



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10880.721439/2014-79
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº **9101-006.007 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 08 de março de 2022
Recorrente AMPERES ADMINISTRACAO E PARTICIPACOES LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. MATÉRIA SUMULADA. JUROS SOBRE MULTA. SUMULA CARF 108. IMPOSSIBILIDADE.

Não se conhece recurso especial de decisão que adote entendimento de súmula de jurisprudência do CARF, ainda que esta tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso, nos termos do artigo 67 do RICARF.

Súmula CARF 108: Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2009

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES PARA CONVERSÃO DA EMPRESA INCORPORADA EM SUBSIDIÁRIA INTEGRAL. SUBSTITUIÇÃO DAS AÇÕES PELA INCORPORADORA. ALIENAÇÃO CARACTERIZADA. GANHO DE CAPITAL. OCORRÊNCIA.

A operação de entrega de ações para incorporação, nos moldes previstos no art. 252 da Lei das S/A, mediante o recebimento de novas ações emitidas pela empresa incorporadora, ambas avaliadas a valor de mercado, caracteriza-se como alienação e está sujeita a apuração de ganho de capital.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação à matéria “ganho de capital na incorporação de ações”. No mérito, na parte conhecida, por maioria de votos, acordam em negar provimento, vencidos os conselheiros Livia De Carli Germano (relatora) e Alexandre Evaristo Pinto que votaram por dar-lhe provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

(documento assinado digitalmente)

Andréa Duek Simantob – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca (suplente convocado) e Andrea Duek Simantob (Presidente em exercício). Ausente o conselheiro Caio Cesar Nader Quintella.

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pelo sujeito passivo contra o acórdão 1302-002.378, proferido na sessão de 21 de setembro de 2017, pela 1ª Turma Ordinária da Terceira Câmara da Primeira Seção que, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso voluntário. A decisão recebeu as seguinte ementa:

Acórdão recorrido 1302-002.378

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA JURÍDICA.

Na incorporação de ações ocorre a alienação de ações com recebimento do pagamento in natura, recebimento em ações de outra companhia.

SUB-ROGAÇÃO REAL. NÃO-OCORRÊNCIA.

É da essência da sub-rogação real que a substituição do objeto se dê dentro da mesma relação jurídica e que tenham equivalência de valor, o que não ocorre no caso da incorporação de ações.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE.

Na incorporação de ações existe a manifestação de vontade das partes envolvidas, realizadas pelas respectivas assembleias de acionistas e na forma da lei.

CUSTO DO BEM. VALOR CONTÁBIL.

Para o direito tributário o valor relevante para o custo do bem vendido é o registrado na contabilidade.

LUCRO PRESUMIDO. REGIME DE CAIXA.

A venda a vista, com recebimento de bens como pagamento, aumenta imediatamente o patrimônio do alienante, aumento disponível tanto econômica quando juridicamente, provocando a incidência tributária imediata, independentemente do regime adotado.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO

É correta a cobrança de juros de mora à taxa SELIC incidente sobre a multa de ofício.

Acordam os membros do colegiado, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

O lançamento em questão visou à cobrança de IRPJ e CSLL no regime de lucro presumido, com multa de 75%, sobre resultados não declarados de ganhos de capital após incorporação de ações, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal. O auto de infração indica como data do fato gerador 8 de julho de 2009 (data do Boletim de Subscrição anexo à Ata de Assembleia Geral Extraordinária da HFF Participações S.A.), tendo como enquadramento legal: (i) para o IRPJ: Lei n.º 6.404, de 1976, art. 252, Lei n.º 7.450, de 1985, art. 51, art. 3º da Lei n.º 9.249/95 e Lei n.º 9.430, de 1996, art. 25, inciso II; (ii) para a CSLL: Art. 2º da Lei n.º 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei n.º 8.034/90, Art. 2º da Lei n.º 9.249/95, Art. 29, inciso II, da Lei n.º 9.430/96, Art. 22 da Lei n.º 10.684/03, Art. 3º da Lei n.º 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei n.º 11.727/08, Art. 24, § 2º, da Lei n.º 9.249/95 com as alterações introduzidas pelo art. 29 da Lei n.º 11.941/09.

O sujeito passivo foi cientificado dessa decisão em 24 de novembro de 2017, como demonstra a cópia do AR de fl. 1.042 e, em 11 de dezembro de 2017 interpôs o presente Recurso Especial, alegando divergência jurisprudência com relação às seguintes matérias:

- 1) Operação de Incorporação de Ações - Evento de sub-rogação e não Alienação. Ausência de Ganho de Capital. Indica como paradigma o Acórdão n.º 9202-003.579;
- 2) Inaplicabilidade dos Juros Sobre as Multas de Ofício. Indica como paradigma o Acórdão n.º 9101-000.722.

Em 23 de janeiro de 2018, Presidente de Câmara deu seguimento ao recurso especial, nos seguintes termos (grifos do original):

(...)

1) Operação de Incorporação de Ações - Evento de sub-rogação e não Alienação. Ausência de Ganho de Capital.

Neste tema a Recorrente afirma que o acórdão recorrido, analisando a possibilidade de que a incorporação de ações seja considerada uma sub-rogação ou, ao contrário, alienação, decidiu que aquela é equivalente à alienação, pela qual se obteve ganho de capital submetido à tributação. Por outro lado o acórdão paradigma, apreciando situação idêntica, assentou tratar-se incorporação de ações de evento de sub-rogação real e legal, incapaz de gerar tal ganho por sequer caracterizar evento de alienação.

Para melhor demonstrar as conclusões do colegiado a quo, transcreve-se a seguir a parte da ementa que trata do assunto:

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA JURÍDICA.

Na incorporação de ações ocorre a alienação de ações com recebimento do pagamento in natura, recebimento em ações de outra companhia.

SUB-ROGAÇÃO REAL. NÃO-OCORRÊNCIA.

É da essência da sub-rogação real que a substituição do objeto se dê dentro da mesma relação jurídica e que tenham equivalência de valor, o que não ocorre no caso da incorporação de ações.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE.

Na incorporação de ações existe a manifestação de vontade das partes envolvidas, realizadas pelas respectivas assembleias de acionistas e na forma da lei.

O relator do voto condutor do acórdão recorrido inicialmente explicou tratar-se o caso da união de duas grandes empresas do ramo alimentício: a BRF (antiga Perdigão) e Sadia, operada por meio de incorporação de ações. A Recorrente AMPERES ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA. era detentora direta de 3.539.355 ações da Sadia que foram utilizadas para integralizar a subscrição da mesma quantidade de ações na HFF. Em seguida, a BRF (Perdigão) incorporou as ações da HFF e a Recorrente (Amperes) recebeu 588.407 ações da BRF entregando as 3.539.355 ações da HFF que detinha. Ao final desta operação a Amperes Administração e Participações Ltda. que, originalmente, detinha 3.539.355 ações da HFF com valor contábil de R\$ 3.144.074,00, passou a deter 588.407 ações da BRF no valor de R\$ 23.183.241,74. Foi autuada porque a fiscalização considerou que a operação se enquadrava como espécie do gênero alienação e o resultado deveria se enquadrar como ganho de capital, pois houve a aquisição de renda.

Ao apreciar o caso o colegiado, em resumo, entendeu que não se trataria de sub-rogação, como alegava a defesa, pois esta se dá independentemente de convenção ou acordo, bastando que ocorra o previsto em norma legal para se operar de pleno direito, ou seja, não se encontra presente o elemento volitivo das partes envolvidas.

Deduziu que na incorporação de ações jamais poder-se-ia ter uma sub-rogação legal, pois as decisões das pessoas jurídicas envolvidas, tomadas por maioria e na forma da lei, são imprescindíveis ao instituto, indicando, assim, a presença da vontade das partes.

Observou que para o direito tributário é relevante o valor contábil do bem e, admitindo-se para fins de raciocínio que tenha ocorrido no caso uma permuta, esta não teria se dado em valores equivalentes, mas em evidente desproporção entre os valores que supostamente teriam sido permutados, sem torna.

Considerou que não se pode pretender descaracterizar a alienação por conta de não ter havido pagamento em dinheiro e concluiu que efetivamente houve a alienação de 3.539.355 ações no valor de R\$ 3.144.074,00 e recebimento do pagamento também em ações, no valor de R\$ 23.183.241,74, que superaram em 20 milhões o valor do bem alienado, impondo-se o reconhecimento desta diferença como ganho de capital.

Ao seu turno, o paradigma indicado para o tema encontra-se assim ementado:

Acórdão n.º 9202-003.579

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.º 6.404/76, difere da incorporação de sociedades e da subscrição de capital em bens. Com a incorporação de ações, ocorre a transmissão da totalidade das ações (e não do patrimônio) e a incorporada passa a ser subsidiária integral da incorporadora, sem ser extinta, ou seja, permanecendo com direitos e obrigações. Neste caso, se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação.

Os sócios, pessoas físicas, independentemente de terem ou não aprovado a operação na assembléia de acionistas que a aprovou, devem, apenas, promover tal alteração em suas declarações de ajuste anual.

Ademais, nos termos do artigo 38, § único, do RIR/99, a tributação do imposto sobre a renda para as pessoas físicas está sujeita ao regime de caixa, sendo que, no caso, o contribuinte não recebeu nenhum numerário em razão da operação autuada.

Não se aplicam à incorporação de ações o artigo 3º, § 3º, da Lei n.º 7.713/88, nem tampouco o artigo 23 da Lei n.º 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.

Esta decisão apreciou exigência de Imposto de Renda Pessoa Física sobre omissão de ganho de capital obtido na alienação de participação societária. Ao cabo de uma série de operações de reestruturação societária resultou que na incorporação de ações da empresa 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. 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), concluindo ter se configurado ganho de capital na alienação de participação societária.

O voto vencedor proferido neste paradigma entendeu que, neste caso, não ocorreu uma integralização de capital pela pessoa física, eis que a operação foi levada a efeito pelas pessoas jurídicas envolvidas no processo de incorporação de ações. Dessa forma concluiu que não houve transferência, por ato de alienação, de bens da pessoa física para uma pessoa jurídica e o que ocorreu foi apenas uma subrogação, no patrimônio do acionista, das ações de uma empresa pelas de outra, por força de lei. E consignou:

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.

[...]

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.

Como se nota, em que pese tratem as decisões comparadas de incidências distintas - IRPJ x IRPF - as situações fáticas são similares. Ambas as decisões trataram de definir se na incorporação de ações ocorre uma sub-rogação ou uma alienação capaz de gerar ganho de capital passível de tributação. E ambas concluíram em sentido inverso. O acórdão recorrido entendeu tratar-se de alienação, cujo ganho submete-se à incidência tributária e o paradigma concluiu tratar-se de sub-rogação.

Caracterizada a divergência jurisprudencial nesta matéria deve ser dado seguimento ao Recurso Especial.

2) Inaplicabilidade dos Juros Sobre às Multas de Ofício.

Aduz a Recorrente que, enquanto o acórdão recorrido manteve a aplicação de juros de mora sobre as multas de ofício, por entender que os valores das penalidades compõem o crédito tributário, o paradigma teria assentado que o crédito tributário referido no CTN e

no artigo 61 da Lei nº 9.430/96 não englobaria as multas, de forma que a aplicação de juros sobre as multas de ofício careceria de fundamento legal.

Com efeito, o acórdão recorrido manteve a incidência dos juros sobre as multas de ofício, no presente processo, deduzindo a seguinte parte da ementa sobre o tema:

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO

É correta a cobrança de juros de mora à taxa SELIC incidente sobre a multa de ofício.

Em resumo, entendeu o colegiado que o art. 161 do CTN menciona a incidência dos juros sobre o crédito não integralmente pago no vencimento, sendo esse crédito aquele constituído nos termos do art.142 do CTN, ou seja, crédito tributário, o qual inclui o objeto prestacional, no caso, o tributo, não pago, e a penalidade aplicada, não paga.

O Acórdão nº 9101-000.722, indicado como paradigma, recebeu na mesma matéria a seguinte ementa:

Acórdão nº 9101-000.722

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO - INAPLICABILIDADE -

Os juros de mora só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa ofício aplicada.

A mera comparação entre as ementas consignadas no acórdão recorrido e no paradigma já demonstram a divergência de entendimentos sobre o tema. Com efeito, este paradigma considerou inaplicável a SELIC como taxa de juros de mora incidente sobre a multa de ofício, enquanto que o recorrido considerou devida a incidência de juros sobre a multa de ofício.

Assim, nesta matéria, deve ser dado seguimento ao Recurso Especial.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões questionando exclusivamente o mérito do recurso especial.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Livia De Carli Germano, Relatora.

Admissibilidade recursal

O recurso especial é tempestivo. Não obstante não tenha havido questionamento da parte recorrida quando a admissibilidade do recurso, passo a examiná-la, por dever de ofício e objetivando a preservação da competência desta Câmara Superior de Recursos Fiscais, como instância especial de julgamento que tem por finalidade proceder à uniformização da jurisprudência do CARF, nos termos dos artigos 67 e seguintes do do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 343/2015 (RICARF/2015).

Conforme relatado, o sujeito passivo pretende questionar a decisão recorrida com relação às seguintes matérias:

- 1) Operação de Incorporação de Ações - Evento de sub-rogação e não Alienação. Ausência de Ganho de Capital. Indica como paradigma o Acórdão n.º 9202-003.579;
- 2) Inaplicabilidade dos Juros Sobre as Multas de Ofício. Indica como paradigma o Acórdão n.º 9101-000.722.

