



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 10680.726772/2011-88
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9202-003.579 – 2ª Turma
Sessão de 03 de março de 2015
Matéria IRPF - Incorporação de Ações
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado NEWTON CARDOSO

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2008

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

A figura da incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei n° 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 3°, § 3°, da Lei n° 7.713/88, nem tampouco o artigo 23 da Lei n° 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional. Vencidos os Conselheiros Maria Helena Cotta Cardozo (Relatora), Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira (Suplente convocada) e Carlos Alberto Freitas Barreto, que votaram por dar provimento ao Recurso. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Manoel Coelho Arruda Junior. Fez sustentação oral a Dra. Valéria Zotelli, OAB/SP nº 117.183, advogada do contribuinte. Defendeu a Fazenda Nacional o Procurador Dr. Paulo Riscado Junior.

CÓPIA

Total	1.000	R\$ 1.000,00
-------	-------	--------------

- em 15/01/2007, o Contribuinte Newton Cardoso adquiriu da empresa DORLON SECURITIES LTDA., a título de compra, pelo valor de R\$ 45.000.000,00, o quantitativo de 4.965.440.097 ações da empresa PARTIMAG SA (termo de transferência nº 3, às fls. 16 do Termo de Verificação Fiscal);

- em 16/01/2007, os sócios da REFLA, acima referidos, retiraram-se da empresa, sendo que o primeiro transferiu as suas 999 quotas para Newton Cardoso e o segundo transferiu sua única quota para Newton Cardoso Júnior; o sócio Newton Cardoso aumentou o capital social da empresa, mediante a criação de 45.000.000 de novas quotas, com valor nominal de R\$ 1,00 cada uma, cuja integralização se fez mediante conferência das 4.965.440.097 ações representativas do capital social da PARTIMAG SA; o tipo societário da REFLA foi transformado, passando a empresa a denominar-se REFLA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A; a administração da sociedade passou a ser exercida exclusivamente pelo sócio Newton Cardoso (cláusula 2.2 do Instrumento Particular da 1ª Alteração Contratual); o capital social da REFLA, que era de R\$ 1.000,00, passou a ser de R\$ 45.001.000,00, totalmente subscrito e integralizado (Termo de Transferência nº 4, às fls. 17 do Termo de Verificação Fiscal), dividido em 45.001.000 quotas de valor nominal de R\$ 1,00, assim distribuídas:

SÓCIO	QUOTAS	VALOR
Newton Cardoso	45.000.999	R\$ 45.000.999,00
Newton Cardoso Júnior	1	R\$ 1,00
Total	45.001.000	R\$ 45.001.000,00

- em 16/07/2007, foi constituída a empresa BRATIL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A.; os acionistas subscritores do capital social foram LEGUNA PARTICIPAÇÕES LTDA e REFLA PARTICIPAÇÕES LTDA; o capital social subscrito era de R\$ 500,00, dividido em 500 ações ordinárias, no valor de R\$ 1,00; do total subscrito, R\$ 50,00 foram integralizados em moeda corrente nacional, em 16/07/2007; o restante deveria ser integralizado até 31/12/2007; o objeto da sociedade era o de participação em outras sociedades, como sócia, acionista ou cotista, atuando como "Holding";

- em 20/07/2007, em AGE realizada na REFLA, Newton Cardoso e Newton Cardoso Júnior, únicos sócios dessa empresa, deliberaram e aprovaram todos os termos do "Protocolo e Justificativa de Incorporação de Ações", firmado pelo Diretor Presidente da empresa BRATIL e da REFLA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A, contendo a proposta de incorporação da totalidade das ações desta última pela BRATIL, transformando-a em subsidiária integral; conforme consta da Ata, as ações da REFLA foram incorporadas pelo valor de mercado, apurado por meio de Laudo de Avaliação;

- em 20/07/2007, em AGE realizada às 9h na BRATIL, foi deliberada e aprovada a destituição dos diretores anteriores e a eleição e posse de Newton Cardoso e Newton Cardoso Júnior como, respectivamente, Diretor Presidente e Diretor sem designação específica; às 10h, realizou-se uma outra AGE, aprovando-se o "Protocolo e Justificativa de Incorporação de Ações" da REFLA, do aumento do capital da companhia no montante de R\$ 287.995.525,00, em virtude da incorporação da totalidade das ações da REFLA; o capital social da BRATIL passou a ser de R\$ 287.996.025,00, totalmente integralizado, pertencendo 287.996.023 ações ordinárias de R\$ 1,00 a Newton Cardoso e 2 ações no valor de R\$ 1,00 a Newton Cardoso Júnior; o capital subscrito foi integralizado com as ações da REFLA, conforme o Termo de Transferência nº 1, às fls. 12 do Termo de Verificação Fiscal; em virtude da incorporação de todas as ações da REFLA, o capital social da BRATIL passou a ser de R\$

287.996.025,00, totalmente subscrito e integralizado, dividido em 287.996.025 ações ordinárias nominativas, de valor nominal de R\$ 1,00, assim distribuídas:

SÓCIO	QUOTAS	VALOR
Newton Cardoso	287.996.023	R\$ 287.996.023,00
Newton Cardoso Júnior	2	R\$ 2,00
Total	287.996.025	R\$ 287.996.025,00

- em 31/07/2007 foi realizada AGE na REFLA, aprovando-se Laudo de Avaliação do patrimônio da empresa, elaborado pela AVALLE e deliberando-se pela incorporação total do patrimônio líquido da REFLA, bem como acerca dos termos constantes no “Protocolo e Justificação de Incorporação”, contendo proposta de incorporação da REFLA; em virtude da incorporação, extinguiu-se a REFLA, sucedendo-a a BRATIL em todos os seus direitos e obrigações, ativos e passivos; assim a REFLA inicialmente teve todas as ações incorporadas pela BRATIL e posteriormente foi incorporada por esta, extinguindo-se.

Capital Social da REFLA antes da incorporação de suas ações pela BRATIL

ACIONISTA	Nº DE AÇÕES	VALOR EM R\$	PARTICIPAÇÃO
Newton Cardoso	45.000.999	R\$ 45.000.999,00	99,999998%
Newton Cardoso Jr.	1	R\$ 1,00	0,000002%
Total	45.001.000	R\$ 45.001.000,00	100,000000%

Capital Social da REFLA depois da incorporação de suas ações pela BRATIL

ACIONISTA	Nº DE AÇÕES	VALOR EM R\$	PARTICIPAÇÃO
BRATIL	45.001.000	R\$ 45.001.000,00	100,000000%

Capital Social da BRATIL antes da incorporação das ações da REFLA

ACIONISTA	Nº DE AÇÕES	VALOR EM R\$	PARTICIPAÇÃO
Newton Cardoso	499	R\$ 499,00	99,80%
Newton Cardoso Jr.	1	R\$ 1,00	0,20%
Total	500	R\$ 500,00	100,00%

Capital Social da BRATIL depois da incorporação das ações da REFLA

ACIONISTA	Nº DE AÇÕES	VALOR EM R\$	PARTICIPAÇÃO
Newton Cardoso	287.996.023	R\$ 287.996.023,00	99,999999%
Newton Cardoso Jr.	2	R\$ 2,00	0,000001%
Total	287.996.025	R\$ 287.996.025,00	100,000000%

Assim, na incorporação das ações da REFLA pela BRATIL, que se efetivou pelo valor de mercado, o Contribuinte deixou de ser detentor de 45.000.999 ações da REFLA, no valor de R\$ 45.000.999,00, e passou a possuir 287.995.524 novas ações da BRATIL, no montante de R\$ 287.995.524,00. Destarte, no entender da Fiscalização, a incorporação de ações teria resultado em um acréscimo do patrimônio do contribuinte no valor de R\$ 242.994.525,00 (R\$ 287.995.524,00 - R\$ 45.000.999,00).

De acordo com a autuação, o contribuinte deveria ter informado, na DIRPF – Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física do exercício 2008, anual calendário 2007, no Quadro Declaração de Bens e Direitos, o bem representado pelas ações da BRATIL, adquiridas em 2007. Assim, as 287.996.023 ações deveriam ter sido declaradas, no

campo situação em 31/12/2007, pelo seu valor de aquisição, qual seja, R\$ 287.996.023,00. Entretanto, assim informou, na DIRPF do exercício de 2009, ano-calendário de 2008:

DISCRIMINAÇÃO	SITUAÇÃO EM	
	31/12/2007	31/12/2008
287.996.023 (DUZENTOS E OITENTA E SETE MILHÕES, NOVECENTOS E NOVENTA E SEIS MIL E VINTE E TRÊS) AÇÕES ORDINÁRIAS NOMINATIVAS DA EMPRESA BRATIL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A, INSCRITA NO CNPJ/MF: 08999 166/0001-75, DAS QUAIS 499 AÇÕES FORAM INTEGRALIZADAS EM ESPÉCIE E 287.995.524 AÇÕES FORAM ADQUIRIDAS DE DORLON SECURITIES LTDA, COM SEDE NO EXTERIOR.	0,00	61.683.041,25

Em face das operações descritas, a Fiscalização concluiu ter se configurado ganho de capital na alienação de participação societária, com base nos seguintes dispositivos legais (Auto de Infração de fls. 02 a 09): arts. 1º a 3º e §§, 16 e 19, da Lei nº 7.713, de 1988; arts. 1º e 2º, da Lei nº 8.134, de 1990; arts. 7º, 21 e 22, da Lei nº 8.981, de 1995; arts. 17, 23 e §§, da Lei nº 9.249, de 1995; arts. 37, 38 e par. único, 117, 123, 130, 131, 132, 138 e 142, do RIR/1999.

Em sessão plenária de 20/02/2013, foi julgado o Recurso Voluntário s/n, prolatando-se o Acórdão nº 2202-002.187 (fls. 1.144 a 1.195), assim ementado:

“Assunto: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Exercício: 2008

MULTA QUALIFICADA. JUSTIFICATIVA PARA APLICAÇÃO. NECESSIDADE DA CARACTERIZAÇÃO DO EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.

A evidência da intenção dolosa exigida na lei para a qualificação da penalidade aplicada há que aflorar na instrução processual, devendo ser inconteste e demonstrada de forma cabal. Assim, o lançamento da multa qualificada de 150% deve ser minuciosamente justificada e comprovada nos autos. Além disso, exige-se que o contribuinte tenha procedido com evidente intuito de fraude, nos casos definidos nos arts. 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502, de 1964. A falta de inclusão de algum bem ou direito na Declaração de Ajuste Anual (Declaração de Bens e Direitos), por si só, não caracteriza evidente intuito de fraude, que justifique a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no § 1º do artigo 44, da Lei nº. 9.430, de 1996, já que ausente conduta material bastante para sua caracterização.

DIREITO TRIBUTÁRIO. ABUSO DE DIREITO. AFASTAMENTO DA NÃO INCIDÊNCIA PELA AUTORIDADE FISCAL. LANÇAMENTO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

Não há base no sistema jurídico brasileiro para a autoridade fiscal afastar a não incidência legal, sob a alegação de entender estar havendo abuso de direito. O conceito de abuso de direito é louvável e aplicado pela Justiça para solução de alguns litígios. Não existe previsão legal para autoridade fiscal utilizar tal conceito para efetuar lançamentos de ofício. O lançamento é vinculado a lei, que não pode ser afastada sob alegações subjetivas de abuso de direito.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. SIMULAÇÃO DE NEGÓCIOS. SUBSTÂNCIA DOS ATOS.

O planejamento tributário que é feito segundo as normas legais e que não configura as chamadas operações sem propósito negocial, não pode ser considerado simulação se há não elementos suficientes para caracterizá-la. Não se verifica a simulação quando os atos praticados são lícitos e sua exteriorização revela coerência com os institutos de direito privado adotados, assumindo o contribuinte as conseqüências e ônus das formas jurídicas por ele escolhidas, ainda que motivado pelo objetivo de economia de imposto.

OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. DELIBERAÇÃO POR CONTA DAS PESSOAS JURÍDICAS ENVOLVIDAS NA OPERAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR DE GANHO DE CAPITAL NA PESSOA FÍSICA DOS SÓCIOS.

A figura da incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404, de 1976, 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.

OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. LANÇAMENTO NA PESSOA FÍSICA DO SÓCIO. DATA DO FATO GERADOR CONSIDERADO PELA AUTORIDADE FISCAL LANÇADORA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO.

A Lei nº 7.713, de 1988, em seu art. 2º, determina que o Imposto de Renda da Pessoa Física é devido pelo regime de caixa, à medida que o ganho de capital for percebido. Se não houve nenhum pagamento, na data do fato gerador considerado pela autoridade fiscal lançadora, este não pode ser considerado como percebido pelo Contribuinte, em respeito ao Princípio da Entidade, pois não ingressou em sua disponibilidade jurídica ou econômica, não implicando em fato gerador do Imposto de Renda. A tributação desses rendimentos, quando for o caso, depende da efetiva entrega dos valores ao Contribuinte.

Recurso provido.”

A decisão foi assim registrada:

“ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, desqualificando a multa de ofício, dar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, que provia o recurso parcialmente para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de

75%, acompanhando o voto do Relator pelas conclusões, bem como excluía a incidência da taxa Selic sobre a multa de ofício e Antonio Lopo Martinez, que provia o recurso parcialmente, tão somente, para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%, nos termos do voto do Relator.”

O processo foi encaminhado à PGFN em 26/02/2013 (Despacho de Encaminhamento de fls. 1.196). Assim, conforme o art. 7º da Portaria MF nº 527, de 2010, a Fazenda Nacional poderia interpor Recurso Especial até 12/04/2013, o que foi feito em 03/04/2013 (fls. 1.197 a 1.218), conforme o Despacho de Encaminhamento de fls. 1.219.

Ao Recurso Especial foi dado seguimento parcial, conforme o Despacho de Admissibilidade de 03/06/2013 (fls. 1.221 a 1.229), admitindo-se à rediscussão na CSRF apenas a questão da **apuração de ganho de capital, tributado na pessoa física, na operação de incorporação de ações**, vetando-se a reapreciação da desqualificação da multa de ofício, o que foi confirmado pelo Despacho de Reexame de fls. 1.230/1.231. Os despachos de admissibilidade do apelo foram cientificados à Recorrente por meio do despacho de fls. 1.232.

No Recurso Especial, a Fazenda Nacional apresenta os seguintes argumentos, em síntese, relativos à parte do apelo que obteve seguimento:

Incorporação de ações – ganho de capital

- inicialmente, o Recurso Voluntário e o acórdão recorrido contemplam argumentos que tentam demonstrar a idoneidade das operações tendo como foco as empresas então detidas pelo contribuinte;

- contudo, em que pese seja discutível a ausência de propósito negocial na reestruturação societária maquinada, tal fato é de somenos importância para o debate do presente processo, já que não se discute, na espécie, os efeitos tributários pertinentes aos negócios celebrados pelas pessoas jurídicas LEGUNA, PARTIMAG, REFLA ou BRATIL, tampouco eventual amortização de ágio, mas, sim, o acréscimo patrimonial omitido pelo contribuinte em decorrência de tais operações societárias, sujeito à incidência do IRPF;

- estabelecidas as premissas do debate, verifica-se que o Contribuinte estreia a tese de mérito alegando que as ações incorporadas pela BRATIL teriam o mesmo custo originalmente incorrido no momento em que houve a compra das ações da PARTIMAG, que em determinado momento tinham sido integralizadas no patrimônio da REFLA;

- cabe transcrever o seguinte trecho do recurso (item III.2.1.3.1), ao cuidar “do passo a passo da incorporação das ações da REFLA pela BRATIL”, *verbis*:

*“Para o Recorrente, no ano-calendário de 2007, as ações da **BRATIL** teriam custo de R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais), que corresponde ao valor originalmente acordado pela compra das ações da **PARTIMAG**, e exatamente o mesmo valor pelo qual as ações da **PARTIMAG** foram integralizadas na **REFLA**.*

*A mera avaliação das ações da **REFLA**, por exigência da legislação societária, e sua incorporação a valor de mercado pela **BRATIL**, também por imposição legal, **não teriam o condão de ensejar acréscimo patrimonial para a pessoa física. Não houve, portanto, qualquer espécie de ganho para a pessoa física!***

A pessoa física participou passivamente da incorporação de ações, sofrendo uma “troca” de ações de uma empresa (cujas ações foram incorporadas) por ações de outra empresa (incorporadora das ações).

Ora, se o custo de aquisição das ações não mudou em face da incorporação das ações, considerada como o objeto da autuação ora impugnada, não há que se falar realização de ganho de capital.”

- o contribuinte tece seus argumentos acreditando que houve uma “troca” de ações entre as empresas por ele controladas, de tal modo que faz crer que o valor do custo inicialmente arcado (R\$ 45.000.000,00) com a compra das ações da **PARTIMAG** seria o mesmo que aquele subsequentemente integralizado na **REFLA** e incorporado pela **BRATIL**;

- *data venia*, a legislação tributária não concorda com tal simplória afirmação;

- a situação dos autos enquadra-se na denominada incorporação de ações, prevista no art. 252 da Lei 6.404, de 1976, especialmente no que tange à transferência da totalidade das ações da **REFLA** para a **BRATIL**:

“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)*

- a incorporação de ações e a incorporação de sociedades são fenômenos distintos;

- a **incorporação de sociedades** é regida especialmente pelo art. 227 da Lei 6404/76, que estabelece que “A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações;

- nesse caso, a incorporada se extingue, cujos direitos/obrigações são transferidos à incorporadora;

- a **incorporação de ações**, fenômeno que ocorreu entre a **REFLA** e a **BRATIL**, consiste na operação societária por meio da qual a totalidade das ações de uma sociedade anônima (**REFLA**) é incorporada ao patrimônio de outra companhia (**BRATIL**), convolvando aquela em subsidiária integral desta; é dizer, a companhia cujas ações forem transferidas ao capital da outra sociedade – a incorporada – não se extingue, permanece como pessoa jurídica independente, com plena autonomia patrimonial, sem que ocorra sucessão de direitos e obrigações entre as companhias envolvidas;

- esclarecedora é a lição de Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, em seu livro “Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro (José Bushatsky, Editor, 1979, vol.2, p.727), *verbis*:

“Apesar da semelhança da operação em tela com o instituto regulado no artigo 227, parece-nos que a expressão escolhida pelo legislador – incorporação de ações – é, de certo modo imprópria, por suscitar confusões com aquele instituto. Na verdade, a incorporação de ações nada mais significa do que um aumento de capital social de determinada companhia brasileira, mediante a conferência, pelos subscritores, de todas as ações do capital de outra sociedade, que se converte em subsidiária integral, recebendo seus ex-acionistas ações novas do capital da primeira.”

- no caso em apreço, na incorporação de ações da **REFLA** pela **BRATIL** houve uma efetiva transferência de bens (no caso, ações), em realização de capital da incorporadora (**BRATIL**), acarretando a norma de incidência tributária de imposto sobre o ganho de capital do contribuinte;

- ainda na seara doutrinária, Fran Martins, em seu livro “Comentários à Lei das Sociedades Anônimas”, Forense, 1975, vol. 3, p. 316, leciona que na operação de incorporação de ações há um aumento de capital na sociedade incorporadora com a subscrição das ações pelos acionistas que vai tornar-se subsidiária integral:

“Pois, na verdade, a conversão de uma sociedade anônima em subsidiária integral mediante a chamada incorporação das ações da primeira no patrimônio da segunda nada mais é do que um aumento de capital da sociedade controladora, ou, na expressão da lei, incorporadora, com a subscrição das ações desse aumento pelos acionistas da sociedade que vai tornar-se subsidiária integral, sendo o pagamento dessas ações feito não em dinheiro, mas com as ações dos acionistas da sociedade que vai ser incorporada.”

- ora, o aumento de capital da **BRATIL** com as ações da **REFLA** não correspondeu a uma mera “troca” de ações; configurou, isto sim, uma verdadeira alienação, que, embora não caracterizada pelo pagamento em dinheiro, teve como contraprestação a subscrição das ações que o contribuinte detinha (na sua quase totalidade) na **REFLA**;

- no mesmo sentido, Edmar Oliveira Andrade Filho, in Imposto de Renda das Empresas, São Paulo, Ed. Atlas, p. 461/462, considera que a incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo, da qual acarreta a incidência de imposto de renda sobre ganho de capital, quando a subscrição realizar-se por valor superior ao valor contábil:

“No campo tributário, existem algumas controvérsias da eventual tributação do ganho de capital eventualmente apurado por ocasião da “troca” de ações ou quotas nos casos de incorporação de ações regidas pelo artigo 252 da Lei nº 6.404/76.

Sob a perspectiva daquele que realiza da “troca” das ações ou quotas, há substituição de investimento que pode acarretar ou não a apuração de ganho ou perda de capital; tudo fica a depender do valor a ser atribuído à operação, se maior ou menor que o valor contábil do investimento primitivo, que é substituído por outro.

Esta operação pode ser qualificada como sendo passível de produzir uma alienação ou uma liquidação do investimento. A incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo; com efeito, o detentor das ações ou quotas as entrega sob a 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.

Todavia, não se pode olvidar que o fenômeno possui afinidade funcional com a liquidação de investimento por incorporação de sociedade nos termos do artigo 227 da Lei nº 6.404/76; de fato, o investimento na antiga sociedade (aquela que se tornou a subsidiária integral) deixa de existir em razão do cancelamento das antigas ações ou quotas que são substituídas por ações da controladora (única acionista ou quotista) da subsidiária integral.

Os negócios jurídicos que compõem o instituto da incorporação de ações ocorrem em razão de manifesta deliberação dos sócios ou acionistas das sociedades envolvidas mediante assembleias, nos termos do artigo 252 da Lei nº 6.404/76; portanto, são os acionistas que determinam os valores pelas quais as operações serão realizadas (observadas as prescrições legais tendentes a proteger acionistas minoritários) de modo que se a operação de subscrição realizar-se por valor superior ao valor contábil haverá apuração de ganho de capital tributável(...) (d. n.)

- no caso em tela, repita-se: **a BRATIL incorporou as ações da REFLA pelo valor de mercado de R\$ 287.995.525,22**, calculado em laudo de avaliação;

- o capital social da **REFLA**, que se tratava de uma *holding*, era constituído pelas ações da **PARTIMAG**, que foram adquiridas pelo contribuinte pelo valor de R\$ **45.000.000,00**;

- em decorrência da incorporação das ações da **REFLA** pela **BRATIL**, o contribuinte deixou de possuir 45.000.999 ações da **REFLA**, no valor de R\$ 45.000.999,00, e passou a possuir 287.995.524 novas ações da **BRATIL**, no montante de R\$ 287.995.524,00;

- assim, por uma questão matemática e à luz da legislação do imposto de renda (analisada em seguida), a diferença positiva entre o custo de aquisição e o de alienação configura o ganho de capital sujeito à incidência do IRPF;

- o IRPF incide sempre que houver aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda e de proventos de qualquer natureza;

- o termo “proventos de qualquer natureza” previsto no art. 43 do CTN é suficiente para evitar controvérsias sobre o conceito de renda, vale dizer, nele se inclui todo o acréscimo do patrimônio contábil do contribuinte, mensurável monetariamente (cf. acórdão da DRJ);

- de acordo com a legislação tributária, as operações que importem alienação a qualquer título, de bens e direitos, estão sujeitos à apuração do ganho de capital e as pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos, pelo valor constante da respectiva declaração ou pelo valor de mercado e, **se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital, nos termos em que dispõe o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88 e o artigo 23, § 2º, da Lei nº 9.249/95, in verbis:**

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

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

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

§ 1º. Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-lei 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” (g. n.)

