



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

Processo nº 10880.721439/2014-79
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-002.378 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de setembro de 2017
Matéria OMISSÃO DE GANHOS DE CAPITAL E OUTRAS RECEITAS
Recorrente AMPERES ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA JURÍDICA.

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

SUB-ROGAÇÃO REAL. NÃO-OCORRÊNCIA.

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

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE.

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

CUSTO DO BEM. VALOR CONTÁBIL.

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

LUCRO PRESUMIDO. REGIME DE CAIXA.

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

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

ESTER MARQUES LINS DE SOUSA - Presidente Substituta.

(assinado digitalmente)

CARLOS CESAR CANDAL MOREIRA FILHO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa (Presidente Substituta), Eduardo Morgado Rodrigues (Suplente Convocado), Rogério Aparecido Gil, Edgar Braganca Bazhuni (Suplente Convocado), Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Paulo Henrique Silva Figueiredo e Gustavo Guimarães da Fonseca. Ausente justificadamente o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra acórdão da 1ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) de Juiz de Fora, que julgou IMPROCEDENTE a impugnação apresentada pela Empresa, MANTENDO a integralidade do crédito tributário lançado, com o seguinte fundamento:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009

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.

O relatório da decisão atacada assim descreve os fatos:

Trata-se de Autos de Infração para exigir IRPJ e CSLL, devidos sobre ganho de capital em operação envolvendo a incorporação da totalidade das ações da sociedade HFF Participações S.A, de titularidade do contribuinte, pela sociedade BRF Brasil Foods S.A., ocorrida em 08/07/2009, no valor total de R\$ 14.780.046,74 com a multa de ofício de 75%, conforme enquadramento legal constante nos autos e os juros de mora de acordo com a legislação pertinente, calculados até 05/2014, sendo:

IRPJ	5.003.791,93
Juros de Mora	2.107.597,16
Multa Proporcional de 75% (Passível de redução)	3.752.843,95
TOTAL	10.864.233,04

CSLL	1.803.525,10
Juros de Mora	759.644,77
Multa Proporcional de 150% (Passível de redução)	1.352.643,83
TOTAL	3.915.813,70

Consta do Termo de Verificação Fiscal de fls. 15/30:

Descrição dos Eventos Societários

Para uma visão geral dos eventos ocorridos, transcreve-se, abaixo, trecho retirado das Notas Explicativas às Demonstrações Financeiras de 31 de dezembro de 2009 e 2008 da BRF - Brasil Foods S.A. e empresas controladas:

1. CONTEXTO OPERACIONAL

(...)

b) Combinação de negócios - Sadia

Em 08.07.09 foi aprovada pelos acionistas da BRF em assembléia geral extraordinária a incorporação da totalidade das 226.395.405 ações de emissão da HFF Participações S.A. (antiga controladora da Sadia) com base no seu valor econômico no montante de R\$1.482.890, mediante relação de troca de 37.637.557 novas ações ordinárias, nominativas, escriturais e sem valor nominal de emissão da BRF, pelo preço de emissão de R\$39,40 (trinta e nove reais e quarenta centavos) por ação.

Em 18.08.09, na assembléia geral extraordinária da Companhia, foi aprovada a incorporação das ações ordinárias e preferenciais da Sadia, com exceção daquelas detidas indiretamente pela própria Companhia, mediante a conferência de 25.904.595 ações ordinárias e 420.650.712 preferenciais de emissão da Sadia, com base no valor econômico das referidas ações, no montante de R\$2.335.484, e a emissão de 59.390.963 novas ações ordinárias, nominativas escriturais e sem valor nominal da Companhia, pelo preço de R\$39,32 (trinta e nove reais e trinta e dois centavos) por ação. A Sadia nesta data passou a ser subsidiária integral da Companhia.

A Companhia registrou essa combinação de negócios baseada no valor contábil do acervo líquido adquirido de 08.07.09, e determinou o ágio preliminar de R\$3.470.391 da seguinte forma:

Valor

Valor de troca de ações	3.818.374
Custos adicionais com aquisição(*)	38.904
Custo de aquisição	3.857.278
Acervo líquido contábil adquirido	386.887
Percentual adquirido	100%
Investimento equivalente	386.887
Ágio preliminar apurado	3.470.391

(*) Os custos adicionais com aquisição correspondem, basicamente, a despesas com advogados, auditoria, consultoria e publicações.

O acervo líquido contábil adquirido apresentado acima foi alterado no montante de R\$30.366 neste trimestre, como também foi alterado o valor do ágio preliminarmente divulgado, essas mudanças refletem os esforços da Administração com o objetivo de padronizar as práticas contábeis entre a Companhia e sua subsidiária. Considerando-se ainda a complexidade envolvendo a combinação de negócios, o valor do ágio ainda poderá ser alterado.

A Companhia poderá ajustar os valores preliminares reconhecidos na data da aquisição para refletir a obtenção de qualquer nova informação relativa a fatos e circunstâncias existentes na data da aquisição, a qual, se conhecida naquela data, teria afetado a mensuração dos valores reconhecidos.

Conforme determina a Instrução da Comissão de Valores Mobiliários ("CVM") nº247 de 27.03.96, o ágio apurado foi alocado entre o valor justo dos ativos e expectativa de rentabilidade futura do negócio adquirido a partir de um laudo preliminar de avaliação, conforme abaixo:

Valor justo do ativo fixo:	Valor
Terrenos	393.892
Construções	1.023.005
Máquinas, equipamentos e instalações	647.585
Ajuste a valor de mercado dos estoques	897
Expectativa de rentabilidade futura	1.405.012
Total do ágio apurado na combinação de negócios	3.470.391

No quarto trimestre de 2009, a Companhia reconheceu no resultado do exercício a parcela integral do ágio correspondente ao ajuste a valor de mercado dos estoques no valor de R\$897, bem como a parcela correspondente a depreciação da mais valia do ativo imobilizado no valor de R\$32.583, ambos os ajustes mensurados desde a data da combinação de negócios foram registrados em outras despesas operacionais na controladora e no custo dos produtos vendidos no consolidado.

A combinação de negócios com a Sadia está sob apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Económica ("CADE"). Em 07.07.09, a Administração da Companhia e da Sadia celebraram um Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação ("APRO") com o objetivo de assegurar a reversibilidade da operação até decisão final a ser proferida pelo CADE, por intermédio de medidas que preservam a manutenção da competição durante a avaliação dos efeitos concorrenciais da operação. Os resultados da Sadia passaram a ser consolidados na Companhia desde a data da combinação de negócios.

Em 29.06.09 a Commission of the European Communities (órgão europeu antitruste) aprovou a operação.

