



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo n°** 10880.720343/2014-93  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1302-002.566 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 22 de fevereiro de 2018  
**Matéria** Ganho de Capital na incorporação de ações  
**Recorrente** ANTIGUA ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 2009

**GANHO DE CAPITAL. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. CABIMENTO.**

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 sujeita a apuração de ganho de capital.

**GANHO DE CAPITAL. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. CUSTO DE AQUISIÇÃO.**

O custo de aquisição das ações entregues pela detentora dos títulos deve corresponder ao valor de avaliação por ocasião da sua subscrição na empresa que foi objeto da incorporação, da qual a contribuinte é sócia e não em relação aos valores empregados na anterior capitalização da recorrente.

**TRIBUTAÇÃO REFLEXA: CSLL**

Por se constituírem infrações decorrentes e vinculadas, nos termos do § 2º do art. 24 da Lei 9.249/1995, aplica-se integralmente ao lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido as conclusões relativas ao IRPJ.

**JUROS SELIC. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.**

Constituído o crédito pelo lançamento de ofício, ao tributo agrega-se a multa de ofício, tendo ambos a natureza de obrigação tributária principal e, sobre ele deve incidir integralmente os juros à taxa SELIC, nos termos dos art. 139 e 161 do CTN c/c o art. 61 da Lei nº 9.430/1996.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo nº 10880.720343/2014-93  
Acórdão n.º **1302-002.566**

**S1-C3T2**  
Fl. 951

---

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Rogerio Aparecido Gil, Gustavo Guimarães da Fonseca, Flávio Machado Vilhena Dias e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

## Relatório

Trata-se de recurso voluntário interpostos em face do Acórdão nº 09-54.970, proferido pela 1ª Turma da DRJ-Juiz de Fora, em 09 de outubro de 2014, que considerou improcedente a impugnação apresentada pela contribuinte contra os autos de infração de IRPJ e CSLL lavrados contra si, mantendo integralmente a exigência nos termos sintetizados na seguinte ementa:

### *GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO.*

*Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos. A alienação é gênero, do qual a transferência das ações, nos termos do art. 252 da Lei nº 6.404, de 1976, é espécie.*

### *INCORPORAÇÃO DE AÇÃO.*

*Na incorporação de ações, há alienação pelos acionistas da incorporada de seus ativos, nos termos do art. 3º, § 3º, da Lei nº 7.713, de 1988, sendo a transmissão da propriedade dos ativos onerosa e avaliada em moeda corrente. Assim, havendo diferença positiva entre o valor da transmissão e o respectivo custo de aquisição, esta deve ser tributada como ganho de capital, independentemente da existência de fluxo financeiro.*

### *JUROS DE MORA.*

*Conforme expressa previsão legal, incidem juros de mora sobre todos os débitos tributários de competência da União relativos aos impostos, contribuições e multas, calculados pela Taxa Selic.*

### *LANÇAMENTOS REFLEXOS.*

*A decisão proferida em relação ao lançamento de IRPJ se aplica, no que couber, às exigências dele decorrentes.*

A autuação decorreu da infração apurada pela fiscalização, conforme descrito no item V do TVF (fls.29/30), *verbis*:

### **V - INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA**

#### **Resultado não Declarado de Ganhos de Capital após a Incorporação de Ações**

*Conforme Boletim de Subscrição anexo à Ata de Assembleia Geral Extraordinária da HFF Participações S.A., datada de 08/07/2009, às 10h30min, foram subscritas 3.219.495 ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal, emitidas em aumento de capital, integralizadas pela Antígua Administração e Participações Ltda. mediante contribuição ao capital social de 3.219.495 ações da Sadia S.A.*

*De acordo com a Ata citada anteriormente, foi aprovado o Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações, celebrado em 22 de junho de 2009, o qual estabelece todos os termos e condições da incorporação das ações de emissão da Companhia pela BRF Brasil Foods S.A., com base no valor econômico das ações, nos termos do laudo de avaliação elaborado pela Planconsult Planejamento e Consultoria Ltda. Ainda de acordo com a Ata foram implementadas todas as condições de eficácia do Protocolo e Justificação e que, com a aprovação da Incorporação de Ações pelos acionistas da BRF Brasil Foods S.A., a Companhia tomar-se-á sua subsidiária integral.*

*Sendo assim, houve o recebimento pela fiscalizada de 535.231 ações da BRF Brasil Foods S.A. em substituição às 3.219.495 ações da HFF Participações S.A. em decorrência da incorporação de ações, conforme documentação encaminhada pela fiscalizada em resposta ao Termo de Início de Procedimento Fiscal . A movimentação das ações também está demonstrada na escrituração contábil do contribuinte.*