Com relação à primeira matéria, o despacho de admissibilidade observou, quanto à divergência jurisprudencial, que “*em que pese tratem as decisões comparadas de incidências distintas - IRPJ x IRPF - as situações fáticas são similares. Ambas as decisões trataram de definir se na incorporação de ações ocorre uma sub-rogação ou uma alienação capaz de gerar ganho de capital passível de tributação. E ambas concluíram em sentido inverso.*”

No caso, o voto condutor do acórdão recorrido centra sua argumentação na rejeição da tese sustentada pelo sujeito passivo de que a operação de incorporação de ações seria uma sub-rogação.

Nesse aspecto, o voto condutor parte da premissa de que, na subrogação, “*a substituição se dá na mesma relação jurídica*”, sendo que “*Quando analisamos a operação de incorporação de ações não é assim que observamos esta ideia de substituição de objeto, que seriam as ações*”. Isso porque, ainda segundo o voto condutor do acórdão recorrido, quando se altera a empresa da qual se detém ações, passa-se a estar diante de outro Estatuto e portanto outros direitos e deveres específicos desta outra relação jurídica.

Em seguida, o voto afirma que a operação de incorporação de ações também não se opera sem o elemento volitivo, já que “*As pessoas jurídicas expressam sua vontade, tomam suas decisões tendo em conta o princípio majoritário...*”, observando ao final que “*restando ainda, aos descontentes após as decisões das Assembleias Gerais, o direito de retirada da sociedade, na forma prescrita*”. E então observa que “*na incorporação de ações jamais poderíamos ter uma sub-rogação legal, pois as decisões das pessoas jurídicas envolvidas, tomadas por maioria e na forma da lei, são imprescindíveis ao instituto. A própria necessidade*

de avaliação pressupõe que não existe, por outro lado, identidade de valores necessária a simples substituição real.”

O voto condutor também chama atenção para a desproporção entre os valores contábeis das ações permutadas (R\$3.144.074,00 e R\$23.183.241,74) e então rejeita que se trate de permuta, afirmando que *“Para o direito tributário é relevante o valor contábil do bem, não tendo cabimento a afirmação, admitindo-se para fins de raciocínio que tenha sido permuta, de que se deu em valores iguais, de mercado, por conta da avaliação”*. Conclui que *“o pagamento realizado em ações que superaram em 20 milhões o valor do bem alienado impõe o reconhecimento desta diferença como ganho de capital.”* Arremata indicando novamente que não se trata de sub-rogação já que nesta *“a substituição, em geral, se dá por objeto da mesma natureza e valor do substituído”*.

Por sua vez, o voto vencedor do paradigma está diante de um lançamento contra pessoa física e, não obstante também se dedique à análise da existência de ganho em operação de incorporação de ações, o faz sob outra perspectiva jurídica. Já na sua introdução, ele indica os dispositivos legais a serem tratados (grifamos):

(...)

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.

(...)

Como se percebe, tal julgado analisa a tributação da operação de incorporação de ações sob a perspectiva da Lei 7.713/1988 (que trata exclusivamente de pessoa física) e do artigo 23, § 2º, da Lei nº 9.249/1995 (dispositivo que não é citado quer na autuação fiscal em questão nos presentes autos quer no voto condutor do acórdão recorrido).

Daí a necessidade de se aprofundar na análise do voto condutor do paradigma, a fim de verificar se, de fato, estamos diante de uma genuína divergência jurisprudencial.

Nesse ponto, vale destacar que o alegado dissenso jurisprudencial se estabelece em relação à interpretação das normas, devendo, pois, a divergência, se dar em relação a questões de direito, tratando-se da mesma legislação aplicada a um contexto fático semelhante.

Assim, se os acórdãos confrontados examinaram normas jurídicas distintas, ainda que os fatos sejam semelhantes, não há que se falar em divergência de julgados, uma vez que a discrepância a ser configurada diz respeito à interpretação da mesma norma jurídica.

Por outro lado, quanto ao contexto fático, não é imperativo que os acórdãos paradigma e recorrido tratem exatamente dos mesmos fatos, mas apenas que o contexto seja de tal forma semelhante que lhe possa (hipoteticamente) ser aplicada a mesma legislação. Assim, um exercício válido para verificar se se está diante de genuína divergência jurisprudencial é verificar se a aplicação do raciocínio exposto no paradigma seria capaz de levar à alteração da conclusão exposta no voto condutor do acórdão recorrido.

No caso, o voto condutor do paradigma rejeita a aplicação do artigo 23 da Lei 9.249/1995 após observar que tal dispositivo trata de operações de transferência de bens e direitos a título de integralização de capital, sendo que *“incorporação de ações não representa subscrição de capital em bens”*. Em seguida, rejeita a aplicação o artigo 3º, § 3º, da Lei 7.713/1988 *“Pela não ocorrência de alienação, mas de mera substituição, de participação societária”*.

Sobre a ocorrência de substituição, o voto condutor do paradigma observa que *“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.”* (grifos nossos). Ao final, conclui que *“Ocorre apenas uma subrogação, no patrimônio do acionista, das ações de uma empresa pelas de outra, e isso por força de lei.”*

Percebe-se que, mesmo tratando de autuação que indicou dispositivos legais diversos da base legal apontada na autuação objeto dos presentes autos, o racional do voto vencedor do paradigma entende a operação de incorporação de ações como *substituição de bens de mesmo valor e sem o elemento volitivo* dos acionistas, portanto em contraposição ao racional aplicado pelo voto condutor do acórdão recorrido, afirmando, de forma oposta a este, que *“Na incorporação de ações ocorre troca, permuta ou, como enuncia a Lei das Sociedades Anônimas, substituição de ações.”*

É verdade que alguns trechos do voto vencedor do paradigma fazem referência à legislação específica aplicável à pessoa física e à própria declaração da pessoa física. Não obstante, considerando o inteiro teor do voto, compreendo que o a aplicação do racional do voto vencedor do paradigma – excluídas as observações específicas a respeito da tributação de pessoa física -- seria capaz de alterar a conclusão a que chegou o acórdão recorrido.

Nesse passo, vale observar que o voto condutor do acórdão recorrido não está centrado na tributação da pessoa jurídica, mas na própria concepção da operação de incorporação e ações, de forma que para contrapô-lo não seria mesmo necessário que o paradigma tratasse da tributação da pessoa jurídica.

De se observar que o voto vencedor do paradigma afirma, após abordar o conceito constitucional de renda (Artigo 153, III, da CF), que *“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.”* Tal afirmação, no entender desta Relatora, já seria suficiente para contrapor a conclusão do voto condutor do acórdão recorrido a respeito dos efeitos da desproporção entre os valores contábeis das ações permutadas.

Observo, ademais, que o mesmo paradigma foi unanimemente aceito por esta 1ª Turma da CSRF, para o conhecimento de recurso especial do contribuinte, no acórdão 9101-005.691, de relatoria do i. Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, na sessão de 11 de agosto de 2021, onde se concluiu:

Com efeito, entendo que os acórdãos cotejados, não obstante tratem de tributação em face de legislações do imposto de renda distintas (pessoa jurídica x pessoa física), e respeitadas tais diferenças, efetivamente divergem no entendimento quanto à ocorrência de ganho tributável na incorporação de ações e sua possibilidade de tributação pelo ganho de capital.

Da mesma forma, o precedente 9202-003.579 também foi, à unanimidade, aceito como paradigma no recurso especial do sujeito passivo julgado nos termos do acórdão 9101-005.777, julgado em 9 de setembro de 2021, interposto em face de acórdão que discutia a mesma questão de direito em debate nos presentes autos.

Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, compreendo que a Recorrente **logrou êxito** em comprovar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial.

Assim, **conheço do recurso especial quanto à primeira matéria.**

Sobre a segunda matéria objeto do recurso especial, observo que o Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 373/2015, estabelece, no §3º do artigo 67 do Anexo II, que "*Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que adote entendimento de súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da CSRF ou do CARF, ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso*".

No caso, este CARF aprovou a Súmula CARF n. 108, de seguinte teor:

Súmula CARF 108: Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Assim, é de se **rejeitar o conhecimento do recurso especial do contribuinte quanto ao tema da incidência de juros sobre multa.**

Ante o exposto, oriento meu voto para **conhecer parcialmente** do recurso especial, apenas com relação à matéria "*Operação de Incorporação de Ações - Evento de sub-rogação e não Alienação. Ausência de Ganho de Capital.*"

Mérito

O mérito do presente recurso consiste em definir os efeitos tributários da operação de incorporação de ações, especificamente para os acionistas que têm suas ações incorporadas e portanto substituídas pelas ações da sociedade incorporadora.

Sobre a questão, esta Turma recentemente analisou o tema ao julgar o acórdão 9101-005.777, sessão de 9 de setembro de 2021, ocasião em que acompanhei o voto (vencido) do i. Relator Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella proferido naquela oportunidade. Rendendo homenagens às pertinentes colocações ali proferidas, e observando que o voto inclusive cita trechos de declaração de voto em que esta Relatora já descreveu as razões de seu entendimento quanto ao tema, transcrevo e o adoto como razões de decidir para o presente julgado (grifos do original):

(...)

Uma vez conhecidos os Recursos Especiais oposto pela Contribuinte e pela Responsável, passa-se a apreciar a singular matéria submetida a julgamento, qual seja, *natureza da operação de incorporação de ações e a ausência de ganho de capital tributável*.

De igual maneira e técnica, as ora Recorrentes, em suma, alegam que *na incorporação de ações (...) os acionistas das duas empresas envolvidas acabam por se sujeitar ao que foi deliberado pelas respectivas Assembleias Gerais em prol das sociedades que representam* e depois desenvolve, apontando para a ausência do elemento volitivo do Contribuinte nessa manobra societária, afirmando que *evidente, portanto, a ausência de participação direta dos acionistas da sociedade cujas ações são incorporadas (como a Recorrente) no processo decisório de aprovação ou não da operação de incorporação de ações que comprove a presença do elemento volitivo dos acionistas*.

E acrescenta que *no caso de uma incorporação de ações, as ações incorporadas são substituídas por ações da companhia que as incorpora sem alteração do valor que lhes era inicialmente atribuído, preservando-se os direitos dos acionistas envolvidos na operação*, registrando que parte da Doutrina especializada entende estar-se diante da figura de *sub-rogação real legal*, sendo isto que se extrairia do artigo 252 da Lei das S/A, concluindo não haver no caso hipótese de *alienação*, não havendo em se falar em tributação de *ganho de capital*, neste momento.

Ainda afirma que, *caso se entenda ter havido alienação na operação de incorporação de ações, requer-se seja considerada como permuta sem torna, incapaz de gerar ganho de capital*.

Pois bem, o tema não novo e há muito não só habita as decisões desse E. CARF e de seus antecessores, E. Conselhos de Contribuinte, como a própria academia do Direito Tributário debruça-se sobre tal matéria há décadas, contando com grandes nomes, de igual respeito e notoriedade, em lados opostos da *celeuma* formada.

E dentro da matéria acatada, para julgamento, não existem nuances fáticas ou características próprias que afastem a sua resolução desse antigo debate, puramente de Direito.

Recentemente, como mencionado no tópico anterior da admissão recursal, na sessão de 11/08/2021, esta mesma C. 1ª Turma da CSRF decidiu sobre esta mesma e exata temática jurídica, conforme estampado no v. Acórdão nº 9101-005.691.

Naquela oportunidade, como em outras, ainda no âmbito das C. Turmas Ordinárias, acompanhou-se a divergência instaurada pela I. Conselheira Livia De Carli Germano, que inclusive apresentou Declaração de Voto, a qual, em prestígio à sua disposição, reproduz-se a seguir:

Sobre os efeitos tributários da operação de incorporação de ações, já tive a oportunidade de analisar a questão em voto (vencido, por voto de qualidade) proferido no acórdão nº 1401-002.306, julgado em março de 2018. Peço vênia para reiterar o voto então proferido:

(...)

A operação de incorporação de ações nada mais é do que uma troca (permuta) de ativos e nesta não há preço, no sentido objetivo do termo, já que para os

permutantes os bens permutados têm valor equivalente. Nas palavras de Pontes de Miranda: “Não há preço, no sentido próprio, porque um dos figurantes promete um bem, que não é dinheiro, e o outro figurante promete outro bem, que não é dinheiro”.

Essa circunstância já foi reconhecida pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional ao emitir o Parecer PGFN n.º 454, de 6 de maio de 1992, o qual conclui que “a desoneração tributária na permuta não é um privilégio, e sim o reconhecimento de não incidência da regra de tributação”. Vale destacar, ainda, os seguintes trechos deste parecer:

“20. O momento do fato gerador do imposto sobre mais-valia é o da alienação do bem por um preço que ultrapasse a reposição do capital, realizando-se só neste momento o ganho de capital. Ora, como bem acentuou Pontes de Miranda, na troca há correspectividade sem preço, porque os figurantes da relação jurídica não entram com dinheiro, conseqüentemente inexistente fato gerador do tributo. Poder-se-ia dizer, no caso da permuta, sem torna de dinheiro, que o momento da incidência seria diferido no tempo.