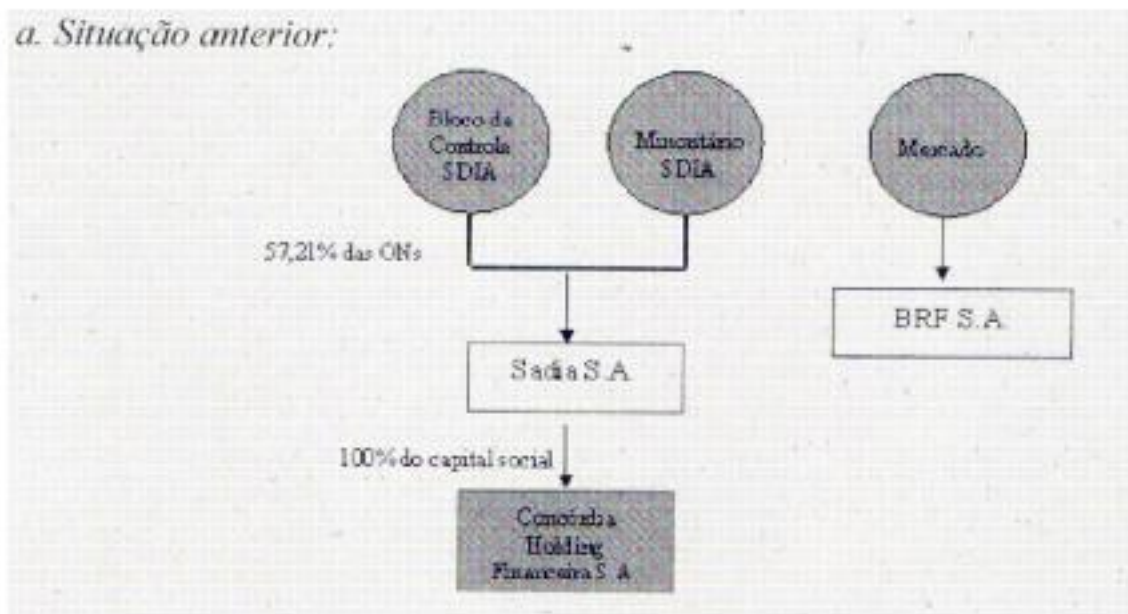
Em 19.09.09 o CADE autorizou a coordenação de atividades das Companhias voltadas ao mercado externo no segmento de carnes "in natura". Ver nota explicativa 26 - Eventos subsequentes, informação referente às novas operações autorizadas pelo CADE.

Em conexão com a associação entre a Sadia e a Companhia foi realizada uma distribuição pública primária de 115.000.000

ações acrescidas de lote suplementar de 17.250.000 conforme nota 17."

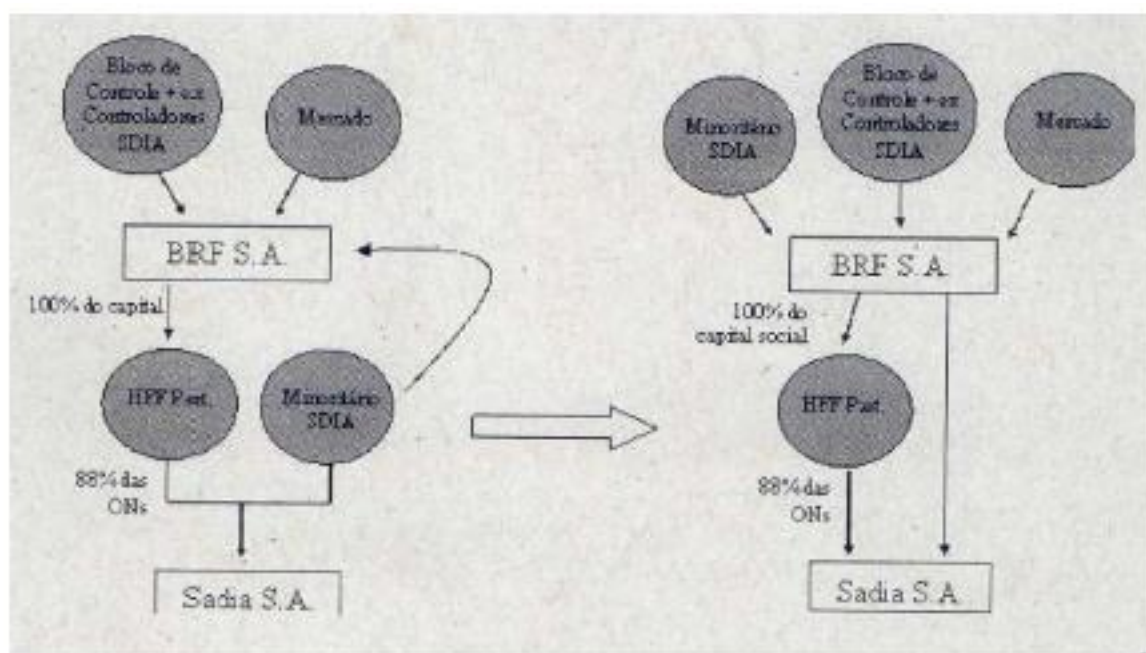
Para complementar os dados até aqui assinalados, segue trecho retirado do Processo CVM nº RJ/2009/4691:

"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."

Feitas as transcrições supra, segue-se à abordagem detalhada das etapas citadas e de outros eventos relacionados.

1) Aporte de capital na HFF Participações S.A. (HFF), CNPJ 09.625.992/0001-17, e Incorporação de ações da HFF pela BRF Brasil Foods S.A (BRF).

Segundo a Ficha Cadastral Completa da JUCESP da HFF, a empresa foi constituída em 09/06/2008, com o nome de BERNA SP PARTICIPAÇÕES S.A. e com um capital social de R\$800,00.

Em A.G.E. datada de 08/07/2009, às 10:30, da HFF, as principais deliberações foram: aprovação do balancete intermediário de 31/03/2009 e redução do capital social para R\$399,55 divididos em 800 ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal (com absorção de prejuízo); ratificação da contratação da empresa APSIS CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA (AP SIS), CNPJ 27.281.922/0001-70 para avaliação das ações da Sadia; aprovação do laudo de avaliação de ações da Sadia elaborado pela APSIS em 12/06/2009; aprovação do grupamento de ações, na proporção de 200 ações para 1, sem modificação do capital social, e alteração do capital social da HFF para R\$226.395.804,55 dividido em 226.395.405 ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal. A subscrição de capital na HFF foi efetuada com ações ordinárias da Sadia.

Dentre os acionistas, cita-se a Ampere Administração e Participações Ltda, com a subscrição de 3.539.355 ações ordinárias ao valor de R\$3.539.355,00 (mediante a conferência de 3.539.355 ações ordinárias da Sadia).

Na A.G.E. supramencionada, houve, ainda, a aprovação do Protocolo e Justificação de Incorporação de Ações da Companhia celebrado em 22/06/2009 entre os administradores da HFF e os da Perdigão, atual BRF. Nele, apontou-se que as ações da HFF foram avaliadas, por seu valor econômico, pela PLANCONSULT PLANEJAMENTO E CONSULTORIA LTDA (Planconsult), CNPJ 51.163.798/0001-23, e que esse valor seria utilizado para subscrição de ações na BRF.

O laudo de avaliação da HFF elaborado pela Planconsult apurou um valor econômico de R\$1.482.890.302,75.

Em A.G.E. datada de 08/07/2009, às 17:00, da HFF, houve a alteração da diretoria e do endereço da empresa.

Em consonância com a incorporação de ações da HFF ocorrida em 08/07/2009, às 10:30, estão os fatos relevantes publicados e as demonstrações financeiras de 2009 da BRF, além das deliberações formalizadas na ata da A.G.E. datada de 08/07/2009 dessa empresa, na qual houve a alteração do nome empresarial de Perdigão para BRF, o aumento do capital social para R\$4.927.933.697,75 e a alteração de diretoria e de endereço.

De acordo com as notas explicativas, a composição do capital social da BRF (antiga Perdigão) em 31/12/2008, antes da incorporação de ações da HFF, era: "Valores mobiliários de titularidade dos maiores acionistas, administradores, membros do Conselho de Administração e Conselho Fiscal da Companhia em 31.12.08 (não auditado):

Acionistas	Ações Ordinárias	% =
<i>Maiores acionistas*</i>	74.590.177	36,04
<i>Administradores:</i>		
<i>Conselho Administração/diretoria</i>	332.974	0,16
<i>Conselho Fiscal</i>	-	-
<i>Ações em tesouraria</i>	430.485	0,21
<i>Outros acionistas</i>	131.604.467	63,59
	206.958.103	100,00
<i>Ações em circulação no mercado</i>	1 31.604.467	63,59

(*) Acionistas que compõem o acordo de votos."