*Com estas informações, acerca da incorporação de ações da HFF Participações S.A. pela BRF Brasil Foods S.A., passa-se à análise do ganho de capital auferido pela Antígua Administração e Participações Ltda com a alienação de 3.219.495 ações da HFF Participações S.A., de sua propriedade, para a BRF. por meio desta operação.*

*- O contribuinte alienou à BRF Brasil Foods S.A., por meio da incorporação de ações. 3.219.495 ações da HFF Participações S.A.*

*- Em contraprestação às suas ações da HFF Participações S.A. incorporadas, ele recebeu 535.231 ações da BRF Brasil Foods S.A., conforme planilha encaminhada pela mesma em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 2 (Diligência Fiscal - MPF 0618500-2012-00029-9). (Ressalte-se que, nas planilhas encaminhadas pela BRF Brasil Foods S.A., foram excluídos os dados dos outros acionistas por não fazerem parte desta ação fiscal).*

*Considerando-se as ações da Sadia S.A. utilizadas para subscrição de capital na HFF Participações S.A. (3.219.495 ações) e os demais dados constantes do Protocolo e Justificação de Incorporação de ações da HFF Participações S.A. pela BRF Brasil Foods S.A. (relação de troca = 0.166247 e preço de emissão das ações da BRF = R\$39,40), o valor de alienação dessas ações foi de **RS21.088.116,58** (3.219.495 x 0.166247 x 39,40). Considerando-se ainda que o custo das ações foi de **RS2.829.472,00** (conforme dados do Instrumento Particular de Constituição de Sociedade Empresária Ltda apresentado), a fiscalizada obteve um ganho de capital no valor de **R\$ 18.258.644,58**.*

**Este ganho de capital está sujeito à regular incidência do imposto de renda, uma vez que foi auferido pelo contribuinte com a alienação, mediante incorporação de ações, das ações da HFF Participações S.A.**

*Demonstra-se, no quadro abaixo, o resultado econômico positivo obtido pelo contribuinte com a alienação, por meio da operação de incorporação de ações, de 3.219.495 ações da HFF Participações S.A.:*

BEM	SITUAÇÃO ANTES DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES		SITUAÇÃO APÓS A INCORPORAÇÃO DE AÇÕES	
	Nº De Ações	Valor	Nº De Ações	Valor
Ações da HFF Participações S.A.	3.219.495	R\$ 2.829.472,00	0	R\$ 0,00
Ações da BRF – Brasil Foods S.A.	0	R\$ 0,00	535.231	R\$21.088.116,58
Total em R\$		R\$ 2.829.472,00		R\$ 21.088.116,58
Acréscimo Patrimonial, após incorporação de ações				R\$ 18.258.644,58

*Em análise à Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) 2010, pode-se verificar que o contribuinte optou pelo Lucro Presumido como forma de tributação.*

*Observando a escrituração contábil da fiscalizada pode-se verificar que não foram computadas as receitas correspondentes ao ganho de capital auferido através da incorporação das ações da HFF Participações S.A. pela BRF - Brasil Foods S.A.. Tais receitas devem ser tributadas, conforme legislação e doutrina mencionadas anteriormente.*

*Assim, foi efetuado o lançamento de ofício, apurando-se o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) sobre o ganho de capital omitido.*

*A apuração do IRPJ gerou reflexos em outro tributo - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) - conforme art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90, art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95, art. 2º da Lei nº 9.249/95 e art. 28 da Lei nº 9.430/96.*

A recorrente apresentou impugnação tempestiva, tendo seus argumentos sintetizados no acórdão recorrido da seguinte forma:

[...]

### III - Do Direito

#### III.1 - Do fato gerador do imposto de renda e da CSLL

- que no entender da Fiscalização, teria resultado da diferença positiva entre o valor de mercado das ações da BRF na data da referida operação (i.e. 8.7.2009), multiplicada pela quantidade de ações BRF recebida pela Impugnante e o valor contábil de seu investimento na HFF nesta mesma data, conforme dados do Instrumento Particular de Constituição de Sociedade Empresária Limitada apresentado durante o procedimento de fiscalização;

- que a fiscalização considerou o custo unitário das ações HFF (R\$0,88) equivocadamente, uma vez que, conforme boletim de subscrição anexo à Ata de Assembleia Extraordinária da HFF datada de 8.7.2009 (**doc. 5**), este custo seria de R\$1,00;

