

Processo nº 16561.720011/2015-89
Acórdão n.º **2202-004.360**

S2-C2T2
Fl. 777

Diante do exposto, voto por conhecer do recurso para, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Rosy Adriane da Silva Dias - Redatora Designada.