Ainda de acordo com as notas explicativas, com a incorporação das ações da HFF, houve emissão de 37.637.557 novas ações ordinárias ao preço de R\$39,40. Pela DIPJ 2009 da BRF (antiga Perdigão), seu capital social, em 31/12/2008, era de R\$3.445.042.795,00.

2) Incorporação de ações remanescentes da Sadia pela BRF

Na A.G.F. datada de 18/08/2009 da BRF, foi aprovado o Protocolo de Incorporação e Instrumentos de Justificação relativo à incorporação da totalidade das ações ordinárias e

preferenciais de emissão da Sadia e foi aprovada a alteração do capital social para R\$11.863.417.953,36.

Nas notas explicativas, foi citada a emissão de 59.390.963 novas ações ordinárias ao preço de R\$39,32.

O laudo de avaliação da Sadia elaborado pela Planconsult apurou um valor econômico de R\$2.335.484.255,61.

3)Oferta Pública de Distribuição Primária de Ações Ordinárias de Emissão da BRF - Lote Suplementar

Consta das notas explicativas, que, em 20/08/2009, foi aprovado o aumento de capital, mediante a emissão de 17.250.000 novas ações ordinárias ao preço de R\$40,00 (Lote Suplementar a que se refere o Prospecto Definitivo de Oferta Pública da BRF de 21/07/2009).

Após todos esses eventos, o capital social da BRF passou a ser composto como descrito nas notas explicativas:

"Em 31.12.09. o capital subscrito e integralizado da Companhia é de RS 12.553.417.953,36 (doze bilhões, quinhentos e cinquenta e três milhões, quatrocentos e dezessete mil, novecentos e cinquenta e três reais e trinta e seis centavos), composto por 436.236.623 ações ordinárias, escriturais e sem valor nominal. O valor realizado do capital social no balanço está líquido dos gastos com oferta pública no montante de R\$91.661. A Companhia está autorizada a aumentar o capital social, independentemente de reforma estatutária, até o limite de 500.000.000 de ações ordinárias, escriturais e sem valor nominal. "

(...)

IV – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Ganho de Capital

(...)

Incorporação de Ações

Antes de se analisar e apurar o ganho de capital auferido por meio da operação de incorporação de ações, é relevante conceituar este instituto, com fulcro no embasamento jurídico que o permeia (lei, doutrina e jurisprudência).

(...)

*Conclui-se, pois, que a incorporação de ações é **uma operação de alienação, em sentido amplo**, de bens, na qual os acionistas da empresa cuja totalidade das ações são incorporadas transferem todas as suas ações para a empresa adquirente/incorporadora, pelo valor de mercado a estas atribuído e, em contraprestação, recebem, não pagamento em*

dinheiro, mas ações desta empresa (adquirente/incorporadora), emitidas em aumento de capital social.

Sendo, indubitavelmente, a incorporação de ações, alienação de bens, desta pode decorrer ganho de capital – FATO GERADOR DO IMPOSTO DE RENDA – se houver resultado econômico positivo para a pessoa, física ou jurídica, alienante.

O colegiado do egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) entendeu como tributável a incorporação de ações. Tal entendimento foi firmado pela 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, na sessão de 12 de abril de 2010, no julgamento do Recurso nº 159.368 (processo nº 16408.000120/2007-49), consoante acórdão nº 9202- 00.662, assim ementado:

(...)

Além disso, deve-se atentar para os preceitos instituídos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Constituição Federal) e pela Lei nº 5.172, de 25/10/1966, Código Tributário Nacional (CTN), princípios basilares da tributação do imposto de renda, destacando-se os seguintes:

(...)

Assim, de acordo com o princípio da universalidade, estabelecido pela Constituição Federal, o Imposto de Renda deve incidir sobre todas as espécies de renda e proventos auferidos pelos contribuintes.

Ressalta-se, ainda, que a disponibilidade econômica não se confunde com a disponibilidade financeira.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) adotou, em diversas decisões, o entendimento segundo o qual a disponibilidade econômica de renda ou dos proventos, independentemente da simultânea disponibilidade financeira, é o cerne da hipótese de incidência tributária do imposto de renda, como se verifica, a título ilustrativo, no recente julgado, cuja ementa esta transcrita abaixo:

(...)

Ademais, lembrando-se que as isenções são necessariamente estabelecidas em lei conforme preceitua o art. 176 do CTN, pode-se afirmar que não há previsão legal de isenção do imposto de renda sobre o ganho de capital auferido com a operação de incorporação de ações, inexistindo, pois, hipótese de exclusão do crédito tributário resultante deste fato gerador.

Ressalte-se que em 19/05/2009 a Perdigão S.A e a HFF Participações S.A celebraram um Acordo de Associação tendo por objeto viabilizar uma futura associação entre a Sadia S.A e a Perdigão, visando à unificação de suas operações. Assim, pode-se concluir que a integralização de ações da Sadia S.A na HFF Participações S.A pela Sunflower Participações S.A, em 08/07/2009, foi um ato volitivo da empresa que já de antemão tinha conhecimento que haveria a incorporação de ações da

HFF Participações pela BRF Brasil Foods S.A, não cabendo qualquer alegação de desconhecimento dessas operações.

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 3.539.355 ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal, emitidas em aumento de capital, integralizadas pela Ampere Administração e Participações Ltda. mediante contribuição ao capital social de 3.539.355 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 tornar-se-á sua subsidiária integral.

Sendo assim, houve o recebimento pela fiscalizada de 588.407 ações da BRF Brasil Foods S.A. em substituição às 3.539.355 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.

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 Ampere Administração e Participações Ltda com a alienação de 3.539.355 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 3.539.355 ações da HFF Participações S.A.

- Em contraprestação às suas ações da HFF Participações S.A. incorporadas, ele recebeu 588.407 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. (3.539.355 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 **RS23.183.241,74** ($3.539.355 \times 0.166247 \times 39,40$).

Considerando-se ainda que o custo das ações foi de **R\$3.144.074,00** (conforme dados do Instrumento Particular de Constituição de Sociedade Empresária Ltda apresentado), a fiscalizada obteve um ganho de capital no valor de **R\$ 20.039.167,74**.

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 3.539.355 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.	3.539.355	R\$ 3.144.074,00	0	R\$ 0,00
Ações da BRF – Brasil Foods S.A.	0	R\$ 0,00	588.407	R\$ 23.183.241,74
Total em R\$		R\$ 3.144.074,00		R\$ 23.183.241,74
Acréscimo Patrimonial, após incorporação de ações				R\$ 20.039.167,74

Em consulta aos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil, verificou-se que o contribuinte apresentou, para o ano-calendário de 2009, Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - Inativa 2010. Conforme mencionado anteriormente, a empresa realizou durante o ano algumas operações, fato que descaracterizava essa condição. Assim, o contribuinte foi intimado, em 06/08/2013, a informar a forma de tributação do lucro. Em resposta, informou que a forma de tributação utilizada pela empresa foi Lucro Presumido, conforme DIPJ transmitida em 19/08/2013. Além disso, apresentou um CD contendo os arquivos digitais referentes aos lançamentos contábeis do ano-calendário 2009 devidamente autenticados.

Assim, considerando-se a opção do contribuinte manifestada através de sua resposta datada de 02/09/2013 e que, nos anos anteriores e posteriores ao fiscalizado, optou-se pela tributação com base no Lucro Presumido, este foi o regime de tributação adotado pela fiscalização para a apuração da infração.

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.

Cientificada, a Empresa apresentou Impugnação, considerada improcedente pelo acórdão recorrido, com a manutenção integral do crédito tributário, com fundamento nas ementas que já foram reproduzidas e cujos argumentos serão novamente abordados no voto quando necessário.