- que o entendimento adotado pela Fiscalização é equivocado uma vez que a incorporação de ações consiste em instrumento puramente societário e de natureza complexa, compreendendo uma série de atos concatenados entre si que resultam na

conversão de uma sociedade em subsidiária integral, exhaustivamente regulamentado pela LSA;

### **III.2 - Aspectos societários relacionados à implementação da operação de incorporação de ações**

- que uma vez aprovada a operação pela Assembleia Geral da companhia cujas ações serão incorporadas, fica a respectiva diretoria autorizada a subscrever por conta dos seus acionistas (e não em seu nome), o aumento de capital da companhia incorporadora, recebendo tais acionistas diretamente ações da companhia incorporadora em substituição as suas antigas ações;

- cita diferenças entre incorporação de ações e incorporação de sociedades;

- que o instituto da incorporação de ações não se confunde com a operação de subscrição de capital com integralização em bens;

### **III.3 - Impossibilidade do enquadramento da operação de incorporação de ações como espécie de alienação**

- que, segundo o artigo 110 do CTN, a norma tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado para definir ou limitar competências tributárias. Assim, é necessário examinar o conceito do termo "alienação" sob a ótica do Direito Civil e este utiliza a expressão "alienação" como uma modalidade de perda da propriedade e a doutrina entende que se dá com expressa manifestação de vontade;

- que não houve a manifestação de vontade do impugnante na incorporação de ações;

- que na incorporação de ações, os acionistas não participam do processo de sua aprovação tampouco do processo de subscrição dela decorrente. Recebem diretamente, de forma passiva, ações da companhia incorporadora em substituição às suas antigas ações, significando, tão somente na substituição das ações, na mesma proporção e pelo mesmo valor do investimento anteriormente detido;

- que a operação de incorporação das ações da HFF pela BRF não resulta na apuração de ganho de capital pela Impugnante, na qualidade de acionista, uma vez não possuir tal operação natureza jurídica de uma operação de alienação;

- que o Parecer Normativo nº 39 da RFB, de 19/10/1981, conclui que as ações recebidas em substituição de outras participações societárias em virtude de operação de incorporação, cisão e fusão, e na mesma proporção das ações anteriormente detidas, não podem ser consideradas novamente subscritas ou adquiridas por aqueles que as recebe;

- que a 2ª Câmara da 2ª Turma Ordinária do CARF, em sessão de julgamento de 19.2.2013, ao analisar o instituto da incorporação de ações, proferiu decisão favorável ao contribuinte, sob o entendimento de que, de fato, esta operação não consiste em evento de alienação apto a ensejar a apuração de ganho de capital sujeito à incidência do imposto de renda;

- que em momento algum houve intenção por parte do impugnante em se desfazer do investimento na Sadia;

### **III.4. Da inexistência de hipótese de incidência do Imposto de renda e da CSLL para casos de incorporação de ações**

- que não é legítima a cobrança dos referidos tributos sobre suposto ganho de capital auferido pelo Impugnante na operação de incorporação das ações da HFF pela BRF sob pena de violação do princípio da tipicidade cerrada;

### **III.5. Das espécies de alienação**

- que se ignorada a ausência de interesse da Impugnante em transferir a propriedade de suas ações HFF à BRF, a incorporação de ações consistiria em uma operação de permuta, e esta, segundo jurisprudência do CARF, não está sujeita à incidência de IRPJ e CSLL;

- que não houve ingresso de nova riqueza disponível que ampare a tributação pelo imposto sobre a renda e pela contribuição social sobre o lucro líquido;

- que no caso concreto foram elaborados laudos para aferir o valor econômico das sociedades envolvidas na incorporação de ações e, assim, estabelecer uma relação de troca entre as ações de emissão da HFF e da BRF não havendo mutação patrimonial;

### **IV. Inaplicabilidade de juros de mora sobre multa de ofício**

- que a Lei nº 9.430/96 prevê a incidência dos juros de mora apenas sobre o valor dos tributos, contribuições e multas isoladas, e não sobre as multas de ofício exigidas como acessório juntamente com o tributo eventualmente exigido;

### **V. Conclusão**

*Em resumo e por todo o exposto acima, é insofismável que não deve prosperar a pretensão da D. Fiscalização em exigir IRPJ e CSLL sobre suposto ganho de capital auferido pela Impugnante na operação envolvendo a incorporação da totalidade das ações da HFF pela BRF pelas seguintes razões:*

