



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

Processo nº 16561.720129/2015-15
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-004.822 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de maio de 2017
Matéria IRPF. GANHO DE CAPITAL.
Recorrente VICTOR HUGO ALVARENGA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2010

GANHO DE CAPITAL. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL. FATO GERADOR. MOMENTO.

Na operação de incorporação de ações, a transferência das ações para o capital social da companhia incorporadora caracteriza alienação em sentido amplo. A diferença positiva entre o preço efetivo da operação e o respectivo custo de aquisição das ações constitui ganho de capital passível de tributação pelo imposto sobre a renda. Há efetiva realização de renda no momento em que a pessoa física recebe as novas participações emitidas pela companhia incorporadora, tornando-se proprietário das ações.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. CLÁUSULA DE "LOCK UP".

A existência de cláusula contratual de restrição temporária à faculdade de disposição do direito de propriedade do acionista, consistente na obrigação de não alienar os ativos por determinado lapso temporal, não tem a eficácia de desconstituir a transferência de domínio por ocasião da incorporação das ações. A situação jurídica que representa a disponibilidade econômica pela realização de renda passível de tributação foi definitivamente constituída no momento da transferência da propriedade das ações, quando restou configurado o acréscimo patrimonial da pessoa física.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A multa de ofício integra o crédito tributário, logo está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do mês subsequente ao do vencimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em conhecer do recurso, e, no mérito, por voto de qualidade, negar-lhe provimento. Vencidos os conselheiros Carlos Alexandre Tortato, Rayd Santana Ferreira, Andréa Viana Arrais Egypto e Luciana Matos Pereira Barbosa, que davam provimento ao recurso. Solicitou fazer declaração de voto o conselheiro Carlos Alexandre Tortato.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier Lazarini - Relatora e Presidente.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Miriam Denise Xavier Lazarini, Cleberson Alex Friess, Carlos Alexandre Tortato, Denny Medeiros da Silveira, Rayd Santana Ferreira, Claudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Montez, Andrea Viana Arrais Egypto e Luciana Matos Pereira Barbosa.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração, fls. 353/357, que exige do contribuinte R\$ 10.154.269,27 de imposto, acrescido de multa de ofício de 75% e juros moratórios, em razão da apuração de “GANHOS DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE BENS E DIREITOS” com omissão/apuração incorreta de ganhos de capital na alienação de ações/quotas não negociadas em bolsa de valores, conforme termo de verificação fiscal de fls. 339/351, fato gerador ocorrido em 09/10.

Em 04/05/2010, a Hypermarcas celebrou Contrato de Venda e Compra de Ações, Incorporação de Ações e Outras Avenças com os quotistas da SAPEKA, Victor Hugo Alvarenga, Marco Antonio Raimundo, José Alvarenga dos Santos, Virginia Baryane Alvarenga Pires de Campos e Marilda Alves de Oliveira.

O contrato estabelecia os termos e condições para a aquisição de ações representativas de 59,5% do capital social da Sapeka Indústria e Comércio de Fraldas Descartáveis Ltda. e a incorporação das ações representativas de 40,5% restantes, passando a Sapeka a ser subsidiária integral da Hypermarcas, operação esta que foi aprovada em 6/9/10, conforme Assembleia Geral Extraordinária da Hypermarcas, a qual autorizou a Diretoria da Companhia a implementar todos os atos necessários para a operação, com efeitos a partir de 7/9/10.

Para efetivar essa operação de Incorporação de Ações, foram emitidas, pela Hypermarcas, 6.784.923 ações ordinárias, representativas de aproximadamente 1,25% do capital social total da Hypermarcas, ao preço por ação de R\$ 22,55.

Em contrapartida, as ações ordinárias nominativas e sem valor nominal de emissão de Sapeka detidas pelos seus acionistas pessoas físicas e representativas de 40,5% de seu capital social, as quais foram objeto da Incorporação de Ações, foram avaliadas a valor de mercado, conforme laudo de avaliação elaborado por empresa de avaliação especializada contratada pela Hypermarcas.

De acordo com a relação de substituição constante do Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações, cada ação da Sapeka foi avaliada economicamente ao preço unitário de R\$ 5,11398743750657, ou seja, superior ao custo de aquisição (R\$ 1,00) declarado pelo contribuinte em sua Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física – DIRPF.

Considerando que o contribuinte possuía 16.454.870 ações, o valor da alienação foi R\$ 84.149.998,47. Com um custo de aquisição de R\$ 16.454.870,00, o ganho de capital foi de R\$ 67.695.128,47, e o Imposto de Renda não recolhido (alíquota de 15%) foi de R\$ 10.154.269,27.

Cientificado do Auto de Infração - AI, o contribuinte apresentou impugnação, sendo proferido o Acórdão com a seguinte ementa e resultado:

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

Ano-calendário: 2010

GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE BENS E DIREITOS.

Na apuração do ganho de capital, o contribuinte somente pode considerar como valor de alienação aquele constante em sua declaração de bens quando for este efetivamente o valor pactuado entre as partes na realização do negócio jurídico; nos casos em que este é realizado pelo valor de mercado, não se pode admitir a utilização do valor constante na declaração de bens tão somente para fins de cálculo do ganho de capital, com o fim de evitar ou postergar o pagamento do imposto devido.

MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

A aplicação da multa de ofício de 75% decorre de expressa disposição legal e não está condicionada à prova de dolo no cometimento da infração.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

A multa de ofício integra o crédito tributário, sujeitando-se, desta forma, à incidência de juros de mora, quando não paga integralmente no vencimento.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificado do Acórdão em 18/5/16 (cópia de Aviso de Recebimento - AR de fl. 490), o contribuinte apresentou recurso voluntário em 3/6/16, fls. 491/513 (no qual repisa argumentos apresentados na impugnação), que contém, em síntese:

INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR

Diz que inicialmente faz-se necessário trazer à colação as cláusulas segundo as quais as ações recebidas pelo recorrente encontram-se indisponíveis para delas dispor pelo prazo de cinco anos. As ações recebidas da HYPERMARCAS não estavam disponíveis para alienação no ano-calendário de 2010, dado que, de acordo com as Cláusulas 6.1.2.1 e 6.1.2.3 do Contrato, elas encontravam-se trancadas (*lock up*), pelo prazo de cinco anos a contar do ano de 2010.

Afirma que o imposto de renda tem como fato gerador, segundo o CTN, art. 43, a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou de proventos de qualquer natureza. Cita doutrina no sentido de que a disponibilidade econômica é entendida como a possibilidade de dispor da riqueza.

Acrescenta que em se tratando de pessoa física, o fato gerador é somente a aquisição da disponibilidade econômica, conforme se extrai do art. 21 da Lei 7.713/88, para o qual a tributação do ganho de capital ocorre sobre as parcelas recebidas.

Entende que ante a existência de condição impeditiva da livre disposição dos títulos, não há que se falar em incidência do imposto, por não ter ocorrido a disponibilidade econômica da renda. Além disso, os artigos 116 e 117 do CTN, que tratam do momento de ocorrência do fato gerador nos negócios condicionados, dispõem que, sendo suspensiva a condição, o fato gerador somente ocorre quando houver o implemento da condição.

Assim, aduz que os fatos geradores somente passaram a ocorrer a partir do ano-calendário de 2012, à razão de 20% ao ano, segundo previsão contida na Cláusula 6.1.2.2.

Esclarece que inobstante a ausência de disponibilidade econômica dos títulos recebidos, bem como a existência de condição suspensiva, a DRJ não acolheu a impugnação.

Diz que o entendimento do julgador está equivocado, pois a cláusula de *lock up* é uma condição que afeta o negócio que é a certeza quanto ao valor final da operação, pois visa resguardar o comprador quanto a eventos futuros e incertos sobre passivos ocultos que possam alterar o valor inicialmente estabelecido pela operação.

Afirma que essa cláusula deve ser analisada em conjunto com a parte que trata da obrigação de indenizar, prevista nas cláusulas 14.1 a 14.6 do contrato de compra e venda, ainda mais evidente na cláusula 8.2 do aditamento ao contrato de venda e compra de ações, incorporações de ações e outras avenças, que impõe que o ativo recebido (ações da Hypermarcas) pela incorporação teve sua disponibilidade diferida à razão de 20% ao ano, de tal sorte que somente poderia ser alienado em garantia de fiança bancária a ser prestada pelos vendedores aos compradores, o que demonstra que o valor dessas ações recebidas passou a constituir um ativo incerto, a depender de evento futuro.

Conclui que embora a venda seja um negócio jurídico sem condições, o valor da operação, assim como a disponibilização econômica e jurídica dos ativos estão atrelados a eventos futuros. Como proclama o CTN, art. 43, o fato gerador do imposto de renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda. Portanto, embora tenha ocorrido a alienação das ações, o fato gerador da obrigação tributária somente ocorreu no momento em que houve a disponibilidade plena dos títulos recebidos, conforme procedeu o recorrente, pois quando alienou os títulos, calculou o tributo devido e promoveu o pagamento.

NÃO OFENSA AO ART. 123 DO CTN

Diz que o julgador de primeira instância entendeu que a cláusula de *lock up* decorre de uma restrição criada pelos próprios acionistas, o que seria uma mera convenção particular, que não pode ser oposta à Fazenda Pública, nos termos do CTN, art. 123.