Insatisfeita com o julgado a Empresa apresentou Recurso Voluntário, alegando o seguinte:

- trata-se de autos de infração lavrados em razão do não recolhimento do IRPJ e da CSLL supostamente devidos sobre ganho de capital auferido pela recorrente em operação envolvendo a incorporação da totalidade das ações da sociedade HFF Participações S. A. (HFF), de titularidade da Amperes Administração e Participações Ltda. (Recorrente), pela sociedade BRF Brasil Foods S. A. (BRF), ocorrida em 08/07/2009;

- as exigências decorrem do entendimento da D. Fiscalização no sentido de que a operação de incorporação de ações consiste em um evento de alienação apto a ensejar a apuração de ganho de capital sujeito à regular incidência do IRPJ e da CSLL;

- não obstante, o acórdão proferido pela DRJ de Juiz de Fora que, *data maxima venia*, analisou apenas superficialmente as razões da ora Recorrente, estando repleto de afirmações errôneas e contraditórias quanto aos argumentos de defesa, merecendo ser reformado, conforme abaixo resumido:

Das características da operação de incorporação de ações

(a) a incorporação de ações consiste em instituto exhaustivamente regulamentado pela Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas - LSA), como forma de constituição de uma subsidiária integral de sociedade brasileira;

(b) 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;

(c) o instituto da incorporação de ações possui contornos próprios que não permitem classificá-lo como um evento de alienação;

Do elemento volitivo

(d) a Assembleia Geral da Sadia S. A. (Sadia) e da HFF deliberaram a incorporação de ações em vista do interesse das sociedades, sendo assim a incorporação de ações carece do elemento volitivo do proprietário das ações incorporadas, necessário para que caracterize um evento de alienação;

Da incorporação de ações como permuta

(e) não obstante, ainda que se entenda que a incorporação de ações consiste em uma espécie de alienação, o que se admite apenas a título de argumentação, a cobrança em face da Recorrente não pode prosperar, uma vez que a incorporação das ações da HFF pela BRF resultaria em uma mera permutação patrimonial, não ocasionando a apuração de qualquer acréscimo patrimonial sujeito à incidência do IRPJ e da CSLL. Observe-se que, diferentemente do que restou consignado no v. acórdão recorrido, a Recorrente entende que a incorporação de ações não é uma espécie de alienação, mas, se fosse considerada uma alienação, seria uma permuta;

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

(f) 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

(g) 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.

Aplicação do Parecer Normativo nº 39, de 19 de outubro de 1981(PN 39/81)

(h) diferentemente do consignado pela D. DRJ, o Recorrente entende que a operação de incorporação de ações, apesar de possuir aspectos procedimentais semelhantes á operação de incorporação de sociedades clássica, com esta não se confunde;

(i) 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;

Ausência de realização de renda em razão da opção da Recorrente pelo regime de caixa

(j) ainda que se entenda que a incorporação de ações é uma forma de alienação sujeita à apuração de ganho de capital, o auto ora guerreado não merece prosperar nos termos em que lavrado, na medida em que o suposto ganho nunca foi percebido pela Recorrente;

Juros

(k) não podem vir a ser exigidos da Recorrente juros sobre multas, por manifesta ilegalidade. Os juros devem incidir apenas sobre os tributos não integralmente pagos no vencimento.

Pedido

Requer a reforma *in totum* do acórdão recorrido , reconhecendo-se a improcedência dos autos de infração objetos do presente processo.

A título de argumentação, caso os pedidos acima não sejam acolhidos, requer seja considerado o custo unitário correto das ações HFF, bem coo sejam afastados os juros moratórios sobre a multa de ofício.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresenta contra-razões ao recurso voluntário, alegando resumidamente:

a) trata da natureza jurídica da incorporação de ações, citando duas correntes que a entendem como alienação: uma primeira que a considera uma alienação em sentido amplo; uma segunda, onde há uma "efetiva alienação de ações subjacente à figura da incorporação de ações". Conclui que, ante a obrigatoriedade de avaliação dos valor das ações a serem pagas e a importância do preço como elemento distintivo entre a alienação a título de equivalência ou a título de acréscimo patrimonial, em ambos os casos há a geração de ganho de capital tributável;

b) ataca a idéia de incorporação de ações como sub-rogação real, pois não há previsão legal a impor a manutenção de relação jurídica/regime jurídico, nem identidade de valores entre os bens supostamente sub-rogados;

c) sobre a falta do elemento volitivo, diz que há decisão tomada pelos acionistas da pessoa jurídica e que os minoritários, caso não concordem, podem exercer o direito de retirada, nos termos do artigo 252, § 2º da Lei. 6.404/76.

d) afasta a alegação de que a opção pelo regime de caixa impossibilita a cobrança do imposto ainda não convertido em pecúnia, haja vista que o pagamento em dinheiro é espécie do gênero "pagamento" e que, juridicamente, pagamento é o adimplemento da obrigação e não a prestação de dinheiro. Conclui que, no caso, ocorreu o pagamento para os acionistas, entre eles a recorrente, de forma a caracterizar-se disponibilidade econômica e, portanto, realização de renda de acordo com o regime de caixa.;

c) defende a aplicação da taxa SELIC sobre o crédito tributário, que inclui a multa de ofício.

Pede que seja negado provimento ao recurso voluntário.

Em maio de 2016 a Recorrente junta petição visando noticiar a ocorrência de fatos supervenientes hábeis a refletir no julgamento do seu recurso voluntário. Informa que julgados relevantes foram prolatados pelo TRF da 4ª Região e pela Câmara superior de Recursos Fiscais, além de Parecer da CVM, que corroboram os argumentos suscitados pela recorrente.

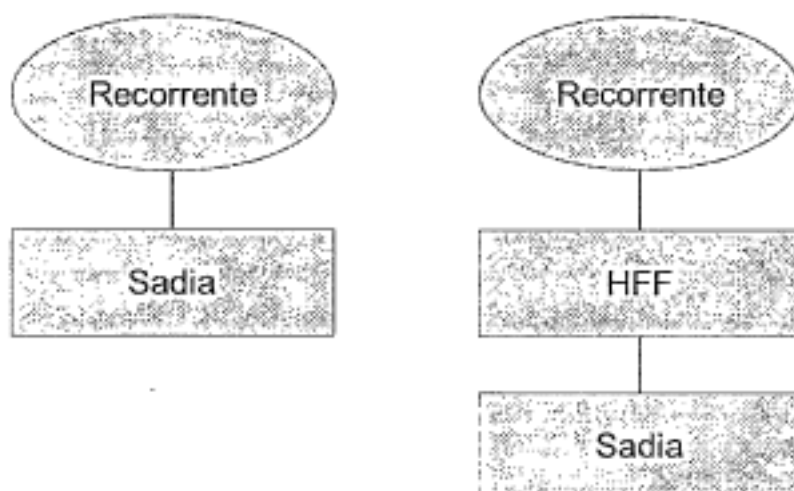
É o relatório.