#### ***Incorporação de Ações***

*(i) a incorporação das ações da HFF foi deliberada e aprovada por sua assembleia 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 Impugnante, 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 Assembleia 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 Impugnante por ações da BRF, mantendo-se a mesma proporção e valor do investimento anteriormente detido;*

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

(v) 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;

(vi) na sessão de julgamento de 19.2.2013, a 2ª Câmara da 2ª Turma Ordinária do CARF proferiu decisão 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 de ganho de capital sujeito à incidência do imposto de renda;

(vii) diante da ausência da manifestação de vontade da Impugnante 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;

(viii) admitir que a incorporação de ações é uma operação de alienação sujeita à apuração de ganho de capital, além de ir contra o ordenamento jurídico pátrio, como se mostrou, levará à autuação de milhares de antigos acionistas da Sadia, que investiram seu patrimônio na sociedade devido à sua sólida tradição e não necessariamente pretendiam alienar as suas ações;

(ix) se em complemento à inexistência da cultura de investimentos em bolsa no Brasil, o Governo passar a tributar fatos que independem da vontade dos acionistas e/ ou exigir tributos sobre ganhos irreais, criar-se-á um ambiente de insegurança jurídica generalizada no Mercado, no qual as pessoas deixarão de investir em bolsa com receio de serem autuadas sem nem mesmo saberem que ocorreu uma operação supostamente sujeita à incidência de imposto de renda.

(x) Com efeito, o ganho de capital supostamente auferido pela Impugnante decorreria exclusivamente da operação de incorporação das ações da HFF pela BRF.

(xi) Ademais, o custo unitário das ações HFF considerado pela D. Fiscalização para fins de cálculo do ganho de capital supostamente auferido pela Impugnante está equivocado. De fato, conforme se extrai do boletim de subscrição anexo à Ata de Assembleia Extraordinária da HFF de 8.7.2009, este custo seria de R\$1,00.

#### **Permuta e Inexistência de Acréscimo Patrimonial**

(xii) ad argumentandum, tendo em vista que a própria D. Fiscalização reconhece que a Impugnante 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 do 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.*

### **Juros**

*(xiii) merecem ser afastados os juros de mora sobre a multa de ofício, por manifesta ofensa à Legislação Pátria e ao Princípio da Segurança Jurídica.*

### **VI. Pedido**

*Diante do exposto, a Impugnante requer e espera sejam acolhidos os argumentos aqui discorridos para que sejam cancelados os Autos de Infração objeto do presente processo administrativo, uma vez que a incorporação de ações não é fato gerador do IRPJ e da CSLL.*

*Apenas a título de argumentação, caso os pedidos acima não sejam acolhidos, a Impugnante requer seja considerado o custo unitário correto das ações HFF, bem como sejam afastados os juros de mora sobre as multas de ofício, por manifesta ilegalidade.*

Intimada do acórdão recorrido em 09/02/2015 (AR, fls. 649), interpôs recurso voluntário em 23/02/2015 (fls. 681), no qual contesta as conclusões da decisão recorrida e reitera as razões da impugnação, conforme sintetizado por ela mesma ao final da petição recursal, *verbis*:

### **III. CONCLUSÕES**

**191** Em resumo e por todo o acima exposto, é insofismável que não deve prosperar o v. acórdão recorrida, pelas seguintes razões:

#### **Incorporação de Ações**

(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 Perdígão, 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 nº 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;

(ix) admitir que a incorporação de ações é uma operação de alienação sujeita à apuração de ganho de capital, além de ir contra o ordenamento jurídico pátrio, como se mostrou, levará à autuação de milhares de antigos acionistas da Sadia, que investiram seu patrimônio na sociedade devido à sua sólida tradição e não necessariamente pretendiam alienar as suas ações;

(x) se em complemento à inexistência da cultura de investimentos em bolsa no Brasil, o Governo passar a tributar fatos que independem da vontade dos acionistas e/ ou exigir tributos sobre ganhos irreais, criar-se-á um ambiente de insegurança jurídica generalizada no Mercado, no qual as pessoas deixarão de investir em bolsa com receio de serem autuadas sem nem mesmo saberem que ocorreu uma operação supostamente sujeita à incidência de imposto de renda;

(xi) Com efeito, o ganho de capital supostamente auferido pela Recorrente decorreria exclusivamente da operação de incorporação das ações da HFF pela BRF;

(xii) Ademais, o custo unitário das ações HFF considerado pela D. Fiscalização para fins de cálculo do ganho de capital supostamente auferido pela Recorrente está equivocado. De fato, conforme se extrai do boletim de subscrição anexo à Ata de Assembleia Extraordinária da HFF de 8.7.2009, este custo seria de R\$1,00.