Entende que o art. 123 do CTN trata de situação totalmente distinta, ou seja, da transferência de responsabilidade pelo pagamento de tributos por meio de convenções particulares.

UNICIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

Destaca que o relator da decisão recorrida afirma que as cláusulas dizem respeito à alienação das ações da Hypermarcas, ao passo que o presente processo trata da alienação das ações da Sapeka.

Aduz que todas as condições fazem parte de um único negócio, incluindo alienação de ações, reestruturação societária, incorporação de empresas e recebimento de ações da Hypermarcas com restrição temporária da disponibilidade econômica e jurídica, frutos do mesmo acordo comercial, não podendo ser tratadas isoladamente, pois uma é consequência da outra.

COBRANÇA INDEVIDA DE TRIBUTO

Alega que promoveu, após a liberação e respectiva alienação, o pagamento integral do imposto de renda devido, cujo comprovante foi anexado aos autos por ocasião da impugnação. Se isso ocorreu, não poderia a fiscalização exigir novamente o cumprimento da obrigação principal, sob pena de incidência da norma do art. 316, § 1º, do código penal (crime de excesso de exação).

Entende que como já havia, antes da autuação, alienado as ações e efetivado o pagamento do imposto incidente sobre o ganho de capital auferido, na pior das hipóteses a fiscalização deveria ter deduzido o valor do imposto pago em homenagem ao que dispõe o Parecer Normativo Cosit nº 2/96, segundo o qual os pagamentos postergados devem ser deduzidos do tributo devido, cabendo ao fisco cobrar apenas os encargos moratórios.

Afirma que sobre postergação de imposto, a Secretaria da Receita Federal, por meio de programa de orientação ao contribuinte, “Perguntas e Respostas”, assim se pronunciou:

265. Qualquer inobservância do regime de competência na escrituração da pessoa jurídica constituirá fundamento para lançamento por parte da autoridade fiscal?

Não. A inexatidão, no período de apuração, de escrituração de receita, rendimento, custo ou dedução, ou do reconhecimento de lucro, somente constitui fundamento para lançamento de imposto, se dela resultar (RIR/99, art. 273; PN CST nº 57/79 e PN COSIT nº 02/96):

I - a postergação do pagamento do imposto para período posterior ao em que seria devido: ou,

II - a redução Indevida do lucro real em qualquer período de apuração.

Contudo, o impugnante observou corretamente o momento de ocorrência do fato gerador, promoveu o pagamento do Imposto e prestou as informações à Receita Federal, o que demanda liminarmente o cancelamento do Auto de Infração objeto deste processo.

Sobre esse ponto, afirma que o julgador de piso justificou que tal parecer alcança apenas as pessoas jurídicas tributadas com base no Lucro Real.

Entende que embora o Parecer Normativo tenha analisado uma situação específica, suas premissas podem ser aplicadas ao caso vertente, pois o fundamento maior foi o enriquecimento sem causa do erário.

OPÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE BENS POR VALOR CONTÁBIL OU DE MERCADO

Diz que a Lei 9.249/95, art. 23, assegura às pessoas físicas o direito de transferir bens ou direitos, a título de integralização de capital, por valor contábil ou de mercado. No caso em tela a fiscalização procedeu ao lançamento, não por ter o impugnante incorporado as ações por valor superior ao declarado, mas por ter consignado em Laudo de Avaliação que o valor de mercado das ações recebidas era superior ao custo declarado das ações incorporadas.

Entende que a hipótese de incidência é dirigida à incorporação realizada por valor superior ao custo informado na DIRPF, à livre escolha do contribuinte se deseja ou não

antecipar eventual ganho de capital. No caso vertente, ao que comprova a DIRPF do ano-calendário correspondente, o impugnante optou por manter o custo histórico, oferecendo a tributação de eventual ganho apenas quando houvesse a efetiva venda, o que de fato ocorreu, pois as ações foram alienadas na medida de cada disponibilização.

Aduz que a melhor exegese do art. 23 citado é no sentido de que, sempre que o contribuinte optar por incorporar bens (incluindo-se ações) ao capital de pessoa jurídica por valor histórico, receberá em contrapartida ações ou quotas de capital que, a preço de mercado, valerão mais. Mas se deixar de reconhecer esse ganho em sua DIRPF, não haverá tributação instantânea, sendo o imposto postergado para quando ocorrer a alienação do investimento, como ocorreu *in casu*.

Explica que o Laudo de Avaliação, tanto das ações transferidas quando das recebidas, por si só, não se submete à tributação, mas apenas baliza os parâmetros para substituição justa. O Laudo de Avaliação é exigência da legislação societária, em especial da Lei 6.404/76, para precificar a valor de mercado os bens conferidos à sociedade em realização do capital, com o fim de preservar a fidedignidade das demonstrações financeiras.

Afirma que para que houvesse o enquadramento do fato à hipótese de incidência flexionada no art. 23 da Lei 9.249/95, a fiscalização teria de trazer aos autos não somente o Laudo de Avaliação, mas a prova de que a incorporação se deu por valor superior, o que efetivamente não ocorreu. Nos últimos anos têm havido esforços no sentido de tornar as demonstrações contábeis/financeiras muito próximas da realidade, seja quanto ao valor patrimonial, seja quando ao grau de realização, gerando discrepância entre as informações de cunho fiscal e a societária.

Conclui que por isso o legislador tratou de assegurar que tais divergências não têm efeitos tributários, conforme se extrai do art. 17 da Lei 12.973/14 e art. 17 da Lei 11.941/2009. A Lei 6.404/76, ao tratar da integralização de capital em bens (art. 7º), passou a exigir a avaliação feita por três peritos ou por empresas especializadas (art. 8º), assim como nas incorporações de ações, em que o § 3º do art. 252, exige aprovação de Laudo de Avaliação pela assembleia geral.

Aduz que inobstante a possibilidade de divergência entre o valor contábil e o apurado via Laudo de Avaliação, a diferença entre um e outro não tem reflexo no âmbito tributário. Na hipótese de incorporação de bens ou direito na integralização de capital, o que o legislador almejou facultar ao contribuinte foi a opção de reconhecer eventual acréscimo de valor em sua Declaração de Imposto de Renda e, com isso, ter assegurado um custo maior a ser deduzido quando da alienação ou, manter o custo histórico adiando o pagamento do imposto para o momento em que ocorrer a alienação do bem.

Afirma que o laudo a que se refere a fiscalização foi elaborado apenas para atender a legislação societária e contábil, que exige, no caso de incorporação de ações, que o patrimônio das empresas (investida e investidora) sejam avaliados pelo mesmo critério, sem, contudo, caracterizar a opção de que trata o art. 23 da Lei 9.249/95. A previsão legal encontra-se nos artigos 8º, 252, § 3º da Lei 6.404/76.

Entende que, por este prisma, se no momento da edição da Lei 9.249/95 já havia esse regramento, a opção de escolha entre valor contábil e o de mercado, prevista no art. 23 dessa lei, pode ser feita independentemente de haver ou não valor diferente em laudo de avaliação. Com base nesses fundamentos, tendo em vista que as ações recebidas não tinha

valor nominal, a opção manifestada pelo recorrente em sua DIRPF, no quadro de "bens e direitos", foi por manter o valor contábil das ações incorporadas ao capital da Hypermarcas, acrescido das aquisições realizadas junto aos demais sócios. O que demonstram as provas foi que o recorrente entregou determinada quantidade de ações que detinha da empresa SAPEKA em integralização de capital da HYPERMARCAS e, em contrapartida, recebeu ações sem valor nominal. Ainda que se admitisse ter havido transferência por valor superior, também não haveria ganho a tributar, pois é corrente o entendimento que nas permutas sem torna não há se falar em ganho tributável. Cita decisões judiciais e do CARF de 2006 que decidiu pela exclusão do ganho de capital na realização de permuta de bens.

Transcreve trecho do Parecer PGFN 970/91, no sentido de que não há ganho de capital quando ocorre mera troca de bens.

Volta a dizer que no caso vertente, a disponibilidade da renda somente ocorreu com a retirada da cláusula de *lock up*, ocasião em que o recorrente promoveu a alienação e realizou o pagamento integral do imposto.

NÃO INCIDÊNCIA DOS JUROS SELIC SOBRE A MULTA DO OFÍCIO

Questiona a incidência dos juros sobre a multa de ofício com base na taxa Selic. Entende que tal cobrança não pode prevalecer uma vez que o *caput* do art. 61 da Lei 9.430/96, quando se refere a "débito", reporta-se somente ao valor dos tributos e das contribuições. Cita decisão do CARF.

PEDIDO

Requer o cancelamento dos créditos tributários e caso seja mantido ou parte dele, que seja afastada a incidência de juros Selic sobre a multa de ofício.

CONTRARRAZÕES DA PGFN

A PGFN apresentou contrarrazões ao recurso voluntário, documento juntado às fls. 518/538, que contém, em síntese:

Explica que a incorporação de ações, regulada pelo art. 252 da Lei 6.404/76, ocorre quanto uma companhia (incorporadora) adquire todas as ações do capital social de outra (incorporada) com o fim de convertê-la em subsidiária integral. Peculiar é o fato, contudo, de que a incorporadora aumenta seu próprio capital social e o integraliza com as ações adquiridas da incorporada. Os acionistas desta, caso aprovem a operação, receberão em troca ações da incorporadora decorrentes do aumento do capital social em questão. Os antigos acionistas da incorporada, então, passam a ser acionistas da incorporadora.