Voto

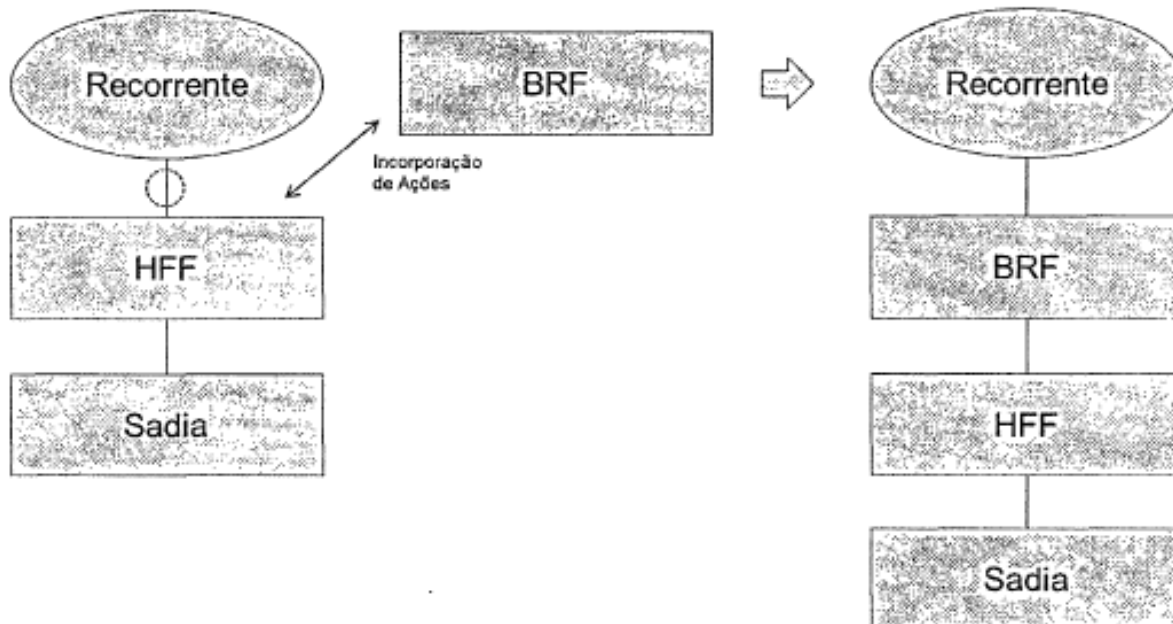
Conselheiro Carlos Cesar Candal Moreira Filho - Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, assim, dele conheço.

Trata-se da união de duas grandes empresas do ramo alimentício: a BRF (Perdigão à época, 2009) e Sadia, operada por meio de incorporação de ações. A Recorrente era detentora direta de 3.539.355 ações da Sadia que, conforme decisão das Assembleias Gerais de ambas as empresas, foram utilizadas para integralizar a subscrição da mesma quantidade de ações na HFF. Graficamente temos (gráfico do Recurso):



Ato contínuo, a BRF (Perdigão) incorpora as ações da HFF e a Recorrente (Amperes) recebe 588.407 ações da BRF entregando as 3.539.355 ações da HFF que detinha, resultando graficamente na seguinte situação (extraído do Recurso Voluntário):



Ao final desta operação a Amperes Administração e Participações Ltda. que, originalmente, detinha 3.539.355 ações da HFF com valor contábil de R\$3.144.074,00, passou a deter 588.407 ações da BRF no valor de R\$ 23.183.241,74, conforme demonstrado abaixo (tabela do TVF):

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.	3.539.355	R\$ 3.144.074,00	0	R\$ 0,00
Ações da BRF – Brasil Foods S.A.	0	R\$ 0,00	588.407	R\$ 23.183.241,74
Total em R\$		R\$ 3.144.074,00		R\$ 23.183.241,74
Acréscimo Patrimonial, após incorporação de ações				R\$ 20.039.167,74

Assim, a fiscalização considerou ganho de capital e acrescentou a diferença à base de cálculo do IRPJ pelo lucro presumido, regime adotado por opção da empresa que se declarava inativa no ano-calendário, e na base de cálculo, também, da CSLL.

Para a fiscalização a operação enquadra-se como espécie do gênero alienação e o resultado deve ser enquadrada como ganho de capital, pelo que considera que houve a aquisição de renda necessária à ocorrência do fato gerador dos tributos.

A Recorrente, a partir da argumentação de que a incorporação de ações tem natureza distinta da incorporação de sociedades, da subscrição de capital e do conceito de alienação, traça suas principais características:

- (i) a operação de incorporação de ações é aprovada pelas assembleias gerais das companhias envolvidas – i.e. companhia incorporadora e companhia cujas ações são incorporadas;
- (ii) o evento de subscrição de ações da incorporadora é uma consequência decorrente da operação de incorporação de ações, sendo imposta por lei, e é efetivada pela diretoria da companhia cujas ações estão sendo incorporadas por conta de seus acionistas e não em nome destes, constituindo transferência **compulsória** de ações;
- (iii) os acionistas, por não participarem do processo de deliberação e aprovação da operação de incorporação de ações, recebem as ações da companhia incorporadora diretamente e em substituição às ações anteriores que possuíam; e,

- (iv) não há a intenção, com a implementação da operação de incorporação de ações, de se deixar de fazer parte do negócio desenvolvido pela companhia cujas ações estão sendo incorporadas; ao contrário, busca-se por meio deste instrumento societário a continuidade da companhia e da respectiva participação no negócio por ela desenvolvido por meio da conjugação deste com as atividades exploradas pela companhia incorporadora das ações da incorporada.

Conclui, então que a natureza jurídica da incorporação de ações é de sub-rogação real legal e afirma que a própria RFB compartilha deste entendimento quando defende no Parecer Normativo nº 39, de 1981, que as operações de incorporação, cisão e fusão não possuem natureza jurídica de alienação.

Diz da ausência do elemento volitivo na operação, e que, ainda que se considere alienação a operação, seria permuta, sobre a qual não há incidência tributária. Finalmente diz que é optante pelo lucro presumido pelo regime de caixa, que só haveria tributação no momento em que houvesse a realização da renda.

Necessária, então, a definição da natureza jurídica do instituto incorporação de ações para, então, a partir de seus efeitos, verificar se há ocorrência do fato gerador do imposto.

A disciplina da incorporação de ações está na Lei nº 6.404/76:

Incorporação de Ações

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

§ 1º A assembléia-geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar o aumento do capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas e nomear os peritos que as avaliarão; os acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

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

companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

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

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

Como bem aponta a Procuradoria da Fazenda em suas contra razões, existem correntes que defendem tratar-se, a incorporação de ações: de uma alienação em sentido amplo; de um negócio jurídico específico do direito societário em que há uma efetiva alienação de ações subjacente à figura da incorporação de ações; mas a que melhor devemos examinar é a que a considera uma sub-rogação real, conforme defende a Recorrente.

Para a ciência jurídica sub-rogação apresenta a ideia de substituição de sujeitos (subjética ou pessoal) ou de objeto (objetiva ou real) de uma determinada relação jurídica, por expressa disposição legal ou por convenção das partes. Assim, o bem toma o lugar de outro em determinada relação, ou uma pessoa toma o lugar de outra, assumindo sua posição e sua situação.

O Código Civil apresenta vários casos de sub-rogação. O artigo 786 trata de sub-rogação subjética legal, ou seja, independentemente de convenção das partes, por expressa disposição da lei, o segurador se sub-roga nos direitos de ação que o segurado tem contra o autor do dano:

Art. 786. Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano.

Já o 1.446 trata do penhor pecuário, caso de sub-rogação real:

Art. 1.446. Os animais da mesma espécie, comprados para substituir os mortos, ficam sub-rogados no penhor.

Outros casos de sub-rogação real são os dos artigos 39, 1659, I e II, 1.668, I e 1.719.

O fator central que se observa em todos os casos é que a substituição se dá na mesma relação jurídica: se um bem está gravado, outro o substitui e assume o gravame; se o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos há a sub-rogação convencional, nesta específica relação de crédito.

Quando analisamos a operação de incorporação de ações não é assim que observamos esta ideia de substituição de objeto, que seriam as ações. No caso específico, Amperes detinha ações da Sadia. Então, Amperes, enquanto acionista, tinha uma relação jurídica com a Sadia, detentora de um Estatuto a reger esta relação jurídica; tinha direitos e deveres específicos nesta relação.

Por conta de deliberação das Assembleias Gerais das empresas, utilizou as ações que detinha em Sadia para integralizar aumento de capital social de HFF, outra empresa com outros estatutos, outra composição societária, ou seja, não recebeu ações para substituir as que possuía na relação jurídica com Sadia (relação original), mas partiu para outra relação jurídica com a utilização de um bem que possuía. Noutras palavras, estabeleceu outra relação jurídica: utilizando-se de suas ações da Sadia adquiriu ações da HFF.