### **Da incorporação de ações como evento de sub-rogação real legal**

(b) 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

c) 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, 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.

**Da aplicação do Parecer Normativo n. 39, de 19 de outubro de 1981 ("PN 39/81")**

d) Diferentemente do consignado pela D. DRJ, a Recorrente entende que a operação de incorporação de ações, apesar de possuir aspectos procedimentais semelhantes à operação de incorporação de sociedades clássica, com esta não se confunde.

e) no entanto, tendo em vista que a operação em questão também resulta na substituição de participações societárias mantendo-se o mesmo valor da participação detida anteriormente, as disposições do PN 39/81 seriam perfeitamente aplicáveis.

**Permuta e Inexistência de Acréscimo Patrimonial**

(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.

**Juros**

(i) merece ser afastado os juros de mora sobre a multa de ofício, por manifesta ofensa à Legislação Pátria e ao Princípio da Segurança Jurídica.

**IV. PEDIDO**

**192** Diante do exposto, a Recorrente requer e espera sejam acolhidos os argumentos aqui discorridos para que seja reformada *in totum* o v. acórdão recorrido, reconhecendo-se a improcedência dos Autos de Infração objeto do presente processo administrativo, uma vez que a incorporação de ações não é fato gerador do IRPJ e da CSLL.

**193** Apenas a título de argumentação, caso os pedidos acima não sejam acolhidos, a Recorrente requer seja considerado o custo unitário correto das ações HFF, bem como sejam afastados os juros de mora sobre as multas de ofício, por manifesta ilegalidade.

**194** Requer, por fim, que todas as intimações e/ou comunicações referentes aos presentes autos sejam feitas e remetidas em nome da Recorrente.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões ao recurso voluntário (fls. 763/802), na qual argumenta, em síntese:

a) inicialmente explana sobre a natureza jurídica da incorporação de ações e as diferente teses doutrinárias, defendendo que estas tem a natureza de alienação;

b) contesta o argumento que trata a incorporação como hipótese de subrogação, concluindo que *"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"*;

c) rebate a alegação de falta de elemento volitivo por parte dos acionistas na operação de incorporação de ações no rito previsto no art. 252 da Lei das SA, destacando que, *verbis*:

[...] 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.**”<sup>21</sup> 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 BR F 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.

d) Sustenta que *"para determinar a incidência tributária, mais que determinar a categorização jurídica da operação de incorporação de ações, cumpre verificar se ela (i) caracteriza alienação; (ii) se essa alienação gerou ganho de capital para o alienante e (iii) se esse ganho foi realizado, eis que são esses os elementos constitutivos do fato gerador do tributo conforme o art. 31 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977"*;

e) Defende que " **a integralização de capital da incorporadora com ações da incorporada importa em transferência de propriedade**, o que nada mais é do que alienação" e que:

No tocante à questão da vontade, cuja ausência seria a base primeira da classificação como sub-rogação real, verifica-se que os atos praticados pelos acionistas importaram diversas manifestações de vontade. Basta lembrar que os sócios integralizaram, em nome próprio, o capital social da HFF PARTICIPAÇÕES com suas quotas da SADIA S.A., em ato preparatório para incorporação de ações. Significa dizer que **a própria assunção da condição de acionistas da HFF PARTICIPAÇÕES adveio da vontade de participar do negócio jurídico subsequente, isto é, a incorporação das ações da HFF PARTICIPAÇÕES pela BRF FOODS**. Esse contexto permite identificar, de forma incontestada, o elemento volitivo direcionado à alienação de suas participações societárias à BRF FOODS.

Ante o exposto, tem-se por descaracterizada, no caso concreto, a ausência de vontade, e, por consequente, descabe a categorização como sub-rogação real. Dessa forma, resta evidenciado que a operação havida no caso concreto, foi, incontestavelmente, **alienação em sentido amplo**.

f) quanto à ocorrência de ganho de capital, sustenta que "*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*".

g) Contesta a afirmação da contribuinte no sentido de 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, destacando 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**. [...]

h) Cita a jurisprudência do CARF favorável à tributação do ganho de capital na incorporação de ações; e

i) Defende a legalidade da incidência dos juros Selic sobre a multa de ofício.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado - Relator

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos pressupostos legais e regimentais. Assim, dele conheço.