21. Criar-se, fictamente, na permuta de bens, um ganho de capital é violar o próprio patrimônio. A sua tributação configuraria, por conseguinte, imposto sobre a propriedade e não sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Não existe lei mandando cobrar imposto na permuta de bens, não onerosa. Ainda que existisse tal diploma legal, seria fulminado pelo vício insanável da inconstitucionalidade.”

Curiosamente, para a Receita Federal apenas algumas modalidades de permuta não têm reflexos tributários. Uma delas é a “permuta, caracterizada com a entrega, pelo licitante vencedor, de títulos da dívida pública federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, ou de outros créditos contra a União, como contrapartida da aquisição das ações ou quotas leiloadas no âmbito dos respectivos programas de desestatização” (art. 29, V, da IN SRF n.º 84/2001). A outra é a que envolve exclusivamente unidades imobiliárias (artigo 121 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99, aprovado pelo Decreto n.º 3.000/1999 e IN SRF n.º 107/1988).

Nada indica, porém, que o tratamento deva ser diferente em caso de troca de outros bens que não títulos da dívida pública ou unidades imobiliárias. Até porque, a Receita Federal sequer tem competência para trazer isenções tributárias, as quais necessariamente decorrem de lei.

Na verdade, o que levou a Recorrente a registrar o ativo recebido por valor superior ao bem que ela entregou não foi uma diferença de preço, nem mesmo uma decorrência imediata da operação de permuta. Tratou-se de uma consequência apenas mediata do negócio realizado, constante de norma contábil-societária, qual seja, a obrigação de avaliar seus ativos pelo método de equivalência patrimonial prevista no artigo 248 da Lei 6.404/76.

Isso porque as sociedades obrigadas a avaliar seus ativos pelo método de equivalência patrimonial não registram seus investimentos apenas pelo valor de aquisição, devendo também determinar o valor contábil destes por meio da aplicação, sobre o valor do patrimônio líquido da sociedade investida, do percentual de participação detido em seu capital social.

E, vale lembrar, os resultados de equivalência patrimonial são neutros para fins de IRPJ e CSLL, eis que, se positivos, não são tributáveis e, se negativos, não são dedutíveis, devendo neste último caso ser adicionados à apuração da base de cálculo de tais tributos (arts. 225 e 389 do RIR/99). Isso porque, nesta seara, como não poderia deixar de ser, prevalece o princípio da efetiva realização da renda para fins de tributação.

Em resumo: a incorporação de ações, por se tratar de mera troca de bens, não foi a situação de direito que gerou acréscimo patrimonial ao Recorrente; o que

gerou tal acréscimo patrimonial foi a contabilização do investimento pelo método (obrigatório) de equivalência patrimonial, o qual não tem efeitos tributários por expressa previsão legal.

(...)

Com a devida vênia aos que entendem de forma diferente, compreendo ainda como argumento válido para sustentar a inexistência de operação de venda na incorporação de ações o fato de não haver ato de vontade, sem a qual não pode existir alienação. De fato, pela lei societária, a operação de incorporação de ações é firmada entre as administrações das sociedades envolvidas, sendo que, no caso de acionista minoritário, a questão é ainda mais contundente, seja porque ele não decide a operação nem mesmo mediatamente (via assembleia geral), seja porque, mesmo que ele profira voto contrário na assembleia geral de acionistas, sequer é certo que lhe será garantido o direito de retirada, eis que a incorporação de ações não está, por si mesma, entre as específicas operações que permitem tal exercício, valendo aqui a leitura dos artigos 136 e 137 da Lei das S.A. (Lei 6.404/1976, grifamos):

Art. 136. É necessária a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto, se maior quorum não for exigido pelo estatuto da companhia cujas ações não estejam admitidas à negociação em bolsa ou no mercado de balcão, para deliberação sobre: (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

I - criação de ações preferenciais ou aumento de classe de ações preferenciais existentes, sem guardar proporção com as demais classes de ações preferenciais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto; (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

II - alteração nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida; (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

III - redução do dividendo obrigatório; (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

IV - fusão da companhia, ou sua incorporação em outra; (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

V - participação em grupo de sociedades (art. 265); (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

VI - mudança do objeto da companhia; (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

(...)

IX - cisão da companhia;

(...)

Art. 137. **A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas:** (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

(...)

Vale ainda observar que, mesmo que, a depender da configuração da operação, o direito de retirada venha eventualmente a poder ser exercido, tal exercício seria, aí sim, operação específica mediante a qual, por um ato de vontade, o acionista decidiria trocar as suas ações por dinheiro, podendo-se falar, somente em tal hipótese, em alienação. Lembrando que em tal caso a alienação seria resultado do efetivo exercício do direito de retirada, e não propriamente da operação de incorporação de ações.

Estas são, brevemente, as razões pelas quais compreendo não haver que se falar em disponibilidade da renda na operação de incorporação de ações, de forma que, no mérito, orientei meu voto para dar provimento ao recurso especial do sujeito passivo.

Sobre a precisa identificação da manifestação de quais institutos de Direito Civil (ou Comercial) estar-se-ia diante, quando, então, promovida manobra societária de incorporação de ações,

observando os termos dos arts. 224, 225, 252 e até 264 da Lei n.º 6.404/76, como aquela colhida pela Autoridade Fiscal nestes autos, se de *sub-rogação real legal* (com todos seus elementos conceituais históricos e características próprias) ou de uma simples expressão de *permuta de títulos, sem torna*, é interessante e muito instigante notar como é possível caminhar, carregando fortes fundamentos, para ambas direções – mais um dos elementos que, provavelmente, perpetua o debate sobre o tema.

Mas é certo que – pelo menos para este Conselheiro – o que efetivamente ocorre, inegavelmente, é uma verdadeira *substituição* de ativos, de maneira involuntária, sem a necessidade do consentimento ou qualquer conduta do acionista da empresa incorporada, que apenas sujeita-se à troca de seus títulos patrimoniais, antes detidos.

Aqui está a maior relevância para a averiguação da existência de *ganho de capital*, a ser tributável ou não na oportunidade dessa *substituição*.

Assim como já registrado em outros julgamentos, a simples expressão patrimonial de um aumento ou potencial ganho não dá margem, obrigatoriamente, a renda tributável naquele momento. Conforme o Prof. Victor Borges Polizelli,¹ textualmente aponta quando comenta o desenvolvimento da doutrina nacional da tributação da renda, ainda que a comparação da situação patrimonial anterior e posterior, dentro de um dado período de apuração, seja a sistemática natural de detecção da *renda-acréscimo*, existe relevante *corrente* a qual defende que somente pode se computar as eventuais variações positivas se forem estas oriundas de um negócio jurídico praticado pelo contribuinte (leia-se, uma *troca no mercado*).

No caso da *incorporação de ações*, o acionista titular das ações incorporadas não pratica nenhum negócio jurídico, não figura como sujeito de *pactos* e, muito menos, buscou o mercado para transacionar. Sua situação jurídica em relação à troca dos títulos que possui é passiva, alheia e submissa aos atos da Assembleia-Geral.

Igualmente a outras oscilações valorativas patrimoniais, ocorridas por eventos *extranegociais*, também não existe aqui a necessária e devida *realização* da renda.

No presente caso, a eventual manifestação de *renda-acréscimo*, indiscutivelmente encampada pelo alcance do art. 43 do CTN, foi involuntariamente inserida e resta, ainda, latente e encapsulada no acervo patrimonial da entidade, sendo certo que Imposto sobre a Renda, dentro da sua delimitação constitucional, não pode ter como objeto o patrimônio, conforme a basilar regra contida no *caput* do art. 4º do mesmo *Codex*² confirma.

Assim, ainda que os títulos *cambiados* expressem valor superior ao custo ou ao último registro contábil daqueles anteriormente adquiridos, somente deverá ser tributado o *ganho de capital* no momento de sua derradeira, voluntária e negocial alienação – e se realmente ocorrer acréscimo, nessa outra oportunidade.

Desse modo, assiste razão às Recorrentes, devendo ser cancelado o lançamento de ofício.

Não havendo acréscimo patrimonial tributável, é de se cancelar o lançamento em questão. Diante do voto acima, sugeri a seguinte ementa para o mérito do presente julgado:

GANHO DE CAPITAL. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. TROCA DE ATIVOS. OCORRÊNCIA INVOLUNTÁRIA E PASSIVA. VARIAÇÃO

¹ O Princípio da Realização da Renda – Reconhecimento de Receitas e Despesas para fins do IRPJ. Série Doutrina Tribuária vol. VII – São Paulo : Quartier Latin, 2012. p. 189.

² Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.

PATRIMONIAL. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DA RENDA. INOCORRÊNCIA.

O câmbio de títulos patrimoniais, percebido pelos detentores das ações substituídas como resultado da operação de incorporação de ações, decorre da submissão legal aos atos da Assembleia-Geral, não guardando natureza negocial. A incorporação de ações, por se tratar de mera troca de bens, não é situação de direito que gera acréscimo patrimonial ao acionista.

Para o acionista pessoa jurídica, o que gera eventual acréscimo patrimonial como consequência direta da substituição das ações incorporadas pelas ações da incorporadora é a contabilização do investimento pelo método de equivalência patrimonial, o qual não tem efeitos tributários por expressa previsão legal.

Conclusão

Ante o exposto, oriento meu voto para conhecer parcialmente do recurso especial e, na parte conhecida, dou-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

Voto Vencedor

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado – Redator Designado.

Em que pese o bem fundamentado voto da i. relatora, a maioria do colegiado divergiu do seu entendimento quanto ao mérito da matéria conhecida e negou provimento ao recurso especial da contribuinte, cabendo a este conselheiro a redação do voto vencedor.

A discussão de mérito consiste na definição quanto aos efeitos tributários da operação de incorporação de ações, na forma prevista no art. 252 da Lei das S/A.

Conforme descrito no relatório do acórdão recorrido, a querela decorre de Autos de Infração lavrados para exigir IRPJ e CSLL, devidos sobre ganho de capital em operação envolvendo a incorporação da totalidade das ações da sociedade HFF Participações S.A, de titularidade do contribuinte, pela sociedade BRF Brasil Foods S.A., ocorrida em 08/07/2009.

Como destacado pela d. conselheira relatora esta Turma proferiu o Acórdão n.º 9101-005.777, na sessão de 9 de setembro de 2021, tendo restado vencido do i. Relator Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, tendo sido indicado, também, este conselheiro a redação do voto vencedor sobre a matéria.

Nos autos do processo n.º 10880.721781/2014-79, discutia-se precisamente a mesma operação, de sorte que, tal como a d. conselheira relatora, adoto integralmente como razões de decidir os fundamentos externados no voto vencedor do Acórdão n.º 9101-005.777, *verbis*:

[...]

Como se extrai do voto vencedor a querela tem como ponto central de divergência se a incorporação de ações realizada nos termos do art. 252 da Lei das S/A se caracteriza como alienação sujeita a apuração de ganho de capital.

No caso concreto, a contribuinte teve suas ações na empresa HFF Participações S.A. incorporadas pela BRF Brasil Foods S.A., tendo recebido em troca ações desta última companhia, devidamente avaliadas a valor de mercado, em substituição às ações dadas na operação de incorporação.

A temática não é nova perante este colegiado que se pronunciou recentemente sobre o tema, conforme referido pelo próprio conselheiro relator em seu voto, por meio do Acórdão n.º 9101-005.691, de 11 de agosto de 2021, no qual fui o relator e, embora trate de outra operação societária (CBLC x Bovespa Holding) analisa os mesmos aspectos fato-jurídico-tributáveis do negócio, reconhecendo-se o ganho de capital neste tipo de operação, conforme se colhe da ementa, *verbis*:

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES PARA CONVERSÃO DA EMPRESA INCORPORADA EM SUBSIDIÁRIA INTEGRAL. SUBSTITUIÇÃO DAS AÇÕES PELA INCORPORADORA. ALIENAÇÃO CARACTERIZADA. GANHO DE CAPITAL. OCORRÊNCIA.

A operação de entrega de ações para incorporação, nos moldes previstos no art. 252 da Lei das S/A, mediante o recebimento de novas ações emitidas pela empresa incorporadora, ambas avaliadas a valor de mercado, caracteriza-se como alienação e está sujeita a apuração de ganho de capital.

Também tive a oportunidade de relatar o recurso voluntário interposto no Processo Administrativo Fiscal n.º 10880.720343/2014-93, perante a 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF, que proferiu o Acórdão n.º 1302-002.566, em 22 de fevereiro de 2018, versando precisamente sobre a operação societária analisada nestes autos, apenas tendo como sujeito passivo outro contribuinte.

Por bem retratar as mesmas discussões de fatos e abordar os mesmos fundamentos de direito, peço vênias para adotar os fundamentos daquele acórdão como razões de decidir do presente litígio, *verbis*:

A recorrente contesta a manutenção da autuação pela decisão recorrida, alegando em apertada síntese que a operação de incorporação de ações, tal como levada a efeito no caso concreto, não importaria em alienação da participação societária detida na empresa Sadia, na medida em que teria havido mera substituição (permuta) da participação das ações naquela empresa por ações da BRF, o que caracterizaria subrogação real legal, na medida em que estaria ausente a manifestação volitiva dos sócios da empresa com vistas à incorporação, na medida em que os acionistas que participaram de tal processo enquanto integrantes da Assembléia Geral e votaram acerca da aprovação da operação, o fizeram no exercício de sua função social e não em vista de seus interesses individuais.