- cumpre ressaltar que a ausência de fluxo financeiro ou circulação de valores não obsta a incidência da exação ora lançada, já que o art. 23, § 2º, acima transcrito, prevê justamente a tributação na situação em que, apesar de não haver recebimento de numerário, a pessoa física transfere à pessoa jurídica, a título de integralização de capital, bens e direitos em valor superior ao constante da declaração de bens;

- dessa forma, caem por terra os argumentos do contribuinte no sentido de que o custo de aquisição da participação societária permaneceu o mesmo, sendo apenas alterado o ativo detido, mediante singela “substituição” de ações da REFLA por ações da BRATIL e que, segundo a sistemática do regime de caixa, o contribuinte não teria percebido valor;

- ora, houve efetiva alienação de participação societária, com diferença a maior em relação ao custo de aquisição das ações da PARTIMAG, que foram integralizadas na REFLA, e a superveniente incorporação de todas as ações da REFLA pela BRATIL;

- é dizer, o que o contribuinte denomina de “permuta”, a legislação tributária considera alienação sujeita à incidência do IRPF sobre o ganho de capital;

- a DRJ esclareceu com precisão o ganho de capital decorrente das operações entabuladas pelo contribuinte e, por isso, merece ser transcrita (fls. 996), *verbis*:

“Conforme consta dos autos, a transferência das ações se deu por valor de mercado, superior ao custo de aquisição. Não há como acolher a argumentação de que não houve acréscimo no patrimônio do impugnante por ocasião da incorporação das ações da REFLA pela BRATIL. Se o contribuinte possuía ações da REFLA pelo custo declarado de R\$ 45.000.999,00, obviamente que ao transferi-las para a BRATIL mediante o recebimento de ações de emissão desta equivalente a R\$287.995.524,00 houve elevação de seu patrimônio que se sujeita à apuração de ganho de capital. Observe-se que, para a empresa incorporadora, o custo de aquisição das ações incorporadas corresponde ao valor das ações emitidas em decorrência do aumento de capital para entrega aos acionistas da incorporada, o qual é considerado em caso de alienação futura.” (destacamos)

- diante do que foi exposto, comprovou-se que a incorporação de ações resultou em acréscimo do patrimônio do contribuinte por ganho de capital no valor de R\$ 242.994.525,00 (R\$ 287.995.524,00 - R\$ 45.000.999,00), que está sujeito à incidência do IRPF.

Ao final, a Fazenda Nacional pede seja dado provimento ao recurso.

Cientificado do acórdão, do Recurso Especial da Fazenda Nacional e dos despachos que lhe deram seguimento parcial em 18/07/2013 (AR – Aviso de Recebimento de fls. 1.238), o Contribuinte ofereceu, em 1º/08/2013, as Contrarrazões de fls. 1.240 a 1.289, contendo os seguintes argumentos, em resumo:

Preliminarmente

Das premissas necessárias à compreensão dos atos jurídicos objeto da autuação

- a autuação decorreu de divergência de raciocínio jurídico: para a Fiscalização, a incorporação de ações implica modalidade de alienação de bens e direitos sujeita à apuração de ganho de capital; para o Contribuinte e para a Câmara recorrida, a operação não representou, para a Pessoa Física, acréscimo patrimonial que obrigasse ao recolhimento de tributo;

- todas as pessoas físicas e jurídicas serão referenciadas como convencionado pela Fiscalização e adotado como padrão na Impugnação, no Recurso Voluntário e pelo acórdão recorrido;

Da nulidade do Auto de Infração em razão da ausência de liquidez e certeza do IRPF exigido

- conforme documentos anexos, o pagamento pelas ações da PARTIMAG foi efetuado mediante a realização de sete remessas de numerário à DORLON, no total de R\$ 61.683.041,25, que foi o seu efetivo custo de aquisição (Contratos de Câmbio – docs. 3 a 10);

- o Contribuinte efetivamente pagou à DORLON pelas ações da PARTIMAG o total de R\$ 61.683.041,25, esse foi o seu efetivo custo de aquisição;

- quanto ao custo de aquisição de bens situados no Brasil, em se tratando de venda realizada por não residentes, a Instrução Normativa SRF nº 208, de 2002, assim determina:

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

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

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

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

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

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

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

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

II - igual a zero, nos demais casos.

§ 5º Na apuração do ganho de capital de não-residente não se aplicam as isenções e reduções previstas para o residente no Brasil. (destacou-se)

- esse é o entendimento pacificado na Receita Federal do Brasil, conforme as Soluções de Consulta nºs **46/10**, de 29/10/2010, publicada em 31/12/2010; **51/11**, de 14/05/2011, publicada em 22/06/2011; **132/06**, de 02/06/2006, publicada em 14/07/2006; e **115/06**;

- assim, caso houvesse ganho de capital tributável, a base de cálculo do Imposto de Renda supostamente devido estaria eivada de vício material, e tal equívoco deve ser reconhecido pelo CARF;

- é o valor de R\$ 61.683.041,25, correspondente aos Contratos de Câmbio registrados no BACEN, acompanhados dos comprovantes de IRRF e respectivos DARF, devidamente registrado na Declaração de Ajuste do exercício de 2009, que representa o efetivo custo de aquisição do ativo em questão (ações da PARTIMAG), utilizado para aumentar o capital social da REFLA, sociedade na qual o Contribuinte detinha participação;

- se ganho de capital houvesse, este deveria ser calculado tendo como base o efetivo custo de aquisição das ações da PARTIMAG e o valor de mercado obtido quando da avaliação para fins de realização da operação de incorporação de ações;

- entretanto, a Fiscalização considerou como custo de aquisição das ações da PARTIMAG o valor de R\$ 45.000.000,00, restando demonstrado o erro material perpetrado, que retira a liquidez e a exigibilidade do suposto crédito tributário;

- conforme o art. 142 do CTN, a correta aferição da base de cálculo do tributo lançado é um dos requisitos do ato administrativo de lançamento, cujo atendimento atribui-lhe exigibilidade e certeza;

- demonstrado o erro material, o lançamento deve ser anulado, devolvendo-se os autos à Autoridade Fiscal, para que novo lançamento seja realizado, respeitando-se o prazo decadencial (cita jurisprudência do CARF).

Mérito

Da aquisição das ações da PARTIMAG pelo Contribuinte

- o Contribuinte detinha 4.965.440.097 ações da PARTIMAG, adquiridas da DORLON a título de compra, em 15/01/2007;

- quanto ao valor pago pelas ações da PARTIMAG, embora a Fiscalização tenha considerado que foi de R\$ 45.000.000,00, conforme já demonstrado foi de R\$ 61.683.041,25, informado em sua Declaração de Ajuste do exercício de 2009 e comprovado pelos Contratos de Câmbio e respectivos DARF de IRRF;

- o termo e transferência de ações da DORLON para o Contribuinte instruiu o próprio Auto de Infração e foi novamente acostado aos autos como anexo à Impugnação;

- a operação de aquisição da PARTIMAG não foi questionada pela Fiscalização, tendo em vista que tanto a compra como a respectiva transferência das ações foram perfeitamente regulares e sujeitas ao devido recolhimento do IRRF;

Do aumento de capital da REFLA e demais transformações societárias

- em 16/01/2007 o Contribuinte utilizou as ações da PARTIMAG, regularmente adquiridas da DORLON, para aumentar o capital de outra sociedade empresária, a REFLA, cuja razão social, à época, era REFLA PARTICIPAÇÕES LTDA;

- os antigos sócios da REFLA retiraram-se da sociedade e transferiram suas cotas para o Contribuinte e seu filho, ato contínuo foram criadas 45.000.000 de novas cotas, com valor nominal de R\$ 1,00 cada uma, cuja integralização se fez mediante a conferência das ações que o Contribuinte detinha da PARTIMAG, pelo mesmo valor de aquisição das ações, no total de R\$ 45.000.000,00, nos termos do art. 23, da Lei nº 9.249, de 1995;

- o capital social da REFLA, que era de R\$ 1.000,00, passou a ser de R\$ 45.001.000,00, totalmente subscrito e integralizado, dividido em 45.001.000 cotas de valor nominal de R\$ 1,00 cada;

- no caso específico do Contribuinte, conquanto o valor econômico das ações fosse de R\$ 45.000.999,00 (valor perante a REFLA), o custo de aquisição considerado pelo Fisco foi por ele mantido em R\$ 45.000.000,00, o que significa que, como a conferência das ações da PARTIMAG à REFLA foi feita pelo mesmo valor pelo qual foram adquiridas, respeitando-se o seu custo originário de aquisição (e não o valor de mercado), na Declaração de Bens não houve alteração de valor;

- para o Contribuinte, mesmo após a integralização das ações da PARTIMAG na REFLA, a situação valorativa patrimonial permanecer inalterada, conforme a seguir:

RETRATO PATRIMONIAL	QUANTIDADE DE AÇÕES / COTAS	CUSTO DE AQUISIÇÃO
Ações da PARTIMAG	4.965.440.097	R\$ 45.000.000,00
Ações da REFLA	45.000.999	R\$ 45.000.000,00

- assim, para a Pessoa Física, o custo de aquisição dessas ações foi mantido em R\$ 45.000.000,00, e essa premissa tem de estar clara, pois será utilizada adiante, para demonstrar que, para o Contribuinte, em momento algum houve acréscimo patrimonial representativo de renda, muito menos a realização de ganho de capital;

- ainda com relação à REFLA, foi neste momento que o seu tipo societário foi alterado (de limitada para SA), bem como sua razão social foi mudada para REFLA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A;

- a Fiscalização não questionou as operações envolvendo a REFLA, tendo em vista que, assim como todos os demais atos que a sucederam, foram praticadas nos exatos termos da lei.

Da incorporação das ações da REFLA pela BRATIL

- a incorporação das ações da REFLA pela BRATIL é o ato que, segundo a Fiscalização, teria ocasionado o alegado ganho de capital não tributado;

- relativamente a esta operação, a Turma recorrida assim entendeu:

“A figura da incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404, de 1976, 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.

(...)

A Lei nº 7.713, de 1988, em seu art. 2º, determina que o Imposto de Renda da Pessoa Física é devido pelo regime de caixa, à medida que o ganho de capital for percebido. Se não houve nenhum pagamento, na data do fato gerador considerado pela autoridade fiscal lançadora, este não pode ser considerado como percebido pelo Contribuinte, em respeito ao Princípio da Entidade, pois não ingressou em sua disponibilidade jurídica ou econômica, não implicando em fato gerador do Imposto de Renda. A tributação desses rendimentos, quando for o caso, depende da efetiva entrega dos valores ao Contribuinte.”

- foi exatamente o que aconteceu, e o que a Recorrente pretende, de forma simplista, é induzir a CSRF a erro, para ver restabelecido o equívoco interpretativo cometido pela Autoridade Fiscal responsável pelo lançamento;

- em 20/07/2007, os sócios da REFLA deliberaram e aprovaram a proposta de incorporação da totalidade das ações pela BRATIL e, naquele momento, o que houve foi a **incorporação das ações da REFLA pela BRATIL**, e não a **incorporação da empresa REFLA pela BRATIL**, que são operações completamente distintas;

- assim, a REFLA continuou a existir, tornando-se subsidiária integral da BRATIL, ao contrário do que ocorreria com a incorporação societária propriamente dita, que acarretaria sua imediata extinção;

- a respeito da “incorporação de ações”, observe-se o que dispõe o artigo 252, da Lei nº 6.404, de 1976 (Lei das SA):

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

- o conceito de “incorporação de ações” pode ser extraído da própria exposição de motivos da referida lei:

“A incorporação de ações (...) é meio de tornar a companhia subsidiária integral, e equivale à incorporação de sociedade sem extinção da personalidade jurídica da incorporada. A disciplina legal da operação é necessária porque ela implica –

tal como na incorporação de uma companhia por outra – em excepcionar o direito de preferência dos acionistas da incorporada de subscrever o aumento de capital necessário para efetivar a incorporação (...).” (destacou-se)

- assim, a incorporação de ações é diferente da incorporação societária que, conforme conceitua o art. 227 da Lei nº 6.404, de 1976, “*é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações*”, enquanto que a incorporação de ações representa a forma de tornar subsidiária uma companhia, sem extingui-la;

- enquanto na incorporação de empresas a incorporada deixa de existir e é sucedida universalmente pela incorporadora, na incorporação de ações a sociedade cujas ações são incorporadas continua a existir e passa à condição de subsidiária da incorporadora, portanto as diferenças não são apenas conceituais, mas também substanciais (cita doutrina de Alberto Xavier);

Do passo a passo da incorporação de ações da REFLA pela BRATIL

- o capital social da REFLA foi aumentado a partir da conferência de ações que o Contribuinte detinha da empresa PARTIMAG, pelo mesmo valor de aquisição, conforme o art. 23, da Lei nº 9.249, de 1995;

- posteriormente, por questão de reorganização societária, tendo em vista possuírem objetos semelhantes e a mesma administração, as ações da REFLA foram incorporadas pela BRATIL, transformando-a em sua subsidiária integral;

- antes, porém, as ações tiveram de ser reavaliadas, conforme exige a lei societária (art. 252, § 1º, da Lei nº 6.404, de 1976), para o que foi contratada a empresa especializada AVALLE, cujo trabalho foi detalhadamente examinado pela Fiscalização;

- assim, as ações da REFLA foram avaliadas a valor de mercado em R\$ 287.995.525,22, isso porque, como parte do patrimônio da REFLA era composto por ações representativas do capital social da PARTIMAG, o método para avaliação consistiu no cálculo do valor da participação da PARTIMAG na MAGNESITA, empresa com ações negociadas em Bolsa de Valores;

- a partir da cotação do valor unitário das ações da MAGNESITA, seguindo-se os critérios da CVM, apurou-se o valor da participação da PARTIMAG em seu patrimônio e, pelos mesmos critérios, obteve-se o valor de mercado das ações da REFLA;

- em decorrência, as ações da REFLA foram incorporadas pelo exato valor pelo qual foram avaliadas, passando a REFLA à condição de subsidiária da BRATIL;

- em contrapartida, a BRATIL teve seu capital aumentado e emitiu ações em favor do Contribuinte e seu filho, na qualidade de ex-acionistas da sociedade cujas ações foram incorporadas, na forma prescrita pelos §§ 1º e 3º do artigo 252, da Lei nº 6.404, de 1976:

“Art. 252. (...)”