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 douda 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 seu efeitos, na esfera tributária.

A incorporação de ações está prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404, de 1976 (Lei das Sociedades por Ações) com as alterações previstas nas Leis nº 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 nº 9.457, de 1997)*

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

*reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)*

*§ 3º Aprovado o laudo de avaliação pela 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 Carvalhosa<sup>1</sup>, 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 acrescentados)*

Em termos bastante semelhantes, entende Edmar Oliveira Andrade Filho<sup>2</sup>, 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*

<sup>1</sup> CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei das sociedades anônimas. T. II. V. 4. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140-

<sup>2</sup> ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Imposto de Renda das empresas. 6. ed. São Paulo: Atlas, p.484.

*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.

A **segunda abordagem** pode ser ilustrada pelo entendimento de Luís Eduardo Schoueri e Luiz Carlos de Andrade Júnior<sup>3</sup>. 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**<sup>4</sup>, 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 Gomes<sup>5</sup> 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 482<sup>6</sup> e 533, inciso II<sup>7</sup>. 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.[...]

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 4 ANDRADE JR e SCHOEURI, ob cit, p. 58.

<sup>5</sup> 5 GOMES, Orlando. Contratos. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 268.

<sup>6</sup> Art. 482. A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço.

<sup>7</sup> 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.

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 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.<sup>8</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.

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, 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 subrogação 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 Eizirik<sup>9</sup>, 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 Miranda<sup>10</sup> 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”<sup>11</sup>. A origem da sub-rogação real já denota que é **espécie de substituição**, enquanto a

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> *apud* EIZIRIK, op cit, p. 89

<sup>11</sup> 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.

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 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.<sup>12</sup>*

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

A respeito da sub-rogação, Pontes de Miranda<sup>13</sup> 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 sub-rogam no lugar dos bens particulares dos cônjuges não compõem a comunhão matrimonial.

A respeito da sub-rogação, Pontes de Miranda<sup>13</sup> 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 próprio<sup>14</sup>*

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:

<sup>12</sup> 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.

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

<sup>14</sup> 14 Ibidem, p. 345.

*A sub-rogação não depende da unidade de sujeito e da pluralidade de patrimônios, a) **Basta que haja bem submetido a 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.**<sup>15</sup> (grifos acrescentados)*

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 substituto 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 Estatutos Sociais diversos.** Portanto, trata-se de relações societárias ordinárias, **que se sucedem** em virtude do

<sup>15</sup> 15 Ibidem, p. 346-347.

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 reprisar 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 nº 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**.<sup>19</sup> 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 Civil<sup>20</sup>. 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

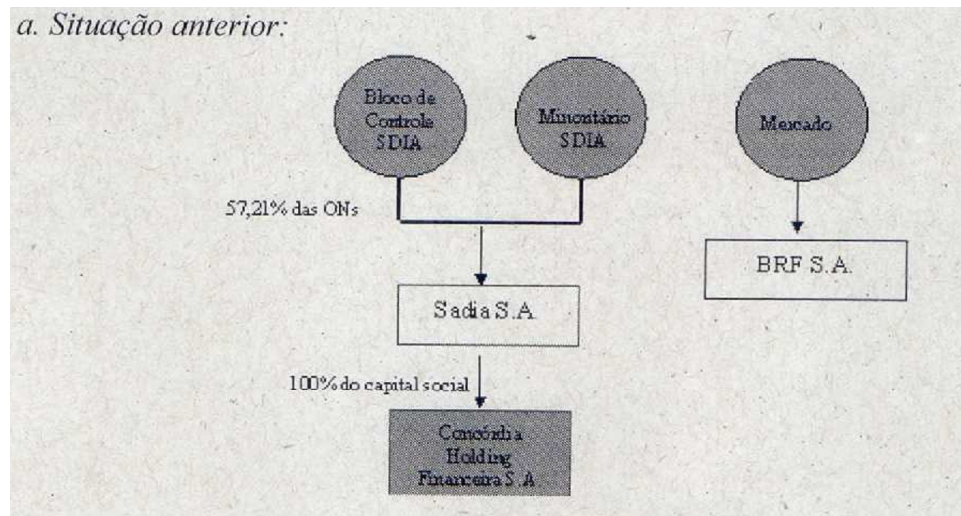
Todos os atos praticados, desde a deliberação da assembléia de aportar as ações detidas da Sadia S/A na HFF, com vistas a viabilizar a transformação daquela empresa em subsidiária integral da BRF, até sua adesão ao quadro de acionistas diretos desta última, expressam o consentimento dos acionistas da 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*:

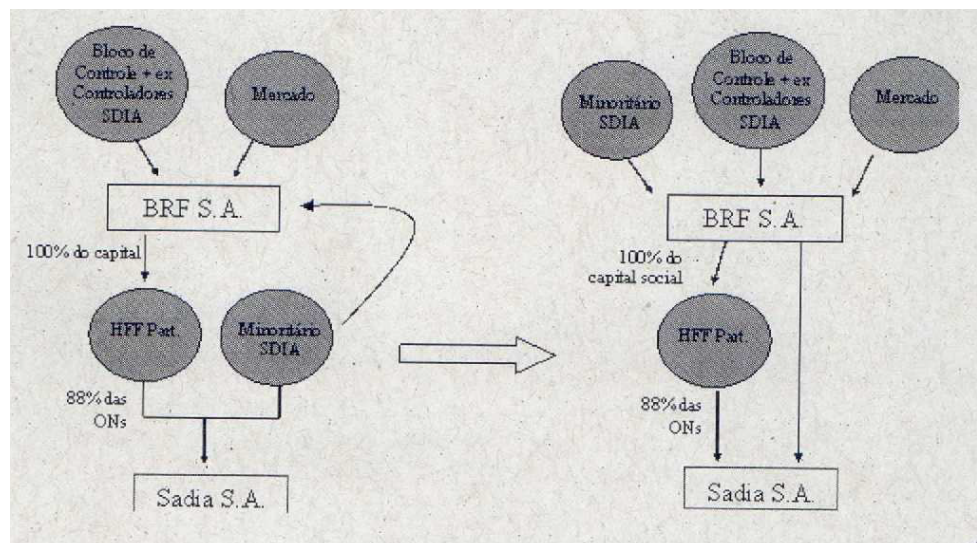
*Para complementar os dados até aqui assinalados, segue trecho retirado do Processo CVM nº RJ/2009/4691:*

"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.<sup>16</sup>

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,

<sup>16</sup> 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.

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 nº 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 penúltimo ponto, analiso a questão trazida pela recorrente quanto ao valor do custo atribuído às ações da HFF entregues para incorporação, *verbis*:

[...]

Ademais, o custo unitário das ações HFF considerado pela D. Fiscalização para fins de cálculo do ganho de capital supostamente auferido pela Recorrente está equivocado. De fato, conforme se extrai do boletim de subscrição anexo à Ata de Assembléia Extraordinária da HFF de 8.7.2009, este custo seria de R\$1,00.

O acórdão recorrido rejeitou a alegação sob a seguinte fundamentação, *verbis*:

O Impugnante, por sua vez, alega que o Fisco considerou o custo unitário das ações HFF (R\$0,88) equivocadamente, uma vez que, conforme boletim de subscrição anexo à Ata de Assembleia Extraordinária da HFF datada de 8.7.2009 (**doc. 5**), este custo seria de R\$1,00 (valor de contribuição das ações Sadia ao capital da HFF).

Nos termos do §1º, do art. 418, do RIR/1999, a determinação do ganho de capital tem por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte, diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão.

No caso, a Antígua Administração e Participações Ltda possuía 3.219.495 da HFF Participações S.A no valor contábil de R\$ 2.829.472,00 (valor registrado em sua escrituração) que dá um custo unitário de R\$0,88.

Portanto, a apuração do ganho de capital se deu na forma determinada pela legislação fiscal acima citada, não cabendo nenhum ajuste no lançamento.

Enfim, a incorporação de ações resultou num acréscimo do patrimônio do contribuinte por ganho de capital no valor de R\$18.258.644,58 (R\$21.088.116,58 – R\$2.829.472,00), que é a base de cálculo para determinação do imposto e da contribuição social.

Examinando a descrição contida no TVF (fls. 30 dos autos), verifica-se que a autoridade fiscal extraiu o valor do custo do Instrumento Particular de Constituição de Sociedade Empresária, *verbis*:

[...]

*Considerando-se as ações da Sadia S.A. utilizadas para subscrição de capital na HFF Participações S.A. (3.219.495 ações) e os demais dados*

*constantes do Protocolo e Justificação de Incorporação de ações da HFF Participações S.A. pela BRF Brasil Foods S.A. (relação de troca = 0.166247 e preço de emissão das ações da BRF = R\$39,40), o valor de alienação dessas ações foi de **RS21.088.116,58** (3.219.495 x 0.166247 x 39,40). Considerando-se ainda que o custo das ações foi de **RS2.829.472,00** (conforme dados do Instrumento Particular de Constituição de Sociedade Empresária Ltda apresentado), a fiscalizada obteve um ganho de capital no valor de **R\$ 18.258.644,58**.*

[...]