No caso, a contribuinte possuía 16.454.870 ações da SAPEKA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS LTDA., cujo custo de aquisição foi valorado em R\$ 1,00 a unidade, totalizando, portanto, R\$ 16.454.870,00. Com a operação, a contribuinte cedeu as suas ações à HYPERMARCAS S/A, recebendo em contrapartida 3.731.708 ações desta companhia, avaliadas em R\$ 84.149.998,47, a totalidade, resultando num ganho de capital de R\$ 67.695.128,47, sobre o qual aplicou-se a alíquota de 15% e apurou-se o R\$ 10.154.269,27, a título de imposto de renda.

Resume os argumentos apresentados no recurso voluntário e afirma não haver qualquer ilegalidade no lançamento tributário em questão.

Transcreve-se a seguir os argumentos apresentados:

OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR (CLÁUSULA DE LOCK UP)

O contribuinte alega a inoccorrência do fato gerador, pois o Imposto de Renda teria como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou de proventos de qualquer natureza.

Porém, no caso dos autos, não teria havido a disponibilidade econômica, pois as ações recebidas da HYPERMARCAS S/A não estariam disponíveis para alienação antes de ultrapassado o período de restrição implementado pela cláusula lock up.

A liberação da negociação teria ocorrido à razão de 20% ao ano, motivo por que os fatos geradores somente teriam passado a ocorrer a medida que as restrições iam sendo levantadas.

Conforme se observa, o recorrente, no ponto, busca negar a ocorrência do fato gerador do tributo no momento da transferência de domínio, sob o entendimento de que a transferência da propriedade se deu apenas parcialmente.

Pois bem. Conforme cediça lição, o direito de propriedade, cuja matriz é constitucional (art. 5º, XXII e 170, II), se compõe de três faculdades: uso, gozo e disposição, e mais o direito de reaver a coisa de terceiros (art. 1228 do CC).

O uso – é o “jus utendi”, ou seja, o proprietário pode usar a coisa, pode ocupá-la para o fim a que se destina. A fruição (ou gozo) – “jus fruendi”; o proprietário pode também explorar a coisa economicamente, auferindo seus benefícios e vantagens. Por sua vez, a disposição – “jus abutendi”; é o poder de abusar da coisa, de modificá-la, reformá-la, vendê-la, consumi-la, e até destruí-la.

No caso concreto, as partes acordaram uma restrição temporária à faculdade de disposição do direito de propriedade do acionista. Restrição essa que não afasta o uso e gozo do bem, no caso, ações. Mencione-se, a título exemplificativo, que há direito à percepção de dividendos e juros sobre capital próprio, bem como o aluguel das ações.

Restrição ao direito de propriedade não se confunde com condição à transferência de domínio. A transferência de domínio se perfectibilizou no momento da incorporação das ações e com ela o fato gerador do tributo, na forma do art. 3º da Lei n. 7.713/88. O bem ingressou no patrimônio dos acionistas e gerou acréscimo patrimonial, afastando a pretensão de ver caracterizada a situação do art. 116 do CTN.

De outro lado, a restrição do direito de propriedade, como intuitivo, não descaracteriza o direito de propriedade. Inúmeras são as restrições ao direito de propriedade que decorrem tanto do adequado exercício de sua função social quando da necessidade de resguardar direitos dos particulares sem que maculem o direito.

Com efeito, não se cogita considerar que um bem sujeito a tombamento não seja propriedade, ou as restrições a que se submetem os terrenos vizinhos às jazidas minerais, nos termos do Código de Mineração, ou que um bem gravado com penhora deixa de ser propriedade de seu titular.

Uma restrição ao direito de propriedade somente teria eficácia para desconstituir a eficácia da alienação se a legislação expressamente lhe atribuisse esse efeito, alterando a hipótese de incidência.

Dado que inexistente qualquer previsão nesse sentido, fica evidente que a existência de uma restrição à faculdade de disposição não descaracteriza a transferência do domínio que, em consonância com o art. 114 do CTN, constitui condição necessária e suficiente para incidência da exação.

Conforme regirou o acórdão recorrido, “o período de ‘lock up’ decorre de uma restrição criada pelos próprios acionistas. Trata-se, portanto, de uma mera convenção particular, que não pode ser oposta à Fazenda Pública, nos termos do art. 123 do Código Tributário Nacional.”

Além do mais, “a cláusula de lock up de forma alguma transforma a alienação das ações da Sapeka em um negócio jurídico realizado sob condição suspensiva”.

Tem razão a DRJ, pois a condição suspensiva é aquela que determina que o negócio jurídico somente terá eficácia a partir da realização de um acontecimento futuro e incerto. No caso dos autos, porém, a alienação das ações é negócio irretratável, perfeito e acabado.

Conforme afirmou a DRJ, “a concretização do negócio jurídico se deu instantaneamente, no momento em que o contribuinte entregou as ações da Sapeka e recebeu em troca as ações da Hypermarcas. Não há nada que suspenda os efeitos dessa operação.”

A base do critério material do Imposto de Renda pode ser extraída do art. 43 do Código Tributário Nacional, segundo o qual considera-se acréscimo patrimonial a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, ou de proventos de qualquer natureza, entendidos assim os não compreendidos no conceito de renda.

Como se observa, a literalidade da lei tributária não exige que a tributação pelo imposto sobre a renda no ganho de capital dependa do pagamento em pecúnia. Nesse ponto, em momento algum a legislação ordinária se dissocia do conceito de renda do CTN.

*Com efeito, o art. 3º, § 4º, da Lei nº 7.713/88, exige apenas “**benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título**”. Por outro lado, o § 3º afirma o seguinte:*

*“§ 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.***”

*É a própria legislação que afirma a possibilidade de ganho de capital nas **alienações a qualquer título**, inclusive naquelas em que não circula dinheiro em espécie, tais como permuta, adjudicação, dação em pagamento e doação, ou quando haja uma restrição privada ao direito de propriedade.*

*Além do mais, o ganho de capital é verificado pela simples **diferença positiva** entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição, nos termos do § 2º do art. 3º da Lei nº 7.713, de 1988, verbis:*

*“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.”*

*Conforme se observa, em momento algum a legislação exige que a **diferença positiva** seja representada em espécie.*

*Andrade Júnior e Schoueri (Ob. Cit., pp. 63-64) asseveram que a disponibilidade da renda seria completa e definitiva quando de sua **realização**, destacando que tal ocorre de fato na incorporação de ações. Delimitam a questão os referidos autores da seguinte forma:*

“i) Conversão em direitos que acresçam ao patrimônio: como antevisto, as ações da companhia ‘incorporadora’ integram o patrimônio do acionista que as recebe. Eventual ganho embutido no valor destas seguiria a mesma sorte;

ii) Processamento desta conversão mediante troca no mercado: considerando-se uma incorporação de ações processada entre partes independentes, ou, ao menos, uma incorporação de ações em que a avaliação das ações reflita valores consistentes com a prática de mercado, creio que esse requisito deve ser reputado preenchido;

iii) Cumprimento das obrigações que decorrem dessa troca: para os acionistas da sociedade ‘incorporada’, a obrigação que se contrapõe ao recebimento das ações da sociedade ‘incorporadora’ é a entrega das suas ações, i.e., a integralização do capital subscrito. Como isso é efetivado por força do artigo 252 da Lei nº 6.404/1976, pela diretoria da sociedade ‘incorporada’, que age como representante indireta autorizada a tanto, esse requisito também é atendido satisfatoriamente; e

iv) *Mensurabilidade e liquidez dos direitos recebidos na troca: por fim, um elemento delicado. A falta de mensurabilidade dos direitos recebidos na troca é o que justifica, por exemplo, o diferimento da tributação relativa aos ganhos de capital auferidos em razão da operação de permuta. Precisamente porque o ganho não pode ser aferido com certeza, permanece ilíquido, é que se tem reconhecido a inexistência de ganho tributável em operações dessa natureza. Mas isso não ocorre no caso da incorporação de ações, em que as ações trocadas são submetidas a prévia avaliação, por perito eleito pela assembleia geral da sociedade 'incorporadora'. Na relação de troca estabelecida com o fito de identificar o número de ações que tocará a cada um dos acionistas da sociedade 'incorporada', é levado em conta o valor das ações originariamente dadas, bem como o valor das ações a serem recebidas, sendo tais valores aferidos por meio de avaliações específicas. A situação, assim, aproxima-se do recebimento de pagamentos com bens, ou, tecnicamente falando, da dação em pagamento, com relação à qual tanto a doutrina como a jurisprudência reconheceram realização de renda, uma vez que o bem entregue em pagamento o é tendo-se em vista um valor específico. Nesse contexto, na incorporação de ações está cumprido o requisito da mensurabilidade e liquidez dos direitos recebidos em troca.*

Não há incerteza acerca do valor pelo qual a troca é efetivada; este é conhecido e claramente definido.”

