



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

Processo n° 16561.720130/2015-31
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-006.871 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de janeiro de 2019
Matéria IRPF - GCAP
Recorrente MARCO ANTONIO RAIMUNDO
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 é espécie de alienação de bens e direitos. 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 a 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 *LOCK UP*.

A existência de cláusula contratual de restrição temporária à faculdade de disposição do direito de propriedade do acionais, consistente na obrigação de não alienar os ativos por determinado tempo, não tem 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros João Victor Ribeiro Aldinucci, Jamed Abdul Nasser Feitoza, Renata Toratti Cassini e Gregório Rechmann Junior, que deram provimento ao recuso.

(assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente

(assinado digitalmente)

Mauricio Nogueira Righetti - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Cláudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Montez, Mauricio Nogueira Righetti, Denny Medeiros da Silveira, Jamed Abdul Nasser Feitoza, João Victor Ribeiro Aldinucci, Luis Henrique Dias Lima, Renata Toratti Cassini e Gregório Rechmann Junior.

Relatório

Cuida o presente de Recurso Voluntário em face do Acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, que considerou improcedente a Impugnação apresentada pelo sujeito passivo.

Foi lavrado Auto de Infração em face da recorrente para exigência do IR na monta de R\$ 3.692.461,50 (principal) sobre o Ganho de Capital - GCAP experimentado na alienação de 5.983.589 ações ordinárias da sociedade SAPEKA IND E COM DE FRAUDAS DESCARTÁVEIS para a HYPERMARCAS S/A, pelo valor de R\$ 30.599.998,98, em 6.9.10. (TVF às fls. 337/349)

Regulamente cientificado do lançamento, o sujeito passivo apresentou sua Impugnação (fls. 363/376) que, como já dito, foi julgada improcedente pela DRJ - fls. 387/400.

O acórdão de piso foi assim ementado:

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.

INCIDÊNCIA DA MULTA DE OFÍCIO.

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.

Cientificado do acórdão, apresentou o Recurso Voluntário de fls. 409/440, por meio do qual aduz em resumo:

Da inocorrência do fato gerador.

Que quando do recebimento das ações da HYPERMARCAS, havia cláusula contratual que impedia, durante o período de 5 (cinco) anos, a prática de qualquer ato relacionado à alienação, oneração ou disposição de qualquer dessas ações. Logo, não haveria disponibilidade econômica ou jurídica relativa a essas ações.

Que, assim sendo, os fatos geradores somente passariam a ocorrer a partir de 2012, à razão de 20% ao ano, segundo previsão no instrumento negocial.

Da unicidade do negócio jurídico.

Que a fundamentação no sentido de que as cláusulas mencionadas "dizem respeito à alienação das ações a Hypermecas, ao passo que o presente processo trata da alienação das ações da Sapeka", não faria sentido, na medida em que todas as condições fariam parte de um único negócio, incluindo alienação de ações, reestruturação societária, incorporação de empresa e recebimento de ações da empresa Hypermecas com restrição temporária da disponibilidade econômica e jurídica, o que as obstaría de serem comercializadas de pronto.

Da não ofensa ao art. 123 do CTN.

Que referido dispositivo trataria da transferência de responsabilidade, eis que o direito tributário deve prever apenas os efeitos do negócio jurídico para dele determinar a hipótese de incidência com todas as nuances.

Da cobrança indevida de tributo.

Que o lançamento deveria ter considerado o recolhimento efetuado em 2012, posto que, no máximo, teria havido postergação do pagamento, sob pena de restar caracterizado o crime de excesso de exação.

Da opção de incorporação de bens por valor contábil ou de mercado.

Que o contribuinte optou por declarar as novas ações recebidas da HYPERMARCAS pelo mesmo valor de custo que vinha declarando com relação às ações da SAPEKA, em observância ao artigo 23 da Lei 9.249/95.

Optou, assim sendo, por tributar o ganho quando efetivamente se dessem suas alienações, o que teria ocorrido em 2012.

Que o laudo de avaliação de que se valeu o Fisco, por si só não se submete à tributação, mas apenas baliza os parâmetros para a justa substituição das ações, pois presta-se 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 opção a valor de mercado de que trata o artigo 23 da Lei 9.249/95.

Que ainda que admitisse a transferência por valor superior, também não haveria ganho a tributar, pois é corrente o entendimento de que nas permutas sem torna não há que se falar em ganho tributável.

Da não incidência dos juros SELIC sobre a multa de ofício.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Mauricio Nogueira Righetti, Relator

A autuada tomou ciência do acórdão de piso em 15.9.17, consoante se denota de fls. 406 e apresentou, tempestivamente, seu Recurso Voluntário em 29.9.17 (fls. 409).