(grifo nosso)

O referido Instrumento Particular de Constituição de Sociedade Empresária (fls. 77/87) é o ato constitutivo da empresa autuada, ora recorrente, e o valor constante de sua cláusula 4.3, item A.2 (fls. 80) refere-se à entrega para integralização de capital na sociedade, por um dos sócios, de 3.219.495 ações ON da Sadia S/A pelo valor total de R\$ 2.829.472,00.

Ocorre que o custo que deve ser aferido no presente caso é o da integralização de capital por parte da ora recorrente na empresa HFF, mediante a entrega das mesmas 3.219.495 ações ON da Sadia S/A com vistas a viabilizar a futura incorporação pela BRF.

Assim, tem razão a recorrente quando aponta que o valor destas ações quando da entrega à empresa HFF foi avaliada ao custo de R\$ 1,00 por ação, totalizando, assim, R\$ 3.219.495,00, conforme Boletim de Subscrição (fls. 37) que integra a Ata da Assembléia Geral Ordinária da HFF, realizada em 08 de julho de 2009 (fls. 55/57).

Pelo exposto, voto no sentido de acolher a alegação para admitir como custo de aquisição das ações da empresa HFF, para fins de apuração do ganho de capital ora analisado, o valor de R\$ 3.219.495,00.

Por fim, impõe-se examinar o argumento da recorrente no que concerne à ilegalidade da incidência de juros de mora à taxa de juros Selic sobre a multa.

Dispõe o art. 161 do CTN que o crédito tributário não pago no vencimento deve ser acrescido de juros de mora, qualquer que seja o motivo da sua falta. Dispõe ainda em seu parágrafo primeiro que se a lei não dispuser de modo diverso os juros são calculado à taxa de 1% ao mês.

Ocorre que o legislador estabeleceu no art. 61 da Lei nº 9.430/1996 que, a partir de janeiro de 1997, os débitos vencidos com a União serão acrescidos de juros de mora calculados pela taxa SELIC quando não pagos nos prazos previstos na legislação tributária, até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Não resta dúvida que os débitos a que se refere a Lei nº 9.430/1996 correspondem ao crédito tributário de que dispõe o art. 161 do CTN.

O crédito tributário, nos termos do art. 139 do CTN, decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

Por sua vez, o art. 113, em seu parágrafo primeiro define que a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

Ora, se o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta deve abranger o tributo e a penalidade pecuniária.

Assim é que o art. 142 do CTN determina que a autoridade competente constitua o crédito tributário, calculando o montante do tributo e a penalidade aplicável.

A multa de ofício é prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, e é exigida juntamente com o tributo devido. Assim, uma vez constituído o crédito pelo lançamento de ofício, ao tributo agrega-se a multa de ofício, tendo ambos a natureza de obrigação tributária principal e, sobre ele deve incidir integralmente os juros à taxa SELIC.

A jurisprudência das turmas desta câmara e da própria CSRF é majoritária a favor da incidência dos juros SELIC sobre a multa de ofício:

**Acórdão nº 1301-000.111, de 04/12/2012:**

*JUROS SOBRE MULTA. INAPLICABILIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. NÃO OCORRÊNCIA.*

*A obrigação tributária principal dá-se com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional, de sorte que o crédito tributário corresponde à obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.*

**Acórdão nº 1302-000.959, de 07/08/2012:**

*JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.*

*É escorreita a cobrança de juros, calculados à taxa Selic, sobre multa de ofício, nos termos do §3º do art. 61 da Lei nº 9.430/96.*

**Acórdão nº 9101-00.539, de 11/03/2010**

*JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.*

*A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.*

Ante ao exposto, voto no sentido de rejeitar esta alegação.

Em conclusão, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário para reconhecer como custo de aquisição, para fins de apuração do ganho de capital, o valor de R\$ 3.219.495,00, excluindo a diferença apurada entre este valor e a base lançada, tanto para fins de incidência do IRPJ, quanto da CSLL.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Relator

Processo nº 10880.720343/2014-93  
Acórdão n.º **1302-002.566**

**S1-C3T2**  
Fl. 987

---