Conclui-se, portanto, que a incorporação de ações pode ou não gerar alguma forma de acréscimo patrimonial, a depender da relação valorativa entre as ações incorporadas e as recebidas em pagamento. Assim, o fenômeno da incorporação de ações tem, sim, o condão de ensejar a incidência do imposto sobre a renda, pois a subscrição de capital que dela faz parte proporciona a realização das ações dadas pelos acionistas para esse fim, independentemente da existência de cláusula de restrição (lock up).

PAGAMENTO INTEGRAL DO IMPOSTO

Alega o recorrente que, após o período de lock up, promoveu a alienação das ações no mercado e realizou o pagamento integral do Imposto de Renda devido, motivo por que o Fisco não poderia exigir novamente o cumprimento da obrigação principal, sob pena de excesso de exação.

Outrossim, a fiscalização deveria ter deduzido o valor do imposto pago, nos termos do Parecer Normativo Cosit nº 2/96. Alega ser o caso de denúncia espontânea, nos termos do art. 138 da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN).

Não assiste razão ao requerente.

Com efeito, o que pretende o requerente é a realização de compensação diretamente nos autos desse processo, sem observar as formalidades prescritas em lei, que exigem a apuração da certeza e liquidez dos supostos créditos, nos termos do art. 170, do CTN, verbis:

“Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.”

O caso dos presentes autos envolve apenas o fato gerador indicado pela Fiscalização, e a ele deve limitar a análise, sob pena de ampliação indevida do objeto do processo administrativo fiscal.

Conforme bem expôs o acórdão recorrido, “não se pode invocar aqui, como fez o contribuinte, o Parecer Normativo Cosit nº 2, de 28/08/1996, tendo em vista que suas disposições alcançam apenas as pessoas jurídicas submetidas ao regime de tributação com base no lucro real, consoante consta expressamente em seu primeiro parágrafo, que justifica a elaboração do próprio parecer: (...)”.

TRANSFERÊNCIA DE BENS A VALOR DE MERCADO

Alega o recorrente, ainda, a inexistência de ganho de capital na forma do art. 23 da Lei nº 9.249, de 1995, pois a transferência das ações teria ocorrido pelo valor contábil, e não pelo valor de mercado.

Dispõe o art. 23 da Lei nº 9.249, de 1995, verbis:

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

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

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

Em relação à ocorrência de ganho de capital e ao fato gerador do imposto de renda, o § 2º do art. 23 é categórico: se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.

No caso dos autos, porém, a transferência foi efetuada a valor de mercado, devidamente apurador por peritos especialmente designados para essa avaliação, conforme exige o § 1º do art. 252 da Lei nº 6.404, de 1976, verbis:

*“Art. 252 (...) § 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. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

Ora, é a própria legislação societária que exige que a transferência de bens se faça a valor de mercado. Não tem sentido a argumentação do contribuinte de que a transferência foi feita pelo valor contábil.

O contribuinte defende que a alienação foi efetuada pelo valor contábil simplesmente porque ele não atualizou o valor das ações na sua declaração de imposto de renda. O que ele pretende, na verdade, é pegar exatamente o fato imputado pelo Fisco como ilegítimo (não apuração do ganho de capital, motivo porque não houve atualização da declaração) e utilizá-lo como argumento para justificar a ausência de transferência a valor de mercado.

É de se ressaltar, outrossim, que o Superior Tribunal de Justiça considera perfeitamente válida a apuração do ganho de capital na integralização de capital com bens, verbis:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. TRANSFERÊNCIA DE BEM IMÓVEL PARA A INTEGRALIZAÇÃO

DE CAPITAL SOCIAL DE EMPRESA. INCIDÊNCIA DA EXAÇÃO. PRECEDENTES. RETORNO

DOS AUTOS À ORIGEM PARA QUE SEJAM ANALISADAS AS QUESTÕES TIDAS POR PREJUDICADAS

NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que é legítima a incidência de Imposto de Renda sobre ganhos de capital decorrentes da diferença entre o valor de aquisição e o de incorporação de imóveis de pessoa física, para integralização de capital de pessoa jurídica da qual é sócio.” (REsp 1214780, Segunda Turma, 22/02/2011)

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. INCORPORAÇÃO DE IMÓVEL PARA O CAPITAL SOCIAL DA PESSOA JURÍDICA. VALOR MAIOR DO QUE O DE AQUISIÇÃO. GANHOS DE CAPITAL. INCIDÊNCIA.

1. Hipótese em que a incorporação do imóvel ao capital societário se deu por valor maior do que o de aquisição do imóvel. 2. Aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é legítima a incidência de Imposto de Renda sobre ganhos de capital decorrentes da diferença entre o valor de aquisição e o de incorporação de imóveis de pessoa física, para integralização de capital de pessoa jurídica da qual é sócio. 3. Agravo Regimental não provido.” (AgRg no REsp 1016766, Segunda Turma, 02/09/2008)

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL. DAÇÃO DE IMÓVEL. TRIBUTAÇÃO. 1. É legítima a incidência de imposto de renda sobre ganhos de capital decorrente da diferença entre o valor de aquisição atualizado e de incorporação de imóveis de pessoa física para integralização de capital de pessoa jurídica da qual é sócio.

Precedentes da Primeira e Segunda Turmas. 2. Recurso especial provido.” (REsp 867276, Segunda Turma, 24/10/2006)

Portanto, não assiste razão ao recorrente.

NATUREZA JURÍDICA DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES E SEUS EFEITOS TRIBUTÁRIOS

Considerações iniciais

A discussão nos presentes autos demanda, em grande parte, que se analise a natureza jurídica do instituto da incorporação de ações, bem como a aptidão dessa operação a gerar a ocorrência de ganho de capital e, por conseguinte, a incidência do IRRF.

A incorporação de ações é operação societária prevista no art. 252 da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações), verbis:

“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. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 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.

§ 4º A Comissão de Valores Mobiliários estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de incorporação de ações que envolvam companhia aberta. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)”

Em síntese, a incorporação de ações ocorre quando uma companhia (incorporadora) adquire todas as ações do capital social de outra (incorporada) com o fim de converter esta em subsidiária integral. Peculiar é o fato, contudo, de que a incorporadora aumenta seu próprio capital social e o integraliza com as ações adquiridas da incorporada.

Os acionistas desta, então, caso aprovem a operação, receberão em troca ações da incorporadora decorrentes do aumento do capital social em questão, passando a ser, a partir de então, acionistas da incorporadora.

Incorporação de ações como sub-rogação

Há várias correntes doutrinárias que buscam explicar a natureza jurídica da incorporação de ações. A vertente adotada pelo contribuinte é a de que ocorre um procedimento de mera substituição, configurando uma sub-rogação real, que, conforme definição doutrinária, seria a substituição jurídica de uma coisa por outra, mantida a relação jurídica base anterior. O art. 252 da Lei nº 6.404/76 seria, conforme essa corrente, a fonte normativa que determina a sub-rogação real.

O cerne dessa abordagem é de que não haveria manifestação de vontade dos acionistas para a efetivação da operação, de modo que não se poderia equiparar a incorporação de ações à subscrição de aumento de capital com bens. Da mesma forma, não se poderia falar em equiparar a incorporação de ações à incorporação de sociedades, esta regulada pelo art. 223 da Lei nº 6.404/76, uma vez que não haveria desaparecimento da sociedade incorporada. Assim, a incorporação de ações seria um caso bastante particular de sub-rogação real determinada pela lei societária.

Como na sub-rogação real se pressupõe a equivalência de valores entre os bens substituídos, conclui essa corrente doutrinária que a incorporação de ações não importaria em acréscimo patrimonial para o acionista, não sendo, portanto, justificável a incidência do imposto sobre a renda.

Entretanto, deixa-se claro, desde já, que a corrente doutrinária que fundamenta o recurso do recorrente é francamente minoritária. Além disso, a abordagem teórica que prega que a incorporação de ações importa em sub-rogação real não se coaduna com os termos deste instituto.

Conforme a doutrina, a sub-rogação pode ser pessoal, quando se dá a mudança no sujeito da obrigação, ou real, quando há mudança no objeto sem que se modifique o bem na sua totalidade.

Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado. Tomo 2. São Paulo: BookSeller, 2010, p. 345) elenca dois pressupostos para a ocorrência da sub-rogação real:

“Na sub-rogação, dá-se a substituição jurídica de um bem a outro, de modo que o adveniente — seja de crédito, seja de indenização, seja imóvel ou móvel, que se substitui a bem da mesma ou de outra natureza — se submeta ao mesmo regime. Para que ela se dê, é preciso: a) que outro bem, — o novo ou adveniente, — entre no patrimônio, de onde um bem saiu; b) que exista patrimônio sujeito a regime próprio”.

Ou seja: há necessidade de identidade de relações jurídicas entre o bem que sai do patrimônio do sujeito e o que passa a integrá-lo. No caso da incorporação de ações, não há tal identidade. O que há é a “substituição” de ações da “Companhia A” por ações da “Companhia B”. De plano, vê-se que há alteração de relação jurídica, pois se trata de títulos mobiliários referentes a sociedades diferentes, com valores patrimoniais diferentes e submetidos a estatutos sociais diversos.