Como bem aponta a douta PGFN em suas contrarrazões, o exame da matéria tem como pressupostos a definição sobre qual é a natureza jurídica do instituto da incorporação de ações para então determinar quais os seus efeitos, na esfera tributária.

A incorporação de ações está prevista no artigo 252 da Lei n.º 6.404, de 1976 (Lei das Sociedades por Ações) com as alterações previstas nas Leis n.º 9.457, de 1997 e 11.941, de 2009:

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 n.º 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 n.º 9.457, de 1997)

§ 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.

§ 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 PGFN destaca nas contrarrazões a existência de três correntes doutrinárias sobre a natureza da incorporação de ações, que podem ser divididas entre aquelas que qualificam a incorporação de ações como: (i) aumento de capital da incorporadora mediante conferência de bens; (ii) negócio societário típico e (iii) sub-rogação real, sendo interessante a transcrição da abordagem para elucidar a questão, *verbis*:

[..]

Exemplifica a **primeira corrente** Modesto Carvalhosa³, para quem, na incorporação de ações, ocorre uma alienação ficta de ações pelos acionistas da incorporada e uma aquisição ficta pela incorporadora. Feito isso, ocorre em verdade um aumento de capital da incorporadora mediante a dação de bens pelos antigos acionistas da incorporada: as próprias ações. Trata-se de uma aquisição na qual o pagamento se dá em bens, pelo que não se pode falar em mera substituição ou permuta. Nesse sentido, destaca Carvalhosa:

Trata-se o negócio de incorporação de ações, ao mesmo tempo de uma **incorporação e de uma alienação fictas**. No primeiro caso, porque não se incorpora uma sociedade em outra, na medida em que a incorporada subsiste como pessoa jurídica, ou seja, como sociedade mercantil de direito privado, revestindo o tipo companhia. No segundo caso, porque o controlador da sociedade incorporada aliena não apenas suas ações à incorporadora, mas também as dos minoritários, num negócio *sui generis*, que lembra a expropriação do direito administrativo. [...]

No mais, trata-se de **aumento de capital da incorporadora, mediante a conferência de todas as ações de emissão da incorporada**. (grifos acrescidos)

Em termos bastante semelhantes, entende Edmar Oliveira Andrade Filho⁴, cuja doutrina nesse ponto é adotada na jurisprudência do CARF, que a incorporação de ações tem natureza jurídica de **alienação em sentido amplo**, nos seguintes termos:

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

Dado que, para esta corrente, há pagamento em bens, ou até mesmo alienação em si, é inegável a possibilidade de ganho de capital e, por decorrência, incidência de imposto sobre a renda.

³ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei das sociedades anônimas. T. II. V. 4. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140-

⁴ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Imposto de Renda das empresas. 6. ed. São Paulo: Atlas, p.484.

A **segunda abordagem** pode ser ilustrada pelo entendimento de Luís Eduardo Schoueri e Luiz Carlos de Andrade Júnior⁵. Os autores acompanham o entendimento de Modesto Carvalhosa, no sentido de que há realmente alienação e aquisição fictas e paralelas na incorporação de ações, que procedem mediante o aumento de capital da incorporadora subscrito pelas ações da incorporada. Entretanto, Schoueri e Andrade entendem que não se pode confundir o procedimento operacional com a natureza jurídica do instituto. Reconhecem, então, que a incorporação é negócio jurídico específico de Direito Societário. Os adeptos da segunda corrente concluem que **há uma efetiva alienação de ações subjacente à figura da incorporação de ações**⁶, assim como entende Edmar de Oliveira. Por essa razão, nesse instituto **há acréscimo patrimonial que enseja tributação da renda**.

Para essas duas correntes, pois, a incorporação de ações de fato importa em uma alienação. A questão pertinente para os adeptos das referidas correntes é saber se essa alienação ocorre a título de equivalência ou a título de acréscimo patrimonial para uma das partes. Nesse ponto, cumpre destacar que o elemento distintivo entre essas duas características não é o pagamento em pecúnia, mas sim a atribuição de um preço. A esse respeito, acentua Orlando Gomes⁷ que na mera troca não há preço, ao contrário do que ocorre com a compra e venda, sendo irrelevante que as coisas permutadas tenham valores desiguais. Na redação do atual Código Civil, também se pode chegar à mesma conclusão comparando a redação dos artigos 482⁸ e 533, inciso II⁹. O primeiro dispositivo elenca o preço como elemento essencial da compra e venda. O segundo comina sanção de anulabilidade à permuta de valores desiguais realizada entre ascendentes e descendentes. Diante disso, por uma interpretação em contrário deste preceito, fica claro que, em geral, o valor dos bens permutados é irrelevante e não afeta a validade do negócio. Daí concluir-se que o preço é o ponto distintivo entre permuta e compra e venda.

A ausência de preço/irrelevância do valor dos bens é o aspecto que leva alguns a defenderem que a permuta não atrai a incidência do imposto sobre a renda. Isso porque a ausência de preço tornaria imensurável eventual ganho de capital, e, pois, a iliquidez da operação obstaría a exação tributária, a despeito das previsões do arts. 3º e 19 da Lei n. 7.713, de 1988. Cumpre notar, todavia, que mesmo em operações denominadas de permuta, se o valor dos bens é relevante para as partes contratantes e determinado, o ganho de capital pode ser apurado, e, por consequente, incide o imposto sobre a renda.[...]

Na incorporação de ações, por imposição dos §§ 1º e 3º do art. 252 da Lei das S/A, é **obrigatória a avaliação do valor das ações a serem incorporadas**. Daí se ver que é de fato relevante o preço atribuído, pois será o preço de avaliação que determinará quantas ações da incorporadora serão dadas aos novos sócios como pagamento pela integralização de

⁵ 3 ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. SCHOUERI, Luís Eduardo. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. In: Revista Dialética de Direito Tributário. n. 200, mai. 2012, p. 44-72.

⁶ 4 ANDRADE JR e SCHOEURI, ob cit, p. 58.

⁷ 5 GOMES, Orlando. Contratos. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 268.

⁸ Art. 482. A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço.

⁹ Art. 533. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações:
[...]

II - é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.

aumento de capital pela dação de ações da incorporada. A avaliação nada mais é nesse ponto do que a fixação de um preço.

Eizirik vincula a avaliação das ações àquela prevista no art. 264 da Lei das S/A e conclui que se destina a duas finalidades: possibilitar a comparação com os parâmetros que servem de base para fixação das relações de troca na incorporação; servir como critério alternativo para o cálculo do valor do reembolso devido a eventuais acionistas dissidentes.¹⁰ É óbvio que essas finalidades detêm relevância na dinâmica da operação de incorporação de ações. Contudo, é evidente que **a avaliação tem influência essencial no deslinde da incorporação de ações**, o que por si só deixa claro não se tratar de mera permuta, **pois a valoração dos bens objetos da operação é relevante**.

O preço pode corresponder ao valor patrimonial das ações ou até apresentar alguma forma de ágio ou deságio, mas a avaliação claramente tem a finalidade de precificação. Uma vez que há precificação, a operação pode gerar ganho de capital em razão da diferença de valor dos ativos, conforme jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. E, nesse ponto, já se afasta a pretensão recursal de evitar a exação tributária sob o fundamento de que se aplica o regime jurídico da permuta, pois, ainda que se trate de troca de bens, **verificada a relevância do valor e determinado o acréscimo patrimonial havido em favor de uma das partes, deve incidir a tributação sobre a renda auferida**.

Ante o exposto, resta evidenciado que, para ambas as correntes tratadas, a natureza jurídica do instituto da incorporação de ações é de uma **alienação em sentido amplo, na qual os bens envolvidos ostentam preço e, pois, sua transferência gera ganho de capital tributável**.

[...]

Com base nos ensinamentos dos ilustres doutrinadores citados pela PGFN em suas contrarrazões é possível identificar que a natureza jurídica da incorporação de ações, prevista no art. 252 da Lei 6.404/1976 é efetivamente de alienação podendo se identificar nas operações desse tipo que o sócio entrega as suas ações à incorporadora, pelo valor previamente determinado em laudo de avaliação específico para tal fim, recebendo desta um conjunto de ações que, também de acordo com laudo de avaliação de peritos, corresponde ao valor patrimonial proporcional ao investimento que passa a deter diretamente na empresa incorporadora.

Sem dúvida, identifica-se na operação que o acionista se obriga a entregar suas ações da empresa incorporada à incorporadora, mediante o recebimento de uma contrapartida, qual seja a parcela de ações desta última, que corresponde ao preço recebido nesta alienação. O que afasta, em princípio, a tese da recorrente de que a operação não teria tal natureza, mas sim, importaria em subrogação real legal, ou, quando muito, mera permuta.

Com efeito, a recorrente sustenta que a incorporação de ações consiste em hipótese de sub-rogação real legal por meio da qual se opera a substituição de ações incorporadas, mantendo-se a mesma proporção e valor do investimento detido anteriormente; e que recentemente, a CVM, ao analisar a questão da Incorporação de Ações exarou o Parecer solidificando o entendimento de que tal operação não caracteriza hipótese de alienação, e sim sub-rogação real legal,

¹⁰ EIZIRIK, Nelson. Incorporação de ações: aspectos polêmicos. In: WARDE JR., Walfrido Jorge (org.). Fusão, cisão, incorporação e temas correlatos. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 91-92.

uma vez que não há acréscimo patrimonial para o acionista, já que se trata de mera substituição proporcional das ações da incorporada pelas da incorporadora.

Esta tese, de que existiria um sub-rogação real legal, defendida pela recorrente, amparada em parte da doutrina, também foi bem analisada nas contrarrazões da PGFN, conforme os excertos abaixo transcritos, *verbis*:

A defesa do recorrente arrima-se na terceira vertente para categorizar a incorporação de ações, e assim, buscar determinar seus efeitos, inclusive, o tratamento tributário a ser conferido à operação. Para essa corrente, o art. 252 da LSA prevê hipótese de sub-rogação real. A sub-rogação real consistiria, em síntese, em hipótese especial de substituição de coisas na qual se manteria a base jurídica original.

Do ponto de vista dos acionistas da sociedade que é incorporada, haveria, primeiramente, expropriação na saída das ações da incorporada de seu patrimônio, pois tal ato jurídico seria marcado pela passividade dos acionistas, enquanto as novas ações teriam a finalidade de recomposição patrimonial. O cerne dessa abordagem é de que não haveria manifestação de vontade dos acionistas para a efetivação da incorporação, eis que as operações são levadas a efeito pelas companhias envolvidas, sem intervenção dos acionistas, nem mesmo no momento da subscrição do capital, que se daria pelos diretores da incorporada, de forma que, em relação aos acionistas, haveria espécie de expropriação das ações originalmente detidas, que seriam sub-rogadas nas ações da incorporadora.

Além disso, como na sub-rogação real pressupõe-se a equivalência de valores entre os bens substituídos, conclui-se que a incorporação de ações não importa em acréscimo patrimonial para o acionista, inexistindo, pois, pressuposto fático-jurídico para a incidência do Imposto sobre a Renda. A referida posição é defendida por Nelson Eizirik¹¹, já mencionado, Alberto Xavier e Ricardo Mariz de Oliveira.

Dado que a referida teoria compreende a incorporação de ações como uma sub-rogação real precedida de ato expropriatório, cabe, então, examinar cada um desses institutos.

a) Sub-rogação real

A sub-rogação real é conceito lógico-jurídico definido por Pontes de Miranda¹² como a substituição jurídica de uma coisa por outra, mantida a relação jurídica base anterior. Segundo Santoro-Passareli, *apud* Schoueri e Andrade Júnior, a origem da sub-rogação real remonta ao direito romano, a adágio segundo o qual “na universalidade jurídica coisa sucede o lugar do preço e o preço o lugar da coisa”¹³. A origem da sub-rogação real já denota que é **espécie de substituição**, enquanto a sua relação com uma universalidade de bens demonstra que sua **ocorrência se associa à necessidade de preservar um direito ou relação jurídica (que determinou a existência da universalidade de bens)**. Essa espécie de ficção, por meio da qual um bem é tratado de acordo com o regime jurídico originariamente endereçado a outro, decorre da especial relevância do direito que determina o regime jurídico específico, que, por

¹¹ 9 EIZIRIK, Nelson. Incorporação de ações: aspectos polêmicos. In: WARDE JR., Walfrido Jorge (org.). Fusão, cisão, incorporação e temas correlatos. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 78-98.

¹² *apud* EIZIRIK, *op cit*, p. 89

¹³ 11 ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. SCHOUERI, Luís Eduardo. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. In: Revista Dialética de Direito Tributário. n. 200, mai. 2012, p. 44-72.

isso, merece ser preservado. O autor observa, ainda, que **a ficção da sub-rogação real é sempre relativa, restrita ao necessário a determinar a preservação da relação jurídica a que se destina.** Faz-se válido transcrever:

O doutrinador, então, conclui que a ficção da sub-rogação real somente tem lugar quando o bem estiver inserto numa situação jurídica particular, que permita, de maneira eficaz, que ele seja considerado, para os fins dessa relação jurídica, como se fosse outro. Em seu trabalho, Santoro-Passarelli identifica algumas poucas situações em que isso seria possível, a luz do ordenamento jurídico italiano do início do século XX, dentre as quais se inclui a circunstância de sobre um bem recair um direito real de garantia: a de um bem integrar o dote, e de um bem estar sujeito a diritto de godimento.¹⁴

Os doutrinadores exemplificam a sub-rogação real no direito brasileiro no art. 1.659 do Código Civil, que prevê que os bens que se subrogam no lugar dos bens particulares dos cônjuges não compõem a comunhão matrimonial.