§ 1º A assembléia-geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar o aumento do capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas e nomear os peritos que as avaliarão; (...)

(...)

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

- tudo simples e claro, nos limites legais, sem intuito fraudulento ou evasivo;

- com essa medida, a REFLA não deixou de existir, e sim passou à condição de subsidiária da BRATIL, e naquele momento a operação atendeu ao interesse das entidades, pois além de possuírem objetivos semelhantes, possuíam administração comum, o que aperfeiçoaria não apenas o seu comando, como otimizaria os resultados.

Da situação da BRATIL e do Contribuinte após a incorporação das ações da REFLA

- o capital social da BRATIL passou a ser de R\$ 287.996.025,00, dividido em 287.996.025 ações, de valor nominal de R\$ 1,00 cada;

- com o aumento do capital e emissão de novas ações, o quadro acionário da BRATIL passou a ser:

ACIONISTA	AÇÕES	VALOR DAS AÇÕES
CONTRIBUINTE	287.996.023	R\$ 287.996.023,00
NEWTON JÚNIOR	2	R\$ 2,00
TOTAL	287.996.025	R\$ 287.996.025,00

- para o Contribuinte, Pessoa Física detentora das ações, o custo de aquisição de seu investimento novamente não foi alterado, pois mesmo após a incorporação, bem como a emissão de novas ações (a legislação societária exige que os titulares das ações incorporadas recebam diretamente da incorporadora as ações que lhe couberem, e foi o que aconteceu), a situação patrimonial manteve-se inalterada:

RETRATO PATRIMONIAL	QUANTIDADE DE AÇÕES / COTAS	CUSTO DE AQUISIÇÃO (valor considerado pela Fiscalização)
Ações da REFLA	45.000.999	R\$ 45.000.000,00
Ações da BRATIL	287.996.023	R\$ 45.000.000,00

- a mera avaliação das ações da REFLA, por exigência da legislação societária, e sua incorporação a valor de mercado pela BRATIL, também por imposição legal, não teria o condão de ensejar acréscimo patrimonial para a Pessoa Física;

- se o custo de aquisição das ações não mudou em face da incorporação objeto da autuação, não há que se falar em realização de ganho de capital;

- posteriormente os acionistas da BRATIL manifestaram interesse em incorporar o total do patrimônio líquido da REFLA, assim não mais esta teria participação na PARTIMAG (e, indiretamente, parte das ações da MAGNESITA), mas sim a própria BRATIL;

- ao eliminar a utilização da subsidiária REFLA, a unificação e centralização das atividades de ambas as companhias na BRATIL representava alternativa melhor, no sentido de racionalizar suas operações, otimizando a administração e minimizando despesas, logo a perspectiva de lucro seria maior;

- posteriormente, os acionistas da BRATIL aprovaram o laudo de avaliação do patrimônio da REFLA, elaborado pela AVALLE e deliberaram pela incorporação total do patrimônio líquido da REFLA;

Do correto tratamento tributário da operação de incorporação de ações e seus reflexos tributários: ausência de ganho de capital sujeito a Imposto de Renda

- os argumentos da Recorrente são simplistas, já que a mera avaliação das ações da REFLA, ou mesmo o fato de elas terem sido incorporadas a valor de mercado pela BRATIL, não alterou a situação patrimonial do Contribuinte, pois o custo de aquisição dessas ações, para o Contribuinte Pessoa Física, permaneceu inalterado;

- as ações da REFLA eram representativas da participação por esta detida na MAGNESITA, estas negociadas em Bolsa de Valores, portanto o valor de mercado teria de ser volátil, o que não significa que o custo de aquisição tenha aumentado por ocasião de sua mera avaliação, nem mesmo quando da incorporação daquelas ações pela BRATIL;

- no instante que antecedeu a incorporação de tais ações pela BRATIL, as ações da REFLA já possuíam esse valor, portanto a avaliação da AVALLE apenas registra esse fato econômico;

- na incorporação das ações da REFLA pela BRATIL, o Contribuinte não “realizou” seu investimento, apenas passou à condição de detentor de ações da BRATIL, pelo valor do custo de aquisição das ações detidas na REFLA e, originalmente, na PARTIMAG, preservando o mesmo custo de aquisição do seu investimento originário;

- a Recorrente equiparou a incorporação de ações a uma espécie de alienação sujeita a ganho de capital, sustentando que a referida operação correspondeu a uma conferência de ações à BRATIL a valor superior ao que custava na declaração de bens do Contribuinte, e que essa operação, cuja contrapartida foi um suposto “pagamento”, deveria ser tratada como apuração de ganho de capital tributável;

- entretanto, o aumento de capital da BRATIL, assim como a emissão de novas ações em favor do Contribuinte, representam resultados secundários da operação de incorporação, e não a sua essência, conforme asseverou o acórdão recorrido:

“Com efeito, as ações incorporadas são substituídas no patrimônio dos acionistas por novas ações a serem emitidas pela companhia incorporadora, operando uma sub-rogação real derivada de lei. Com base em Pontes de Miranda, tem-se que na sub-rogação real opera-se a substituição de um bem por outro, sendo que o bem adveniente não apenas toma o lugar do bem

substituído, mas também reveste a mesma natureza e se submete ao mesmo regime jurídico do bem substituído.

Ademais, alienação é ato de disposição; de transferência de domínio. A alienação importa na renúncia de um direito e é, portanto, voluntária. Tendo em vista que na sub-rogação real derivada de lei há a substituição de uma coisa por outra em razão de expressa previsão legal, não há que se confundir alienação com sub-rogação real.”

- apesar de o aumento de capital ser evento secundário, necessário à realização da incorporação de ações, estas duas operações têm naturezas jurídicas distintas;

- por exigência legal, na incorporação de ações o acionista “recebe” as novas ações, independentemente de sua atuação; o investidor permanece “inerte” no processo, apenas recebendo novas ações da sociedade incorporadora, tal como determina a legislação societária, como consta do acórdão recorrido:

“Neste ponto, se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação. Os sócios, pessoas físicas, independentemente de terem ou não aprovado a operação na assembleia de acionistas que a aprovou, deverão, apenas, promover a alteração acima referida em suas declarações de ajuste anual.”

- o custo de aquisição da participação societária originária não é alterado, alterando-se apenas o ativo detido, substituindo-se ações da REFLA por ações da BRATIL;

- trata-se de operação mais próxima ao instituto da permuta/troca, ou sub-rogação real, do que da alienação, pois as ações da BRATIL não foram emitidas como forma de pagamento/liquidação, e sim como troca das ações incorporadas da REFLA, por imposição da legislação societária (cita doutrina de Maria Helena Diniz);

- o Código Civil reconhece a permuta e a sujeita às regras gerais relativas a operações de compra e venda (art. 533); entretanto, a permuta tem suas características específicas, principalmente por representar troca de ativos, tangíveis ou não, em que as partes recebem ativos em troca de ativos, mantido o custo de aquisição registrado na Pessoa Física; e foi justamente o que ocorreu no presente caso;

- por se tratar de operação equivalente a permuta, que não envolve transferência de recursos, não há que se falar em ganho de capital, tanto é assim que a legislação não prevê a tributação em operações de permuta, sem torna, entre bens móveis (cita jurisprudência do CARF);

- pelo princípio da eventualidade, assinale-se que o art. 121, inciso II e§ 2º, do RIR/1999 determina expressamente que, nos casos de permuta sem torna, que é situação análoga à tratada nos autos, não há que se falar em ganho de capital (cita jurisprudência do CARF).

Da ausência de aumento do custo do investimento para a Pessoa Física

- por exigência da legislação societária no sentido de que a incorporação de ações deve ser procedida de avaliação, a fiscalização enxergou, mesmo onde não existia, um suposto acréscimo no patrimônio do Contribuinte;

- entretanto, essa valoração não afetou o patrimônio do Contribuinte Pessoa Física, que participou passivamente do resultado da incorporação de ações entre a REFLA e a BRATIL, apenas recebendo da BRATIL ações equivalentes à sua participação na REFLA, e isso ocorreu, convém reiterar, por exigência da legislação societária;

- ainda que as ações da REFLA tenham sido recebidas pela BRATIL por valor superior ao seu custo de aquisição, isso não ocasionou reflexo patrimonial no Contribuinte, já que o custo de aquisição dos referidos ativos foi mantido;

- ademais, as autoridades tributárias brasileiras já admitiram que a permuta de ações, sem torna, não deve ser tributada no momento em que o negócio é realizado, conforme o Parecer Normativo CST nº 504, de 1971

- especificamente com relação à (in)existência de ganho de capital na alienação de ações, vale o registro de decisões proferidas pelo CARF, à época Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, cujas ementas, ora reproduzidas a título de exemplo, restaram assentadas da seguinte forma:

***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, a contribuinte não recebeu nenhum numerário em razão da operação autuada. Não se aplicam à incorporação de ações o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88, nem tampouco o artigo 23 da Lei nº 9.249/95.

Inexistência de fundamento legal que autorize a exigência de imposto de renda pessoa física por ganho de capital na incorporação de ações em apreço. Recurso voluntário provido.

(CARF. 1º Conselho. 6ª Câmara. Acórdãos nºs 106-17.104 à 106-17.105, de relatoria de Gonçalo Bonet Allage. DOU: 18/12/2008) (destacou-se)

- cumpre salientar que a decisão acima foi proferida em dezembro de 2008, o que demonstra que tendo passado mais de um ano da efetivação da operação tratada nestes autos, o entendimento do CARF avalizava o entendimento do Contribuinte, o que corrobora a sua boa-fé;

- e nem se alegue que houve alteração de posicionamento do Órgão, já que o acórdão recorrido reconheceu que no presente caso não há que se falar em ganho de capital nem na consequente tributação pelo IRPF;

- além disso, o paradigma utilizado pela Recorrente para admissão de seu Recurso Especial foi proferido em abril de 2010, ou seja, três anos após a efetivação da operação em comento, por isso a ela não deve ser aplicado;

- ainda que a operação não possa ser qualificada como uma permuta de ações, é inequívoco que, no caso em apreço, não houve auferimento de renda pelo Contribuinte, pois não é demais destacar que, para fins de imposto de renda, o fato gerador é justamente o acréscimo patrimonial, o que no caso não ocorreu, mormente considerando que as Pessoas Físicas estão sujeitas à tributação pelo Imposto de Renda no regime de caixa;

- o art. 43 do CTN prescreve que o fato gerador do Imposto de Renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou proventos de qualquer natureza;

- assim, na troca de ações da REFLA por ações emitidas pela BRATIL, em decorrência da incorporação de ações, sem a transferência de quaisquer recursos, e ainda, sem que o custo de aquisição das ações fosse alterado para o Contribuinte, é certo que não houve disponibilidade econômica, assim entendida como a percepção efetiva de rendimentos e ganhos, houve apenas uma troca de bens;

- do mesmo modo, também não há que se falar na ocorrência de disponibilidade jurídica, assim entendida como o direito a um crédito, ainda não efetivamente recebido, uma vez que, na permuta de ativos, o investidor continua tendo direito a um potencial ganho, e não a um ganho efetivo; o ganho de capital efetivo somente seria apurado quando e se o Contribuinte efetivamente dispusesse das ações;

- afinal, há mera alteração do ativo, o valor desse ativo permanece o mesmo declarado anteriormente, qualquer potencial ganho a ser apurado pelo acionista fica diferido para o momento em que este efetivamente alienar o investimento.