Posteriormente, a BRF incorpora as ações da HFF, entregando certa quantidade para a Amperes, proporcionalmente à quantidade de ações que detinha em HFF e conforme avaliação oficial. A Recorrente, então, assume uma terceira relação jurídica, desta vez com a BRF, o que faz entregando as ações que possuía em outra empresa (HFF) e recebendo, como pagamento, as ações da BRF.

E estas operações não se dão sem o elemento volitivo. As pessoas jurídicas expressam sua vontade, tomam suas decisões tendo em conta o princípio majoritário, como bem aduz as contra razões da Procuradoria da Fazenda. Nesse sentido a doutrina de Luís Eduardo Schoueri e Luiz Carlos de Andrade Júnior, em estudo sobre o instituto (SCHOUERI, Luís Eduardo & ANDRADE JR, Luiz Carlos de. Luís Eduardo Schoueri e Luiz Carlos de Andrade Júnior. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 200, mai. 2012, p. 4472.):

Não é apenas a conclusão a que chegaram os defensores da segunda corrente, ora examinada, que, ao nosso ver, merece crítica. Parecenos, também, infundado o argumento de que a ausência de manifestação de vontade dos sócios seria relevante para definir a natureza jurídica da incorporação de ações, e que isso excluiria a possibilidade de esse negócio jurídico acarretar a alienação das ações da "companhia incorporada".

No direito societário, impera o princípio majoritário. Segundo este, as decisões relativas aos atos a serem praticados pela sociedade são tomadas pela maioria dos sócios. Isso significa que os sócios dissidentes tomam decisões sem manifestar vontade alguma? Claro que não. Pode não haver, no momento de cada decisão, a exteriorização da vontade específica daqueles. Contudo, no momento em que decidem ingressar na sociedade os, acionistas manifestam a vontade de sujeitarem-se às "regras do jogo", que, por seu turno, contemplam a substituição no dia a dia da companhia, da vontade dos sócios, pela vontade da maioria. (...)

Pelo exposto, não nos parece fundamentada a preocupação, manifestada pela segunda corrente, ora examinada, quanto à ausência de vontade dos acionistas na incorporação de ações. Ficou claro, nas linhas anteriores, que a lei criou um mecanismo em que a vontade, tanto do acionista como da companhia, é necessária e manifestada, embora em momentos distintos. Não há, em absoluto, falta de vontade. A ausência de uma manifestação de vontade individual pelo acionista, no momento da operação, sob a perspectiva do Direito Privado (que admite a representação indireta e a autorização), não é motivo bastante para se buscar atribuir, à transferência das ações dos acionistas da "incorporada", natureza criativamente diversa.

A mim resta claro, com o máximo respeito às opiniões contrárias, que a manifestação de vontade está presente, na forma consagrada no direito societário, em todas as

operações relativas à incorporação de ações, restando ainda, aos descontentes após as decisões das Assembleias Gerais, o direito de retirada da sociedade, na forma prescrita.

Retornando à sub-rogação, ficou demonstrado que a substituição real, tendo como objeto desta substituição as ações na operação de incorporação de ações não contempla elemento essencial, qual seja: a substituição dentro de uma mesma relação jurídica.

Mas não é só isso. A sub-rogação seria também legal, ou seja, independeria de convenção ou acordo, bastando que ocorresse o previsto em norma legal par ocorrer de pleno direito. Como acima demonstrado há acordo de vontades para a realização da incorporação de ações, manifestado pelas assembleias das pessoas jurídicas envolvidas. Não basta, então, o relação jurídica e a lei; é necessária a convenção entre as partes.

Exemplo seria a exclusão do regime de comunhão parcial de bens dos bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares (artigo 1.659, inciso II do CC/2002). Como se vê a lei atribui a qualidade ao bem sub-rogado, sem a necessidade de convenção ou autorização, e mais uma vez fica evidente que a substituição se dá na mesma relação jurídica e com equivalência de valores.

Entendo que na incorporação de ações jamais poderíamos ter uma sub-rogação legal, pois as decisões das pessoas jurídicas envolvidas, tomadas por maioria e na forma da lei, são imprescindíveis ao instituto. A própria necessidade de avaliação pressupõe que não existe, por outro lado, identidade de valores necessária a simples substituição real.

Aqui entra um aspecto a ser considerado quando falamos de uma possível troca ou permuta de ações. Como asseveram Gagliano e Pamplona (Gagliano, Pablo Stolze. Manual de Direito Civil, volume único/ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho - São Paulo: Saraiva, 2017 pag. 548/549) quando tratam da permuta:

Como parece óbvio, somente de forma excepcional é que os bens permutados terão exatamente o mesmo valor econômico.

Por isso, não é raro que uma das partes componha a sua prestação com pecúnia, o que decorre do exercício da autonomia individual da vontade.

Do exposto, suscitamos a seguinte questão: quando a contraprestação pelo bem ofertado em troca for parcialmente em dinheiro, estará desvirtuada a permuta?

Para responder é preciso analisar a natureza da permuta em que há saldo a satisfazer, pois, a depender do enfoque que se vislumbra, pode-se ter efetivamente uma permuta (ex. troca de uma casa por um apartamento, completando a diferença em dinheiro) ou a compra e venda com pagamento parcialmente in natura (ex: a venda de uma fazenda com o recebimento de um apartamento como parte do pagamento)

Segundo a doutrina de Eduardo Espínola, é possível visualizar três teorias:

a) verificação de qual o maior valor exato, se da coisa ou do saldo, caracterizando-se objetivamente, no primeiro caso, a permuta e, no segundo, a compra e venda;

b) *verificação da efetiva intenção das partes, apreciada de acordo com as circunstâncias;*

c) *consideração da permuta como regra geral para a entrega recíproca de bens (permuta com saldo) a não ser que a importância paga como saldo seja de tal maneira superior à coisa objeto do contrato que, indubitavelmente, o pagamento em dinheiro deve ser considerado o objeto principal.*

(...)

Assim sendo, registramos que o parâmetro de "mais da metade do valor", como qualquer outro, por não ter previsão legal específica, deve ser aplicado de acordo com o princípio da razoabilidade, motivo pelo qual é possível, sim, tomar outro parâmetro no caso concreto, a depender das circunstâncias fáticas.

No caso concreto, tivemos a alienação de 3.539.355 ações no valor de R\$3.144.074,00 e recebimento do pagamento também em ações, no valor de R\$23.183.241,74. Não houve torna. Mas não há como negar a desproporção entre os valores que seriam, então, permutados.

Para o direito tributário é relevante o valor contábil do bem, não tendo cabimento a afirmação, admitindo-se para fins de raciocínio que tenha sido permuta, de que se deu em valores iguais, de mercado, por conta da avaliação. Entendo que o recebimento do pagamento implica aumento patrimonial, independentemente se o pagamento se deu em dinheiro ou em bens.

E não se pode pretender descaracterizar a alienação por conta de não ter havido pagamento em dinheiro. A doutrina considera pagamento o cumprimento voluntário de qualquer espécie de obrigação.

Washington de Barros Monteiro (Monteiro, Washington de Barros. Direito das Obrigações, 1ª Parte. São Paulo: Saraiva, 1965 pag.271), tratando de pagamento, afirma que *"vem a ser a execução voluntária da obrigação ou a entrega da prestação devida (...) Na linguagem comum, a palavra pagamento aplica-se mais particularmente na prestação em dinheiro. Mas na linguagem técnica, tem o vocábulo maior amplitude, significando a execução voluntária da obrigação, não importa a natureza da obrigação."*

Assim é que, o pagamento realizado em ações que superaram em 20 milhões o valor do bem alienado impõe o reconhecimento desta diferença como ganho de capital.