A respeito da sub-rogação, Pontes de Miranda¹⁵ assevera que pode ser pessoal quando se dá a mudança no sujeito da obrigação ou real quando há mudança no objeto sem que se modifique o bem na sua totalidade. O doutrinador elenca dois **pressupostos** para a ocorrência da sub-rogação real:

Os doutrinadores exemplificam a sub-rogação real no direito brasileiro no art. 1.659 do Código Civil, que prevê que os bens que se subrogam no lugar dos bens particulares dos cônjuges não compõem a comunhão matrimonial.

A respeito da sub-rogação, Pontes de Miranda¹³ assevera que pode ser pessoal quando se dá a mudança no sujeito da obrigação ou real quando há mudança no objeto sem que se modifique o bem na sua totalidade. O doutrinador elenca dois **pressupostos** para a ocorrência da sub-rogação real:

Na sub-rogação, dá-se a substituição jurídica de um bem a outro, de modo que o adveniente — seja de crédito, seja de indenização, seja imóvel ou móvel, que se substitui a bem da mesma ou de outra natureza — se submeta ao mesmo regime. Para que ela se dê, é preciso: a) que outro bem, — o novo ou adveniente, — entre no patrimônio, de onde um bem saiu; b) que exista patrimônio sujeito a regime próprio¹⁶

O ilustre doutrinador confirma que a sub-rogação real encontra fundamento na necessidade de preservar uma relação jurídica, motivo pela qual há identidade de relações jurídicas entre o bem que sai do patrimônio do sujeito e o que passa a integrá-lo. Por seu turno, leciona ainda Pontes de Miranda acerca do elemento valor:

A sub-rogação não depende da unidade de sujeito e da pluralidade de patrimônios, a) **Basta que haja bem submetido a**

¹⁴ 12 ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. SCHOUERI, Luís Eduardo. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. In: Revista Dialética de Direito Tributário. n. 200, mai. 2012, p. 50-51.

¹⁵ 13 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo 2. São Paulo: BookSeller, 2010, p. 333.

¹⁶ 14 Ibidem, p. 345.

destino especial, ou que se tenha de assegurar a restituição de massa de bens. b) Fora disso, sim, é que é preciso o texto especial. Não há ficção: existe regramento jurídico, como qualquer outro; destinado a fim especial um bem, o seu valor é o que importa (a respeito, foi decisiva a contribuição de E. ‘Windmoller, 2 s., ao mostrar a generalização do conceito de preço pela noção de equivalente ou valor): porque **o destino jurídico concerne aos valores, e não aos objetos materiais**, tanto assim que o preço do altar vendido, caso-tipo de destinação do objeto material, não se sub-roga ao altar. **Ora, se concerne ao valor e com o valor se comprou o bem, nem o preço sucede no lugar da coisa, nem a nova coisa no lugar do preço: o valor toma outra forma, que é a do objeto novo.** As formas passam, sucedem; o valor subsiste.¹⁷ (grifos acrescidos)

Como se observa da doutrina de Pontes de Miranda, há sub-rogação se o bem recebido em resposta tiver o objetivo de recompor o patrimônio anteriormente deslocado. Ao seguir do texto, nota-se, à evidência, que a recomposição leva em conta a identidade de valores do bem original e do sub-rogado. Visto que a finalidade do instituto é a preservação do patrimônio submetido a regime especial, o valor do bem substituído ganha especial relevância, pois se busca garantir o patrimônio considerado em sua totalidade, e não determinado bem. Implica dizer que o bem novo – seja coisa, seja valor – tem a finalidade de recompor patrimônio.

Ante todo o exposto, **é possível definir o instituto da sub-rogação real como: (i) hipótese especial de substituição em que (ii) por ficção jurídica (prevista em Lei), (iii) se atribui a um bem substituído o regime jurídico próprio aplicável a um dado bem substituído (iv) com a finalidade de preservar a relação jurídica que determinava esse regime jurídico próprio e, pois, a (v) a ficção legal se limita à medida necessária a preservar a relação jurídica/regime jurídico próprio do patrimônio do qual saiu o bem originário.**

[...]

A partir da definição ora alcançada e das ponderações adjacentes, passa-se ao exame das disposições legais acerca da incorporação de ações a fim de determinar se o art. 252 da LSA veicula hipótese de sub-rogação real.

De plano, observa-se que o art. 252 da Lei de Sociedade por Ações não objetiva preservar um determinado regime jurídico ou relação jurídica, impondo-o a outros bens – tanto é assim que a Lei das SA não faz qualquer menção à manutenção da relação jurídica anterior. Nesse ponto, convém lembrar que situação diversa ocorre no art. 1.659 do Código Civil, que expressamente, determina que os bens sub-rogados nos havidos antes da comunhão conjugal são excluídos do regime jurídico que lhe é próprio. Assim, fica evidente que na incorporação de ações não há regime jurídico especial a ser perenizado.

Essa percepção é corroborada pelos próprios efeitos ou resultados da incorporação de ações, quais sejam: verifica-se que a substituição de ações da companhia “A” por ações da companhia “B” **acarreta alteração de relação jurídica**, pois os **títulos mobiliários se referem a sociedades diferentes, com valores patrimoniais diferentes e submetidos a**

¹⁷ 15 Ibidem, p. 346-347.

Estatutos Sociais diversos. Portanto, trata-se de relações societárias ordinárias, **que se sucedem** em virtude do exercício regular do direito à liberdade negocial. Nesse ponto, cumpre notar que o **trabalho de Nelson Eizirik não demonstra qual seria a identidade e a relação jurídica base subjacentes à suposta sub-rogação real na incorporação de ações.** Assim, já se verifica que **não há, na incorporação de ações, a teleologia específica de preservação de patrimônio/relações jurídicas que é inerente à sub-rogação real.**

Em contínuo, verifica-se que, na incorporação de ações, há prévia avaliação do valor patrimonial e **precificação** das ações a serem incorporadas. As ações da incorporadora que são destinadas aos antigos acionistas da incorporada podem ter valor menor, igual ou superior àquele das ações incorporadas. Daí se nota que não há identidade de valores de forma a atingir à finalidade de recomposição de patrimônio, mas sim verdadeira variação patrimonial, pelo que é de se afastar a ocorrência de sub-rogação real.

Como já visto, sub-rogação real é conceito lógico-jurídico que designa a situação em que um novo bem de mesmo valor assume o regime jurídico específico do bem precedente, ou seja, a identidade de valores é pressuposto para ficção de que se trata do mesmo bem para impor o mesmo regime. Identidade de valores e de regime são, pois, os dois **elementos essenciais** para que se caracterize a sub-rogação real. [...]

Como se vê, o doutrinador afirma que não há alteração patrimonial porque há equivalência de valores entre as ações entregues e recebidas. A equivalência é, pois, pressuposto. Diversamente, defende o recorrente que a sub-rogação real tem força constitutiva para criar a ficção de que se trata do mesmo valor e do mesmo regime jurídico, embora tanto o valor quanto o regime jurídico sejam diversos. Ou seja, o recorrente busca transformar elementos antecedentes, **pressupostos** para caracterização da sub-rogação real (lógico-jurídico), em **consequências** de um suposto/inexistente regime jurídico imposto pela sub-rogação real.

Ante todo o exposto, **porque não há previsão legal a impor a manutenção de relação jurídica/regime jurídico, nem identidade de valores, a qualificação da operação de incorporação de ações como hipótese de sub-rogação real não é válida, o que, de logo, retira a base da fundamentação recursal.**

Como bem apontado pela representação da Fazenda Nacional, o art. 252 da Lei de Sociedade por Ações não objetiva preservar um determinado regime jurídico ou relação jurídica, e a substituição das ações da empresa incorporada pela da incorporadora é mera consequência do negócio jurídico realizado, dentro da esfera de liberdade de organização das sociedades, respeitados os direitos dos acionistas minoritários.

Não é o propósito da lei assegurar a manutenção de um regime jurídico próprio, tal como se dá quando a lei assim dispõe com este específico propósito, como no caso do mencionado art. 1659 do Código Civil.

O art. 252 visa tão somente regular a possibilidade de criação de subsidiárias integrais, estabelecendo para tanto alguns parâmetros para a sua consecução e, em especial, o direito de retirada dos sócios minoritários que discordarem da dita incorporação.

Também não há preservação da relação jurídica originária, nem tampouco dos valores patrimoniais, pois a partir da mudança da composição do direito ao que o

acionista passa a deter em face da incorporação, ocorre também alteração de relação jurídica, uma vez que as ações se referem a sociedades diferentes, submetidas a Estatutos Sociais também distintos, e os valores individuais (de cada ação) e patrimoniais completamente diferentes.

Com relação à citada opinião no parecer da CVM que reconheceria a existência de subrogação real legal na hipótese ora em discussão, conquanto respeitável, não tem qualquer efeito tributário, nem tampouco vinculante, para sua aplicação ao caso concreto.

Quanto ao citado Parecer Normativo n. 39, de 19 de outubro de 1981, verifica-se que o mesmo cuida de analisar situação específica em face da previsão legal de não incidir o imposto de renda sobre o lucro auferido na alienação de participações societárias efetuada após decorrido o período de 5 anos da data da subscrição ou aquisição, em conformidade com o disposto no art. 40, § 5º, alínea d, do Regulamento baixado com o Decreto nº 85.450, de 04 de dezembro de 1980, no que concerne ao início da contagem do prazo para o gozo daquele benefício, nas hipóteses de fusão, cisão ou incorporação.

Embora alguns fundamentos daquele opinativo convirjam com os argumentos da recorrente, não tem o condão de vincular a administração tributária e tampouco este órgão julgador administrativo, na medida em que aborda questão específica relacionada àquela isenção; ou seja, trata de aplicação de uma norma específica, dentro do contexto normativo vigente à época.

A referida fundamentação somente produz efeitos vinculantes para a administração tributária naquelas exatas situações por ele examinadas e não obstante a força dos argumentos ali contidos, verifica-se, como já citado, a existência de fortes correntes doutrinárias e jurisprudenciais em sentido diverso, que autorizam o julgador administrativo a produzir suas próprias conclusões no que concerne à discussão sob exame.

A recorrente também traz alegações de que faltaria o elemento volitivo por parte dos acionistas de forma a caracterizar uma alienação. Interessante reprimir os argumentos desta natureza, sintetizados nas conclusões do seu recurso, *verbis*:

(i) a incorporação das ações da HFF foi deliberada e aprovada por sua assembléia geral em vista dos interesses da sociedade e não de seus acionistas;

(ii) não houve, no referido processo de aprovação, manifestação de vontade expressa por parte dos acionistas, incluindo-se a Recorrente, no sentido da transmissão da propriedade das ações HFF à BRF

no contexto de tal operação. Os acionistas que participaram de tal processo enquanto integrantes da Assembléia Geral e votaram acerca da aprovação da operação, o fizeram no exercício de sua função social e não em vista de seus interesses individuais;

(iii) trata-se a incorporação de ações de hipótese de sub-rogação real legal por meio da qual se operou a substituição das ações HFF de titularidade da Recorrente por ações da BRF, mantendo-se a mesma proporção e valor do investimento anteriormente detido;

(iv) na incorporação de ações, a participação na sociedade incorporadora é um reflexo daquela mesma participação anteriormente detida na sociedade que foi objeto da conversão em subsidiária integral;

(v) com efeito, não houve, em momento algum, a intenção por parte da Recorrente em transferir o investimento detido na Sadia (por meio da HFF) à BRF. Eventual alienação deste investimento pela Recorrente iria de encontro com o propósito primordial de sua constituição: a preservação do investimento na Sadia no âmbito familiar;

(vi) buscou-se, por meio do uso desse instrumento societário (i.e. incorporação de ações) a **unificação/associação de dois negócios** que antes eram performados/executados separadamente. Conforme destacado no Fato Relevante e no Protocolo e Justificação da Incorporação das Ações de Emissão da HFF Participações S.A. pela Perdigão, o objetivo de ambas as companhias em se associarem consistiu em passar a atuar conjuntamente no mercado, ganhando força operacional, administrativa e negocial em escala nacional e internacional;

(vii) em sessão de julgamento de 20.2.2013, a 2ª Câmara da 2ª Turma Ordinária deste E. CARF, nos autos do Processo Administrativo n.º 10680.726772/2011-88, proferiu acórdão favorável ao contribuinte em processo administrativo que trata da não incidência de Imposto de Renda sobre o ganho de capital, na incorporação de ações, sob o entendimento de que, de fato, a operação de incorporação de ações não consiste em evento de alienação apto a ensejar a apuração e ganho de capital sujeito à incidência do imposto de renda;

(viii) diante da ausência da manifestação de vontade da Recorrente em transferir a propriedade de suas ações HFF à BRF no contexto de tal operação, não pode ser esta tratada como evento de alienação apto a ensejar a apuração de ganho de capital sujeito à regular incidência do IRPJ e da CSLL;

[...]