Da ausência de capacidade contributiva e dos reflexos do regime de caixa

- não houve efetivo recebimento ou fluxo de recursos no momento da incorporação de ações; para o Contribuinte não houve disponibilidade mesmo após a incorporação das ações;

- diante dessa constatação, o conceito de regime de caixa, aplicável às pessoas físicas, aliado à ausência de capacidade contributiva, afastam qualquer hipótese de tributação da incorporação de ações pelo Imposto de Renda;

- ainda que a operação representasse algum tipo de ganho, o que se admite apenas a título de argumentação, não houve efetiva disponibilidade de caixa para o

Contribuinte, o que desautoriza a cobrança do Imposto de Renda, conforme jurisprudência do CARF, com fundamento no art. 2º, da Lei nº 7.713, de 1988;

- conforme o referido artigo, o legislador estabeleceu como característica essencial a efetiva percepção dos rendimentos;

- embora a regra comporte exceções, a tributação das Pessoas Físicas deve ser feita de acordo com o regime de caixa, incidindo o imposto apenas – e somente se – por ocasião da efetiva percepção do rendimento;

- no presente caso isso não ocorreu, pois em momento algum foram encontradas provas, ou indícios, de que o Contribuinte tenha auferido rendimentos em decorrência do suposto ganho de capital;

- ao contrário, a acusação gira em torno de suposto acréscimo patrimonial em decorrência da incorporação de ações realizada entre Pessoas Jurídicas, mas o que de fato ocorreu foi mera alteração do ativo em decorrência da incorporação de ações, exigida por lei como consequência da operação societária, e sem qualquer alteração no custo de aquisição do investimento para a Pessoa Física (cita jurisprudência do CARF).

Diante do exposto, conclui-se que:

a) a substituição no patrimônio do sócio/acionista representada pela permuta das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora ocorre sem sua participação, de forma passiva;

b) o custo de aquisição da participação societária originária não é alterado em razão da incorporação de ações; ele permanece o mesmo, devendo apenas ser ajustada na declaração de ajuste anual a mudança do ativo detido;

c) para fins de imposto de renda, a pessoa física está sujeita ao regime de caixa; na incorporação de ações, como o Contribuinte não recebe numerário em contrapartida, não há que se falar em incidência do imposto;

d) o Contribuinte nunca recebeu recursos, nem mesmo após a incorporação de ações, que não pode ser equiparada a uma forma de alienação a qualquer título, razão pela qual as disposições contidas nos art. 3º, § 3º, da Lei nº 7.713, de 1988, e 23, § 2º, da Lei nº 9.249, de 1995, não são aplicáveis à espécie;

e) não há acréscimo patrimonial efetivo e definitivo decorrente da incorporação de ações, tampouco aumento do custo de aquisição declarado pela pessoa física;

f) não há “realização” do ganho, que é apenas “potencial”;

g) por todos esses argumentos, inexistente fundamento legal que autorize a exigência de IRPF do Contribuinte por (suposto) ganho de capital decorrente da incorporação de ações.

Ao final, o Contribuinte pede que sejam recebidas suas Contra-Razões, mantendo-se o acórdão recorrido. Alternativamente, caso as infrações sejam confirmadas, o que admite apenas para argumentar, requer seja reconhecido o erro na formação da base de cálculo, anulando-se a autuação a fim de que a Autoridade Fiscal, respeitando o prazo decadencial, apure corretamente o IRPF devido.

Voto Vencido

Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, Relatora

O Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional é tempestivo e, quanto à matéria admitida à rediscussão, atende aos demais pressupostos de admissibilidade, portanto deve ser conhecido.

Ressalte-se que, em sede de Contrarrazões, oferecidas tempestivamente pelo Contribuinte, não foi apresentada qualquer restrição quanto ao seguimento parcial do apelo à Instância Especial. Muito pelo contrário, o Contribuinte expressamente referenda o paradigma, já que, lembrando que se trata de julgado reformador, proferido pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, ressalta que a decisão, naquele caso, foi adotada pelo voto de qualidade, “o que, por si só demonstra que a questão ora posta em debate está longe de estar pacificada (...)”.

Assim, a despeito das restrições ao conhecimento do apelo, trazidas em sede de sustentação oral, não há dúvida acerca da similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigma, tanto assim que o tema – incorporação de ações – fartamente tratado pela doutrina, tem ensejado, reiteradamente, a menção ao acórdão paradigma.

Adentrando ao mérito, trata-se de exigência de Imposto de Renda Pessoa Física, tendo em vista a omissão de ganho de capital obtido na alienação de participação societária, conforme o Auto de Infração de fls. 2 a 9. A operação objeto da autuação foi a incorporação de ações, cujo contexto a seguir se resume:

- 02/01/2006 – constituição da empresa REFLA PARTICIPAÇÕES LTDA, pelos sócios LEGUNA PARTICIPAÇÕES LTDA e Carlos Roberto Mendonça de Almeida Filho, com capital social de 1.000 quotas de valor nominal de R\$ 1,00, sendo 999 quotas pertencentes ao primeiro e 1 quota ao último;

- 15/01/2007 – o Contribuinte ora autuado, Newton Cardoso, adquire 4.965.440.097 ações da empresa PARTIMAG, por R\$ 45.000.000,00, da empresa DORLON SECURITIES LTDA;

- 16/01/2007 – alteração societária da REFLA, com retirada dos sócios fundadores e transferência de 999 quotas para Newton Cardoso e 1 quota para Newton Cardoso Júnior; aumento de capital da sociedade por Newton Cardoso, mediante a criação de 45.000.000 novas quotas de R\$ 1,00, com integralização por meio de ações da PARTIMAG S/A; o tipo societário foi alterado de limitada para sociedade por ações e a empresa passou a denominar-se REFLA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A; o capital social ficou distribuído da seguinte forma: Newton Cardoso com 45.000.999 ações de R\$ 1,00 e Newton Cardoso Júnior com 1 ação de R\$ 1,00;

- 16/07/2007 – constituição da empresa BRATIL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A, com capital social de R\$ 500,00, dividido em 500 ações de R\$ 1,00 sendo os acionistas subscritores LEGUNA PARTICIPAÇÕES LTDA e REFLA PARTICIPAÇÕES LTDA;

- 20/07/2007 – aprovação em Assembleia Geral Extraordinária pelos acionistas da REFLA, Newton Cardoso e Newton Cardoso Júnior, dos termos do “Protocolo e Justificativa de Incorporação de Ações”, contendo proposta de incorporação de todas as ações da REFLA pela BRATIL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A, passando aquela a ser subsidiária integral, pelo valor de mercado apurado em laudo de avaliação; as ações da REFLA foram avaliadas a valor de mercado, pela empresa especializada AVALLE.

- 20/07/2007 – aprovação em AGE da BRATIL às 9 horas, da eleição e posse de Newton Cardoso e Newton Cardoso Júnior como, respectivamente, Diretor Presidente e Diretor sem designação específica; aprovação em AGE às 10 horas, dos termos constantes do “Protocolo e Justificativa de Incorporação de Ações” da REFLA, do aumento do capital da companhia no montante de R\$ 287.995.525,00, em virtude da incorporação da totalidade das ações da REFLA; assim, o capital social da BRATIL passou a ser de R\$ 287.996.025,00, totalmente integralizado, pertencendo 287.996.023 ações ordinárias de R\$ 1,00 a Newton Cardoso e 2 ações no valor de R\$ 1,00 a Newton Cardoso Júnior.

Independentemente das operações realizadas antes ou depois da incorporação de ações, da REFLA pela BRATIL, e sem adentrar em discussão acerca do eventual propósito negocial envolvido, o certo é que, após essa operação, a participação societária do Contribuinte, que tinha o valor de R\$ 45.000.999,00, passou a ser de R\$ 287.995.524,00, o que por si só revela considerável aumento patrimonial, no valor de R\$ 242.994.525,00, restando perquirir se haveria efetivamente tributação desse acréscimo pelo Imposto de Renda.

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

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

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

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

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

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

(...)”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)” (grifei)

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

No presente caso, repita-se que a operação objeto da autuação foi a incorporação de ações, da empresa REFLA pela empresa BRATIL, com base no artigo 252 da Lei nº 6.404, de 1976, que assim estabelece:

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

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

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

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

No presente caso, seguindo-se as determinações do dispositivo acima, a REFLA teve suas ações incorporadas pela BRATIL, tornando-se assim sua subsidiária integral. O negócio se efetivou pelo valor de mercado, de sorte que o Contribuinte deixou de ser detentor de 45.000.999 ações da REFLA, no valor de R\$ 45.000.999,00, e passou a possuir 287.995.524 novas ações da BRATIL, no montante de R\$ 287.995.524,00, o que, repita-se, resultou, indubitavelmente, em acréscimo do patrimônio do contribuinte no valor de R\$ 242.994.525,00.

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

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

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

Assim, adentrando à materialidade do negócio jurídico tipificado no art. 252 da Lei das SA, praticado no caso dos autos, constata-se:

- o aumento de capital da BRATIL, sociedade incorporadora, com a transferência das ações representativas desse aumento pelos acionistas da REFLA, que se tornou subsidiária integral, sendo que o respectivo pagamento não foi efetuado em dinheiro, mas sim em ações;

- ocorreu de fato uma alienação, já que a empresa BRATIL adquiriu, dos sócios da empresa REFLA, todas as ações por estes detidas, tornando-a sua subsidiária integral, pagando o respectivo preço por meio de ações.

Destarte, verifica-se que o negócio jurídico tipificado no art. 252 da Lei nº 6.404, de 1976, embora seja denominado “incorporação de ações”, trata-se, na sua essência, de uma modalidade de alienação, materializada pela transferência de ações, dos sócios daquela que passará a ser subsidiária integral, para a empresa incorporadora, a título de subscrição de capital não com dinheiro, mas sim com bens. Em contrapartida a incorporadora, ao invés de numerário, paga o respectivo preço também em ações. Assim, ocorrendo alienação, a qualquer título, independentemente da denominação que seja atribuída à operação, é cabível a incidência do Imposto de Renda, no caso de eventual ganho, conforme os dispositivos legais já colacionados, constantes da Lei Complementar e da Lei nº 7.713, de 1988.

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

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

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

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

Concluindo, a operação ora analisada, por todos os argumentos esposados, encontra-se efetivamente sob a incidência do Imposto de Renda, portanto cabível a exigência contida no Auto de Infração, ressaltando-se que a desqualificação da penalidade não mais se encontra em discussão. Assim, no presente caso, ocorreu uma alienação, cujos elementos encontram-se claramente determinados, a saber:

- bem alienado: 45.000.999 ações da REFLA;
- custo de aquisição: R\$ 45.000.999,00;
- data da aquisição: 16/01/2007;
- data da alienação: 20/07/2007;
- valor da alienação: R\$ 287.995.524,00;
- ganho de capital: R\$ 242.994.525,00.

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

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

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

ii) que se operacionaliza mediante:

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

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

iii) que apresenta os seguintes efeitos:

a) alienação das ações da ‘incorporada’, a título de integralização do capital da ‘incorporadora’;

b) transformação dos sócios da ‘incorporada’ em sócios da ‘incorporadora’;

c) conversão da ‘incorporada’ em subsidiária integral da ‘incorporadora’.

(...)

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

(...)

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

(...)