Por fim, e não menos importante, a meu ver, está a identidade de valores do objeto sub-rogado. A substituição, em geral, se dá por objeto da mesma natureza e valor do substituído. Nos vários exemplos já citados de sub-rogação real, essa equivalência é da essência.

Desta forma, no artigo 786, a sub-rogação do segurador se dá nos limites do valor que ele tenha pago; no 1.446, penhor pecuário, o animal comprado em substituição aos mortos há que ser da mesma espécie e de igual valor (não será um touro campeão, com certeza). Paga a indenização, o segurador sub-rosa-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano. Assim é em todos os casos.

Na operação em julgamento a Recorrente pretende sub-rogar ações que valem 3 milhões, por ações que valem 23 milhões. Isto não é possível.

Desta forma, em que pese o esforço intelectual dos que defendem a hipótese, para o qual empresto meus encômios, entendo que o instituto da incorporação de ações não tem natureza de sub-rogação.

Filio-me, da maneira mais simples, aos que acreditam que houve aquisição de participação societária (investimento), com a alienação de ações da HFF com pagamento em espécie, no caso, ações da BRF. Isso é comprovado pela situação final do negócio: a Amperes passa a ser sócia da BRF, com 588.407 ações e a BRF passa a ser sócia da HFF com a quantidade de ações que a Amperes detinha nesta última empresa. A diferença de valores (valor das ações adquiridas e custo contábil das ações dadas em pagamento) configura ganho de capital sobre o qual incide o IRPJ e a CSLL, perfazendo o montante de R\$20.039.167,74, como veremos. Quem aliena o que vale 3, pelo valor de 23 com certeza tem ganho de capital.

A alegação de que o entendimento da RFB é o mesmo da contribuinte, que é caso de sub-rogação com base no Parecer CST nº 39, de 1981, tem efeito apenas como reforço de argumentação da Recorrente. Isto porque, caso concordássemos com o teor do referido Parecer, descaberia uma análise de validade do lançamento tendo ele como base, haja vista que não há poder vinculante algum.

De toda sorte, o Parecer não tem mais vigência, tampouco teria aplicação, pois como bem definido, a incorporação de ações não se confunde com incorporação de sociedades. Para entendermos melhor, aquele Parecer tratava da definição do termo inicial do prazo quinquenal previsto na alínea "d" do § 5º do artigo 40 do RIR/1980, isso quando os rendimento eram declarados em cédulas, no caso, a H:

Seção IX

Rendimentos da Cédula H

(...)

Art. 40. Classifica-se também na cédula H o lucro auferido na alienação de quaisquer participações societárias (Decreto-Lei nº 1.510/76, art. 1º).

(...)

§ 5º Não incidirá o imposto de que trata este artigo (Decreto-Lei nº 1.510/76, art. 4º, e Decreto-Lei nº 1.579/77, art. 1º):

(...)

d) nas alienações efetivadas após decorrido o período de cinco anos da data da subscrição ou aquisição da participação (Decreto-Lei nº 1.510/76, art. 4º, d).

Tendo em conta que a RFB já se manifestou recentemente sobre o tema incorporação de ações, entendo pela revogação do entendimento expressado naquele Parecer:

SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 224, DE 14 DE AGOSTO DE 2014

(...)

16. Do ponto de vista dos acionistas da companhia cujas ações são incorporadas, verifica-se que estes adquirem participação societária na incorporadora, entregando para isso as ações originárias. Em seu patrimônio ocorre a saída das ações de uma companhia (cujas ações foram incorporadas) e ingresso de novas ações (da incorporadora). Como dito, o valor da participação societária adquirida corresponde ao que for definido pela avaliação aprovada em assembleia.

17. Pois bem. Essa análise da legislação contábil revela que a incorporação de ações identifica-se com uma operação de integralização de capital mediante entrega de bens, tendo em vista os efeitos patrimoniais para o sócio, o qual, ao adquirir participação societária atual, entrega ações anteriormente possuídas. Tais ações entregues constituem bens integrantes do patrimônio do acionista.

(...)

Do fato gerador do Imposto

O Código Tributário Nacional prevê:

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

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

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

§ 1º-A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.(Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

(...)

A Amperes estava declarando como inativa, e, uma vez intimada, optou pelo forma do lucro presumido, regime de caixa. A disciplina legal determinada o acréscimo à base de cálculo do ganho de capital está na Lei nº 9.430, de 1996:

Art. 25 O lucro presumido será o montante determinado pela soma das seguintes parcelas:

I - o valor resultante da aplicação dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, sobre a receita bruta definida pelo art. 31 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, auferida no período de apuração de que trata o art. 1º desta Lei;

II - os ganhos de capital, os rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras, as demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo

inciso anterior e demais valores determinados nesta Lei, auferidos naquele mesmo período.

Como verificado anteriormente, se a Amperes alienou suas ações no valor contábil de R\$3.144.074,00 recebendo em troca o valor de R\$23.183.241,74 em ações da BRF, obteve um ganho de capital, à vista, de R\$20.039.167,74.

E o valor a ser considerado como custo é o valor contábil, como expressa o Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, em seu artigo 418, § 1º, transcrito para o artigo 418 do RIR/99:

*Art. 418. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, **os resultados na alienação**, na desapropriação, na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente (Decreto-Lei nº1.598, de 1977, art. 31).*

*§1º. Ressalvadas as disposições especiais, **a determinação do ganho ou perda de capital terá por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte** e diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada (Decreto-Lei nº1.598, de 1977, art. 31, §1º).*

Considerando o custo contábil de R\$3.144.074,00 para um total de 3.539.355 ações, o valor unitário contábil de cada ação é de R\$0,88 e não R\$1,00 como pretende a Recorrente.

Sobre o regime de caixa temos o seguinte desígnio da Instrução Normativa nº 104, de 1998:

Art. 1º A pessoa jurídica, optante pelo regime de tributação com base no lucro presumido, que adotar o critério de reconhecimento de suas receitas de venda de bens ou direitos ou de prestação de serviços com pagamento a prazo ou em parcelas na medida do recebimento e mantiver a escrituração do livro Caixa, deverá:

O que a norma prevê é que, no caso de venda de bens ou direitos **com pagamento a prazo ou em parcelas**, a receita seja reconhecida quando do recebimento.

No presente caso não estamos tratando de um negócio fracionado, cuja perfectibilização está ao aguardo de parcela, ou mesmo, de todo o pagamento. Aqui, o negócio já foi pago, não em dinheiro, mas em bens. O patrimônio da Recorrente já foi afetado pelo negócio e o fato gerador já ocorreu. Não há que se falar em recebimento futuro, este não ocorrerá.

Entendo que houve renda, acréscimo patrimonial, adquirido pela alienação de ações e recebimento à vista de pagamento, também em ações. Desta forma, já havendo o recebimento do preço, independentemente do regime adotado, há incidência tributária imediata, estando correta a autuação.

Os fatos supervenientes trazidos pela Recorrente em petição de maio de 2016 apenas reforçam os argumentos que já tinham sido apresentados, não inovando.

Juros sobre a Multa de Ofício

Sobre a questão esta Turma já manifestou entendimento sobre a procedência da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício. Assim, reproduzo manifestação sobre o tema constante do processo 13896.721338/2013-36, da Relatoria da Conselheira Ester Marques Lins de Souza, que adoto como razão de decidir:

*Como cediço, os **débitos** de tributos e contribuições e de multas (penalidades) têm causas diversas. Enquanto os débitos de tributos e contribuições decorrem da prática dos respectivos fatos geradores, as multas decorrem de violações à norma legal, no caso, do suposto não pagamento dos tributos e contribuições nos prazos legais.*

*O artigo 142 do CTN, descreve, na verdade, o fato de que, no mesmo auto de infração, pode ocorrer o lançamento tributário, em que se exige o tributo devido pelo contribuinte, e a aplicação da penalidade pelo fato de este contribuinte ter deixado de recolher o tributo. Portanto reunidos em um único lançamento, e, devidamente discriminados, a cobrança do tributo e a aplicação da multa pela infração, resta constituído o **crédito tributário** que deve ser exigido com os acréscimos legais (juros de mora).*

*Portanto, efetuado o lançamento tributário, de ofício, ou seja, constituído o **crédito tributário** a sua substância é o pagamento do tributo e da penalidade pecuniária aplicada pelo descumprimento da norma legal, no presente caso, a denominada multa de ofício de que trata o inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/96.*

*Sobre os juros de mora, o próprio art. 161 do CTN menciona a incidência dos juros sobre o **crédito** não integralmente pago no vencimento, não podendo ser outro crédito senão àquele constituído nos termos do art.142 do CTN, ou seja, crédito tributário (objeto prestacional, representado em dinheiro) = tributo (não pago) + penalidade aplicada (não paga).*

Dizer que a penalidade aplicada não integra o montante do crédito tributário não passa de um flagrante equívoco.

A exigência dos juros sequer depende de formalização, uma vez que serão devidos sempre que o principal (tributo ou penalidade) estiver sendo recolhido após o prazo de vencimento, mesmo que não quantificados (os juros) quando da formalização do crédito tributário por meio do lançamento.

Apesar disso, há quem argumente que, se do crédito a que se refere o caput do transcrito art. 161 do CTN constasse a multa de ofício, não haveria razão para mencionar nesse mesmo dispositivo “sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis”.

Não é nenhuma novidade dizer que o CTN é recheado de repetições.

A verdade é que, não haveria necessidade de novamente constar no mencionado artigo 161 tal comando, porque a partir do lançamento surge o crédito, no entanto com o intuito de afastar os juros de mora outros argumentos poderiam advir no sentido de que tendo sido aplicada a penalidade não seria cabível a aplicação dos juros de mora porque a “penalidade” seria em substituição de outros encargos etc..

Ora, a caracterização da mora dá-se de direito, e, não depende sequer que o sujeito passivo seja interpelado com o auto de infração. Não sendo o valor devido integralmente pago até o vencimento, o crédito deve ser acrescido de juros de mora.

Partilho do entendimento expresso no Parecer MF/SRF/Cosit/Coope/Senog nº 28, de 02 de abril de 1998, segundo o qual, considerando o disposto no art.161 do CTN, é possível concluir que mencionada norma legal autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa em caráter geral, nada impedindo que a lei específica disponha de forma diferente, determinando que os juros de mora devam incidir apenas sobre os tributos e as contribuições.

É certo que tivemos no passado dispositivos legais (art. 59 da Lei nº 8.383/91 e art.84 da Lei nº 8981/95) que deixaram dúvidas quanto a exigência dos juros de mora sobre a multa de ofício aplicada.

A interpretação literal decorrente da mencionada legislação era no sentido de que pela redação das leis mencionadas os juros deveriam incidir apenas sobre os tributos e contribuições, não autorizando, pois, a exigência dos juros de mora sobre outros débitos sem a natureza jurídica de tributo.

No entanto, com a edição da Lei nº 9.430/96, é possível mudar de paradigma para concluir que, com apoio no artigo 61 e seu § 3º, restou explícito ser cabível a exigência dos juros de mora sobre a multa de ofício, a partir do vencimento da penalidade, cujos fatos geradores (descumprimento da norma legal) ocorrerem a partir de 01/01/1997, vejamos:

Art.61.Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

...

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do

prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

(Grifei)

Sobre o vencimento da multa de ofício lançada, depreende-se dos autos de infração que a multa de ofício tem prazo para pagamento, qual seja, trinta dias após a ciência do lançamento pelo sujeito passivo. Ora, se os juros moratórios a que se refere o § 3º do art. 61, da Lei nº 9.430/96, somente se aplicam sobre débitos com prazo de vencimento, infere-se que incidem sobre a multa de ofício não paga no prazo de trinta dias após a ciência do lançamento pelo autuado.

O artigo 43 da lei nº 9.430/96 ao tratar do auto de infração sem tributo (crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente) prevê a incidência de juros de mora calculados à taxa Selic sobre o crédito tributário formalizado, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento, o que demonstra claramente a imbricação com o art.161 do CTN e com o artigo 61, § 3º da mesma Lei nº 9.430/96, desnecessário seria repetir que nos casos da multa de ofício de que trata o artigo 44 da mesma lei também deverão incidir os juros de mora.

*Feitas as considerações acima e no contexto de uma interpretação sistemática, é forçoso concluir que ao teor do art.161 do CTN, bem como dos artigos 43, parágrafo único, e 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, por se tratar de **débitos** para com a União, incidem tanto sobre os tributos quanto sobre a multa de ofício, os juros de mora com base na taxa Selic a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do seu pagamento.*

Sabendo-se que os juros de mora incidem a partir de vencimentos distintos em relação ao vencimento do tributo e ao vencimento da multa lançada de ofício (30 dias após a ciência do lançamento). Antes do lançamento não há falar em juros de mora sobre a multa de ofício.

Os juros de mora incidentes sobre as multas pecuniárias proporcionais, aplicadas de ofício, terão como termo inicial de contagem o mês seguinte ao do vencimento do prazo fixado na intimação do auto de infração ou de notificação de lançamento, conforme fixado na Portaria MF nº 370 de 23-12-88, verbis:

I - Os juros de mora incidentes sobre as multas pecuniárias proporcionais, aplicadas de ofício, terão como termo inicial de contagem o mês seguinte ao do vencimento do prazo fixado na intimação do auto de infração ou da notificação de lançamento e serão calculados, à razão de 1% (um por cento) ao mês-calendário ou fração, sobre o valor corrigido monetariamente.

II. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Nesse sentido traz-se à lume excerto do voto do Desembargador Dirceu de Almeida Soares quando do julgamento, pela 2ª. Turma do TRF4, da AC 2005.72.01.000031-1/SC, em 2006 (Leandro Paulsen, Direito Tributário, 9ª ed., Livraria do Advogado, pág. 1028), *ipsis litteris*:

“...tanto a multa quanto ao tributo são aplicáveis os mesmos procedimentos e critérios de cobrança. E não poderia ser diferente, porquanto ambos compõem o crédito tributário e devem sofrer a incidência de juros no caso de pagamento após o vencimento. Não haveria porque o valor relativo à multa permanecer congelado no tempo. Tampouco há falar em violação da estrita legalidade ...O artigo 43 da Lei nº 9.430/96 traz previsão expressa da incidência de juros sobre a multa, que pode, inclusive, ser lançada isoladamente.”

Com efeito, é legítima a exigência de juros de mora tanto sobre os débitos lançados como da respectiva multa de ofício, não pagos no vencimento, calculados pela taxa Selic a partir do primeiro dia do mês subsequente ao dos respectivos vencimentos dos prazos até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento, conforme determinação legal expressa.

Para sedimentar as considerações feitas no presente voto, traz-se à colação o entendimento expresso nos seguintes Acórdãos da Câmara Superior de Recursos Fiscal desse Egrégio Conselho Administrativo:

ACÓRDÃO nº CSRF/04-00.651, julgado em 18/09/2007:

JUROS DE MORA – MULTA DE OFÍCIO – OBRIGAÇÃO PRINCIPAL – A obrigação tributária principal surge 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. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

ACÓRDÃO nº 9101002.501-1ª Turma, julgado em 12/12/2016

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2002

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.

Assim, considero correta a aplicação da taxa SELIC como juros de mora sobre a multa de ofício.

Conclusão

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário, mantendo o lançamento integralmente, nos termos do voto proferido.

(assinado digitalmente)

Carlos Cesar Candal Moreira Filhos - Relator