Na incorporação de ações sequer os efeitos decorrentes dos bens supostamente substituídos são os mesmos. As ações originárias legitimavam o acionista a receber dividendos da “Sociedade A”. As ações supostamente substitutas legitimam o acionista a receber dividendos da “Sociedade B”. Nessa situação, sequer precisa necessariamente ser mantida a mesma classe entre as ações “A” e “B”, de modo que o acionista será colocado em situação jurídica completamente nova.

Afirma a doutrina, outrossim, que há sub-rogação se o bem recebido em resposta tiver o objetivo de recompor o patrimônio anteriormente deslocado, devendo a recomposição levar em conta a identidade de “valores” do bem original e do sub-rogado.

Na incorporação de ações, por sua vez, há a prévia avaliação do valor patrimonial das ações a serem incorporadas, a qual, nos termos do art. 8º da Lei nº 6.404/76, pautará o preço pelo qual as ações da companhia incorporadora serão emitidas e, assim, subscritas e integralizadas pelos antigos acionistas da incorporadora. As ações da incorporadora, portanto, que são destinadas aos antigos acionistas, podem ter valor “menor, igual ou superior” àquele das ações incorporadas. Daí se nota, ao fim, que não há recomposição de patrimônio, mas sim verdadeira variação patrimonial dos antigos acionistas, pelo que é de se afastar a ocorrência de sub-rogação.

Incorporação de ações como permuta

Por outro lado, se a incorporação de ações não pode ser tratada como sub-rogação real, muito menos poderá ser tratada como permuta. E, mesmo que pudesse, isso não seria motivo para justificar a não incidência de imposto de renda sobre o ganho de capital.

Conforme a doutrina, o elemento distintivo entre a compra e venda e a permuta é o preço. Nesse sentido, segue o conceito jurídico de preço, conforme Geraldo Alves Magela (Novo

Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2006, p. 376):

“Preço. Do latim, pretium, designa um valor ou a avaliação pecuniária da coisa. Valor pago ou atribuído a alguma coisa comercializável. Obrigação pecuniária do comprador no contrato de compra e venda. Remuneração das atividades conectadas ao serviço postal ou serviço de telegrama. Preço será atribuído ainda à adjudicação, à aquisição, à arrematação, à avaliação e à remição, podendo ser real, unitário, global, ordinário, fixo ou variável, mínimo, médio ou máximo.”

Observe-se que, a teor do disposto no art. 252 da Lei nº 6.404, de 1976, haverá a subscrição, pela companhia incorporada, representante de seus acionistas, de aumento de capital deliberado pela companhia incorporadora. A subscrição consiste no ato em que o acionista concorda com o preço de emissão e se compromete a dar valor em dinheiro para integralização do capital.

Certo que, a teor do art. 7º da Lei nº 6.404, de 1976, a integralização das ações subscritas pode se dar com bens ou dinheiro, mas também é certo que o capital social é fixado “em moeda corrente nacional”, de acordo com o art. 5º. Tanto é assim que o acionista integraliza ações subscritas por um preço de emissão.

A dívida decorrente da subscrição é dívida de dinheiro, embora possa ser adimplida com dação de bens. Tanto é assim que o art. 107 da Lei nº 6.404, de 1976, permite a execução para cobrança das importâncias devidas para a integralização de ações subscritas, verbis:

“Art. 107. Verificada a mora do acionista, a companhia pode, à Sua escolha:

I – promover contra o acionista, e os que com ele forem solidariamente responsáveis (artigo 108), processo de execução para cobrar as importâncias devidas, servindo o boletim de subscrição e o aviso de chamada como título extrajudicial nos termos do Código de Processo Civil; ou

II – mandar vender as ações em bolsa de valores, por conta e risco do acionista.”

Ao falar em “importâncias devidas”, o dispositivo deixa clara a existência de dívida refletida em dinheiro. Nesse sentido, observe-se o que asseveram Luiz Carlos de Andrade Júnior e Luiz Eduardo Schoueri (Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. In: Revista Dialética de Direito Tributário. n. 200, mai. 2012, p. 66):

“É relevante notar que a companhia poderá cobrar do acionista as ‘importâncias devidas’, o que põe em destaque o caráter monetário da obrigação decorrente da subscrição. Apenas para se traçar um paralelo, fosse a obrigação decorrente de subscrição centrada numa coisa (como na permuta), a companhia teria o direito de exigir a entrega desta, ou, quando muito, pleitear judicialmente uma indenização pelas perdas e

danos sofridos. Jamais poderia a companhia (também a exemplo do que ocorre na permuta) exigir o pagamento do próprio preço (que somente é 'importância devida' na compra e venda)."

Conclui-se, portanto, que o negócio de subscrição importa em obrigação pecuniária, não uma obrigação de troca. O negócio jurídico de subscrição cria uma obrigação de integralizar o capital social. O ato de integralização, por força de lei, pode se dar em bens. É a mesma lógica de se dizer que o tributo é uma prestação pecuniária que pode ser extinta por dação em pagamento.

Ou seja, é inegável que a operação de incorporação de ações implica a circulação de riquezas entre as partes envolvidas, mormente os antigos acionistas da incorporada e a incorporada.

Com efeito, a existência de preço emissão nas operações de incorporação de ações acarreta a inegável consequência de que, por um lado, uma das partes cobrou um preço, e, por outro, a outra realizou tal pagamento. Nesse sentido, vale destacar que, de acordo com o art. 106 da Lei nº 6.404, de 1976, a única obrigação do acionista perante a companhia é justamente a realização da "prestação correspondente às ações subscritas ou adquiridas". Assim, se há a cobrança de um preço de emissão, o qual é pago mediante a entrega de outras ações, por óbvio que essas últimas ações (incorporadas) foram entregues pelo preço de emissão. Caso contrário teríamos que admitir que a Lei nº 6.404, de 1976, contém uma negação interna. Na subscrição devida em sede de incorporação de ações, em momento algum se identifica qualquer espécie de permuta. Há a clara circulação de riquezas, a qual proporciona o aumento do patrimônio da companhia incorporadora na mesma medida em que há a realização das ações detidas pelos antigos acionistas da incorporada.

Desse modo, afastadas as hipóteses apresentadas, demonstra-se o entendimento da Fazenda Nacional pela ocorrência de verdadeiro ato de alienação na incorporação de ações.

Incorporação de ações como modalidade de alienação

Alega o recorrente: (a) que incorporação de ações não seria alienação; (b) teria havido apenas sub-rogação real ou substituição de ações, pois os acionistas não teriam externado nenhuma manifestação de vontade; e (c) a sub-rogação se assemelharia à permuta sem torna, operação que não geraria ganho de capital.

As alegações do contribuinte não procedem. Primeiro, porque a incorporação de ações é, efetivamente, uma espécie de alienação. Segundo, porque mesmo que fosse uma mera sub-rogação ou substituição de ações, ainda assim seria alienação. Terceiro, porque mesmo sobre o ganho de capital da operação de permuta sem torna (salvo de unidades imobiliárias) incide imposto de renda.

Com efeito, dispõe o art. 3º da Lei nº 7.713, de 1988, verbis:

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

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

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

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

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

O dispositivo legal é muito claro no sentido de que: (a) na apuração do ganho de capital, serão consideradas as alienações a qualquer título, inclusive permuta; e (b) a tributação independe da forma da percepção dos rendimentos ou proventos, bastando o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.

A incorporação de ações, de fato, constitui uma forma específica de alienação, não constituindo uma mera sub-rogação, substituição ou permuta. E, ainda que se constituísse numa dessas modalidades (de alienação), ainda assim incidiria imposto de renda sobre o ganho de capital.

Segundo De Plácido e Silva (Vocabulário Jurídico. v. 1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 132.), alienação “é o negócio jurídico, de caráter genérico, pelo qual se designam todo e qualquer ato que tem o efeito de transferir o domínio de uma coisa para outra pessoa.”

O mesmo autor afirma, ainda, que a alienação pode se dar a título gratuito ou oneroso, mas, em qualquer desses casos, a alienação mostrará a diminuição de determinado bem do

patrimônio de uma pessoa para ser incorporado e aumentar o patrimônio de outra.

É justamente o que ocorre na incorporação de ações. Parcela do patrimônio dos acionistas da incorporada (ações) é removida e transferida ao patrimônio da sociedade incorporadora. Isso, por si só, configura alienação. O pagamento dessa alienação se dá na forma de bens, que podem ou não causar acréscimo patrimonial aos acionistas.

Pelo art. 9º da Lei nº 6.404, de 1976, a transferência de bens à sociedade empresária por seus acionistas ocorre “a título de propriedade” em favor dela. Com efeito, se inexistisse qualquer disposição em contrário no art. 252 da Lei nº 6.404, de 1976, é de se concluir que a integralização de capital da incorporadora com ações da incorporada importa em transferência de propriedade, o que nada mais é do que alienação.

Em conclusão, entende Edmar Oliveira Andrade Filho (Imposto de Renda das Empresas. 6ª ed. São Paulo: Atlas, p. 484.), cuja doutrina nesse ponto é adotada na jurisprudência do CARF, que a incorporação de ações tem natureza jurídica de alienação em sentido amplo, nos seguintes termos:

“A incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo; com efeito, o detentor das ações ou quotas as entrega como forma de conferência de bens para subscrição de capital e recebe ações ou quotas da sociedade que teve o seu capital aumentado e que passou a ser a única acionista da sociedade convertida em subsidiária integral.”

Como se observa, portanto, a incorporação de ações tem inquestionável natureza jurídica de alienação, de modo que é possível a ocorrência de ganho de capital. Porém, mesmo que a natureza jurídica da incorporação de ações fosse de mera permuta, ainda assim incidiria imposto de renda caso houvesse ganho de capital.

Quanto à alegação de que trata de uma permuta sem torna, esclarece-se que o regramento normativo da permuta é efetuado pelo art. 121 do Decreto nº 3.000/99, verbis:

“Art. 121. Na determinação do ganho de capital, serão excluídas (Lei nº 7.713, de 1988, art. 22, inciso III):

I – as transferências causa mortis e as doações em adiantamento da legítima, observado o disposto no art. 119;

II – a permuta exclusivamente de unidades imobiliárias, objeto de escritura pública, sem recebimento de parcela complementar em dinheiro, denominada torna, exceto no caso de imóvel rural com benfeitorias.

§ 1º Equiparam-se a permuta as operações quitadas de compra e venda de terreno, seguidas de confissão de dívida e escritura

pública de dação em pagamento de unidades imobiliárias construídas ou a construir.

§ 2º No caso de permuta com recebimento de torna, deverá ser apurado o ganho de capital apenas em relação à torna.”

Porém, é evidente que o dispositivo faz referência, apenas, às permutas de unidades imobiliárias. Ora, o próprio dispositivo afirma que, “Na determinação do ganho de capital, serão excluídas (...) a permuta exclusivamente de unidades imobiliárias, objeto de escritura pública, sem recebimento de parcela complementar em dinheiro, denominada torna, exceto no caso de imóvel rural com benfeitorias.” O § 2º, por outro lado, apenas complementa o caput: “No caso de permuta com recebimento de torna, deverá ser apurado o ganho de capital apenas em relação à torna.”

Essa interpretação é corroborada pela Instrução Normativa RFB nº 84, de 2001, verbis:

“Art. 29. Na determinação do ganho de capital sujeito à incidência do imposto são excluídos os ganhos de capital decorrentes de:

[...]

§ 5º Na permuta de unidades imobiliárias com torna, o ganho de capital é apurado exclusivamente em relação a esta, observado o disposto no art. 23.”

Porém, não é somente essa interpretação que impede o acolhimento da pretensão do recorrente. É que o próprio art. 121, no tocante à permuta de unidades imobiliárias, não possui base legal.

A Constituição é clara ao afirmar que as isenções somente poderão ser concedidas por lei específica (art. 150, § 6º). O CTN dispõe no mesmo sentido (art. 97, VI).

Porém, não se está defendendo a declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade do art. 121 do Decreto nº 3.000, de 1999, mas apenas a sua inaplicabilidade à permuta com torna de bens móveis.

Com efeito, o art. 111 do CTN afirma que deve ser interpretada “literalmente a legislação tributária que disponha sobre (...) outorga de isenção”. No caso dos autos, o que a recorrente pretende é a aplicação analógica de um dispositivo normativo que sequer tem base legal para isentar do imposto de renda o ganho de capital decorrente da permuta de unidades imobiliárias, quanto mais de unidades mobiliárias, às quais sequer faz referência.

Portanto, mesmo que a operação de incorporação de ações fosse equiparada à permuta, isso não seria impedimento para a incidência de imposto de renda sobre a diferença entre os valores dos bens permutados.

Por fim, no tocante ao Parecer PGFN nº 970, de 1991, ao art. 65 da Lei nº 8.383, de 1992, e ao art. 2º da Medida Provisória nº

2.159-70, registre-se que esses atos e dispositivos são restritos às permutas efetuadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, conforme bem esclareceu o Parecer PGFN/CAT nº 1722/2003, aprovado pelo Ministro da Fazenda, por meio do Despacho s/n datado de 29/05/2015 (DOU de 1º/06/2015, Seção 1, p. 24)

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO

A recorrente, com base no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, que supostamente afastaria o disposto o art. 161, § 1º, do CTN, defende a não incidência de juros Selic sobre a multa de ofício, que, segundo alega, não previu a incidência de juros sobre multa, mas apenas sobre o principal do crédito tributário. Alega, ainda, que a multa não se confunde com o tributo, nos termos do art. 3º do CTN. Por fim, defende que, nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430/96, somente incidem juros de mora sobre a multa isolada.

Dispõe o art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, verbis:

“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 O art. 161 do CTN, por outro lado, afirma:

“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. 139, do CTN, por sua vez, dispõe:

“Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.”

O art. 113, caput e § 1º, do CTN, afirmam que o crédito tributário é composto do tributo em si e da penalidade pecuniária, verbis:

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

[...]

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.”

Ora, o próprio art. 161 do CTN manda incidir juros de mora sobre o crédito tributário, ou seja, sobre o principal e a penalidade pecuniária, não havendo nenhuma disposição legal que diga o contrário.

O § 1º do art. 161, por sua vez, dispõe o seguinte, verbis:

“§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.”

Conforme se observa pela simples leitura do dispositivo, o que o CTN permite excepcionar é qual taxa de juros incidirá sobre o crédito tributário não pago no vencimento, e não a incidência em si. Se não houver outra taxa estipulada, incidirá aquela prevista no § 1º, qual seja, um por cento ao mês. Se houver outra prevista na legislação, incidirá esta outra. Porém, sempre incidirá uma taxa, pois o CTN não permitiu excepcionar a sua incidência. A permissão é em relação a qual taxa incidirá. E, conforme se observa, o § 3º do art. 61 da Lei nº 9.430/96 remete ao art. 5º, § 3º, da mesma lei, que, por sua vez, mandou incidir a Taxa Selic. Então, será ela que incidirá.

Veja-se o dispositivo, verbis:

“Art. 5º (...) § 3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.”

Portanto, é despicienda a discussão, levantada pela contribuinte, de que a penalidade não se confunde com o tributo, bem como os juros somente incidiriam sobre a multa isolada. Demonstrou-se, com base na própria Lei nº 9.430/96 e no CTN, que não é isso que ocorre.

Por fim, mas não menos importante, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é contrária à pretensão do contribuinte, verbis:

“1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: ‘É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.’ (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010. 2. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1335688/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 10/12/2012)

“TRIBUTÁRIO. MULTA PECUNIÁRIA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. LEGITIMIDADE. 1. É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário. 2. Recurso especial provido.” (REsp 1129990/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2009, DJe 14/09/2009)

“Tributário. Embargos à execução fiscal. Taxa Selic. Aplicação para tributos estaduais diante da existência de lei autorizadora. Matéria decidida pela 1ª Seção, no REsp 879844/mg, DJe de 25/11/2009, julgado sob o regime do art. 543-c do CPC. Especial eficácia vinculativa desse precedente (CPC, art. 543-C, § 7º), que impõe a adoção em casos análogos. Multa pecuniária. Juros de mora. Incidência. Legitimidade. Precedente da 2ª

Turma do STJ. Recurso especial a que se nega provimento.” (REsp 834.681/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 02/06/2010)

No mesmo sentido, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, verbis:

“JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. O art. 161 do CTN não distingue a natureza do crédito tributário sobre o qual deve incidir os juros de mora. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora. Recurso Voluntário Negado.

Crédito Tributário Mantido.” (Acórdão nº 3102-002.386, de 18/03/2015)

“JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic. Recurso Voluntário Provido.” (Acórdão nº 2101-002.667, de 20/01/2015)

“JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. Conforme o Código Tributário Nacional (art. 139) o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta. Estão compreendidos no conceito de crédito tributário o tributo e a penalidade pecuniária (art. 113 do CTN). Assim, é legítima a exigência pela Lei nº 9.430/96, que, fundamentada no Código Tributário Nacional, impõe a incidência de juros de mora à Taxa Selic, sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, da qual a multa de ofício é espécie.” (Acórdão nº 1103-001.044, de 06/05/2014)

Logo, não restam dúvidas que os juros de mora efetivamente incidem sobre a multa de ofício, e devem ser calculados com base na Taxa Selic, conforme reiterada jurisprudência da judicial e administrativa, sendo de rigor a manutenção do acórdão recorrido, também nesse ponto.

PEDIDO

Ante o exposto, nos termos da fundamentação supra, requer a FAZENDA NACIONAL seja negado provimento ao RECURSO VOLUNTÁRIO do sujeito passivo, mantendo-se o acórdão atacado por seus próprios fundamentos, bem como pelas razões acima apresentadas.

É o relatório.

Voto

Conselheira Miriam Denise Xavier Lazarini, Relatora.

ADMISSIBILIDADE

O recurso voluntário foi oferecido no prazo legal, assim, deve ser conhecido.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, ressalte-se que o cerne da questão que ora se apresenta é a definição do momento da ocorrência do fato gerador relativo ao ganho de capital na alienação de bens e direitos, que no caso ocorreu em virtude da incorporação de 16.454.870 ações que o contribuinte possuía da empresa SAPEKA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS LTDA., cujo custo de aquisição foi valorado em R\$ 1,00 a unidade, totalizando, portanto, R\$ 16.454.870,00. Com a operação, a contribuinte cedeu as suas ações à HYPERMARCAS S/A, recebendo em contrapartida 3.731.708 ações desta companhia, avaliadas em R\$ 84.149.998,47, a totalidade, resultando num ganho de capital de R\$ 67.695.128,47, sobre o qual aplicou-se a alíquota de 15% e apurou-se o R\$ 10.154.269,27, a título de imposto de renda.

MÉRITO

Inicialmente, destaca-se que a atividade vinculada do agente administrativo não o permite interpretar a lei de forma diversa, devendo observar o disposto no CTN, art. 142:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

A operação de incorporação de ações está prevista na Lei 6.404/76:

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.

[...]

§ 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.

§ 4º A Comissão de Valores Mobiliários estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de incorporação de ações que envolvam companhia aberta.

Como se vê, a incorporação de ações significa que uma companhia incorpora a totalidade das ações de outra. A companhia incorporadora tem o seu capital social acrescido das ações cujo valor é apurado em avaliação realizada para esse fim. Também por efeito da incorporação, passam a figurar, em seu quadro de sócios acionistas, os acionistas originários dos títulos transferidos.

Os acionistas da companhia cujas ações são incorporadas adquirem participação societária na incorporadora, entregando para isso as ações originárias. O valor da participação societária adquirida corresponde ao que for definido pela avaliação aprovada em assembleia.

No patrimônio do acionista ocorre a saída das ações da companhia incorporada e o ingresso das novas ações, da companhia incorporadora.

A transferência não se dá mediante a entrega em dinheiro, mas sim em bens (ações), sendo que a incorporadora também paga o respectivo preço em bens, na forma de ações novas. Assim, a transmissão da propriedade dos ativos é onerosa e mensurada em dinheiro, a partir de prévia avaliação de profissionais peritos.

A hipótese de integralização de capital por pessoa física, mediante entrega de bens, foi estabelecida no art. 23 da Lei 9.249/95:

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

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

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

Sendo assim, a incorporação de ações é uma forma de alienação em sentido amplo, sendo que a diferença a maior a favor do valor econômico em contraposição ao custo de aquisição da participação na empresa cujas ações estão sendo incorporadas por outra, constitui-se em ganho de capital.

As operações que importem alienação de bens estão sujeitas à apuração de ganho de capital, de acordo com a Lei 7.713/88, art. 3º:

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

[...]

§ 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. (grifo nosso)

§ 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. (grifo nosso)

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

O imposto em questão incidirá sempre que houver aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda e de proventos de qualquer natureza, neste último incluído o ganho de capital aqui abordado, o qual é perfeitamente mensurável monetariamente.

A lei ao definir o fato gerador do imposto não se reporta à disponibilidade financeira, mas à disponibilidade econômica ou jurídica, CTN, art. 43:

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

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

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

Para o CTN, o fato gerador do imposto se configura possível com o simples acréscimo patrimonial, não se exigindo a disponibilidade financeira ou circulação de numerário correspondente.

Vê-se, portanto, que a disponibilidade da nova riqueza em pecúnia não é requisito absoluto para a tributação da renda da pessoa física, especialmente diante da hipótese de patrimônio economicamente acrescido pela aquisição de um bem ou direito, como no caso da incorporação de ações. Neste caso, independentemente da conversão em pecúnia, estará configurada a realização de renda para a pessoa física a partir do instante em que o bem ou direito esteja incorporado ao seu patrimônio, ou seja, basta para a aquisição da disponibilidade da renda a possibilidade de mensuração econômica do bem ou direito e que, efetivamente, acresça riqueza ao patrimônio do contribuinte.

Frise-se que o artigo 55 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, Regulamento do Imposto de Renda, RIR/1999, em seus incisos IV e XIII, traz exemplificativamente hipóteses de incidência em que não há recebimento de valores em dinheiro.

Art.55. São também tributáveis (Lei nº 4.506, de 1964, art. 26, Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º, §4º, e Lei nº 9.430, de 1996, arts. 24, §2º, inciso IV, e 70, §3º, inciso I):

[...]

IV- os rendimentos recebidos na forma de bens ou direitos, avaliados em dinheiro, pelo valor que tiverem na data da percepção; (grifo nosso)

[...]

XIII- as quantias correspondentes ao acréscimo patrimonial da pessoa física, apurado mensalmente, quando esse acréscimo não for justificado pelos rendimentos tributáveis, não tributáveis, tributados exclusivamente na fonte ou objeto de tributação definitiva;

A restrição temporária à faculdade de disposição do direito de propriedade (cláusula de *lock up*) acordada entre as partes não pode ser oposta à Fazenda Pública, como destacado no acórdão recorrido, além disso, como bem observado pela PGFN nas contrarrazões, tal restrição não afasta o uso e gozo do bem, no caso, ações, gerando, por exemplo, direito à percepção de dividendos e juros sobre capital próprio, bem como o aluguel de ações. Destaca ainda a PGFN que a restrição ao direito de propriedade não se confunde com condição à transferência de domínio. A transferência de domínio se perfectibilizou no momento da incorporação das ações e com ela o fato gerador do tributo, na forma do art. 3º da Lei 7.713/88. Na data em que se aprovou a operação de incorporação, o bem ingressou no patrimônio dos acionistas e gerou acréscimo patrimonial, não importando o que aconteceria a partir daí.

Diante do conceito de aquisição de disponibilidade econômica, que decorre do recebimento de um valor que acresce efetivamente riqueza ao patrimônio do contribuinte, mesmo que não seja em dinheiro, a convenção particular entre as partes com o fim de limitação à faculdade de disposição do direito de propriedade do acionista, obrigando o contribuinte a não aliená-las por um determinado período, não tem o condão de modificar a definição e o momento de ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, reputando-se perfeito e acabado por ocasião da incorporação das ações.

Ademais, uma vez efetivada a operação, o contribuinte aceitou o risco da variação do valor de mercado e eventual prejuízo foi por ele assumido quando optou por ceder as ações da SAPEKA, recebendo em troca as ações da HYPERMARCAS.

Não cabe aqui invocar a Lei 12.973/14, art. 17, e a Lei 11.941/09, art. 17, que tratam de escrituração contábil, como bem destacou a DRJ.

Assim, diante da legislação aplicável, especialmente a Lei 7.713/88, art. 3º, § 3º, a conclusão não pode ser outra: o fato gerador do IRPF ocorreu no momento da operação

discriminada na introdução deste voto, e tendo sido apurado o ganho de capital, correto o lançamento fiscal que apurou o imposto devido.

PAGAMENTO DO TRIBUTO NOS EXERCÍCIOS SEGUINTE

No que se refere ao ganho de capital apurado pelo contribuinte nas alienações das ações da Hypermarcas, a partir do ano-calendário 2012, este não é objeto do presente processo, que cuida somente da alienação ocorrida no ano-calendário 2010.

Se o contribuinte entende que houve apuração de imposto a maior nos exercícios seguintes, cabe somente a ele demonstrar o erro em procedimento próprio e pedir a restituição dos valores.

Não se aplica ao caso o Parecer Normativo Cosit nº 2, de 28/08/1996, pois suas disposições alcançam apenas as pessoas jurídicas submetidas ao regime de tributação com base no lucro real, como bem destacou a DRJ.

JUROS SOBRE A MULTA DO OFÍCIO

Ao contrário do que entende o recorrente, incide juros de mora sobre a multa de ofício.

O CTN, no art. 161, dispõe que:

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.

A Lei 9.430/96, art. 61, determina:

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.

[...]

§ 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.

O conceito de crédito tributário abrange a multa de ofício, portanto, não efetuado o pagamento no prazo legal, incide juros de mora sobre o principal e a multa de ofício.

No mesmo sentido, manifestou-se a Câmara Superior de Recursos Fiscais, no processo 10980.723322/2015-82, Acórdão 9202-004.250, de 23/6/16, com a seguinte ementa:

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional, e sobre o crédito tributário constituído,

Processo nº 16561.720129/2015-15
Acórdão n.º **2401-004.822**

S2-C4T1
Fl. 560

incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.

CONCLUSÃO

Sendo assim, correto o procedimento fiscal que apurou o IRPF ora lançado.

Pelo exposto, voto por conhecer do recurso voluntário e, no mérito, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier Lazarini

Declaração de Voto

Conselheiro Carlos Alexandre Tortato.

Do ganho de capital na operação de incorporação de ações

Divirjo da i. relatora quanto a existência do ganho de capital passível de tributação na operação de incorporação de ações detalhadamente descrita no voto acima.

Trata-se de discussão bastante conhecida neste Conselho e com jurisprudência e doutrina na defesa de ambas as teses.

Como destacado nos debates deste julgamento, a 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, em 03/03/2015, julgou caso muito semelhante ao presente e entendeu pela não incidência do IRPF na operação, proferindo o Acórdão nº. 9202-003.579, cuja ementa restou assim redigida:

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.

Na ocasião, o i. relator designado para redigir o voto vencedor, Manoel Coelho Arruda Junior, de maneira brilhante e minuciosa abrangeu o tema por diversas perspectivas, todavia, uma delas em especial me chama a atenção, razão pela qual apresento esta declaração de voto, por entender que a matéria, quando discutida, está passando ao largo de crucial fundamento.

