



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

Processo nº 15586.720036/2016-12
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1301-003.344 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de setembro de 2018
Matéria IRPJ - GANHO DE CAPITAL
Recorrentes TRIP PARTICIPAÇÕES S/A
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. PERMUTA DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. VALOR RECEBIDO SUPERIOR AO VALOR ENTREGUE. GANHO DE CAPITAL TRIBUTÁVEL.

A permuta de participações societárias decorrente de incorporação de ações dá ensejo à apuração de ganho de capital tributável se o valor das ações recebidas for superior ao valor das ações entregues.

SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA. PESSOAS EXPRESSAMENTE DESIGNADAS NA LEI. INDICAÇÃO DO FUNDAMENTO LEGAL. CONDIÇÃO DE VALIDADE.

No caso de solidariedade tributária fundada no art. 124, inciso II, do CTN, é condição de validade do lançamento a indicação do dispositivo legal que abriga a hipótese de solidariedade, de modo a permitir o exercício do direito de defesa.

JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA SOBRE MULTA. CABIMENTO.

Os juros moratórios incidem sobre a totalidade da obrigação tributária principal, nela compreendida, além do próprio tributo, a multa.

CSLL E IRPJ. IDENTIDADE DE MATÉRIA FÁTICA. MESMA DECISÃO.

Quando o lançamento de IRPJ e o de CSLL recaírem sobre a mesma base fática, há de ser dada a mesma decisão, ressalvados os aspectos específicos inerentes à legislação de cada tributo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, em: (i) por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício; (ii) por maioria de votos, em primeira votação, negar provimento ao recurso voluntário do contribuinte quanto à existência de matéria tributável na

operação, vencida a Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto que votou por lhe dar provimento, tendo o Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto, neste ponto, acompanhado o voto do relator por suas conclusões; (iii) por unanimidade de votos, em segunda votação, negar provimento ao recurso do contribuinte no que diz respeito à base de cálculo do lançamento; e (iv) por unanimidade de votos, dar provimento aos recursos voluntários dos coobrigados para excluí-los do polo passivo da obrigação tributária. Apresentaram declaração de voto os Conselheiros José Eduardo Dornelas Souza e Carlos Augusto Daniel Neto.

(assinado digitalmente)
Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente

(assinado digitalmente)
Roberto Silva Junior - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Roberto Silva Junior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Carlos Augusto Daniel Neto. Ausente, justificadamente, a Conselheira Bianca Felícia Rothschild.

Relatório

Trata-se de recursos interpostos por **TRIP PARTICIPAÇÕES S/A**, **TRIP INVESTIMENTOS LTDA.** e **RIO NOVO LOCAÇÕES LTDA.**, pessoas jurídicas já qualificadas nos autos, contra o Acórdão nº 02-71.076, da 10ª Turma da DRJ - Belo Horizonte, que negou provimento ao recurso da primeira autuada e deu provimento aos recursos das outras duas, tão somente para excluir a responsabilidade quanto ao IRPJ, mantendo, no mais, a exigência do crédito tributário.

A infração foi descrita no Termo de Verificação Fiscal - TVF de fls. 1.014 a 1.035. Consta do TVF:

Trip Linhas Aéreas Brasileiras S/A, era, até 2012, uma empresa de aviação com sede em Barueri-SP, controlada por três empresas (Trip Participações S/A, Trip Investimentos Ltda e Rio Novo Locações Ltda), estas por sua vez eram controladas pelo Grupo Águia Branca (Águia Branca Participações S/A) e pela Caprioli Participações Ltda. Nota-se que se trata de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, as quais possuem controladores comuns, localizam-se em endereços associados ao Grupo Águia Branca, inclusive é esta fiscalização atendida pelo mesmo representante que atende as demais empresas acima citadas. As empresas controladoras da Trip Linhas Aéreas estão localizadas em Cariacica - ES. As participações societárias estavam assim distribuídas (fl. 1.015):

Controladoras da TRIP Linhas Aéreas	Participação	Quantidade de ações
Trip Participações S/A	72%	55.550.000
Trip Investimentos Ltda.	20%	15.570.833
Rio Novo Locações Ltda.	8%	6.312.500

Disse a autoridade fiscal que, em 25 de maio de 2012, os acionistas do grupo Águia Branca firmaram acordo de combinação de negócios com os acionistas de Azul S/A, para que esta incorporasse a totalidade das ações de Trip Linhas Aéreas, passando a Azul S/A a controlar a Azul Linhas Aéreas e a Trip Linhas Aéreas.

Em 30 de novembro de 2012, deu-se a incorporação das ações. Todas as ações da Trip Linhas Aéreas foram transferidas para a Azul S/A e, em contrapartida, os antigos controladores da Trip Linhas Aéreas receberam 30,7% das ações da Azul S/A, avaliadas em R\$ 474,526 milhões a valor justo.

Também como contraprestação, a Azul S/A emitiu bônus de subscrição de ações para os antigos controladores da Trip Linhas Aéreas, assegurando-lhes o direito de adquirir ações da Azul S/A em condições previamente definidas.

Os antigos controladores da Trip Linhas Aéreas receberam, pelas ações dessa companhia, ações da Azul S/A e bônus de subscrição. Entendeu a autoridade fiscal que referida operação não poderia ser considerada como mera troca de ações, sem efeitos tributários, pois produziram variação patrimonial, evidenciada pela diferença de valores das ações de uma companhia em face do valor das ações da outra, acrescido do valor do bônus de subscrição.

Desta forma, verifica-se a existência de ganho de capital, materializado no acréscimo patrimonial obtido pela Trip Participações S/A, que detinha 72% do capital social da Trip Linhas Aéreas.

Trip Participações S/A contabilizou o investimento e o ágio relativo à aquisição das ações da Azul S/A. A contrapartida foi registrada na conta 313203 - Ganho de Participação Societária, porém, os valores, embora contabilizados como receita, foram excluídos da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

A contribuinte apurou e diferiu o IRPJ e a CSLL, nos valores de R\$ 82.227.386,06 e R\$ 29.493.859,28 respectivamente. Os débitos foram excluídos tanto do lucro real (DIPJ e Lalur), quanto na contabilidade.

Disse a autoridade lançadora que *"embora tenha sido intimado a explicar o dispositivo legal no qual está amparada sua apuração de tributos diferidos, o contribuinte não apresentou qualquer embasamento legal, limitando-se a informar que não há fato gerador, ou seja, o contribuinte reconhece o ganho como tributável, porém, difere sua tributação. Depreende-se da argumentação do contribuinte que esta tributação só ocorreria se este transacionasse a participação na Azul S/A futuramente."* (fls. 1.032 e 1.033)

A autoridade fiscal, ao contrário, entendeu que fora obtido, da incorporação de ações, um acréscimo patrimonial, ou seja, disponibilidade econômica, elemento necessário à caracterização do fato gerador do IRPJ e da CSLL. Ademais, a legislação não prevê diferimento da tributação nesses casos.

O cálculo do ganho de capital é a diferença entre o valor contábil do investimento e o valor da contraprestação recebida quando da ocorrência da transação.

Em resumo, a operação consistiu na alienação do investimento na Trip Linhas Aéreas, que apresentava um valor contábil nulo, e no recebimento como contrapartida de ações da Azul S/A acrescido de bônus de subscrição, como demonstrado no quadro abaixo:

DEMONSTRATIVO DO GANHO DE CAPITAL	
Contraprestação recebida (valor justo Ações Azul S/A)	313.156.246,25
Contraprestação recebida (bônus de subscrição)	76.723.680,00
Investimento Trip Linhas Aéreas (valor contábil)	0,00
Ganho de capital na transação	389.879.926,25

Constatado o ganho de capital, a Fiscalização procedeu ao lançamento do crédito tributário de IRPJ e de CSLL, no qual foram compensados prejuízo fiscal acumulado e base de cálculo negativa de CSLL acumulada de períodos anteriores.

Por fim, entendeu a Fiscalização que estava caracterizada a existência de grupo econômico, integrado por **Trip Participações S/A, Trip Investimentos Ltda. e Rio Novo Locações Ltda.** Na esteira desse entendimento, lançou o crédito tributário contra as três empresas.

As três autuadas apresentaram impugnação, cujos fundamentos foram resumidos pela DRJ nos seguintes termos:

1. Os processos das sociedades empresárias Trip Participações S/A, Trip Investimentos Ltda. e Rio Novo Locações Ltda. devem ser reunidos e julgados em conjunto, por conectados pelo mesmo fato e fundamento e para não gerar risco de prolatação de decisões conflitantes ou contraditórias;

2. Deve ser afastada a solidariedade entre as empresas, por capitulação incorreta da responsabilidade solidária, por ausência de motivação do ato administrativo e por não comprovação da existência do grupo econômico;

3. Na operação de Incorporação de Ações não existiu a realização de apuração de ganho de capital, por não configurar qualquer espécie de acréscimo patrimonial que a obrigasse ao recolhimento do tributo lançado. A incorporação de ações não configuraria alienação, mas espécie de troca/permuta de ações entre as sociedades;

4. Na operação de Incorporação de Ações a avaliação não representa preço de alienação das ações, sendo, tão somente, exigência procedimental contida na legislação societária, sem realização para as sociedades empresárias acionistas;

5. Na vigência do regime tributário de transição - RTT, a sociedade expurgou os efeitos da avaliação a valor justo no FCONT, anulando qualquer efeito tributário da operação;

6. Eventual ganho de capital na operação somente poderia ser calculado considerando o valor patrimonial das ações em sua composição, e não o valor de mercado;

7. Inexiste renda decorrente do recebimento dos bônus de subscrição a ensejar o ganho de capital tributado, na medida em que aqueles retratam uma expectativa de subscrição futura do capital social.

8. Inexiste previsão legal de serem aplicados Juros SELIC sobre a multa lançada de ofício. (fl. 1.175)

A DRJ - BHE deu às impugnações provimento parcial apenas para excluir a responsabilidade tributária de **Trip Investimentos Ltda. e Rio Novo Locações Ltda.**, quanto ao crédito relativo ao IRPJ. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012

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, 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.

GANHO DE CAPITAL NA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES.

O acréscimo patrimonial na incorporação de ações configura-se pelo confronto entre o valor recebido das ações da incorporadora a valor justo e o valor de patrimônio líquido somado a eventual ágio na aquisição do investimento das ações incorporadas, por expressão do princípio da capacidade contributiva e do direito positivo.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

O ganho de capital auferido em decorrência de operação incorporação de ações também sofre tributação da contribuição social. Por decorrência, o mesmo procedimento adotado em relação ao lançamento principal estende-se à CSLL.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

A multa de ofício é débito para com a União, decorrente de tributos e contribuições administrados pela SRF, configurando-se regular a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício a partir de seu vencimento.

RESPONSABILIDADE TRIBUTARIA. GRUPO ECONÔMICO. PREVISÃO LEGAL. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. INEXISTÊNCIA PARA IRPJ.

As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações devidas à Seguridade Social, não havendo previsão legal expressa desta responsabilidade quanto ao IRPJ para o Grupo Econômico.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido

Contra o acórdão da DRJ as recorrentes se insurgiram. Trip Participações S/A solicitou preliminarmente a reunião dos processos 15586.720036/2016-12; 15586-720037/2016-67 e 15586-720086/2016-08, lavrados contra as recorrentes, tendo em vista a conexão existente entre eles, caracterizada pela identidade da matéria fática e pelos mesmos fundamentos jurídicos.

Quanto à responsabilidade tributária, alegou capitulação incorreta, ausência de motivação do ato administrativo, e não comprovação da existência de grupo econômico. Teria havido equívoco da autoridade fiscal ao citar o art. 141 do Código Tributário Nacional - CTN como fundamento legal da responsabilidade solidária. A fundamentação legal foi dada pela DRJ, no acórdão recorrido, que tentou complementar o auto de infração.

A referência ao art. 30 da Lei nº 8.212/1991 e ao art. 494 da Instrução Normativa RFB nº 971/2009 figura apenas no acórdão recorrido, não tendo sido mencionada no auto de infração, nem no TVF, os quais omitem o enquadramento legal para amparar a responsabilização solidária decorrente da existência de grupo econômico.

Por outro lado, o princípio da motivação do ato administrativo decorre não apenas da doutrina e da jurisprudência, mas também da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo, preceituando, nos artigos 2º e 50, que o agente público, ao motivar o ato, deve fazê-lo com a devida indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos necessários de forma explícita, clara e congruente, o que não ocorreu no presente caso. Por isso, existiria nulidade decorrente de vício formal.

Sustenta a recorrente a não ocorrência de ganho de capital.

A operação de incorporação de ações não enseja ganho de capital, nem configura hipótese de incidência de IRPJ e de CSLL. Trata-se de negócio que consiste na permuta de ações entre as sociedades envolvidas, não dando causa à incidência daqueles tributos.

Não ocorreu acréscimo patrimonial, pois as ações da Azul S.A. foram recebidas em contrapartida à entrega das ações da Trip Linhas Aéreas. Diferentemente do quanto exposto no acórdão recorrido, que entende a incorporação de ações como alienação em

sentido amplo, a operação se subsume ao instituto da permuta. Ao contrário do que afirmado pela DRJ, as ações da Azul S/A não foram emitidas para pagamento ou liquidação de contrato, mas sim em troca das ações incorporadas da Trip Linhas Aéreas, por imposição da própria legislação societária.

Não obstante se apliquem de forma subsidiária determinadas regras inerentes ao contrato de compra e venda, é certo que a permuta tem suas características específicas, principalmente por representar uma troca de ativos, em que as partes recebem ativos em troca de outros ativos, no caso, ações em troca de ações.

Foi o que aconteceu com a recorrente na operação de incorporação de ações da Trip Linhas Aéreas pela Azul S/A: a troca de ações detidas por uma sociedade por ações emitidas em contrapartida pela sociedade incorporadora. Por se tratar de operação equivalente a permuta, que não envolve transferência de recursos, não se cogita de ganho de capital ou de renda.

Porém, mesmo que a operação não possa ser qualificada tipicamente como permuta de ações, é inequívoco que não foi auferida renda pela recorrente. Para fins de IRPJ, o fato gerador é o acréscimo patrimonial, que não ocorreu. Não se pode falar em ganho no ato da incorporação das ações. Ganho de capital efetivo somente seria apurado quando e se a recorrente dispusesse da renda oriunda da alienação das ações.

A troca das ações não resultou em acréscimo patrimonial para a recorrente, na medida em que, para fins fiscais, a troca se deu a valor contábil. Além disso, as novas ações não resultaram em disponibilidade de renda, razão pela qual não há que se falar em ganho de capital tributável.

Para fins tributários, o valor atribuído, no âmbito da contabilidade, à incorporação de ações é irrelevante. Tal fato é importante para a compreensão do problema, na medida em que a avaliação das ações decorre de exigência da legislação societária, e somente nesse plano tem implicações, notadamente para fins de substância econômica.

Na permuta, o essencial, é a deliberação de aceitar a troca pura e simples das coisas. Assim, na incorporação de ações, a avaliação não representa preço de alienação das ações, sendo apenas exigência da legislação societária, sem realização para as sociedades empresárias acionistas.

A recorrente aduziu que o registro contábil da incorporação de ações deveria observar a neutralidade fiscal. Dessa forma, por estar sujeita ao regime tributário de transição - RTT, se obrigava ao Controle Fiscal Contábil de Transição - FCONT, de forma a expurgar, para fins fiscais, os efeitos da aplicação de métodos e critérios contábeis introduzidos pela Lei nº 11.638/2007. Em obediência a essa regra, a recorrente, por meio do FCONT, expurgou, no plano fiscal, os efeitos do recebimento das ações da Azul S/A em contrapartida à entrega das ações da Trip Linhas Aéreas.

O ganho de capital apontado pela Fiscalização é resultado da avaliação das ações da Azul S/A e do bônus de subscrição a valor justo, em obediência à legislação societária. Tal avaliação, entretanto, estando restrita ao plano contábil, não criou para a recorrente qualquer obrigação de reconhecer ganho de capital tributável.

Quanto ao recebimento do bônus de subscrição, insistiu, pelas razões expostas, em que a avaliação, no âmbito tributário, não pode ser feita a valor justo. Ademais, a determinação do valor desse título mobiliário depende de diversos fatores presentes na data da efetiva subscrição.

A aferição de valor desses títulos depende da volatilidade das ações da pessoa jurídica cujo capital é subscrito. Por outro lado, o lucro depende das condições de mercado. É notório, em face desses aspectos, que inexistente renda decorrente da titularidade de bônus de subscrição em determinada data. Em resumo, não há ganho de capital decorrente de renda não realizada, vez que se trata de expectativa de, em futuro incerto, subscrever o capital social da companhia.

Por último, alegou o não cabimento da incidência de juros sobre a multa.

Trip Investimentos Ltda. e Rio Novo Locações Ltda. questionaram sua inclusão no polo passivo, alegando vício na capitulação legal da responsabilidade tributária, ausência de motivação do ato administrativo, e falta de comprovação da efetiva existência de grupo econômico.

A Procuradoria da Fazenda Nacional - PFN apresentou contrarrazões (fls. 1.293 a 1.352), pugnando ao final pelo não provimento do recurso voluntário.

Por ter sido excluída a responsabilidade tributária, quanto ao crédito de IRPJ, de **Trip Investimentos Ltda. e Rio Novo Locações Ltda.**, impõe-se o reexame de ofício da decisão na parte que excluiu a responsabilidade daqueles coobrigados.

Vindo o processo a julgamento, esta Turma determinou, pela Resolução nº 1301-000.590, o sobrestamento do feito, a fim de reunir no mesmo julgamento os processos 15586.720036/2016-12, 15586.720037/2016-67 e 15586.720086/2016-08, à semelhança do que fizera a DRJ. Reunidos os três processos, vieram a julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Roberto Silva Junior, Relator

Admissibilidade

Os recursos são tempestivos e atendem aos demais requisitos de admissibilidade.

Ganho de capital

A controvérsia gira em torno do ganho na incorporação de ações. A recorrente sustenta que o referido negócio jurídico não configura hipótese de incidência do IRPJ e da CSLL, pois a operação se assemelha a uma troca de ações entre as sociedades envolvidas, não atraindo incidência tributária. Refutou a afirmação contida no acórdão recorrido de que a operação possa ser considerada alienação em sentido amplo, visto que ela se subsume ao instituto da permuta ou troca. Assim, conclui que as ações da AZUL não teriam sido emitidas como forma de pagamento ou de liquidação do contrato, mas sim em troca das ações incorporadas da TRIP, o que foi feito por imposição da legislação societária. Em resumo, teria ocorrido mera substituição de ações detidas originariamente pelos investidores, as quais são trocadas por novos papéis a eles atribuídos pela sociedade incorporadora. Por se tratar de operação equivalente a permuta, sem envolver transferência de recursos, não se poderia falar em apuração de ganho de capital ou renda.

De plano, é preciso afastar a ideia de que na permuta não existe alienação. **Alienar**, segundo a definição encontrada no Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva, significa *a ação de passar para outrem o domínio de coisa ou o gozo de direito que é nosso. Está assim o vocábulo, na tecnologia jurídica, em acordo com o radical de que se formou, alius, palavra latina que significa outrem. Alienare é, assim, tornar de outrem a coisa que era nossa e que se lhe transferiu por título inter vivos, seja gratuito ou oneroso.*

Segundo o mesmo autor, *alienação, também chamada de alheação e alheamento, é o termo jurídico, de caráter genérico, pelo qual se designa todo e qualquer ato que tem o efeito de **transferir o domínio de uma coisa para outra pessoa**, seja por venda, **por troca** ou por doação. Também indica o ato por que se cede ou transfere um direito pertencente ao cedente ou transferente. (g.n.)*

É pressuposto da permuta, e ao mesmo tempo um de seus efeitos, a alienação dos bens permutados. Acerca desse contrato, a professora Maria Helena Diniz, baseando-se no civilista Clóvis Beviláqua, teceu o seguinte comentário:

A troca ou permuta é, segundo Clóvis Beviláqua, o contrato pelo qual as partes e se obrigam a dar uma coisa por outra que não seja dinheiro. Apresenta os seguintes caracteres jurídicos: é contrato bilateral, oneroso, comutativo, **translativo de propriedade** no sentido de servir como *titulus adquirendi*, **gerando, para cada contratante, a obrigação de transferir para o outro o domínio da coisa objeto de sua prestação**, e, em regra, consensual, embora excepcionalmente possa ser solene. (Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 21 edição. São Paulo: Saraiva. p 225) (g.n.)

É certo que a permuta implica alienação. Ademais, pelas características acima apontadas, ela se aproxima do contrato de compra e venda. Não é por acaso que o Código Civil determina que à permuta se apliquem as disposições referentes à compra e venda. (caput do art. 533).

Admite-se, ademais, permuta envolvendo coisas de valores díspares, como se vê do inciso II do art. 533 do Código Civil:

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.

O inciso II do art. 533 do Código Civil, ao afirmar ser anulável a permuta de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, está a admitir, implicitamente, a validade da permuta que tenha por objeto coisas de valores discrepantes. A materialização dessa hipótese caracteriza um ganho para aquele que receber o bem mais valioso. O ganho, em tese, é tributável pelo Imposto de Renda. Note-se que a lei, quando quis afastar a incidência tributária, nos casos de permuta, o fez de forma expressa, como na permuta de imóvel sem torna.

A questão envolvendo ganho de capital nas operações de incorporação de ações já foi trazida diversas vezes ao CARF. Existe jurisprudência formada sobre a matéria, inclusive com decisões da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, de que é exemplo o Acórdão nº 9101-002.172, que trata de quase todos os pontos suscitados pela recorrente. Do voto condutor da decisão, extrai-se o seguinte trecho:

Assim, não se trata, apenas, de ser cabível, ou não, a apuração de ganho de capital tributável na hipótese de permuta de participações societárias, mas de ser cabível, ou não, essa apuração, quando ocorre recebimento de valor superior ao entregue - o que evidentemente enseja a tributação pelo ganho de capital. Porém, mesmo se assim não fosse, há que se apurar ganho de capital quando há alienação na permuta pura e simples, se as condições próprias ocorrerem, pois a permuta é uma forma de alienação do bem permutado e quando o bem recebido em troca tem um valor a ser contabilizado maior que o valor registrado do bem permutado, há que ser reconhecido o ganho de capital e devidamente tributado, conforme se demonstra a seguir.

O tratamento legal da matéria corresponde à incidência da legislação que impõe apuração de ganho de capital tributável na alienação de ativos, e a base do ganho é a diferença entre o valor da alienação (o quanto de fato representa o bem alienado que corresponde ao valor do bem recebido) e o seu custo de aquisição (há diversos dispositivos que tratam da forma como se apura a base de cálculo, não citados). Ou seja, a variação patrimonial na forma prevista no art. 43 do CTN deve ser quantificada e deve ser pago o correspondente imposto de renda. Não há dúvida que na permuta há alienação do bem que está na propriedade do permutante - o que traz a incidência das normas de regência. Veja-se que nesses casos a base da tributação é, grosso modo, a diferença entre o valor registrado do bem objeto de alienação e o custo de aquisição do investimento recebido. Para demonstrar que essa é a *mens legis* genérica da legislação do Imposto de Renda, transcreve-se abaixo os dispositivos do RIR/1999 (que tem por fundamento diversos dispositivos legais) que

tratam do tema, aplicáveis às alienações e ganho de capital de pessoas físicas ou jurídicas (...):

Art. 117. Está sujeita ao pagamento do imposto de que trata este Título a pessoa física que auferir ganhos de capital na alienação de bens ou direitos de qualquer natureza (Lei nº 7.713, de 1988, arts. 2º e 3º, § 2º, Lei nº 8.981, de 1995, art. 21).

(...)

*§ 4º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, **permuta**, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins (Lei nº 7.713, de 1988, art 3º, § 3º).*

(...)

Assim, da mera leitura e análise dos dispositivos legais acima reproduzidos transparece de forma cristalina que havendo alienação de ativo, e no caso presente houve, pois a empresa se desfez do ativo (via permuta), há que se apurar o ganho de capital correspondente à diferença entre o valor contábil do ativo que foi transferido e o valor do novo ativo que foi adquirido por permuta.

(...)

Tem-se que a operação de compra e venda corresponde à de permuta, dela se diferenciando apenas pelo fato de que se troca um bem por moeda (que não deixa de ser também um bem), e não por outro bem. Da mesma forma, a operação de permuta equivale a duas operações de compra e venda, nas quais a quantia em moeda, obtida na primeira operação, é convertida em bens na segunda, ambas com o mesmo contratante.

(...)

Não por outro motivo, a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Novo Código Civil), em seu art. 533, ao tratar da "troca ou permuta", assim dispõe:

Da Troca ou Permuta

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

I - salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca;

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

Por esse dispositivo legal fica clara a possibilidade de a "troca ou permuta" ter por objeto bens de valores desiguais, o que, por si só, não a descaracteriza como tal.

Veja-se que, no caso de permuta de um bem por pessoa jurídica que recebe, em troca, outro bem do mesmo valor, não há diferença de valores a registrar: o novo bem ingressa no patrimônio da empresa com valor igual ao do bem substituído (o valor contábil do bem que transferido é exatamente igual ao valor do bem

adquirido). Portanto, nessa situação, não ocorre, na permuta, nenhum ganho patrimonial a ser tributado. Mas este não é o caso dos autos.

Assim, não é correto dizer - como a recorrente - que "não há qualquer alteração na situação patrimonial do contribuinte que troca um bem por outro" (e-fls. 3.115). Tal assertiva somente é verdadeira - como bem afirmado pelo Acórdão nº 108-08.358, de 2005, por ela mesma transcrito e destacado (e-fls. 3.114 e 3.115) - quando houver "a mera troca de bens de valor equivalente" (o valor contábil do bem que transferido é exatamente igual ao valor do bem adquirido), o que não é o presente caso. (Relator Conselheiro Marco Aurélio Pereira Valadão)

A par dessas razões, cumpre frisar que não procede a alegação de que a incidência do IRPJ só ocorre no momento da venda do bem recebido em permuta. O fato gerador do imposto não é o recebimento de dinheiro, mas o acréscimo patrimonial, aferido num determinado lapso de tempo. Portanto, havendo acréscimo, é irrelevante identificar a que elementos do patrimônio ele se deve, ou em quais elementos ele se exterioriza. Não é condição para a incidência do imposto que o acréscimo corresponda a uma disponibilidade de caixa.

Nesse sentido, é cabível considerar na apuração do ganho de capital o valor do bônus de subscrição, não obstante a volatilidade apontada pela recorrente. Esse título mobiliário é passível de ser avaliado, tanto que a própria recorrente atribuiu a ele o valor de R\$ 76.723.680,00, sendo irrelevante o fato de que tal avaliação se fez por imposição da lei societária. Ademais, se esses títulos podem ser negociados é porque são passíveis de avaliação em dinheiro.

Por fim, importa dizer que a exigência de IRPJ e CSLL, no caso em tela, não pode ser atribuída à aplicação dos métodos e critérios contábeis introduzidos na legislação societária a partir do advento da Lei nº 11.638/2007. Em outras palavras, o lançamento não violou a regra da neutralidade tributária.

O que efetivamente aconteceu é que a avaliação das ações da Azul S/A e do bônus de subscrição *a valor justo* evidenciou o ganho de capital. O acréscimo patrimonial tributável tem origem na diferença entre o valor da coisa entregue e o valor da coisa recebida. A *avaliação a valor justo* apenas mensurou essa diferença; não criou a realidade, apenas possibilitou sua constatação. Se a recorrente não estivesse obrigada pela legislação societária a fazer tal avaliação, ainda assim o ganho de capital teria ocorrido. A diferença é que ao Fisco caberia o ônus dessa avaliação e a prova do acréscimo patrimonial.

Ressalte-se que existe, no plano doutrinário, uma divergência quanto à natureza jurídica da incorporação de ações. Há quem veja nela um negócio cuja causa é o aumento de capital social mediante conferência de ações. Outros consideram-na uma forma de reorganização societária, pela qual se cria uma subsidiária integral mediante a substituição de ações da companhia que se tornou controlada pelas ações da controladora.

Essa controvérsia, a meu juízo, não interfere na tributação do IRPJ e da CSLL, que depende de que seja demonstrada a existência de dois fatos. Primeiro, a alienação das ações; depois, o acréscimo patrimonial, caracterizado pela diferença entre o valor das ações recebidas e o custo das ações entregues. O fato gerador do IRPJ e da CSLL, nesse caso, se considera ocorrido desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a produzir os efeitos que normalmente lhe são próprios. Em outras palavras, quando houver disponibilidade econômica ou jurídica de renda.

Por essas razões, o lançamento, nesse ponto, deve ser mantido.

Responsabilidade solidária - recurso de ofício

O lançamento, embora tenha colhido infração praticada por **Trip Participações S/A**, incluiu no polo passivo **Trip Investimentos Ltda.** e **Rio Novo Locações Ltda.**, entendendo existir grupo econômico, do qual faziam parte as três empresas.

As recorrentes alegam que a autoridade lançadora omitiu o fundamento legal da solidariedade tributária, que só veio a ser apresentado no acórdão da DRJ, que, extrapolando sua competência, tentou complementar o auto de infração, invocando como suporte legal da solidariedade o art. 30 da Lei nº 8.212/1991 e o art. 494 da Instrução Normativa RFB nº 971/2009.

O TVF, de fato, cita erroneamente o art. 141, inciso I, do CTN, que, além de não ter incisos, não cuida de responsabilidade tributária, de solidariedade e tampouco de grupo econômico. No corpo do auto de infração de IRPJ e de CSLL há referência apenas ao art. 124, inciso II, do CTN, acompanhado da seguinte descrição:

Conforme relatório fiscal anexo ao auto de infração, tratam-se de empresas que pertencem ao mesmo grupo econômico, tendo como sócios os Grupos Águia Branca e Caprioli Participações Ltda.

É pacífico nesta 1ª Turma Ordinária o entendimento de que omissões e irregularidades no enquadramento legal da infração, por si sós, não acarretam nulidade do lançamento, se os fatos estiverem descritos com clareza e correção, de sorte a permitir o exercício do direito de defesa.

Esse critério, entretanto, exige um cuidado maior na sua aplicação quando o tema envolve solidariedade tributária. É que o art. 124 do CTN prevê a existência de solidariedade em duas situações, a saber, i) quando houver interesse comum na situação que constitua fato gerador da obrigação principal; e ii) nos casos em que houver disposição expressa de lei prevendo a solidariedade. Eis o dispositivo legal:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

*I - as pessoas que tenham **interesse comum** na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;*

*II - as **pessoas expressamente designadas por lei**.*

No primeiro caso, que cuida de interesse comum, ainda que o auto de infração seja omissivo ou impreciso no enquadramento legal, não haverá nulidade se o quadro fático estiver descrito com clareza e precisão, pois é esse fato que traz à luz o interesse comum, que por sua vez deflagra a solidariedade tributária. O lançamento precisa descrever a ação conjugada ou coordenada de duas ou mais pessoas, visando a prática de ilícito tributário, do qual todos tinham conhecimento e ao qual aderiram de forma voluntária e consciente. Se a descrição fática lograr esse nível de precisão e clareza, o lançamento subsistirá, a despeito de eventuais irregularidades de enquadramento legal.

O mesmo, entretanto, não acontece no segundo caso. É que, de acordo com o inciso II, a solidariedade recai sobre pessoas expressamente designadas na lei, em situações

também previstas de forma expressa na lei. Portanto, se a lei prevê situações específicas de solidariedade, a higidez do lançamento depende de que se indique o dispositivo legal que serve de base à solidariedade tributária. Não basta descrever a situação. Aqui é necessário citar o dispositivo legal, sob pena de inviabilizar o exercício do direito de defesa.

No caso em exame, a autoridade lançadora fundamentou a solidariedade tributária na existência de grupo econômico. Porém não informou a base legal para tanto, nem esclareceu qual o conceito e o alcance da expressão **grupo econômico**. O CTN, quando trata da sujeição passiva, em especial dos casos de solidariedade, não cogita dessa figura.

A DRJ supôs que o fundamento fosse o art. 30 da Lei nº 8.212/1991. Mas é uma conjectura. Esse dispositivo limita sua aplicação aos valores devidos à Seguridade Social. O IRPJ não se enquadra nesse perfil. Entretanto, a solidariedade foi estendida para alcançar o aludido imposto, abrindo caminho para a ilação de que a autoridade fiscal talvez tivesse em mente outro fundamento legal. Esse elemento necessário à validade do auto de infração não foi devidamente informado.

Além disso, o próprio conceito de **grupo econômico** é impreciso, sobretudo na esfera tributária. Não há clareza quanto ao critério de reconhecimento da existência do grupo econômico. Pergunta-se: A relação entre as empresas do grupo deve ser vertical ou pode ser horizontal? Integram o grupo econômico empresas coligadas? Duas empresas não coligadas, mas submetidas a controle da mesma companhia, respondem solidariamente pelas dívidas tributárias uma da outra?

As respostas a essas perguntas seriam dadas pelo enquadramento legal que, no caso, não foi feito.

Enfim, o enquadramento legal da solidariedade tributária e o conceito de grupo econômico, que deram ensejo à inclusão de **Trip Investimentos Ltda.** e **Rio Novo Locações Ltda.** no polo passivo da autuação, tinham de ser expostos com clareza, mas não o foram. Portanto, não pode subsistir a responsabilidade tributária de nenhuma das duas recorrentes, nem da **Trip Investimentos Ltda.**, nem da **Rio Novo Locações Ltda.**

Pelo exposto, afasta-se a responsabilidade solidária de **Trip Investimentos Ltda.** e de **Rio Novo Locações Ltda.** em relação à totalidade do crédito tributário lançado.

Com isso, nega-se provimento ao recurso de ofício e, ao mesmo tempo, se dá provimento, nessa parte, aos recursos voluntários.

Juros de mora sobre a multa

No que concerne à aplicação de juros de mora sobre a multa imposta em lançamento de ofício, a matéria já foi diversas vezes trazida à apreciação desta Turma, que sistematicamente vem decidindo pela possibilidade dessa incidência. Para tanto, o fundamento legal estaria no art. 61 da Lei nº 9.430/1996, e nos artigos 161 e 139 ambos do CTN. Nessa linha de interpretação, empresta-se um sentido amplo à expressão "*débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições*", constante do art. 61 da Lei nº 9.430, de forma a abarcar nessa categoria tanto o tributo propriamente dito, quanto a multa.

Também esse é o entendimento que tem prevalecido na Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, do qual é exemplo o Acórdão nº 9101-003.369, cuja ementa, na parte relativa aos juros de mora, foi assim redigida:

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

As multas proporcionais aplicadas em lançamento de ofício, por descumprimento a mandamento legal que estabelece a determinação do valor de tributo administrado pela Receita Federal do Brasil a ser recolhido no prazo legal, estão inseridas na compreensão do § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996, sendo, portanto, suscetíveis à incidência de juros de mora à taxa SELIC.

Do voto condutor da decisão, destacam-se os seguintes fundamentos:

Assim, a expressão “os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal”, constante do *caput* do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996, deve ser interpretada no sentido de compreender, para fins de incidência dos precitados juros moratórios, a diferença do tributo não recolhida até a data de seu vencimento, em razão de sua equivocada determinação, e a consequente multa aplicada mediante lançamento de ofício. Para tal empreitada exegética, é preciso considerar os artigos 113, § 1º; 139 e 161, *caput* e § 1º, do Código Tributário Nacional (CTN), *verbis*:

(...)

A teor dos artigos suprarreferidos:

a) o crédito tributário é uma decorrência da obrigação tributária principal (CTN, artigo 139);

b) essa obrigação tem por objeto o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária imposta como consequência do descumprimento do dever legal de entregar ao Estado credor, no prazo legal, o valor integral do tributo, apurado em consonância com as normas legais (CTN, § 1º do artigo 113);

c) o crédito não integralmente pago no vencimento, de que trata o *caput* do artigo 161 do CTN, não se resume ao valor do tributo suprimido ao Erário, porquanto a infração consistente na supressão do tributo é fato gerador da multa proporcional a ser aplicada mediante lançamento de ofício. Portanto, o § 3º do artigo 161 do CTN abarca o valor do tributo suprimido e a multa a ser aplicada de ofício, em decorrência da supressão do tributo.

(...)

Do preceito acima invocado (art. 61 da Lei nº 9.430), destaca-se a incidência de juros de mora sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições. Facilmente se infere que as multas ora comentadas só nascem porque há tributo devido a ser exigido de ofício. Não houvesse tributo sonegado, não haveria multa proporcional a ser lançada de ofício. Essa deve ser a linha de raciocínio para o desvendamento do que se pode entender no âmbito da expressão “débitos decorrentes de tributos e contribuições.” (grifo do original)

Pelas razões acima referidas, as multas proporcionais aplicadas em lançamento de ofício, por descumprimento a mandamento legal que estabelece a determinação do valor de tributo administrado pela Receita Federal do Brasil a ser recolhido no prazo legal, estão inseridas na compreensão do § 3º do artigo 61 da Lei

nº 9.430/1996, sendo, portanto, suscetíveis à incidência de juros de mora à taxa Selic.

Nessa linha de entendimento, o CARF editou a Súmula 108.

Súmula CARF nº 108. Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Em resumo e firmado nessas razões, indefere-se a pretensão da recorrente de impedir a exigência de juros de mora calculados sobre a multa de ofício.

CSLL

Quando o lançamento da CSLL recair sobre a mesma base fática que motivou o lançamento do IRPJ, como ocorre no caso em exame, há de ser dada a mesma solução a ambos.

Conclusão

Pelo exposto, voto por conhecer dos recursos voluntários e de ofício para, no mérito:

a) dar provimento aos recursos de **Trip Investimentos Ltda.** e de **Rio Novo Locações Ltda.**, excluindo-as do polo passivo da autuação; e

b) negar provimento ao recurso de ofício e ao recurso interposto por **Trip Participações S/A.**

(assinado digitalmente)
Roberto Silva Junior

Declaração de Voto

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza

Durante do julgamento do presente processo, manifestei minha intenção de apresentar declaração de voto, acompanhando o relator, para registrar, a partir desse julgamento, alteração de meu posicionamento acerca da matéria discutida no presente processo.

A controvérsia gira em torno da possibilidade ou não de apurar ganho de capital na incorporações de ações. Antes, afastava a imposição fiscal, sob o entendimento de

que a incorporação de ações seria uma operação com características próprias, distinta da alienação, e por consequência, não seria suscetível de gerar ganho de capital tributável. Porém, como já afirmado, refleti melhor sobre o assunto, cujas razões são adiante consignadas.

Modesto Carvalhosa, ao tratar do assunto em questão, sustenta que, na incorporação de ações, ocorre uma alienação ficta de ações pelo acionista da incorporada e uma aquisição ficta pela incorporadora. Feito isso, continua o autor, ocorre em verdade um aumento de capital da incorporadora mediante a dação de bens pelos antigos acionistas da incorporada: as próprias ações. Trata-se, assim, de uma aquisição na qual o pagamento se dá em bens, pelo que não se pode falar em mera substituição ou permuta. Nesse sentido:

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**.¹ (grifos acrescentados)

Assim, para esse autor, a justificativa para explorar o elemento "aumento de capital" é que a incorporação de ações pressupõe que haverá aumento de capital na incorporadora, conforme previsão no art. 252 da Lei nº 6.404, de 1976. Nesse ponto, importante verificar que a presença do aumento de capital da incorporadora, nos permite perceber que haverá alienação de bens para que a incorporação de ações se concretize.

Assim, não se trata de mera permuta de ativos, como outrora sustentei, que as ações incorporadas e as ações emitidas pela sociedade "incorporadora" são simplesmente trocadas, atribuindo-se às referidas ações o mesmo valor, e por conseguinte, sem ganho de capital a ser tributado.

Trata-se, em verdade, de inegável possibilidade de haver apuração de ganho de capital, no caso das ações a serem incorporadas serem transferidas por valor superior ao custo de aquisição. Com efeito, se verificada diferença positiva entre o custo de aquisição do bem permutado e o valor atribuído ao mesmo para concretizar a permuta – isto é, o valor da alienação –, a legislação tributária impõe a exigência de imposto sobre a renda.

O CARF já apreciou operação de permuta de ações. Trata-se do Acórdão nº 1202-001.075, da relatoria do Conselheiro Valentim Neto, proferido pela 1ª Turma da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, onde se decidiu, por unanimidade de votos, que na operação de permuta deveria incidir a tributação sobre o ganho de capital auferido pela diferença de valor dos bens permutados no negócio. Confira-se trecho do mencionado julgado:

III. A permuta de ações como fato gerador do IRPJ e da CSLL quando verificado o ganho do capital.

Alega a Recorrente que “ainda que ficasse configurada a permuta nada haveria para se exigir do contribuinte, pois não há preço estipulado em que um bem constitui-se o pagamento do

outro”, bem como “a mera diferença entre o custo dos bens não configura acréscimo patrimonial, pois, conceitualmente, os bens são permutados porque as partes os entendem como sendo da mesma valia.

Todavia, deve ser mantida a decisão recorrida, por força do artigo 117, § 4º, do RIR/99, segundo o qual a operação de permuta de ações é tida como uma alienação e, na hipótese de ser auferido ganho de capital, é devido o imposto:

Art. 117. Está sujeita ao pagamento do imposto de que trata este Título a pessoa física que auferir ganhos de capital na alienação de bens ou direitos de qualquer natureza (Lei nº 7.713, de 1988, arts. 2º e 3º, § 2º, e Lei nº 8.981, de 1995, art. 21).

[...]

§ 4º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins (Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º, § 3º).

Colaciona-se, ainda, o Parecer Normativo CST nº 504, de 03/08/1971, também citado na decisão recorrida:

“3 – Também a pessoa jurídica que permutar ações por outras ações de valor equivalente ao de aquisição das cedidas, por consequência, não alterando quantitativamente o patrimônio social, não estará sujeita à imposição de tributo.

4 – Todavia, se resultar lucro para a pessoa jurídica na alienação de ações, quer esta se faça sob a forma de venda, troca por bens de outra natureza ou permuta por outras ações, será ele necessariamente computado no resultado do exercício para fins de tributação.

5 Ressalte-se, ainda, quanto à incidência na pessoa jurídica, não ser o valor nominal das ações negociadas a base de apuração do resultado na transação, e sim o valor da aquisição das por ela cedidas, em confronto com o atribuído às que receba na permuta, observando-se em qualquer caso, as disposições das alíneas *a* e *b* do art. 251 e, na hipótese de prejuízo, as normas dos arts. 192 e 193 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 58.400, de 10/05/66).” (destaque não constam do original).

Deste modo, para fins de apuração de ganho de capital, devem ser consideradas todas as operações que impliquem alienação a qualquer título, inclusive a permuta. Se a pessoa jurídica auferiu ganho ou lucro na alienação de ações, quer esta se opere mediante compra e venda, incorporação ou permuta por outras ações, será o ganho ou lucro submetido à tributação, **sendo a base tributável, na hipótese dos autos, o resultado entre a diferença do valor de aquisição das ações da Selenium entregues e o valor das ações da Elba recebidas pela Recorrente.** (grifos acrescidos)

Igualmente, merece destaque decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, proferida no Acórdão 9101-002.172 (Caso Fibria), que envolvia a tributação de ganho de capital proveniente de operação de permuta. Eis a ementa do referido precedente:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2007

PERMUTA DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. RECEBIMENTO DE VALOR SUPERIOR AO ENTREGUE. APURAÇÃO DE GANHO DE CAPITAL TRIBUTÁVEL. CABIMENTO.

Na hipótese de permuta de participações societárias, entre pessoas jurídicas, em que ocorre recebimento de valor superior ao entregue, é cabível a apuração de ganho de capital tributável, salvo nas hipóteses expressamente previstas em lei.

Neste ponto, vale a pena transcrever trecho do voto do Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão (relator):

O tratamento legal da matéria corresponde à incidência da legislação que impõe **apuração de ganho de capital tributável na alienação de ativos, e a base do ganho é a diferença entre o valor da alienação (o quanto de fato representa o bem alienado que corresponde ao valor do bem recebido) e o seu custo de aquisição** (há diversos dispositivos que tratam da forma como se apura a base de cálculo, não citados). Ou seja, a variação patrimonial na forma prevista no art. 43 do CTN deve ser quantificada e deve ser pago o correspondente imposto de renda. Não há dúvida que na permuta há alienação do bem que está na propriedade do permutante – o que traz a incidência das normas de regência. Veja-se que nesses casos **a base da tributação é, grosso modo, a diferença entre o valor registrado do bem objeto de alienação e o custo de aquisição do investimento recebido**. Para demonstrar que essa é a *mens legis* genérica da legislação do Imposto de Renda, transcreve-se abaixo os dispositivos do RIR/1999 (que tem por fundamento diversos dispositivos legais) que tratam do tema, aplicáveis às alienações e ganho de capital de pessoas físicas ou jurídicas (negritou-se o dispositivo aplicável ao caso concreto em exame):

(...)

Assim, **a regra geral é a tributação nos casos de permuta, espécie do gênero alienação**. Porém há casos que não se tributa. E por que não tributa? Por que a legislação entendeu que se trata de não incidência, ou criou uma ficção jurídica que implica este efeito (além dos casos de isenção, onde há incidência mas não há tributação). Veja-se que, conforme consolidado nos § 1º do art. 137 e os §§ 1º, 2º e 4º do art. 431 do RIR (aplicáveis às pessoas físicas e às jurídicas respectivamente, no âmbito do PND) – não se tributa porque há uma ficção jurídica no sentido de que os bens permutados (os dados e os recebidos), nos casos ali previstos, têm idêntico custo ou valor (ainda que contabilmente não os tenha) – o que, por óbvio, não gera ganho de capital. A Lei aqui criou uma exceção e não pode ser de forma alguma ser entendida como norma interpretativa, como alega a recorrente. Como reforço do argumento, as normas referentes às exceções à tributação na permuta sem torna, tidas como não incidência (não incluídas as isenções), seguem transcritas abaixo (incluem os

casos de permuta em sede do PND e os casos de permuta de bens imóveis): [destaques não constam do original]

Sendo assim, com esses fundamentos, acompanho o voto do relator que entendeu pela possibilidade de tributação do ganho de capital obtido na operação em exame.

(assinado digitalmente)
José Eduardo Dornelas Souza

Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto

Com as habituais homenagens pela clareza e precisão do voto do Ilustre Relator, peço vênica para divergir apenas quanto a um ponto de seu raciocínio, frisando desde já que esta discordância não afetará a conclusão alcançada em seu voto.

A questão fulcral diz respeito à ***natureza jurídica da operação de incorporação de ações***, se alienação ou sub-rogação real, para fins de subsunção ou não à regra do art. 3º, § 3º da Lei nº 7.713/88.

A incorporação de ações é prevista no art. 252 da Lei nº 6.404/76, e se trata da operação através da qual a sociedade incorporadora incorpora ações de outra empresa, que continua a existir, porém passando a ser subsidiária integral daquela. É o que determinam seus dispositivos de regência:

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.*

É uma peculiaridade dessa operação que a incorporadora aumente seu próprio capital social e o integralize com as ações adquiridas da incorporada. Os acionistas desta (incorporada), então, caso aprovem a operação, receberão em troca ações da incorporadora decorrentes do aumento do capital social em questão. Os antigos acionistas ou titulares de cotas da incorporada, portanto, passam a ser acionistas da incorporadora.

É famoso o debate doutrinário em torno da tributação da incorporação de ações. Por um lado, parte da doutrina entende a incorporação como *mera substituição de ações em virtude de sub-rogação real*, em que não ocorre uma alienação e, portanto, não há ganho de capital tributável (Cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Incorporação de ações no direito tributário - conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2014), e, por outro lado, parte da doutrina reconhece a operação como *aumento de capital mediante conferência de bens*, o que implica alienação das ações incorporadas (Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo e ANDRADE JR., Luís Carlos de. *Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários*. São Paulo: Editora Dialética, Revista Dialética de Direito Tributário nº 200, maio de 2012).

Com a devida vênia às abalizadas posições em sentido contrário, entendo que a operação de incorporação de ações se qualifica juridicamente como um *aumento de capital mediante conferência de bens*.

Parece-nos que o art. 252 da Lei 6404/76 é de grande clareza ao evidenciar que a incorporação de ações envolve um aumento de capital na sociedade incorporadora, e a integralização desse capital mediante a transferência das ações incorporadas. Do lado da sociedade incorporada, há uma aquisição de ações da incorporadora através da transferência de ações próprias, que serão utilizadas para a composição do capital social aumentado da incorporadora.

É dizer, o pagamento pelas ações da incorporadora, decorrentes do aumento de capital, se dá através das ações dos acionistas da sociedade incorporada, caracterizando este negócio como incontestável **alienação** das ações detidas pelos sócios da incorporada.

A tese da ocorrência de sub-rogação real nos parece equivocada, pois este negócio jurídico exige a substituição do objeto da relação jurídica, com a manutenção dos demais aspectos da relação originária (EIZIRIK, Nelson. *"Incorporação de ações. Natureza Jurídica e principais características"*, p. 96). No caso da incorporação de ações, o sócio da sociedade incorporada é titular de participação nela, ao passo que após a operação ele deixa de ser sócio daquela empresa, para ser sócio da incorporadora - mudam não apenas as ações, mas também a sociedade com a qual ele se relaciona, afetando a relação pretérita para além, simplesmente, do seu objeto.

Além disso, o fato da operação ser realizada por meio de decisão da assembleia geral da incorporada decorre de autorização legal, que franqueia à diretoria da

companhia poderes para negociar, em nome próprio e por conta dos acionistas, resguardando o direito de retirada dos minoritários, nos termos do art. 252, § 3º da Lei 6.404/76, não se afasta da lógica do princípio majoritário, que orienta as deliberações sociais¹.

Nesta esteira, há que se questionar se, a despeito da alienação, há realização da renda para fins de incidência do IRPJ e CSLL.

Nesse ponto, também entendo ocorrida a realização, pois as ações da incorporadora passam a fazer parte do patrimônio do acionista da incorporada, que as recebe, incluindo aí o ganho de capital decorrente da diferença em relação ao custo de aquisição das ações da incorporada, estando cumpridos todos os requisitos da troca, inclusive a avaliação das ações a valor de mercado, sendo esses valores dotados de mensurabilidade e liquidez (Cf. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Imposto sobre a renda: pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: Justec, 1979, p.279)

Em síntese, entendo que a incorporação de ações consiste em uma operação de alienação, no qual ações da incorporadora são adquiridas pelos sócios mediante cessão das ações da incorporada (*aumento de capital mediante conferência de bens*), que tem o condão de gerar ganho de capital, a depender do valor das ações adquiridas da incorporadora.

Desse modo, ***voto por reconhecer a incidência do IRPJ e CSLL sobre o ganho de capital na incorporação de ações.***

(assinado digitalmente)
Carlos Augusto Daniel Neto

¹ Para uma apresentação extensiva e, a meu ver, conclusiva sobre as críticas à primeira corrente, remeto a "SCHOUERI, Luís Eduardo e ANDRADE JR., Luís Carlos de. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. São Paulo: Editora Dialética, Revista Dialética de Direito Tributário nº 200, maio de 2012.