A Procuradoria da Fazenda Nacional refuta as alegações acima em suas contrarrazões, aduzindo, verbis:

[...]

b) Expropriação

Prosseguindo, cabe examinar a afirmação de que, na incorporação de ações, a saída das ações do patrimônio dos acionistas da sociedade que se tornará subsidiária integral se dá mediante expropriação porque não há elemento volitivo por parte dos acionistas. Neste ponto, primeiramente, cabe sublinhar que a sub-rogação real não é categoria jurídica alternativa à alienação. Com efeito, enquanto a alienação diz respeito à transmissão de domínio, a sub-rogação real designa um instituto jurídico em que o regime jurídico de um determinado bem (substituído), se aplica a um outro bem (substituto). A sub-rogação real pressupõe temporal e logicamente a saída do bem do patrimônio cuja recomposição constitui seu objetivo e não desnatura ou modifica a alienação que deu ensejo à substituição.

Esclarecido esse ponto, verifica-se que Eizirik busca explicar a saída das ações do patrimônio dos acionistas a partir da ocorrência de ato de expropriação. Todavia, a alegação de que não ocorre manifestação de vontade carece de fundamento. Como bem coloca Pontes de Miranda, não se pode confundir na análise do negócio jurídico a existência de **manifestação de vontade e declaração de vontade**:

[...]

A “manifestação de vontade” não necessariamente demanda uma declaração direta, como a assinatura de um contrato. No caso da incorporação de ações, os acionistas da companhia incorporada manifestam sim sua vontade, do que se passa a tratar. Cumpre notar, que, no processo de efetivação da incorporação de ações, há manifestações de vontade a partir de dois polos e em momento distintos, que merecem exame separado.

Primeiramente, os acionistas deliberam, em sede de Assembleia Geral, pela efetivação da incorporação de ações, conforme preceitua o artigo 252, § 2o, da Lei das S/A. E, nesse ponto, cabe rememorar que a pessoa jurídica nada mais é do que um instrumento de consecução da vontade individual coletivizada de seus sócios com um fim comum. [...]

A deliberação em Assembleia Geral tem o condão de firmar poderes de representação à sociedade em favor de seus acionistas, conforme artigo 115 e seguintes do Código Civil. A representação, por sua vez, importa em ato de vontade do representado (acionista) em prol do representante (sociedade), permitindo a este firmar atos ou negócios jurídicos no interesse daquele. Dessa forma, **há manifestação da vontade dos acionistas que decidem positivamente pela realização da operação em dois sentidos: os sócios na Assembleia Geral aprovam a incorporação de ações, determinando-a**, e, ao mesmo tempo, **conferem poderes de representação à sociedade empresária**. Percebam, Srs. Conselheiros, que **somente após receber tais poderes, a sociedade empresária, nos limites da representação conferida**, adotará as providências necessárias para consecução da operação, o que inclui alienar as ações e as incorporar ao capital de outra sociedade, manifestando, nessas ocasiões, vontade.

Ademais, a manifestação de vontade pelo representante nos limites de seus poderes produz efeitos em relação ao representado nos termos do artigo 116 do Código Civil. Vale dizer, os efeitos das manifestações das sociedades, sejam civis, societários ou tributários, se darão em face do representado (acionista), não do representante (sociedade). Assim, a manifestação da pessoa jurídica no que diz respeito à incorporação de ações nada mais é do que uma representação da vontade das pessoas de seus sócios. Não há de se falar, pois, em ausência de vontade na operação de incorporação de ações.

Inclusive, Luigi Cariota Ferrara entende que é juridicamente justificável que, embora o negócio de alienação seja celebrado por representante do titular do bem, a transferência deste se dá **diretamente do representado** – no presente caso, o acionista – **ao terceiro adquirente**. O autor explica que é uma conclusão necessária e decorrente do próprio instituto da representação, dado que **o objeto deste instituto é permitir a transferência de bens e direitos entre as partes intermediada por terceiro, sem que este tenha que ser parte no negócio de alienação**.¹⁹ Com efeito, representação é a relação jurídica pela qual certa pessoa se obriga diretamente perante terceiro, por meio de ato praticado em seu nome ou por sua conta por um representante. É a própria razão de existir do instituto, o fim a que se destina, permitir que a declaração de vontade de um (representante) obrigue outrem (representado).

Ao pretender negar a existência da manifestação de vontade dos sócios quando atuam por meio da sociedade que os representa, a doutrina nesse sentido está a negar a própria eficácia da representação, em manifesta afronta ao art. 116 do Código Civil. Com efeito, não se nega a existência de uma operação de compra e venda, nem, tampouco, de seus efeitos fiscais, sob o argumento de que, porque ela foi realizada por intermédio de

representantes, careceu de manifestação de vontade do(s) envolvido(s). Do mesmo modo, não se pode negar a existência da alienação na incorporação de ações porque os atos que compõem os negócios jurídicos foram realizados por meio de representante.

Note-se, por fim, que o fato de a representação ser legal, e não contratual, não afasta o efeito vinculante entre a manifestação do representante e o patrimônio do representado e, pois, os efeitos tributários decorrentes dessa alteração. Isso porque **o art. 116 do Código Civil não faz distinção entre as duas modalidades, de modo que o direito positivo brasileiro não respalda a tentativa de distinguir os efeitos da representação convencional e legal.** O que distingue a representação legal da contratual, é o fato de que, na segunda, os limites dos poderes conferidos aos representantes são livremente estabelecidos pelas partes contratantes, enquanto na representação legal, esses limites estão estabelecidos na norma que institui a representação, consoante prevê o art. 120 do Código Civil²⁰. Por essa razão, tem-se que ambas conferem poderes ao representante para constituir direitos e obrigações em face do representado

Destarte, dado que o art. 252 da Lei n. 6.404, 1976 traz hipótese de representação *ex lege* e que a manifestação do representante tem força para produzir efeitos em relação ao representado – nos termos do art. 116 do Código Civil –, dúvida não resta de que há participação dos acionistas, por meio da sociedade, sua representante, nos atos que importam efetivação da incorporação de ações. Consequentemente, **fica afastada a pretensão de classificar a saída dos bens/ações do patrimônio dos acionistas como ato expropriatório.**

No entanto, as manifestações de vontade dos acionistas não se esgotam com a decisão positiva pela efetivação do procedimento de incorporação de ações e os atos subsequentes tendentes a sua consecução empreendidos por sua representante. Cabe examinar, ainda, outra manifestação de vontade envolvida na operação de incorporação de ações.

Além de se manifestar positivamente para que a empresa tome parte na operação de incorporação de ações – o que faz por intermédio da Assembleia Geral – o acionista da empresa a ser incorporada ainda precisa manifestar vontade, mais uma vez, a fim de efetivamente tomar parte na operação de incorporação de ações, e dessa feita, deve manifestar-se em nome próprio. O art. 252, § 2º, da Lei das S/A confere direito de retirada ao acionista da companhia incorporada que discorde da incorporação de ações como mecanismo de proteção da vontade do acionista minoritário. A previsão legal acerca do exercício do direito de retirada significa que somente participa do processo de incorporação de ações e dele se beneficia o acionista que integra a operação por vontade própria e autônoma.

Assim, é equivocada a afirmação de que “a constituição de subsidiária integral prevista no art. 252 da Lei das S.A. representa negócio jurídico, por meio do qual, **independentemente de sua vontade, as ações de propriedade dos acionistas minoritários são trocadas por novas ações a serem emitidas pela companhia incorporada,**” Com efeito, um acionista minoritário pode não ser capaz de impedir a operação de incorporação de ações, **mas ele pode recusar-se a participar da operação, renunciando a eventuais benefícios, por meio do exercício do direito de retirada.**

Da mesma forma, ao contrário do que defende a contribuinte, a suposta passividade dos acionistas no processo de incorporação de ações não pode ser interpretada como ausência de manifestação de vontade, mas constitui, isso sim, silêncio eloquente, que caracteriza anuência na forma do

art. 111 do Código Civil: O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. Assim, pode-se afirmar que **não existe transferência de ações contrária à vontade dos sócios nas operações de incorporação de ações e, por consequente, não há como admitir a solução dada por Eizirik, que considera a incorporação de ações “expropriação”**.

Não bastasse a clareza da existência de manifestação de vontade inerente à operação de incorporação de ações, na reorganização societária em apreço, ela é ainda mais pronunciada. Conforme narrado acima, previamente à incorporação das ações da HFF PARTICIPAÇÕES pela BRF FOODS, **a contribuinte promoveu voluntariamente e, em nome próprio, a subscrição do capital social da HFF PARTICIPAÇÕES, para cuja integralização utilizou as ações da SADIA S.A.** Nesse ato preparatório da operação de incorporação de ações, houve manifestação de vontade inequívoca por parte do acionista, o que reforça a ocorrência de voluntariedade na reorganização societária que resultou na alienação das ações da SADIA S.A., gerando ganho de capital regularmente tributado pela fiscalização.

Ante o exposto, fica superada a alegação de que na incorporação de ações há expropriação porque ausente manifestação de vontade dos acionistas, dado que a vontade dos acionistas é diversas vezes manifestada: (i) quando deliberam pela ocorrência da operação de incorporação de ações e (ii) quando atuam por meio de seu representante legal e (iii) quando decidem participar da operação, permanecendo na empresa.

[...]

Efetivamente, não há como acolher a tese de ausência de vontade dos acionistas na realização dos atos societários que determinaram a incorporação de ações da HFF participações, de modo a torná-la subsidiária integral da BRF e esta passar a deter o controle da empresa Sadia S/A

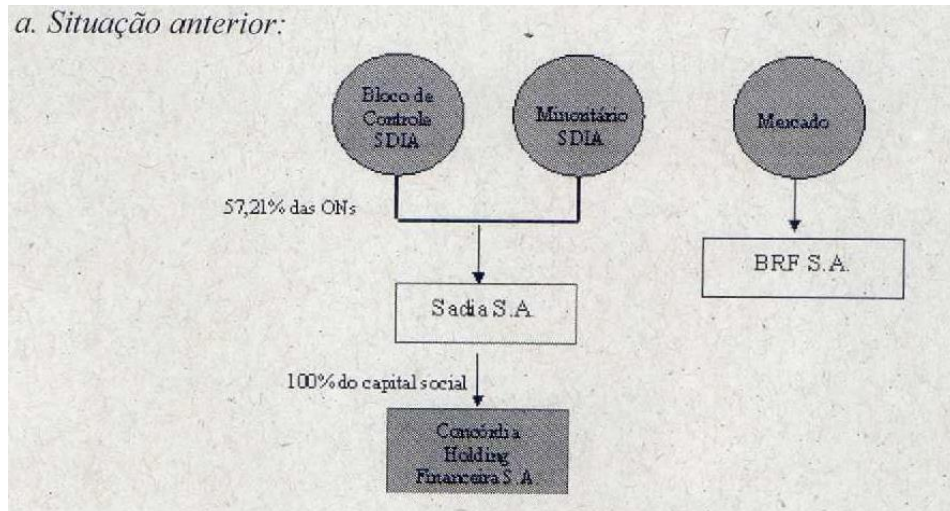
Todos os atos praticados, desde a deliberação da assembléia de aportar as ações detidas da Sadia S/A na HFF, com vistas a viabilizar a transformação daquela empresa em subsidiária integral da BRF, até sua adesão ao quadro de acionistas diretos desta última, expressam o consentimento dos acionistas da recorrente nas operações das quais resultaram a incorporação ora examinada. O fato de terem sido representados legalmente nesses atos pela diretoria da HFF, não invalida nem desnatura tal consentimento; ao contrário, reafirma que aquela agiu amparada pela deliberação dos sócios e de acordo com a vontade por estes manifestadas.

Os passos da operação, retratados no TVF (fls. 20/21), não deixam margem à dúvidas.

Senão vejamos os passos transcritos no TVF, *verbis*:

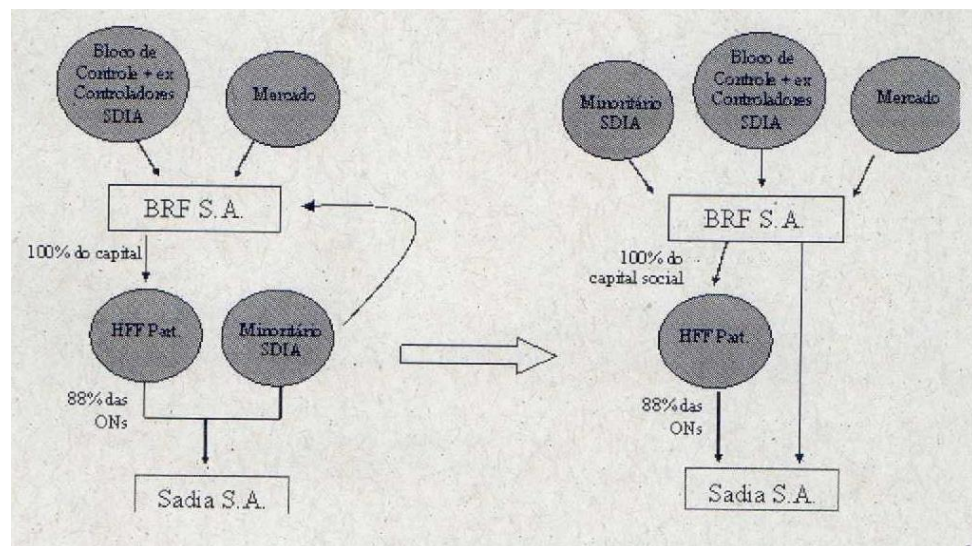
Para complementar os dados até aqui assinalados, segue trecho retirado do Processo CVM nº RJ/2009/4691:

"17. A seguir é apresentado fluxograma das etapas acima descritas, através das quais a Sadia se tornará subsidiária integral da BRF:



b. Controladores aportam suas ações ordinárias de Sadia na HFF Participações recebendo 1 ação da HFF para cada ação SDIA3 aportada e Bloco de controle da Sadia cria HFIN que adquire a participação na Concórdia(3).

c. 1ª Etapa - BRF incorpora as ações da HFF emitindo 0,166247 ações Ons para cada ação da HFF, logo os controladores da Sadia se tornam acionistas da BRF que por sua vez passa a controlar a Sadia, indiretamente através da subsidiária integral HFF, detendo 88% de suas ações ordinárias.



d. 2ª Etapa - BRF incorporará as ações dos minoritários da Sadia emitindo 0,132998 ações ONs para cada ação ON ou PN da Sadia, que por sua vez passa a ser direta e indiretamente controlada da BRF."