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

Dessa feita, o artigo acima trazido à colação poderia ser aplicado aos casos de incorporação de ações. Mas, mesmo que se concluísse não ser possível essa aplicação direta desse dispositivo – cujo escopo não foi o de criar hipótese de tributação de ganho de capital, mas permitir o diferimento da tributação desse ganho, mediante a transferência de bens a valor contábil – ele nos mostra que, aos olhos da legislação, é admitida a incidência do imposto de renda sobre o ganho de capital apurado na troca de um bem por ações ou quotas de uma empresa.”

E ainda Fran Martins:

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

Assentado que o Imposto de Renda incide sobre a operação em tela, nos termos da legislação colacionada, resta analisar os argumentos trazidos pelo Contribuinte em sede de Contrarrazões, tempestivamente oferecidas, por ele próprio assim resumidos:

a) a substituição no patrimônio do sócio/acionista representada pela permuta das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora ocorre sem sua participação, de forma passiva;

b) o custo de aquisição da participação societária originária não é alterado em razão da incorporação de ações; ele permanece o mesmo, devendo apenas ser ajustada na declaração de ajuste anual a mudança do ativo detido;

c) para fins de imposto de renda, a pessoa física está sujeita ao regime de caixa; na incorporação de ações, como o Contribuinte não recebe numerário em contrapartida, não há que se falar em incidência do imposto;

d) o Contribuinte nunca recebeu recursos, nem mesmo após a incorporação de ações, que não pode ser equiparada a uma forma de alienação a qualquer título, razão pela qual as disposições contidas nos art. 3º, § 3º, da Lei nº 7.713, de 1988, e 23, § 2º, da Lei nº 9.249, de 1995, não são aplicáveis à espécie;

e) não há acréscimo patrimonial efetivo e definitivo decorrente da incorporação de ações, tampouco aumento do custo de aquisição declarado pela pessoa física;

f) não há “realização” do ganho, que é apenas “potencial”;

g) por todos esses argumentos, inexistente fundamento legal que autorize a exigência de IRPF do Contribuinte por (suposto) ganho de capital decorrente da incorporação de ações;

h) alternativamente, caso as infrações sejam confirmadas, o que o Contribuinte admite apenas para argumentar, requer seja reconhecido o erro na formação da base de cálculo, anulando-se a autuação a fim de que a Autoridade Fiscal, respeitando o prazo decadencial, apure corretamente o IRPF devido.

No que tange aos argumentos constantes dos itens “a” a “g”, eles obviamente decorrem da premissa de que parte o Contribuinte, qual seja, a de que na operação de incorporação de ações, na realidade, ocorreria mera substituição de patrimônio, sem participação ativa do Contribuinte, assemelhando-se a uma operação de permuta ou a uma sub-rogação real.

Entretanto, conforme restou demonstrado no presente voto, tal premissa, no entender desta Conselheira, resta equivocada, já que a incorporação de ações, na sua essência, caracteriza uma alienação, sujeita à incidência de Imposto de Renda, quando apurado ganho de capital, como ocorreu no caso em exame.

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

- a suposta posição de passividade do Contribuinte, no caso de incorporação de ações;

- a ausência de circulação de numerário e a suposta necessidade de atendimento ao regime de caixa;

- a identificação da operação de incorporação de ações com a sub-rogação real ou a permuta.

Quanto ao primeiro argumento, observa-se que a alegada passividade do sócio da empresa cujas ações são incorporadas é bastante discutível, já que, ao ingressar em uma sociedade empresarial, o sócio automaticamente está concordando com a sistemática de adoção de decisões majoritárias, o que obviamente implica na aceitação de que eventualmente

possa se encontrar em situação minoritária. Ademais, para o sócio dissidente sempre existe o direito de retirada, garantido no art. 252, da Lei das Sociedades Anônimas. Ainda que assim não fosse, no caso em apreço, em particular, não há que se falar em passividade, eis que o Contribuinte autuado era praticamente o único acionista da REFLA, cujas ações foram incorporadas e se tornou subsidiária integral da empresa BRATIL, da qual o mesmo Contribuinte autuado era o Diretor Presidente.

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

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

(...)

Mencione-se, ainda, que não há óbice à conclusão acima apresentada na alegação de que não seria cabível a apuração de ganho de capital na incorporação de ações em razão de a transferência das ações da sociedade ‘incorporada’ dar-se de maneira alheia à vontade do acionista. Como já demonstrado, não concordamos com a afirmação de que faltaria vontade na operação. Na incorporação de ações, há alienação, o que é suficiente para o surgimento do ganho, independentemente da natureza do negócio.”

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

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

No entender do Contribuinte, as características acima, já rechaçadas no presente voto, conduziram à identificação da operação de incorporação de ações com uma sub-rogação real derivada de lei, ou com uma simples permuta. Entretanto, tais associações não resistem a uma análise mais profunda.

Quanto à identificação da incorporação de ações com uma sub-rogação real, esta não se sustenta, já que, conforme o próprio trecho colacionado pelo Contribuinte, excerto do voto condutor do acórdão recorrido, com tal sub-rogação “opera-se a substituição de um bem por outro, sendo que o bem adveniente não apenas toma o lugar do bem substituído, mas também reveste a mesma natureza e se submete ao mesmo regime jurídico do bem substituído”.

Ora, de plano constata-se que a incorporação de ações não se amolda a tal definição, já que o dispositivo legal que a prevê em momento algum aponta para uma relação de substituição absoluta, muito menos para a manutenção da mesma natureza jurídica ou o mesmo regime jurídico do bem substituído. A título de exemplo, a própria classe das ações poderia ser diferente, após a incorporação. A impropriedade de tal comparação foi inclusive registrada por Luís Eduardo Schoueri, em obra já citada no presente voto (p. 52):

“Nesse contexto, não vislumbramos a previsão de sub-rogação real no artigo 252 da Lei das Sociedades Anônimas.

Ali, não criou, o legislador, qualquer ficção. Em momento algum o dispositivo dá a entender que as ações de ‘B’ deveriam ser consideradas como ações de ‘A’. Não vemos, ademais, que a lei tenha estabelecido a substituição das ações mediante um juízo relativo, ou seja, com vistas a uma relação jurídica particular. Pelo contrário, as ações, tanto as da companhia ‘incorporada’, como as da ‘incorporadora’, são tratadas em si e por si. Prova disso é, como se disse acima, que as ações de ‘B’ não autorizam o sócio a exercer quaisquer direitos em face de ‘A’, o que decorre da relação jurídica particular em que se encontram insertas as ações desta.”

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

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

Assentado que a operação em tela não configura permuta, torna-se despicando tecer considerações sobre o Parecer Normativo CST nº 504, de 1971, citado pelo Contribuinte em sede de Contrarrazões. Acrescente-se que, à exceção do CTN, o citado ato normativo é anterior a todos os diplomas legais analisados no presente voto.

Finalmente, resta examinar o argumento trazido pelo Contribuinte em sede de Contrarrazões, resumido no item “h”: alternativamente, caso as infrações sejam confirmadas, o que o Contribuinte admite apenas para argumentar, requer seja reconhecido o erro na formação da base de cálculo, anulando-se a autuação a fim de que a Autoridade Fiscal, respeitando o prazo decadencial, apure corretamente o IRPF devido.

O alegado erro na base de cálculo foi assim descrito pelo Contribuinte, nas Contrarrazões (fls. 1.240 a 1.289):

“III.1.3 - Da nulidade do Auto de Infração em razão da ausência de liquidez e certeza do IRPF exigido do Recorrido

*Conforme demonstram os documentos anexos, o pagamento pelas ações da **PARTIMAG** foi efetuado mediante a realização de 7 remessas de numerário à **DORLON**, conforme demonstram os Contratos de Câmbio anexos (Docs. 3 a 10).*

Para facilitar a compreensão, o Recorrido sintetiza as informações constantes dos referido documentos ora carreados aos autos, na tabela abaixo. Veja-se:

(...)

*Uma vez demonstrado que o Recorrido efetivamente pagou à **DORLON** pelas ações da **PARTIMAG** o total de R\$ 61.683.041,25, esse foi o seu efetivo custo de aquisição.*

Relativamente ao custo de aquisição de bens situados no Brasil em se tratando de venda realizada por não residentes, a Instrução Normativa SRF nº 208/2002, que disciplina a questão da tributação do ganho de capital por não residentes, assim determina:

(...)

Nesse sentido, como não poderia deixar de ser, é o entendimento pacificado da Receita Federal do Brasil, conforme demonstram as soluções de consulta abaixo transcritas:

(...)

Assim, caso houvesse ganho de capital tributável, como quer fazer crer a Recorrente, o que se admite por amor ao argumento, a base de cálculo do imposto de renda supostamente devido pelo Recorrido estaria eivada de vício material, e tal equívoco deve ser reconhecido por esse Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

São os R\$ 61.683.041,25 correspondente ao valor dos Contratos de Câmbio devidamente registrados junto ao BACEN (e acompanhados dos comprovantes de IRRF) e devidamente

*declarado pelo Recorrido em sua declaração anual de ajuste que representam o efetivo custo de aquisição do ativo em questão (ações da **PARTIMAG**), utilizado para aumentar o capital social da **REFLA**, sociedade na qual o Recorrido detinha participação;*

*Assim, se ganho de capital houvesse, esse deveria ser calculado tendo como base o efetivo custo de aquisição das ações da **PARTIMAG** e o valor de mercado obtido quando da avaliação para fins de realização da operação de incorporação das ações.*

*Contudo, a autoridade fiscal assim não procedeu. Conforme se verifica dos autos, a fiscalização considerou como custo de aquisição das ações da **PARTIMAG** o valor de R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais).*

Logo, resta demonstrado o erro material perpetrado pela autoridade fiscal, que retira a liquidez e a exigibilidade do suposto crédito tributário exigido do Recorrido.”

Assim, o alegado erro na formação da base de cálculo da exigência diria respeito ao custo da operação, mais especificamente ao custo das ações da empresa PARTIMAG, adquiridas da empresa DORLON, considerado no Auto de Infração como de R\$ 45.000.000,00, que o Contribuinte ora afirma ter sido de R\$ R\$ 61.683.041,25.

De plano, há que se esclarecer que tal alegação – erro na formação da base de cálculo da exigência – não foi trazida pelo Contribuinte em sede de Impugnação, o que leva ao exame do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, que assim dispõe:

“Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

(...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior.

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda

instância.

Compulsando-se a Impugnação apresentada pelo Contribuinte às fls. 741 a 781, bem como os documentos que a instruíram (fls. 782 a 935), constata-se que não há qualquer menção ou prova referente a eventual erro na formação da base de cálculo da exigência. Muito pelo contrário, os argumentos e provas colacionados pelo próprio Contribuinte, quando da Impugnação protocolada em 29/12/2011, confirmam a base de cálculo apurada pela Fiscalização. Confira-se o teor da Impugnação:

“De fato, o Impugnante realmente detinha ações da PARTIMAG. E isso jamais foi negado. Essas 4.965.440.097 (...) ações, conforme restou comprovado durante o processo de investigação, foram adquiridas da DORLON a título de compra, em 15/01/2007, pelo valor de R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais).

A cópia do termo de transferência das ações, da DORLON para o Impugnante, consta do próprio auto de infração, mas é novamente acostado.”

Com efeito, analisando-se o Termo de Transferência nº 3, juntado pelo próprio Contribuinte quando da Impugnação, consta a transferência, em 15/01/2007, de DORLON para ele, mediante contrato de compra e venda, de 4.965.440.07 ações da PARTIMAG, no valor de R\$ 45.000.000,00. A transferência para a REFLA, mediante integralização de capital de ditas ações pelo mesmo valor, encontra-se no Termo de Transferência nº 4, também anexo à Impugnação.

Assim, verifica-se que, quanto ao custo de aquisição das ações da PARTIMAG pelo valor de R\$ 45.000.000,00, não houve qualquer discordância por parte do Contribuinte em relação ao valor utilizado pela Fiscalização, sendo que a documentação comprobatória foi apresentada por ele próprio, quando da Impugnação.

Destarte, trata-se de matéria incontroversa, sobre a qual não foi instaurado litígio. Muito pelo contrário, sobre esse particular ocorreu anuência expressa por parte do Contribuinte. Assim, entende esta Conselheira não ser possível a discussão do tema, trazido em sede de Contrarrazões em Recurso Especial da Fazenda Nacional, tendo em vista a ocorrência da preclusão. Com efeito, não se trata de qualquer das hipóteses previstas no artigo 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, que ensejariam a admissão de novas razões ou provas.