Antes de adentrarmos ao mérito, cumpre destacar que o recurso voluntário trouxe indesejada inovação à lide, em inobservância ao artigo 16, III, do Dec 70.235/72, quando passou a aduzir, somente nesta fase recursal, "*que ainda que admitisse a transferência por valor superior, também não haveria ganho a tributar, pois é corrente o entendimento de que nas permutas sem torna não há que se falar em ganho tributável*".

Nesse sentido, forte no dispositivo acima, forçoso o conhecimento parcial do recurso.

Da inocorrência do fato gerador.

Quanto ao tema, sustenta o recorrente que a existência de cláusula contratual que impedia, durante o período de 5 (cinco) anos, a prática de qualquer ato relacionado à alienação, oneração ou disposição de qualquer dessas ações recebidas da Hypermarchas teria o condão de postergar a data do fato gerador para o momento em que passasse a ser detentor da disponibilidade econômica ou jurídica relativa a essas ações. E, assim sendo, os fatos geradores somente passaram a ocorrer a partir de 2012, à razão de 20% ao ano, segundo previsão no instrumento negocial.

Não vejo dessa forma.

O ganho tornou-se evidente e incorporado a seu patrimônio no momento em que o recorrente recebera ações em valor superior àquele que correspondia às ações dadas na incorporação.

O fato de haver cláusula - celebrada entre as partes - que criava restrição à alienação das ações recebidas não significa dizer que o negócio não produziu efeitos durante referido período. Em outras palavras, não havia qualquer condição que viesse a suspender o ganho experimentado no recebimento dessas ações (Hypermarchas) quando comparadas com as que possuía junto à SAPEKA, tanto o foi, que a recorrente, valendo-se da disponibilidade das ações que já estavam sob seu domínio, acordou/admitiu referida restrição.

Vale destacar, como bem colocado pela instância de piso, que "*condição suspensiva é aquela que determina que o ato só terá eficácia a partir da realização de um acontecimento futuro e incerto, isto é, no momento da prática do ato, o direito não está ainda constituído; existe apenas a previsão de que, ocorrendo determinada condição, virá a se constituir. E mais, não ocorrendo a condição, nenhuma eficácia terá o ato, como se nunca houvera sido firmado.*"

Oportuno mencionar que o artigo 123 do CTN, embora refira-se textualmente à modificação da definição legal do sujeito passivo por meio de convenções particulares, traz implícita a regra de que os contornos da tributação são regidos pela lei e não à conveniência dos envolvidos, fazendo com que se aplique, assim penso eu, às demais circunstâncias onde se pretenda modificar, por exemplo, a data do vencimento do tributo e o momento do fato gerado.

Nesse mesmo sentido, os julgados a seguir colacionados:

CLÁUSULA DE LOCK UP. MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.

O fato gerador, no caso, não é a alienação futura com eventual ganho, mas o acréscimo patrimonial que acontece no momento da incorporação das ações, havendo um *plus*, naquele momento, no patrimônio do contribuinte. O que ele fará com esse patrimônio, inclusive o compromisso de não aliená-lo, não afeta a obrigação tributária que então surge.

Acórdão 2202-003.966, de 07.06.2017 - 2ª TO - 2ª Câmara

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.

Acórdão 2401-004.822, de 11.05.2017 - 1ª TO - 4ª Câmara

Nesse ponto, sem reparos no lançamento.

Por sua vez, no que toca à apuração e recolhimento efetuados pelo sujeito passivo em 2012, vale destacar que a ação fiscal desenvolveu-se a partir da alienação - em 2010 - das 5.983.589 ações que detinha na SAPEKA.

Nesse sentido, reputo até então correto o procedimento fiscal, salientando, ainda, que o valor eventualmente recolhido indevidamente ou a maior em 2012 deve ser objeto de procedimento próprio (restituição e/ou compensação) no âmbito da RFB, na medida em que a pretensa utilização dos mesmos neste lançamento caracterizaria compensação de ofício não autorizada em lei, por tratarem-se, assim penso, de eventos autônomos.

Definitivamente o caso não se trata do que constou do Parecer Normativo Cosit nº 2/1996. Para tanto, passo a colacionar a observação promovida pelo julgador de piso quanto ao assunto. Vejamos:

Ressalte-se que 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:

Dúvidas ainda remanesçam quanto aos procedimentos para a correta determinação do montante de imposto de renda devido nos casos de inobservância do regime de competência na escrituração de receitas, rendimentos, custos ou deduções, ou do reconhecimento de lucro, nos casos de pessoas jurídicas submetidas ao regime de tributação com base no lucro real.

Não menos esclarecedora é a ementa do parecer, que trata da inobservância do regime de competência na escrituração de receitas, quando se sabe que, no caso de pessoas físicas, se adota o regime de caixa:

Postergação de pagamento do imposto em virtude de inobservância do regime de competência na escrituração de receitas, custos ou despesas. Ajustes para determinação do saldo do imposto devido.

Ressalte-se também que a orientação da Secretaria da Receita Federal do Brasil transcrita na impugnação (e reproduzida no relatório que precede este voto), identificada como Pergunta nº 265 do programa de orientação ao contribuinte, igualmente se dirige especificamente às pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, não se aplicando, por conseguinte, na apuração do imposto sobre o ganho de capital por pessoas físicas.

O aproveitamento do recolhimento, tal como pretendido pelo recorrente, implicaria, em última análise, a não cobrança da multa de ofício que tem seu fundamento, justamente, no descumprimento da legislação tributária que impulsionara a atuação fiscal. E, como se nota, foi o que efetivamente se deu.

Por fim, vale destacar que acaso deferido o pleito de restituição/compensação do valor eventualmente recolhido de maneira indevida em 2012, o indébito será regularmente corrigido pela Selic.

Na sequência em seu recurso, sustenta o contribuinte ter optado por declarar as novas ações recebidas da HYPERMARCAS pelo mesmo valor de custo que vinha declarando com relação às ações da SAPEKA, em observância ao artigo 23 da Lei 9.249/95. Assim sendo, teria optado por tributar o ganho quando efetivamente se dessem suas alienações, o que teria ocorrido em 2012.

Prossegue ao afirmar que o laudo de avaliação de que se valeu o Fisco, por si só não se submeteria à tributação, mas apenas balizaria os parâmetros para a justa substituição das ações, pois presta-se 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 opção a valor de mercado de que trata o artigo 23 da Lei 9.249/95.

E mais, segundo o recorrente, ainda que admitisse a transferência por valor superior, também não haveria ganho a tributar, pois é corrente o entendimento de que nas permutas sem torna não há que se falar em ganho tributável.

Não lhe assiste razão. Vejamos:

Conforme constatado pela Fiscalização, o autuado era detentor de 5.983.589 ações da empresa SAPEKA, que possuía a seguinte composição acionária:

SAPEKA		
Acionistas	Ações Ordinárias	% do capital Total
Hypermarcas	43.953.521	59,5%
Victor Hugo Alvarenga	16.454.870	22,3%
Marco Antônio Raimundo	5.983.589	8,1%
José Alvarenga dos Santos	2.991.795	4%
Virginia Baryane Alvarenga Pires de Campos	2.991.795	4%
Marilda Alves de Oliveira	1.495.897	2,1%
Total	73.871.467	100%

Referidas ações possuíam valor de **custo de aquisição** da ordem de R\$ 5.983.589,00 (valor unitário de R\$ 1,00), conforme declarado pelo próprio contribuinte na apuração em sua DIRPF/2011, valor esse que não foi questionado pela Fiscalização.

Ato contínuo, o contribuinte alienou tais ações, ao integralizá-las ao capital social da Hypermarca, e recebeu, em pagamento, 1.356.985 ações da Hypermarcas.

Assim, no patrimônio do recorrente ocorreu a saída das ações da companhia incorporada (SAPEKA) e o ingresso das novas ações, da companhia incorporadora (HYPERMARCAS), que passou à seguinte configuração acionária;

ACIONISTAS	Nº DE AÇÕES ORDINÁRIAS	% DO CAPITAL TOTAL (VALORES APROXIMADOS)
Bloco de Controle		
Igarapava Participações S.A.	149.296.510	27,25%
Maiorem S.A. de C.V.	93.371.780	17,04%
Outros Controladores	38.046.916	6,95%
Victor Hugo Alvarenga	3.731.708	0,68%
Marco Antônio Raimundo	1.356.985	0,25%
José Alvarenga dos Santos	678.492	0,12%
Virginia Baryane Alvarenga Pires de Campos	678.492	0,12%
Marilda Alves de Oliveira	339.246	0,06%
Administradores	167.181	0,03%
Outras ações em circulação	260.179.060	47,50%
Total	547.846.370	100%

As ações emitidas pela Hypermarcas possuíam custo unitário de R\$ 22,55, sendo que a relação de substituição das ações constante do Protocolo e justificação de

Incorporação de Ações teria sido a seguinte, em função da avaliação que constou em laudos apresentados por três empresas especializadas contratadas para esse desiderato:

Companhia	Valor considerado por Ação R\$	Relação de troca
Hypermarcas	22,55	0,226784352107594
Sapeka	5,11398743750657	-

Assim, considerou-se que cada ação da SAPEKA corresponderia a 22,68 % de cada ação da HYPERAMARCAS ou, que cada ação da HYPERMARCAS corresponderia a quase 4,5 ações da SAPEKA.

A relação acima significa dizer que cada ação da SAPEKA teria sido avaliada economicamente ao preço unitário de R\$ 5,113987437500657, vale dizer, superior ao custo de aquisição declarado pelo contribuinte em sua DIRPF.

Economicamente, pode-se dizer que o contribuinte recebeu R\$ 30.599.998,98 em novas ações emitidas pela HYPERMARCAS, como pagamento pelas suas 5.983.589 na empresa SAPEKA, que lhe custaram R\$ 5.983.589,00, experimentando um GCAP da ordem de R\$ 24.616.409,98, como adiante sintetizado:

AÇÕES ALIENADAS - SAPEKA			CUSTO	GCAP	IR - 15%
QUANTIDADE	VLR UNITÁRIO	VLR TOTAL	AQUISIÇÃO		
5.983.589	5,11398743750657	30.599.998,98	5.983.589,00	24.616.409,98	3.692.461,50

AÇÕES RECEBIDAS - HYPERMARCAS		
1.356.985	22,55	30.600.011,75

Perceba-se que o pagamento não se deu mediante a entrega em dinheiro, mas sim em bens (ações), na forma de novas ações. Assim, a transmissão da propriedade dos ativos foi onerosa e mensurada em dinheiro, a partir da prévia avaliação de profissionais peritos.

Não custa lembrar que o § 3º do artigo 3º da Lei 7.713/88 estabelece que na apuração do ganho de capital serão consideradas **as operações que importarem 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.

Por sua vez, o artigo 23 da Lei 9.249/95 trata especificamente da alienação de bens e direitos mediante sua integralização no capital social de empresas.

Sobre esse ponto, aduz o recorrente que se valera da faculdade conferida pelo § 2º daquele dispositivo, quando preconizaria, a *contrario senso*, que se a transferência do bem se fizer pelo valor constante de sua declaração, não haveria ganho de capital tributável.

Não é bem assim.

Como bem colocado pela decisão de piso, "*a opção da pessoa física pela transferência das ações pelo valor constante em sua declaração de bens implica que o contrato entre as partes (alienante e adquirente) seja feito por esse mesmo valor. Nos casos em que o contrato entre as partes estipula a integralização pelo valor de mercado, não pode a pessoa física pretender considerar como valor de alienação aquele constante em sua declaração de bens, tão somente para fins e cálculo do ganho de capital, com o fim de evitar ou postergar o pagamento do imposto.*"

Ademais, por se tratar de incorporação envolvendo sociedade anônima, há, de forma imprescindível, de se observar os artigos 7º, 8º e 252 da Lei 6.404,76, com destaque para aqueles que determinam que a integralização de capital deva necessariamente ocorrer pelo valor de mercado, levantado por meio de laudos de avaliação, observadas as formalidades legais.

Nessa linha, tenho que dada a natureza da operação, não lhe era facultada a opção pela transferência das ações pelo valor de aquisição que constara declarado em sua DIRPF, importando ressaltar que a análise daquele § 2º do artigo 23 da Lei 9.249/95 não se deve dar de maneira isolada, desassociada dos demais dispositivos legais (acima citados) que regem a operação objeto da tributação.

Com efeito, alinho-me as razões e conclusão da decisão vergastada, nos seguintes termos:

Como se vê, essas normas específicas, ao exigirem a elaboração de laudo de avaliação das ações, afastam qualquer possibilidade de as partes optarem por sua incorporação pelo valor constante na declaração de bens de seus detentores.

Note-se que o § 3º do art. 252 é cristalino ao condicionar a efetivação da incorporação à aprovação do laudo de avaliação pela assembléia geral da incorporadora, e ao estipular que os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem (evidentemente em valor idêntico ao que consta no laudo de avaliação aprovado pela assembléia geral).

Há de se destacar, por oportuno, que nos autos do processo 16561.720129/2015-15 foi julgado Recurso Voluntário que atacou lançamento efetuado em função da mesma operação, tendo como alienante, todavia, outro contribuinte. (**Acórdão 2401.004.822, de 11.05.2017 - 1º TO - 4ª Câmara**).

Naquela oportunidade, pelo voto de qualidade, negou-se provimento ao recurso, como adiante ementado.

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.

Por derradeiro, no que toca ao pleito de exclusão dos juros de mora sobre a multa de ofício, releva trazer à colação o conteúdo da Súmula CARF nº 108, de observância obrigatória por este Colegiado. Confira-se:

Súmula CARF nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Face ao exposto, VOTO no sentido de CONHECER parcialmente do recurso para, na parte conhecida, NEGAR-LHE provimento.

(assinado digitalmente)

Mauricio Nogueira Righetti