Destaco alguns trechos do mencionado acórdão:

Por outro lado, não obstante as delimitações negativas que buscamos realizar, é importante salientar que o Texto Constitucional consagra o direito de propriedade (artigo 5º, XXII, da Constituição da República de 1988), a capacidade contributiva (artigo 145, §1º, do mesmo Diploma) e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III). A tributação consiste em invasão no patrimônio do contribuinte, relativizando o seu direito de propriedade, que destaca parte de sua riqueza (a ser calculada de acordo com o referencial adotado – renda, patrimônio, faturamento, receita, dentre outros) e a entrega ao Estado, como forma de abastecimento dos cofres públicos e concretização dos valores constitucionais perseguidos pela sociedade. Esta invasão, no entanto, não pode aniquilar direitos fundamentais. A capacidade contributiva, a seu turno, impõe que o legislador capte as manifestações de riqueza, previamente estipuladas pelas regras de competência tributária.

Com essas palavras, queremos pontuar que só há renda–acréscimo patrimonial – após o confronto entre as receitas e as despesas, de modo a se tributar, efetivamente, riqueza disponível, e não um ônus, uma perda ou, enfim, qualquer decréscimo patrimonial.

Nesse diapasão, parece-nos que o vocábulo renda só pode significar o acréscimo de riqueza definitivo ao patrimônio do contribuinte, obtido após a dedução das despesas indispensáveis à manutenção da fonte produtora, verificada em determinado período de tempo. O conceito em tela distingue-se principalmente da noção de “patrimônio” (que é o conjunto estático de bens) e de “receita” (ingresso patrimonial), vez que sua configuração depende da dedução de determinadas saídas. Do contrário, ter-se-ia renda como sinônimo de receita.

Posto isso, cabe analisar se a definição do conceito de “renda e proventos de qualquer natureza” realizada pelo legislador nacional complementar, é compatível com a regra de competência do artigo 153, III, da Carta Magna de 1988.

[...]

A tributação da renda só é possível quando configurada a disponibilidade –econômica ou jurídica – que denote manifestação de capacidade contributiva por parte do contribuinte. A disponibilidade econômica refere-se à efetiva disponibilidade dos recursos financeiros em caixa, enquanto a disponibilidade jurídica consiste em título jurídico, líquido e certo, que lhe permite obter, incontestavelmente, a realização em

dinheiro. O importante, para que se viabilize a incidência do tributo, é que o contribuinte adquira esta disponibilidade e manifeste capacidade econômica para arcar com a carga tributária que lhe será imposta em razão deste acréscimo.

Definir se a incorporação de ações enseja ganho de capital aos acionistas, pessoas físicas da empresa incorporada, exige domínio do conceito constitucional de renda, da sua definição à luz do Código Tributário Nacional e se há subsunção deste evento, ou não, ao critério material da hipótese de incidência da norma tributária. Ademais, é decisivo saber se esta operação societária equipara-se à alienação de bens ou direitos por meio de subscrição de ações, conforme disposto no §3º do artigo 3º da Lei nº 7.713/88.

De nossa parte, afirmo sem qualquer receio que a incorporação de ações não se equipara à alienação de bens. Alienar tem como acepção de base a transferência de algo a outrem. O Código Civil de 2002, trata a alienação como forma de perda da propriedade, consoante o artigo 1.275, I, e se concretiza quando há um negócio jurídico bilateral, pelo qual o alienante transfere, a título gratuito ou oneroso, determinado bem ou direito ao alienatário.

Na incorporação de ações ocorre troca, permuta ou, como enuncia a Lei das Sociedades Anônimas, substituição de ações. Esta transação, frise-se, não se dá entre os acionistas da incorporada e a sociedade incorporadora, mas sim entre as duas companhias. Os acionistas da incorporada deliberam sobre a formalização da operação, mas não se exige votação unânime. O sócio que tenha recusado a incorporação, caso não exerça o seu direito de retirada, sofrerá os efeitos da operação societária, passando a ser considerado acionista da incorporadora, de quem receberá novas ações, em substituição àquelas que possuía, cabendo-lhe efetuar as alterações necessárias em sua declaração de bens.

Como se vê, no trecho acima temos as razões do redator do voto vencedor sob o prisma constitucional, ou seja, a análise da incidência ou não do ganho de capital da pessoa física sob o prisma dos conceitos constitucionais de renda que autorizam a tributação. Não se trata de declarar inconstitucional os §§ 2º e 3º do art. 3º da Lei nº 7.713, mas sim de analisar a operação concreta (incorporações de ações) e os seus resultados de acordo com a previsão constitucional e decidir pela incidência ou não da tributação.

Neste ponto, fazendo jus ao brilhantismo das razões dispostas no Acórdão nº. 9202-003.579 e sendo desnecessário ser repetitivo quanto àquelas, destaco a importância desta discussão tão corrente neste Conselho passar a considerar, mais concretamente, a redação do art. 153, III, da Constituição Federal, além dos mencionados direito de propriedade (artigo 5º, XXII, da Constituição da República de 1988), a capacidade contributiva (artigo 145, §1º, do mesmo Diploma) e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III).

Analisando a questão também sob esse prisma constitucional, a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento da Apelação/Remessa Necessária nº 5052793-42.2011.4.04.7000, em acórdão proferido em 01/09/2015, também entendeu pela não incidência do IRPF em operação idêntica a do presente caso, utilizando-se, inclusive, do

acórdão nº. 9202-003.579 da 2ª Turma da CSRF acima mencionado. Na ocasião, o Des. Otávio Roberto Pamplona, que redigiu o voto vencedor, assim ponderou:

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

Não se aplica, portanto, na espécie, a regra constante no artigo 3º, § 3º, da Lei n. 7.713/88, nem tampouco a inserta no artigo 23 da Lei nº 9.249/95, esta última um dos fundamentos básicos do ato fiscal, assim expressa:

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

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

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

Isso porque, como exaustivamente posto na fundamentação, a incorporação de ações para a criação da subsidiária integral não se confunde com a integralização de capital. Ademais, o artigo 23, acima transcrito, prevê uma faculdade à pessoa física para optar em fazer ou não a reavaliação mercadológica das ações e, caso queira, altere os valores na sua declaração enquanto pessoa física. Já, na hipótese de criação de subsidiária integral, o caso é de avaliação obrigatória, por força da Lei das Sociedades Anônimas, o que justifica o mesmo tratamento dado à permuta sem torna, visto que, conquanto diversos os valores de aquisição e os valores de mercado, não há, aqui também, recebimento de valores, isto é, de renda tributável.

[...]

Na verdade, admitir-se a tributação como consta do ato fiscal implicaria em tributação sobre o patrimônio e não tributação sobre a renda.

Mutatis mutandis, em um exemplo simples, seria o mesmo que o legislador determinasse que fossem lançado, nas declarações de ajuste dos contribuintes pessoas físicas, os valores de seus

bens imóveis de acordo com o valor do mercado no final do exercício declarado (desde 31 de dezembro 1995 congelados, portanto, sem correção dos valores; que a posterior legislação que introduziu tardiamente a redução do ganho de capital não solveu bem a distorção - Lei nº 11.196/2005.), e, ao mesmo tempo, determinasse, em razão da mais valia, que fosse ela tributada como renda, a título de ganho de capital. Ou seja, tributação sobre o patrimônio e não sobre a renda.

[...]

A tudo, ainda, pode-se acrescentar que a tributação ofenderia o princípio da capacidade contributiva, visto que, como bem posto por Ricardo Mariz de Oliveira, 'a intributabilidade nessas operações decorre do princípio constitucional da capacidade contributiva, o qual, em se tratando do imposto de renda (e também da CSL), está refletido na definição dos respectivo fato gerador, contido no art. 43 do CTN, no sentido de que ele corresponde à aquisição da disponibilização econômica ou jurídica de renda, ou seja, de renda realizada', sendo certo, ainda segundo o aludido autor, que 'qualquer eventual mais-valia da ação ou bem recebido, em relação ao custo de aquisição, não passa de valor econômico que a ação ou bem dado já carregava antes do ato, mas que somente seria tributável quando alienado, e agora quando vier ser alienado o bem recebido na troca' (op. cit., p. 202 e 203, respectivamente, vide também, p. 106).

Por fim, ofenderia a regra geral de tributação da pessoa física pelo regime de caixa, a qual, só como exceção, é afastada, como, por exemplo, na hipótese do art. 23 da Lei nº 9.249/95, a qual só pode incidir por opção do próprio contribuinte, conforme regra inserta no § 2º do referido artigo, e não por imposição legal ou por discricção da administração tributária.

Assim, com base nas razões expostas, dando o devido destaque para os acórdãos proferidos pela 2ª Turma da CSRF deste Conselho (9202-003.579) e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5052793-42.2011.4.04.7000/PR), que com brilhantismo tratam exaustivamente da questão de mérito aqui discutida e analisaram a incidência ou não do IRPF sob o prisma da autorização constitucional para sua exigência, entendo que não há que se admitir a existência de ganho de capital passível de tributação na operação de incorporação de ações levada a efeito pelo contribuinte em 05/01/2011.

(assinado digitalmente)

Carlos Alexandre Tortato