A recorrente, no entanto, suscita ainda, a título argumentativo, *verbis*:

(i) *ad argumentandum*, tendo em vista que a própria D. Fiscalização reconhece que a Recorrente recebeu ações BRF em contraprestação às suas ações da HFF, não há dúvidas de que, na remota hipótese de se considerar que a incorporação de ações é alienação, tratar-se-ia de uma típica operação de permuta. Conforme remansosa jurisprudência deste E. CARF, a permuta não está sujeita à incidência de

IRPJ e CSLL se não houver torna, sendo a autuação insubsistente também por este ângulo.

Esta turma já apreciou esta argumentação quanto à existência de permuta, no processo administrativo nº 10880.723083/2013-27, que trata da mesma operação, de interesse de outro contribuinte. Naquele processo foi proferido o Acórdão nº 1302-001.823, relator o i. conselheiro Alberto Pinto Souza Junior, que em seu voto sustentou, *verbis*:

DA PERMUTA

Vale ressaltar que, tendo a recorrente optado pelo Regime Tributário de Transição, só existiam dois critérios para avaliar investimentos, ou seja, o custo de aquisição ou o método de equivalência patrimonial. Ora, qual a norma que autorizou a recorrente a avaliar o investimento nas ações da BRF pelo valor das ações da HFF dadas em pagamento? Não há, mas a recorrente alega que *o reflexo de tal operação no patrimônio da recorrente seria a de uma permutação e não mutação patrimonial capaz de gerar acréscimos patrimoniais sujeitos à incidência do IRPJ e da CSLL* e, assim sendo, sustenta que, *no caso de operações de permuta sem torna, há mera troca de posições patrimoniais que se equivalem, assim, ao contrário do que ocorre nas operações de compra e venda, não há percepção ou recebimento de ganho de capital a ingressar no patrimônio do titular do bem permutado, estando, por tudo quanto acima exposto, fora do campo da incidência do IRPJ e da CSLL.*

É verdade que a Instrução Normativa nº 107/88 afasta qualquer ganho de capital em caso de permuta de bens imóveis sem torna, desde que o contribuinte registre o bem recebido pelo valor do bem dado em permuta. Ora, mas qual a base legal da Instrução Normativa nº 107/88 para afastar o ganho de capital em caso de permuta sem torna de bens imóveis? Não há. Como também carece de base legal o inciso II do art. 121 do RIR/99, pois o ali disposto só encontra eco na IN 107/88.

Todavia, ainda que base legal tivesse tais dispositivos, da simples leitura da IN 107/88, verifica-se instantaneamente que ela só se aplica em caso de permuta de unidade imobiliárias (casa, terrenos, apartamentos), se não vejamos como dispõe o seguinte dispositivo:

“1.1 – Para fins desta Instrução Normativa, considera-se permuta toda e qualquer operação que tenha por objeto a troca de uma ou mais unidades imobiliárias por outra ou outras unidades, ainda que ocorra, por parte de um dos contratantes, o pagamento de parcela complementar em dinheiro, aqui denominada ‘torna’.”.

Como se vê, restringiu-se o conceito próprio de permuta, para fins da IN 107/88, apenas para aquelas cujos objetos fossem unidades imobiliárias. Ademais, estamos diante de permuta realizada entre pessoas jurídicas, logo, há que se analisar o item 2 da Seção II da IN 107/88, o qual está intitulado como “Permuta entre Pessoas Jurídicas”. Do item 2, reforça-se ainda mais a conclusão de que ela só se aplica em caso de permuta de unidades imobiliárias, se não vejamos como dispõe alguns dos seus dispositivos:

“2. Permuta Entre Pessoas Jurídicas:

2.1 – Na permuta entre pessoas jurídicas, tendo por **objeto unidades imobiliárias prontas**, serão observadas as normas constantes das divisões do presente subitem...”.

Note-se que todas as demais disposições acerca de permuta entre pessoas jurídicas são subitens do item 2.1, ou seja, todas as disposições da IN 107/88 versam apenas sobre permuta de unidades imobiliárias (edificações e terrenos). Logo, inaplicável a IN 107/88 em caso de permuta de ações entre pessoas jurídicas.

Da mesma forma, inaplicável, em caso de permuta de ações, o art. 121, II, do RIR/99, *in verbis*:

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

(...)

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

A contribuinte cita, então, o Parecer PGFN nº 970, de 23/09/91. Trata-se de mais um equívoco da contribuinte, pois o referido parecer também carecia de suporte legal, tanto que se fez necessário editar o art. 65 na Lei nº 8.383, de 30/12/91, o qual assim versa:

“Art. 65. **Terá o tratamento de permuta a entrega, pelo licitante vencedor, de títulos da dívida pública federal ou de outros créditos contra a União, como contrapartida à aquisição das ações ou quotas leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização.**

§ 1º Na hipótese de adquirente pessoa física, deverá ser considerado como custo de aquisição das ações ou quotas da empresa privatizável o custo de aquisição dos direitos contra a União, corrigido monetariamente até a data da permuta.

§ 2º Na hipótese de pessoa jurídica não tributada com base no lucro real, o custo de aquisição será apurado na forma do parágrafo anterior.

§ 3º No caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro real, o custo de aquisição das ações ou quotas leiloadas será igual ao valor contábil dos títulos ou créditos entregues pelo adquirente na data da operação:

§ 4º Quando se configurar, na aquisição, investimento relevante em coligada ou controlada, avaliável pelo valor do patrimônio líquido, a adquirente deverá registrar o valor da equivalência no patrimônio adquirido, em conta própria de investimentos, e o valor do ágio ou deságio na aquisição em subconta do mesmo investimento, que deverá ser computado na determinação do lucro real do mês de realização do investimento, a qualquer título.”

Como se vê, trata-se de norma específica aplicável apenas aos casos abrangidos pelo Programa Nacional de Desestatização, razão pela qual seria absurdo transformar uma norma específica em norma geral de tributação. Tanto isso é verdade que, recentemente, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional emitiu o Parecer/PGFN/CAT/Nº 1722/2013, o qual assim conclui:

“39. Em conclusão, e respondendo objetivamente aos quesitos formulados na presente consulta, temos que:

39.1. **o entendimento consubstanciado no Parecer PGFN/PGA/Nº 970/91 restringe-se ao âmbito do PND, não podendo ser estendido a situações outras que não aquelas especificamente tratadas no referido opinativo:**

39.1.1 **é possível tributar pelo imposto sobre a renda a diferença positiva, via ganho de capital, existente entre o custo de aquisição e o valor dos bens mobiliários permutados no momento em que é feita tal operação, independentemente da existência de torna;**

39.1.2. **é correto o entendimento de que a permuta, por encontrar-se no conceito de alienação, previsto no art. 3º da Lei nº 7.713, de 1988, via de regra é tributada, não tendo as desonerações previstas na legislação, como a tratada no art. 121, II do RIR/99 (permuta de imóveis), o condão de serem aplicadas para situações diversas daquelas especificamente ali disciplinadas;**

39.1.3 a determinação de que a apuração do ganho de capital recairá apenas sobre a torna, nos termos do § 2º do art. 121, do § 3º do art. 123 e do inciso III do parágrafo único do art. 138, todos os RIR/99, aplica-se exclusivamente às permutas de ativos imobiliários.

40. Tendo em vista que o Parecer PGFN/PGA/970/91 foi objeto de apreciação ministerial sugere-se adoção de igual providência no que tange à aprovação da presente manifestação.”.

Em verdade, todas essas normas que dispensam a tributação do ganho de capital em caso de permuta sem torna são normas excepcionais, pois a regra é a tributação sempre que houver diferença entre os valores dos bens entregues e recebidos. Ora, a melhor exegese nos diz que normas excepcionais são interpretadas estritamente, razão pela qual não há que se falar em interpretação extensiva de tais normas para fazê-las alcançar a situação em tela – permuta entre PJs de direito privado de ações de emissão de outras PJs de direito privado

Assim, ainda que estivéssemos diante de uma permuta, a recorrente deveria ter apurado o ganho de capital decorrente da diferença positiva entre o valor das ações recebidas e o das ações dadas em permuta.

Embora, entenda que se trate, *in casu*, de uma assunção de dívida decorrente de subscrição de ações seguida de uma dação em pagamento na integralização de tais ações, vale ressaltar, por oportuno, que é perfeita a observação do TVF de que, nos termos do art. 51 da Lei 7450/85, *ficam compreendidos na incidência do imposto de renda todos os ganhos e rendimentos de capital, qualquer que seja a denominação que lhes seja dada, independentemente da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de ato ou negócio, que, pela sua finalidade, tenha os mesmos efeitos do previsto na norma específica de incidência do imposto de renda.*

[...]

Como bem analisou o i. conselheiro não há amparo legal para a pretensão de que seja dado o tratamento de permuta, nos moldes excepcionais previstos para a permuta de unidades imobiliárias, para a substituição dos títulos mobiliário decorrentes da operação de incorporação levada a efeito.

Deste modo, estando caracterizado que efetivamente ocorreu uma alienação da participação societária à qual não podem ser aplicadas as regras de permuta

imobiliárias existentes na legislação do imposto de renda, cumpre apurar se de fato ocorreu o ganho de capital.

Por bem expressar a minha análise sobre as operações ocorridas, transcrevo excertos das contrarrazões da procuradoria da Fazenda Nacional que abordou a questão, *verbis*:

[...]

Como já mencionado, o **art. 31 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977**, determina que serão consideradas ganho de capital as operações que importem **alienação**, a qualquer título, de bens ou direitos. Nesse ponto, a legislação ordinária se alinha ao conceito de renda do CTN, tendo em vista será considerado **acréscimo patrimonial** o ingresso, no patrimônio do contribuinte, de bens cujo valor é superior àquele dos bens alienados – **o que configura o fato gerador do imposto sobre a renda, na forma do art. 43 do CTN**. Implica dizer que a lei tributária permite a tributação do ganho de capital, por meio do Imposto sobre a Renda, independentemente do pagamento em pecúnia ou em outros bens – como é o caso da dação em pagamento ou permuta. Portanto, para verificar a ocorrência de ganho de capital, faz-se necessário cotejar o custo de aquisição dos bens que serão entregues em razão do contrato com o valor dos bens que serão recebidos, pois é este último o valor de alienação para o fim de verificar se a alienação se deu a título de equivalência ou de acréscimo patrimonial – conforme Acórdão n. 1202-0001.075, acima transcrito.

Conforme explicitado na seção anterior, na operação de incorporação de ações, tanto as ações a serem incorporadas, como as ações a serem emitidas pela incorporadora são **precificadas** a partir de laudo de avaliação, diferentemente do que ocorre na troca ou permuta. Isso evidencia que a operação de incorporação de ações é plenamente apta a gerar efetivo acréscimo patrimonial, em favor dos alienantes das ações a serem incorporadas. Nessa perspectiva, segundo consta do Termo de Verificação Fiscal, a recorrente recebeu ações da BRF FOODS avaliadas em **R\$ 21.088.116,58**. Por sua vez, o custo de aquisição das ações da HFF PARTICIPAÇÕES, até então detidas pela contribuinte, era de **R\$ 2.829.472,00**. Diante disso, a diferença entre o valor da alienação e os custos de aquisição revela ganho de capital no montante de **R\$ 18.258.644,58**, diferença essa que ingressou no patrimônio da contribuinte constituindo ganho de capital passível de tributação.

Nesse ponto, cumpre afastar a alegação de que as ações recebidas da BFR FOODS possuíam o mesmo valor que as ações da sociedade incorporada. Primeiramente, não há dúvidas acerca do acréscimo patrimonial para a contribuinte – no montante de **R\$ 18.258.644,58** –, **que decorre precisamente do valor atribuído às ações da BRF FOODS recebidas pela contribuinte**. Em verdade, a recorrente afirma que as ações da BRF FOODS foram lançadas em sua contabilidade pelo mesmo valor que era atribuído às ações da HFF PARTICIPAÇÕES antes da incorporação de ações. Esse procedimento adotado pela contribuinte tinha por escopo passar a impressão de que as ações da HFF PARTICIPAÇÕES foram alienadas pelo seu valor contábil – o que anularia o ganho de capital tributável na operação.