Mesmo que se pudesse abrir agora uma discussão acerca do real valor pelo qual as ações da PARTIMAG foram adquiridas da DORLON, e o quanto o alegado erro alteraria a base de cálculo da exigência – o que se admite apenas para argumentar – eventual erro na base de cálculo de tributo, por si só, nunca foi motivo de declaração de nulidade de lançamento, pelo menos no que tange à jurisprudência do CARF. Muito pelo contrário, eventual erro de base de cálculo pode levar, no máximo, a um provimento parcial de recurso, o que, aliás ocorre com frequência e faz parte da rotina dos Colegiados.

Ainda por amor ao debate, constata-se que o pleito do Contribuinte, no sentido de alteração do custo das ações da PARTIMAG, está fundamentado no art. 26 da Instrução Normativa SRF nº 208, de 2002, que assim estatui:

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

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

(...)

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

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

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

II - igual a zero, nos demais casos.

(...)” (grifei)

A toda evidência, o dispositivo acima somente é aplicável na impossibilidade de comprovação do custo de aquisição do bem ou direito, mediante documentação hábil e idônea. E no presente caso, a documentação foi apresentada pelo próprio Contribuinte e aceita como idônea pela Fiscalização. Reitere-se que, em sede de Impugnação, o Contribuinte referenda o valor atribuído à operação de compra e venda das ações da PARTIMAG, utilizado pela Fiscalização.

Por fim, cabe registrar que, no mesmo sentido do presente voto, além do precedente desta CSRF, representado pelo Acórdão nº 9202-00.662, de 12/04/2010, há o Acórdão nº 2202-002.388, de 13/08/2013, exarado em face de Pedido de Restituição, tendo em vista que a própria Contribuinte, naquele caso, considerou que haveria Ganho de Capital, tanto assim que efetuou, espontaneamente, o respectivo pagamento do Imposto de Renda Pessoa Física. Mais recentemente, cita-se o Acórdão nº 2202-002.980, de 10/02/2015.

Diante do exposto, conheço do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional e dou-lhe provimento.

(Assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo

Voto Vencedor

Conselheiro Manoel Coelho Arruda Junior, Redator Designado

A discussão da incidência do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física em face da operação de “incorporação de ações” apesar de não ser matéria nova neste Conselho, trata-se de tema pouco apreciado e que nos últimos anos foi objeto de produção intelectual vasta [inúmeros artigos e livros de juristas na área tributária¹], que só reforçam a divergência do conceito de renda e se há ou não hipótese de incidência do tributo.

A divergência de interpretação no CARF estende-se quando se verifica que no Acórdão recorrido os Conselheiros Representantes da Fazenda Nelson Mallmann e Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga e no Acórdão 106-17.104, o Conselheiro Giovanni Christian Nunes Campos votaram contra a tributação.

Apesar de ter, em 12 de abril de 2010 [Acórdão n. 9202-00.662], manifestado pela não incidência do IRPF nessa operação, tendo o r. *decisum* paradigma – único existente em favor da exigência – sido decidido por voto de qualidade, com característica incomum, Conselheiro Representante de Fazenda [Francisco de Assis de Oliveira Júnior] e Representante dos Contribuintes [Suzy Gomes Hoffman] votaram, respectivamente, contra e favor do lançamento; entendi essencial fazer estudo mais profundo do tema. Segue abaixo ementa e resultado do acórdão paradigma:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF

Exercício: 2005

IRPF – OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES – GANHO DE CAPITAL

As operações que importem alienação a qualquer título, de bens e direitos, estão sujeitos a apuração do ganho de capital.

A incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo.

O sujeito passivo transferiu ações, por incorporação de ações, para outra empresa, a título de subscrição e integralização das ações que compõem seu capital, pelo valor de mercado.

¹ SCHOUEI, L. E. ; Luiz Carlos de Andrade Jr. . Incorporação de Ações: Natureza Societária e Efeitos Tributários. Revista Dialética de Direito Tributário, v. 200, p. 44-72, 2012.

e OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Incorporação de ações no direito tributário: conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

A diferença a maior (entre o valor de mercado e o valor constante na declaração de bens) deve ser tributada como ganho de capital.

Recurso Especial provido.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, em dar provimento ao recurso. Vencidos os conselheiros Gonçalo Bonet Allage, Manoel Coelho Arruda Junior, Moises Goiacomelli Nunes da Silva, Francisco de Assis de Oliveira Junior e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira que negavam provimento.

Assim, a matéria que chega à apreciação deste Colegiado demonstra-se complexa, merecendo análise criteriosa. Peço licença para inicialmente fazer breve exposição sobre o tema e após manifestar meu entendimento divergente da i. Conselheira Maria Helena Cotta Cardoso.

Como dito acima, a matéria envolve a exigência de imposto de renda incidente sobre ganho de capital apurado em operação denominada “incorporação de ações”, a qual se encontra disciplinada pelo artigo 252 da Lei nº 6.404/76, da seguinte forma:

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

Segundo a fiscalização e de acordo com o entendimento das autoridades julgadoras de primeira instância, a transferência de ações da REFLA para a BRATIL, está sujeita a apuração do ganho de capital, com fundamento nos dispositivos acima transcritos, acrescidos de outros.

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

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

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

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

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

O artigo 23 da Lei nº 9.249/95 trata de operações de transferência de bens e direitos a título de integralização de capital, sendo, pois, inaplicável ao caso, segundo penso, na medida em que incorporação de ações não representa subscrição de capital em bens.

Pela não ocorrência de alienação, mas de mera substituição, de participação societária, entendo que não pode dar sustentação à exigência o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88.

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

Neste caso, se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação. Os sócios, pessoas físicas, independentemente de terem ou não aprovado a operação na assembleia de acionistas que a aprovou, deverão, apenas, promover a alteração acima referida em suas declarações de ajuste anual.

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

Importante, neste momento, trazer à colação trecho da obra *Sociedade Anônima – 30 Anos da Lei 6.404/76*, coordenada por Rodrigo Monteiro de Castro e por Leandro Santos de Aragão, Editora Quartier Latin, 2007, p. 119-143, contém artigo de autoria de Alberto Xavier, chamado *Incorporação de Ações: Natureza Jurídica e Regime Tributário*, que muito bem esclarece a questão:

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

(...)

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

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

Não ocorre também a extinção da sociedade cujas ações são objeto da “incorporação” a que se refere o art. 252, precisamente porque a operação tem o objetivo oposto de manter a respectiva personalidade

jurídica, pressuposto lógico necessário da conversão da sociedade pré-existente em subsidiária integral da “companhia incorporadora” das ações.

(...)

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

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

Precisamente porque a lei pretendeu viabilizar a formação superveniente de subsidiária integral, prescindindo a regra da unanimidade, ela foi forçada a abandonar a construção jurídica da figura da incorporação de ações baseada numa pluralidade de

contratos de subscrição em bens, para optar pela configuração jurídica da operação como um contrato não já entre sócio e sociedade, mas entre duas sociedades, a companhia cujas ações houverem de ser incorporadas e a companhia incorporadora.

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

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

(...)

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

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

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

(...)

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

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

O único fenômeno de transmissão em sentido técnico que existe não tem como transmitente o titular das ações a serem incorporadas, pois não existe manifestação de vontade deste, na sua qualidade de proprietário das ações, mas sim a sociedade incorporadora das ações, uma vez que, nos termos do § 3º do art. 252, “aprovado o laudo de avaliação pela Assembléia Geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhe couberem.”

O titular das ações a serem objeto de incorporação nada faz, nada transmite, nada permuta: limita-se “passivamente” a receber da sociedade incorporadora ações substitutivas das originariamente

detidas e que ocupam, no seu patrimônio, lugar equivalente ao das ações substituídas por um fenômeno de sub-rogação real.

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

Tenha-se finalmente presente que esta é a solução que melhor se adequa ao art. 43 do Código Tributário Nacional (CTN), pois só neste

meramente potencial, pois precisamente neste momento é que ocorrerá a aquisição de disponibilidade econômica e jurídica de renda.

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

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

A incorporação de ações para o fim de constituição de subsidiária integral constitui manifestamente um instituto jurídico decorrente do processo crescente de concentração empresarial.

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

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

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

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

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

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

[...] A subscrição constitui o ato pelo qual alguém transfere a título de propriedade bens ou direitos de seu patrimônio para o patrimônio da sociedade, passando tais bens ou direitos a integrar o fundo comum ou social. Em contrapartida à conferência dos bens para a integralização do capital social, são atribuídas ao subscritor, que passará a gozar, a partir de então, do 'status socii'.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A doutrina, aliás, tem criticado a utilização, pelo legislador, da palavra “incorporação”, conhecida como uma operação em que se extingue a sociedade incorporada, sendo sucedida pela incorporadora, o que não ocorre na incorporação de ações.

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

[...] A operação prevista no artigo 252 da Lei das S.A, tem por objetivo a transformação de sociedade pluripessoal em subsidiária integral, mediante a “incorporação” da totalidade das ações de sua emissão ao patrimônio da companhia “incorporada”.

Uma das principais características da operação de incorporação de ações é a compulsoriedade da transferência das ações dos acionistas, independentemente de seu consentimento. Isto é, verifica-se a total ausência do elemento volitivo para a efetivação e concretização deste tipo de operação.

A operação de incorporação de ações decorre unicamente da deliberação assemblear, a cuja decisão os acionistas

eventualmente discordantes não poderão opor-se, estando impossibilitados de impedir a operação.

É nas assembleias gerais que será verificada a vontade social das duas sociedades: a incorporadora e a da que terá suas ações incorporadas.

Uma vez adquirida a personalidade jurídica como registro de seus atos constitutivos, sociedade passa a ter existência distinta da de seus membros, sendo considerada uma pessoa, a quem a Lei atribui capacidade para adquirir e transmitir direitos.

[...] Na hipótese de incorporação de ações, a assembleia geral da sociedade cujas ações serão incorporadas delibera, por maioria, realizar a operação. Trata-se de manifestação da vontade social, tendo em vista os interesses da sociedade e não os dos acionistas individualmente considerados. [...]

Após a aprovação da operação de incorporação de ações pela maioria na assembleia geral, a diretoria da companhia que terá suas ações incorporadas, ao subscrever o aumento do capital da sociedade incorporadora com ações dos acionistas, está executando a vontade social.[...]

Como referido, o ato jurídico de subscrição não é praticado, portanto, pelos acionistas, mas pela diretoria da sociedade cujas ações serão incorporadas.

[Grifou-se]

No caso, não ocorre uma integralização de capital pela pessoa física, tratando-se de operação levada a efeito pelas pessoas jurídicas envolvidas no processo de incorporação de ações. Outrossim, não se tem transferência, por ato de alienação, de bens da pessoa física para uma pessoa jurídica. Ocorre apenas uma subrogação, no patrimônio do acionista, das ações de uma empresa pelas de outra, e isso por força de lei.

Conforme a lição de Maria Helena Diniz (in Curso de Direito Civil Brasileiro, 2º Volume, São Paulo, Editora Saraiva, 19ª ed., p. 264, 2004), o termo subrogação advém do latim *subrogatio*, designando substituição de uma coisa por outra, com mesmos ônus e atributos, caso em que se tem a sub-rogação real.

Nesse sentido, entendo que não há como se comparar, para fins de justificar a tributação, integralização de capital social por pessoa física com incorporação de ações entre pessoas jurídicas.

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

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

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

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

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

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

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

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

Ato contínuo, pretendeu a Autoridade Fiscal justificar a tributação por meio da aplicação do disposto na Lei n. 7713, de 22 de dezembro de 1988, que altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências:

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

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

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

(Vide Lei 8.023, de 12.4.90)

§ 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.*

§ 5º Ficam revogados todos os dispositivos legais concessivos de isenção ou exclusão, da base de cálculo do imposto de renda das pessoas físicas, de rendimentos e proventos de qualquer natureza, bem como os que autorizam redução do imposto por investimento de interesse econômico ou social.

§ 6º Ficam revogados todos os dispositivos legais que autorizam deduções cedulares ou abatimentos da renda bruta do contribuinte, para efeito de incidência do imposto de renda.

[Grifo nosso]

Resta claro que os arts. 1º e 2º tratam da hipótese que define incidência da ocorrência do fato gerador, que só ocorre, como definido em Lei, quando os rendimentos são percebidos por pessoas físicas. Além disso, define claramente, que o imposto será devido, pelas pessoas físicas, à medida em que os rendimentos e ganho de capital foram percebidos.

É certo que a Constituição da República de 1988 outorgou competência tributária aos entes federativos por meio de regras compostas por expressões que denotam riqueza tributável (os “fatos-signos presuntivos de riqueza”, conforme expressão cunhada por Alfredo Augusto Becker). Dada a vaguidão e a ambiguidade dos vocábulos, é patente a dificuldade de se precisar, semanticamente, o que deve ser entendido por “renda e proventos de qualquer natureza”, “faturamento”, “receita”, “salários”, dentre outros.

O legislador constituinte se utilizou de conceitos fechados e determinados, que vinculam a atividade do legislador infraconstitucional, como forma de se garantir a segurança jurídica e a legalidade. Quis o legislador constituinte repartir, com rigidez e precisão, o espaço de tributação de cada ente federativo, evitando, desta forma, conflitos de competência. Se com a rígida discriminação de competências tributárias, vemos a todo o tempo situações de bitributação, certamente a adoção de tipos aumentaria, sobremaneira, as invasões de competência.

Os conceitos constitucionais não poderão ser alterados pelo legislador infraconstitucional, a quem caberá, tão somente, defini-lo por meio de instrumento normativo

próprio (a Lei Complementar prevista no artigo 146 da Lei Constitucional de 1988, que será objeto de análise em tópico próprio). Qualquer atuação que extrapole o conceito constitucional, implica reconhecimento do vício de inconstitucionalidade da norma jurídica tributária.

A regra prevista no inciso III do artigo 153 da Constituição da República de 1988, outorga competência à União para instituir imposto sobre a “renda e proventos de qualquer natureza”. Nesse diapasão, cumpre-nos construir o conceito constitucional de renda⁷, fixando as balizas constitucionais à atuação do legislador infraconstitucional.

Em sua acepção de base, identificamos no vocábulo “renda” diversos significados que nos orientam neste trabalho de construção de sentido; dentre elas, destacamos: **(i)** produto anual ou mensal de propriedades rurais ou urbanas, de bens móveis ou imóveis, de benefícios, capitais em giro, empregos, inscrições, pensões etc.; produto, receita, rendimento; **(ii)** rendimento líquido depois de deduzidas as despesas materiais. **(iii)** totalidade dos rendimentos que entram num cofre geral. **(iv)** importância superior a determinado limite e estabelecida pelas leis fiscais como rendimento da atividade econômica do indivíduo⁸. Por sua vez, o vocábulo “provento” tem como acepção de base os significados de “ganho”, “lucro”, “proveito” ou “rendimento”. Trata-se de espécie do gênero, “renda”.

Como se percebe, a acepção de base é insuficiente para que se conceitue juridicamente “renda e proventos de qualquer natureza”. Cumpre analisar a regra do artigo 153, III, com outras regras e princípios do Texto Constitucional. Não obstante, é decisivo apartar a palavra “renda” de outros vocábulos, que dela se aproximam ou, ao menos, tangenciam-na. Contudo, é importante distanciar “renda” de “faturamento”, “receita”, “patrimônio”, “capital”, “ganho”, “rendimentos” e “lucro”.

“Faturamento” é fonte de custeio prevista no artigo 195, I, b, da Constituição Federal de 1988 para a instituição de contribuições destinadas ao custeio da seguridade social, não podendo ser confundida com o vocábulo ora investigado. Faturamento consiste no ato ou efeito de faturar, isto é, extrair uma fatura relacionada à uma venda mercantil ou prestação de serviço, conforme disposto na Lei nº 5.474/68. Trata-se de conceito oriundo do direito privado incorporado pelo legislador constituinte. A riqueza tributável consiste na soma dos valores auferidos constantes nas faturas emitidas. Não se confunde, portanto, com “renda”. “Receita” também é fonte de custeio prevista no artigo 195, I, b, do Diploma Constitucional, constituindo gênero do qual o “faturamento” é uma espécie. Na lição de Paulo de Barros Carvalho²:

Receita é a entrada que, integrando-se ao patrimônio sem quaisquer reservas ou condições, vem crescer seu vulto como elemento novo positivo. Assim, quando o particular vende determinado bem que lhe pertence, o dinheiro recebido é receita, uma vez que altera a situação patrimonial do vendedor.

O emprego do vocábulo deixa clara a diferença existente entre “renda” e “receita”, conquanto a presença daquela pressuponha a existência desta.

O legislador constituinte também diferencia “patrimônio” de “renda”. Isso fica nítido, por exemplo, pelo disposto no artigo 150, VI, a e c e os §§1º, 2º e 4º, do Texto Constitucional, em que são mencionados no mesmo enunciado, denotando conteúdo semântico diverso. Trata-se de conceito oriundo do direito privado, que designa o conjunto de bens e direitos de determinada pessoa, física ou jurídica (pública ou privada), estaticamente considerados.

² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Noeses, 2009, p. 811.
 Documento assinado digitalmente em 07/04/2015 por MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR. Assinado digitalmente em 07/04/2015 por MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, Assinado digitalmente em 08/04/2015 por MARIA HELENA COTTA CARDOZO, Assinado digitalmente em 23/05/2015 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO
 Impresso em 29/05/2015 por MARIA MADALENA SILVA

Renda também não se confunde com “capital”, que é empregada pelo constituinte como espécie de investimento permanente. É quantia, pertencente ao patrimônio de um indivíduo, utilizada para produzir bens de capital (juros, correção monetária, lucro, dentre outros).

“Ganho” e “rendimentos” consistem em entradas no patrimônio de uma pessoa, física ou jurídica, mas também não podem ser equiparadas à renda, visto que a Lei Maior de 1988 também as utiliza em acepção, muito similar ao de receita.

“Lucro”, por fim, consiste no resultado positivo de uma determinada atividade econômica, obtida por uma pessoa física ou jurídica. O lucro é materialidade empregada pelo constituinte para fins de custeio da seguridade social por meio de contribuição (artigo 195, I, c). Para José Artur Lima Gonçalves³, trata-se de “noção parcial em relação à renda”.

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.

Coube à Lei Complementar, nos termos do artigo 146, III, a, da Constituição da República, definir os conceitos constitucionais, a fim de delimitar e balizar o legislador ordinário na expedição da regra-matriz de incidência dos tributos de sua competência. O legislador complementar, portanto, deve se ater ao conceito constitucional de renda, sem

prejuízo das demais limitações formais e materiais ao poder de tributar previstas na Carta Magna de 1988.

Nesse diapasão, o legislador complementar definiu o conceito de renda, conforme o artigo 43, I e II, do CTN – Código Tributário Nacional:

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

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

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

A definição do legislador complementar coaduna-se com o conceito constitucional de renda construído, razão pela qual inexistente incompatibilidade vertical. O legislador ordinário poderá eleger como hipótese de incidência do tributo em análise a conduta pela qual o contribuinte auferir um acréscimo patrimonial em caráter definitivo, seja ele enquadrado na definição de renda (definida como o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos) ou de proventos de qualquer natureza (todo e qualquer acréscimo que não advinha do capital ou do trabalho, tais como alugueis, royalties, dentre outros).

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.

A incorporação tem como um de seus efeitos a transformação da sociedade incorporada em sua subsidiária integral – e não a sua extinção, como ocorre com a incorporação tradicional – da qual a incorporadora passa a ser a única acionista. Ato contínuo, a incorporadora emite ações em seu nome, para substituir aquelas que foram incorporadas, cujo valor pode ser idêntico, inferior ou superior ao valor de custo. Daí o caráter de permuta: o acionista entrega a sua participação societária, e recebe em troca novas ações, agora da empresa incorporadora.

Trocam-se, portanto, títulos por outros títulos. O fato de as novas ações serem eventualmente superiores ao valor contabilizado (ou valor de custo), não permite dizer que houve acréscimo patrimonial, visto que não há qualquer disponibilidade efetiva de renda. Esta somente se verificará quando o contribuinte efetuar a alienação da participação societária, recebendo, em contrapartida, o preço. O ganho de capital, portanto, depende da realização da renda.

Relevante salientar que este ganho verificado em razão da substituição dos títulos é meramente potencial. Como é cediço, o mercado de capitais é sazonal, de modo que o contribuinte pode sofrer a desvalorização de suas ações, nova valorização, e assim sucessivamente. Somente quando ocorrer a alienação efetiva da participação, com recebimento das quantias pela sociedade empresária, é que se poderá verificar a existência, ou não, de ganho de capital tributável.

Desta forma, ainda que se possa aceitar a ocorrência de uma transferência de ações (dos acionistas da incorporada à incorporadora), não há recebimento de preço pelos títulos, mas sim de novas ações, cujo valor total, ainda que superior, poderá ser momentâneo, diante das variáveis acima mencionadas.

Assim, inexistente qualquer ganho de capital tributável pelo imposto sobre a renda quando ocorre a denominada incorporação de ações. A situação descrita não se amolda ao critério material da norma tributária. Não há efetivo acréscimo patrimonial, mas mera possibilidade de acréscimo, a ser verificado quando da efetiva alienação destas ações. Por conseguinte, exigir o tributo da pessoa física, nestas situações, não só afronta o conceito constitucional de “renda e proventos de qualquer natureza” - porquanto tributa-se patrimônio e não renda - como também viola o princípio da capacidade contributiva (artigo 145, §1º, da Lei Constitucional de 1988, vez que o contribuinte não manifesta qualquer riqueza passível de tributável) e da legalidade (artigo 150, I, do mesmo Diploma, vez que se exige exação sem respaldo em lei ou na própria Carta Magna).

A partir dessa conclusão, surgem algumas indagações:

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

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

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

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

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

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

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

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

Registro, por oportuno, que tal entendimento foi manifestado recentemente [19/05/2014] pela d. Procuradoria Federal que atua junto a Comissão de Valores Mobiliário-CVM, em Parecer n /2014/GJU-2/PFE/PGF/AG [doc. entregue com os memoriais] da lavra da Procuradora Federal Raquel Passarelli de Souza Toledo de Campos, conforme se observa:

ASSUNTO: CONSULTA. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA JURÍDICA. EFEITOS PARA OS ACIONISTAS DA INCORPORADA.

[...] 17. Tanto a vontade que movimenta a incorporação de ações é a das sociedades envolvidas, e não de cada acionista de per si, que a transação é aprovada pela maioria de votos e não por sua unanimidade. Assim, repita-se, a vontade individual determina, apenas, se a ação detida por certo titular será ou não substituída por outra emitida pela nova controladora. Mas é a vontade das assembleias que constitui elemento essencial do negócio de incorporação de ações.

18. Assim, em uma visão global da operação, temos que o negócio é celebrado entre as companhias, que manifestam vontade de contratar por meio das respectivas assembleias e completam as formalidades legais por seus diretores. A emissão das novas ações para os acionistas da incorporada termina de cumprir o procedimento legal e é consequência da aquisição dos títulos originais pela incorporadora e da necessária recomposição dos patrimônios individuais afetados.

19. Por todo o exposto, não existe alienação das ações pelos acionistas da incorporada, cujas manifestações de vontade estão dirigidas à celebração do negócio social. Embora a vontade individual seja relevante para a efetiva substituição de

títulos, não o é para perfectibilidade do negócio. A substituição final é consequência legal e lógica da operação e condição imprescindível ao equilíbrio dos interesses contínuos.

Portanto, não se pode ignorar o princípio da entidade e dizer, noutra linha, que não haverá tributação. Entendo que a ocorrência do fato gerador do IRPF quando existir a realização dessa renda.

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

Sob minha ótica, também justifica a manutenção do *decisum* recorrido o § único, do artigo 38, do RIR/99, que assim determina:

Art. 38. A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.

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

(Grifei)

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

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

Com tais considerações, entendo que não merece ser reformado o *decisum* recorrido

DISPOSITIVO

Por todo o exposto, voto no sentido de CONHECER DO RECURSO ESPECIAL interposto pela PGFN, para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

CÓPIA