Evidente a carência de fundamento da alegação da recorrente, uma vez que **resultaria na seguinte consequência: atribuir-se-á ao valor lançado na DIPJ a eficácia de determinar o valor pelo qual foram entregues os bens, a despeito do valor efetivo da operação**. Por óbvio, é o valor da operação de transferência – ou seja, o preço efetivo da

operação – que determina o lançamento nos livros contábeis. Apenas na hipótese de a operação se concretizar efetivamente pelo valor contábil é que não haverá tributo a ser recolhido, por ausência de acréscimo patrimonial decorrente da referida operação. Assim, para a aplicação das normas do **art. 31 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, deve ser considerado o valor da entrega das ações da HFF PARTICIPAÇÕES para integralização do capital social da BRF FOODS, o qual, como acima demonstrado, caracteriza a existência de ganho de capital na entrega dessas ações havida no bojo da incorporação de ações.**

[...]

Sobre este último aspecto quanto ao registro contábil da operação por parte da fiscalizada que teria consignado a mera permuta das ações, mantendo os valores contábeis da participação dada em troca, o i. conselheiro Alberto Pinto analisou a mesma alegação contida no recurso voluntário analisado no Acórdão nº 1302-001.823 , já citado, *verbis*:

Além disso, a incorporação de ações da HFF gerou o registro de ágio pela BRF, inclusive fundamentado em expectativa de rentabilidade futura (R\$ 1,4 bilhão), o que significa que o custo de aquisição das ações da HFF registrado pela BRF foram superiores ao seu valor patrimonial. **Não obstante, a recorrente alega que contabilizou as ações recebidas pelo valor das ações dadas em pagamento, ou seja, contabilizou as ações da BRF por R\$ 11.977.426,00? Ora, na outra ponta, a BRF registrou o custo de aquisição de tais ações da HFF de titularidade da recorrente por R\$ 78.453.718,92, tanto que contabilizou ágio no investimento na HFF. A vingar o entendimento da recorrente, cria-se, assim, o melhor dos mundos para os contribuintes e o pior para o Erário, pois, para a recorrente, não haveria ganho de capital a ser tributado, mas, para a BRF, seria registrado um ágio por expectativa de rentabilidade futura com possibilidade de gerar futura despesa de amortização dedutível das bases tributáveis (a depender apenas da ocorrência de um dos eventos do art. 7º da Lei 9.532/97). *Mutatis mutandis*, seria como, em um venda de um produto, o comprador declarar um custo de aquisição dedutível da base tributável de R\$ 78 milhões e, do outro lado, o vendedor declarar uma receita tributável de R\$ 11 milhões.**
(destaque nosso)

[...]

Por fim, com relação à suposta falta disponibilidade econômica ou jurídica, alegada pela recorrente, que não teria sido efetivamente realizada, ou seja, seria apenas potencial a Fazenda Nacional bem aponta em sua contra-argumentação, *verbis*:

[...]

Afirma a contribuinte que o acréscimo patrimonial advindo da operação de incorporação de ações não poderia ser tributado por ser apenas potencial, haja vista a ausência de realização da renda. Com base em tais premissas, defende que, uma vez que não houve recebimento de recursos financeiros, deve ser mantido o custo de aquisição original dos bens (no caso, das ações originárias da HFF PARTICIPAÇÕES que foram incorporadas pela BRF FOODS) e somente se deveria apurar ganho de capital por ocasião da venda das ações da incorporadora recebidas pelos acionistas. **Essa afirmação se funda em concepção de regime de caixa, que confunde disponibilidade econômica com disponibilidade financeira.**

No entanto, **a tese da contribuinte pode ser afastada pela correta apreciação do conceito de regime de caixa.** Acerca da disponibilidade do ganho de capital, Andrade Júnior e Schoueri asseveram que a disponibilidade da renda seria completa e definitiva quando de sua **realização**, destacando que tal ocorre de fato na incorporação de ações. Delimitam a questão os referidos autores da seguinte forma:

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

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

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

iv) **Mensurabilidade e liquidez dos direitos recebidos na troca:** por fim, um elemento delicado. A falta de mensurabilidade dos direitos recebidos na troca é o que justifica, por exemplo, o diferimento da tributação relativa aos ganhos de capital auferidos em razão da operação de permuta.

Precisamente porque o ganho não pode ser aferido com certeza, permanece ilíquido, é que se tem reconhecido a inexistência de ganho tributável em operações dessa natureza. Mas isso não ocorre no caso da incorporação de ações, em que as ações trocadas são submetidas a prévia avaliação, por perito eleito pela assembleia geral da sociedade 'incorporadora'. Na relação de troca estabelecida com o fito de identificar o número de ações que tocará a cada um dos acionistas da sociedade 'incorporada', é levado em conta o valor das ações originariamente dadas, bem como o valor das ações a serem recebidas, sendo tais valores aferidos por meio de avaliações específicas. A situação, assim, aproxima-se do recebimento de pagamentos com bens, ou, tecnicamente falando, da dação em pagamento, com relação à qual tanto a doutrina como a jurisprudência reconheceram realização de renda, uma vez que o bem entregue em pagamento o é tendo-se em vista um valor específico. Nesse contexto, na incorporação de ações está cumprido o requisito da mensurabilidade e liquidez dos direitos recebidos em troca. Não há incerteza acerca do valor pelo qual a troca é efetivada; este é conhecido e claramente definido.^{25¹⁸}

¹⁸ 25 ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. SCHOUERI, Luís Eduardo. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. In: Revista Dialética de Direito Tributário. n. 200, mai. 2012, p. 63-64.

Observe-se que a renda no caso da incorporação de ações reúne todos os requisitos para se considerar **realizada**, independentemente de sua conversão em pecúnia: (i) houve acréscimo patrimonial; (ii) mensurável; (iii) em decorrência de cumprimento da obrigação; (iv) entre partes independentes. Nessa perspectiva, necessário sempre salientar que, para a configuração da incidência do IRPJ e da CSLL, **exige-se a disponibilidade econômica ou jurídica da renda, e não a disponibilidade financeira**. Por essa razão, não prospera o argumento da recorrente, no sentido de que o pagamento recebido em bens, no caso, ações, não seria tributável.

[...]

No caso, ocorreu o pagamento das prestações assumidas entre as partes, o que gerou acréscimo patrimonial para os acionistas, entre eles a ora recorrente, de forma a caracterizar-se disponibilidade econômica e, portanto, realização da renda de acordo com o regime de caixa.

Por essa razão, afaste-se também o argumento de que o ganho de capital decorrente da alienação de ações seria incerto e carente de liquidez. Isso porque tanto o valor das ações incorporadas, como o das ações da incorporadora – entregues aos antigos acionistas da incorporada –, são necessariamente submetidas à prévia avaliação (§§ 1º e 2º do art. 252 da LSA), o que as confere liquidez e certeza.

Além disso, cumpre destacar que a regra na apuração do IRPJ e da CSLL é a existência de disponibilidade econômica e jurídica – previstas no art. 43 do CTN. A disponibilidade financeira somente pode servir de parâmetro, para a apuração do lucro, quando a legislação expressamente mencionar essa possibilidade – afinal, trata-se de exceção à regra prevista no citado art. 43. Com efeito, prevalece na tributação das receitas não operacionais, seja no regime do lucro real ou no do lucro presumido, a necessidade de existência de disponibilidade econômica ou jurídica, e não de disponibilidade financeira

Diante de todo o exposto, resta devidamente caracterizada, na operação de incorporação de ações aqui analisada, uma alienação geradora de acréscimo patrimonial, o que impõe a incidência do IRPJ e da CSLL.

O voto condutor do Acórdão n.º 1302-001.823, já citado, analisou o ponto, *verbis*:

Assim, não há como sustentar que a natureza da operação (incorporação de ações) não permitisse a apuração de ganho de capital por aquele que integraliza ações subscritas com a dação de outras ações de valor inferior às integralizadas. No caso em tela, para integralizar ações da BRF no valor de R\$ 78.453.718,92, a recorrente deu em pagamento ações da HFF no valor de R\$ 11.977.426,00, logo, é indiscutível o acréscimo patrimonial por ela sofrido.

O TVF traz julgados do STJ, os quais definem bem a disponibilidade econômica de renda, mas vale aqui lembrar que, se a disponibilidade jurídica depende de um título jurídico que garante um direito líquido e certo de crédito (embora não necessariamente exigível), para que se configure a renda tributável; a disponibilidade econômica se contenta com o simples acréscimo patrimonial, ainda que não

consubstanciada em um título jurídico. Nesse sentido, além dos julgados citados pelo TVF, vale trazer a lume a seguinte jurisprudência:

REsp 408770 / SC

RECURSO ESPECIAL 2002/0011030-6

Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114)

Data do Julgamento 23/08/2005

Ementa:

TRIBUTÁRIO - FATO GERADOR DO IMPOSTO DE RENDA - ART. 43 DO CTN - DISPONIBILIDADE JURÍDICA - DISPONIBILIDADE ECONÔMICA - DISPONIBILIDADE FINANCEIRA.

1. Segundo a doutrina, a disponibilidade econômica de rendas ou proventos ocorre com incorporação destes ao patrimônio do contribuinte.
2. A disponibilidade jurídica existe quando o adquirente tem a titularidade jurídica da renda ou dos proventos que aumentem o seu patrimônio, trazendo, como consequência, a disponibilidade econômica.
3. Já a disponibilidade financeira pressupõe a existência física dos recursos financeiros em caixa.
4. O acórdão recorrido confundiu a disponibilidade econômica com a disponibilidade financeira, determinando a não-incidência do imposto de renda na espécie, violando, assim, o art. 43 do CTN.
5. Recurso especial da FAZENDA NACIONAL provido.

Logo, é indiscutível que a titularidade jurídica de ações da BRF no valor R\$ 78.453.718,92, quando a recorrente teve que dar em pagamento ações da HFF no valor apenas de R\$ 11.977.426,00, gerou uma disponibilidade econômica de renda caracterizada pelo acréscimo patrimonial decorrente do ganho de capital no valor de R\$ 66.476.292,92.

Pelos fundamentos, acima expostos, que adoto, cumpre rejeitar a alegação da recorrente quanto à inexistência de realização efetiva do ganho de capital.

[...]

Como se extrai do voto anteriormente transcrito que analisa à saciedade as alegações trazidas pelas partes nesta operação, restou clara a caracterização do acréscimo patrimonial caracterizado pelo ganho de capital ocorrido com a substituição das ações da empresa incorporada (HFF Participações) pelas ações da incorporadora (BRF Foods) e que não subsistem as alegações relativas à ausência de ato volitivo da contribuinte para a consecução do negócio e, tampouco, resta configurada a hipótese de tratamento do negócio como mera permuta sem torna, que afastaria o ganho de capital.

Desta feita, resta caracterizada a disponibilidade econômica da renda no caso concreto. Observa-se que a substituição das ações, tendo sido esta avaliadas por valor superior ao registrado no ativo da empresa detentora, caracteriza, inarredavelmente, um acréscimo

imediatamente e mensurável em seu patrimônio, restando, assim, configurado o ganho de capital tributável.

Na linha do quanto foi aqui analisado, têm-se outros julgados desta 1ª Turma da CSRF que retratam o mesmo entendimento, conforme se colhe das suas ementas, *verbis*:

Acórdão n.º 9101-002.735, de 04/04/2017

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL TRIBUTÁVEL.

No bojo da incorporação de ações ocorre alienação da totalidade de ações ou quotas da pessoa jurídica incorporada na subscrição do aumento de capital da pessoa jurídica incorporadora, não havendo que se falar em ausência de manifestação de vontade. Não é caso de sub-rogação real e nem de permuta. A diferença positiva entre a participação que passa a ser detida na incorporadora e a participação antes detida na incorporada constitui ganho de capital tributável. (Relatora Cons. Adriana Gomes Rego) ¹⁹

Acórdão n.º 9101-003.536, de 06/04/2018

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. TRIBUTAÇÃO O GANHO DE CAPITAL.

Os negócios jurídicos que se integram na 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 n.º 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. (Redator designado Cons. Flávio Franco Correa) ²⁰

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento aos recursos especiais da contribuinte e da responsável.

Com base nos fundamentos acima vertidos, o Acórdão n.º 9101-005.777 adotou a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2009

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES PARA CONVERSÃO DA EMPRESA INCORPORADA EM SUBSIDIÁRIA INTEGRAL. SUBSTITUIÇÃO DAS AÇÕES PELA INCORPORADORA. ALIENAÇÃO CARACTERIZADA. GANHO DE CAPITAL. OCORRÊNCIA.

A operação de entrega de ações para incorporação, nos moldes previstos no art. 252 da Lei das S/A, mediante o recebimento de novas ações emitidas pela empresa incorporadora, ambas avaliadas a valor de mercado, caracteriza-se como alienação e está sujeita a apuração de ganho de capital.

¹⁹ Participaram do julgamento os conselheiros: Adriana Gomes Rêgo, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luís Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Carlos Alberto Freitas Barreto. Negado provimento ao recurso da contribuinte, por maioria, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra.

²⁰ Participaram do julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Adriana Gomes Rêgo (Presidente). Negado provimento ao recurso da contribuinte, por maioria de votos, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto (relator), Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra.

Por todo o exposto, tratando-se o caso concreto das mesmas questões de direito anteriormente examinadas, *mutatis mutandis* apenas quanto aos elementos específicos destes autos, adoto os mesmos fundamentos para negar provimento ao recurso especial da contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado