



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15586.720037/2016-67
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-006.470 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 3 de fevereiro de 2023
Recorrente TRIP INVESTIMENTOS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012

RECURSO ESPECIAL. FATOS SUPERVENIENTES AO LANÇAMENTO. ANALISE PELA CSRF. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DELIMITADA PELO RICARF/2015.

As Turmas da CSRF têm competência delimitada pelo Regimento Interno do CARF - RICARF, não se revestindo do papel de terceira instância no processo administrativo fiscal. Não cabe à CSRF se pronunciar sobre alegação de fato novo que supostamente afetaria a divergência jurisprudencial colocada no recurso especial.

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. MATÉRIA NÃO ADMITIDA POR DESPACHO DE PRESIDENTE DE CÂMARA OU DA CSRF. ANALISE. IMPOSSIBILIDADE. RICARF/2015.

As Turmas da CSRF não têm competência para se pronunciar acerca de matéria cujo seguimento tenha sido negado por despacho de admissibilidade de recurso especial ou por despacho em agravo. O fato de a mesma matéria ter sido preliminarmente admitida em despacho de admissibilidade proferido em outros autos não tem o condão de fazer com que a matéria possa ser conhecida pela Turma quando, nestes autos, o seguimento já foi negado em despacho de admissibilidade confirmado por decisão em agravo.

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

Ano-calendário: 2012

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

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. Preliminarmente, por maioria de votos, negou-se conhecimento ao pedido do Contribuinte quanto ao exame dos documentos apresentados que não dizem respeito à divergência devolvida à CSRF, vencidos os conselheiros Livia De Carli Germano (relatora) e Alexandre Evaristo Pinto que votaram por conhecer dos documentos referentes a pagamentos realizados após interposição de Recurso Voluntário. No mérito, por maioria de votos, acordam em negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Livia De Carli Germano (relatora) e Alexandre Evaristo Pinto que votaram por dar-lhe provimento. Votou pelas conclusões o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pelo sujeito passivo em face do acórdão 1301-003.345, de 18 de setembro de 2018, assim ementado e decidido:

Acórdão recorrido 1301-003.345

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.

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.

Na autuação em discussão, a Fiscalização entendeu que a contribuinte teria auferido ganho de capital na operação de incorporação de ações, por meio da qual as ações de Trip Linhas Aéreas S/A (Trip) por ele detidas foram substituídas por ações e bônus de subscrição emitidos pela da Azul S/A (Azul).

Em seu recurso especial, datado de 22 de fevereiro de 2019, o sujeito passivo pretendeu questionar duas matérias:

a) neutralidade tributária e erro na formação da base de cálculo do auto de infração – paradigmas 1302-002.121 e 1401-002.113

b) ganho de capital na incorporação de ações – paradigma 9202-003.579

Inicialmente, ambas as matérias tiveram seguimento negado, em decisão parcialmente reformada após agravo, que deu seguimento apenas à segunda matéria, nos seguintes termos:

(...)

Como se observa, o paradigma decidiu claramente que na operação de incorporação de ações existe permuta ou substituição de ações. No entanto, essa permuta não se equipara à alienação. Assim sendo, ainda que as ações recebidas em substituição possuam valor superior ao das ações substituídas, isso não permite dizer que houve acréscimo patrimonial. Com isso, afastou-se a incidência de ganho de capital tributável nessa operação.

É bem verdade que o paradigma decidiu sobre autuação do imposto de renda de pessoas físicas (IRPF), enquanto que o acórdão recorrido o fez em face do imposto de renda das pessoas jurídicas (IRPJ). Essa distinção foi invocada pelo despacho agravado para negar seguimento ao recurso especial do sujeito passivo. Com efeito, ambos os acórdãos dedicam espaço ao exame de características específicas do IRPF e do IRPJ e dos dispositivos legais específicos a cada uma dessas incidências. Mas se trata de exames adicionais, que não se mostraram decisivos para a divergência aqui examinada.

No que se refere ao acórdão paradigma, o final do trecho do voto vencedor, acima transcrito, ao abordar o regime de caixa que deve pautar a incidência do imposto de renda das pessoas físicas, afirma que “*também justifica ...*”, o que revela que o regime de caixa é uma razão adicional ali adotada.

Afinal, é de se reconhecer que o entendimento do acórdão paradigma, sobre a inocorrência de alienação e consequente impossibilidade de aferição de ganho patrimonial, caso aplicado ao acórdão recorrido, conduziria a conclusão diferente sobre a incidência de ganho de capital na incorporação de ações. Com isso, tem-se por caracterizada a divergência jurisprudencial.

Diante do exposto, o despacho agravado merece reforma, neste particular, e o agravo deve ser acolhido no que se refere a esta matéria “**ganho de capital na incorporação de ações**”.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões em que questiona apenas o mérito do recurso.

O processo foi incluído na pauta de maio de 2022 e retirado a pedido do contribuinte para julgamento em sessão presencial. A então relatora solicitou dispensa de seu mandato e houve novo sorteio.

Os processos foram novamente indicados para a pauta da reunião de novembro de 2022, sendo novamente retirado de pauta, desta vez não apenas em novo pedido por parte do contribuinte, mas também pela Fazenda Nacional, com a ressalva contida em ata de que o processo retornaria à pauta em até duas reuniões presenciais subsequentes.

Em 20 de dezembro de 2022, o sujeito passivo apresentou petição alegando a ocorrência de fatos que, a seu entender, deveriam ser apreciados no presente julgamento.

Referida petição descreve que, entre os anos de 2016 e 2019, a Recorrente teria alienado ações da Azul, apurando e recolhendo IRPJ e CSLL a título de ganho de capital sobre tais operações -- os 4 DARFs anexados a tal petição detalham recolhimentos de IRPJ e CSLL efetuados em 31 de maio de 2017 e 31 de outubro de 2017.

A petição também alega que a admissibilidade recursal quanto a uma das matérias teria se dado “de forma conflitante em face de três processos administrativos idênticos”, reportando-se aos processos 15586.720086/2016-08 e 15586-720037/2016-67.

Ao final, o contribuinte requer em tal peça:

Por todo o exposto, em atenção à verdade material e ao pedido expressamente contido em seu recurso especial, a Recorrente protesta pelo recebimento dos Documentos 01 e 02 e das razões de direito aqui expostas e requer seja determinada a reapuração dos montantes exigidos a título de IRPJ e CSLL no ano calendário 2012, em face da reclassificação de fatos pela Fiscalização e da existência de situação desconhecida à época da autuação, consubstanciada na apuração e recolhimento de IRPJ e CSLL sobre ganho de capital na alienação de ações da AZUL ocorridas a partir do ano calendário 2016.

Subsidiariamente, caso assim entenda esta C. Turma, requer seja determinada a realização de diligência fiscal com a finalidade de ratificar os montantes recolhidos pela Recorrente em decorrência de ganhos de capital experimentados a partir do ano de 2016, bem como apurar os montantes proporcionais devidos a título de IRPJ e CSLL em decorrência da revisão do lançamento fiscal.

Por fim, quanto à admissibilidade do recurso especial, requer (i) seja admitido o recurso com relação à matéria que trata do erro na formação da base de cálculo; ou (ii) subsidiariamente, seja determinada a conversão do julgamento em diligência para o fim de determinar a complementação do despacho de admissibilidade com relação à matéria que trata do erro na formação da base de cálculo.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Livia De Carli Germano, Relatora.

Questão preliminar – petição de 20 de dezembro de 2022 [voto vencido]

Conforme relatado, sete meses após a primeira inclusão do processo em pauta para julgamento o contribuinte apresenta petição propondo a análise de questões que, no seu entendimento, seriam prejudiciais ao presente feito.

As alegações a respeito da admissibilidade do recurso especial feitas em tal petição serão conhecidas de ofício e devidamente analisadas no item específico a seguir, eis que questões relativas ao conhecimento de recurso especial relacionam-se à própria delimitação de competência desta CSRF, podendo ser analisadas mesmo quando sequer alegadas pelas partes.

As demais alegações dizem respeito a vendas das ações ocorridas após a autuação fiscal, as quais teriam gerado a apuração de ganho de capital sobre valores maiores dos que os que seriam apurados caso o contribuinte tivesse adotado os critérios utilizados pela autoridade autuante.

O Anexo II ao Regimento Interno do CARF – RICARF/2015, aprovado pela Portaria MF 343/2015, delimita a competência das Turmas da a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) ao julgamento de recursos especiais que versem sobre divergência na interpretação da legislação tributária, atribuindo o papel de instância especial de julgamento com a finalidade de proceder à uniformização da jurisprudência do CARF.

Há algum debate sobre se as Turmas da CSRF poderiam, para além de resolver divergências jurisprudenciais, analisar matérias ditas “de ordem pública”, bem como conhecer de questões surgidas após o julgamento do recurso voluntário e a apresentação do recurso especial – neste último caso, considerando, em especial, as situações de exceção à preclusão processual trazidas nos parágrafos 4º e 5º do artigo 16 do Decreto 70.235/1972:

Art. 16. (...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

No caso dos autos a questão alegada pelo contribuinte, **em tese** poderia se encaixar na situação do artigo 16 do Decreto 70.235/1972 referida no § 4º, “b”, eis que referente a suposto fato ou direito superveniente.

No caso, o contribuinte pretende que se conheça de pedido relacionado a **recolhimentos de IRPJ e CSLL efetuados em 31 de maio de 2017 e 31 de outubro de 2017** (conforme comprovantes juntados), datas que são **posteriores à apresentação do recurso voluntário** (peça datada de 2 de março de 2017).

É verdade que tais fatos e respectivo pedido já poderiam ter sido reportados nos presentes autos antes do julgamento do recurso voluntário, que ocorreu apenas em 18 de setembro de 2018. Não obstante, considerando as datas acima, não é possível deixar de encaixar o pleito como fato ou direito superveniente à apresentação do recurso voluntário, razão porque conheço do pedido de **recebimento** dos Documentos 01 e 02 e das razões de direito expostas na petição de 20 de dezembro de 2022.

A prevalecer essa posição, tal pleito seria julgado oportunamente, como parte do julgamento de mérito abaixo.

Não obstante, observo que o acolhimento dessa preliminar restou vencido na sessão de julgamento quando da votação da questão pela Turma, restando assim negado o pedido de exame dos documentos apresentados que não dizem respeito à divergência devolvida à CSRF.

Admissibilidade recursal [voto vencedor]

O recurso especial é tempestivo. Passo a examinar os demais requisitos para a sua admissibilidade.

Nesse ponto, observo que a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) é instância especial de julgamento com a finalidade de proceder à uniformização da jurisprudência do CARF. Desse modo, a admissibilidade do recurso especial está condicionada ao atendimento do disposto no artigo 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria MF 343/2015, merecendo especial destaque a necessidade de se demonstrar a divergência jurisprudencial, *in verbis*:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente.

(...)

§ 8º A divergência prevista no caput deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

Destaca-se que o alegado dissenso jurisprudencial se estabelece em relação à interpretação das normas, devendo, a divergência se referir a questões de direito, tratando-se da mesma legislação aplicada a um contexto fático semelhante. Assim, se os acórdãos confrontados examinaram normas jurídicas distintas, ainda que os fatos sejam semelhantes, não há que se falar em divergência entre os julgados.

Por outro lado, quanto ao contexto fático, não é imperativo que os acórdãos paradigma e recorrido tratem exatamente dos mesmos fatos, mas apenas que o contexto tido como relevante pelo acórdão comparado seja de tal forma semelhante que lhe possa (hipoteticamente) ser aplicada a mesma legislação. Desse modo, um exercício válido para verificar se se está diante de genuína divergência jurisprudencial é verificar se a aplicação, ao caso dos autos, do racional constante do paradigma, seria capaz de levar à alteração da conclusão a que chegou o acórdão recorrido.

O voto condutor do acórdão recorrido esboça as seguintes conclusões:

- (i) afasta a ideia de que na permuta não existe alienação, indicando que a legislação inclusive admite, implicitamente, a validade da permuta que tenha por objeto coisas de valores discrepantes, sendo que neste caso a não tributação dependeria de regra tributária específica, como ocorre com a permuta imobiliária sem torna.
- (ii) menciona e transcreve trecho de julgado desta 1ª Turma da CSRF que decide pela existência de ganho de capital nas operações de incorporação de ações (9101-002.172¹).
- (iii) rechaça a alegação de que a incidência do IRPJ só ocorre no momento da venda do bem recebido em permuta, afirmando ainda que *“é cabível considerar na apuração do ganho de capital o valor do bônus de subscrição, não obstante a volatilidade apontada pela recorrente.”*.
- (iv) após afirmar como válido o valor adotado pela autoridade autuante para o bônus de subscrição (baseado na avaliação feita pelo próprio contribuinte em virtude das regras societárias), afirma 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”*.
- (v) Afirma, em seguida, que não foi o registro do valor na contabilidade que gerou o ganho de capital, eis que este existiria mesmo não houvesse tal registro:

¹ Julgamento ocorrido por voto de qualidade, vencidos os Conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Livia De Carli Germano, Ronaldo Apelbaum e Maria Teresa Martinez Lopez. Participaram do julgamento, além dos citados, os Conselheiros Carlos Alberto Freitas Barreto, Marcos Aurélio Pereira Valadão, Adriana Gomes Rego, André Mendes de Moura e Rafael Vidal de Araújo.

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.

- (vi) Discorre sobre a divergência doutrinária existente acerca da natureza jurídica da incorporação de ações, afirmando porém que essa controvérsia não interferiria na tributação do IRPJ e da CSLL eis que essa depende apenas de que sejam demonstrados a alienação e o acréscimo patrimonial.

O recurso especial teve seguimento quanto à matéria “*ganho de capital na incorporação de ações*” e o sujeito passivo alega divergência jurisprudencial com relação ao paradigma 9202-003.579.

Esta Turma já analisou alegação semelhante a respeito de divergência jurisprudencial em face de tal paradigma em diferentes oportunidades. Por exemplo, no acórdão 9101-002.735, de 4 de abril de 2017, tal paradigma foi aceito para fins de comprovação de divergência jurisprudencial, por unanimidade².

Entendimento que permaneceu mais recentemente, por exemplo quando esta Turma julgou o acórdão 9101-006.007, em 08 de março de 2022³ (grifos do original):

(...)

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

Sobre a ocorrência de substituição, o voto condutor do paradigma observa que “*Neste caso, se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação. Os sócios, pessoas físicas, independentemente de terem ou não aprovado a operação na assembleia de acionistas que a aprovou, deverão, apenas, promover a alteração acima referida em suas declarações de ajuste anual.*” (grifos nossos). Ao final, conclui que “*Ocorre apenas uma subrogação, no patrimônio do acionista, das ações de uma empresa pelas de outra, e isso por força de lei.*”

Percebe-se que, mesmo tratando de autuação que indicou dispositivos legais diversos da base legal apontada na autuação objeto dos presentes autos, o racional do voto vencedor do paradigma entende a operação de incorporação de ações como substituição de bens

² Participaram do julgamento os Conselheiros Adriana Gomes Rêgo, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luís Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Carlos Alberto Freitas Barreto.

³ O recurso especial do sujeito passivo foi conhecido por unanimidade com relação a essa matéria. Participaram do julgamento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca e Andrea Duek Simantob.

de mesmo valor e sem o elemento volitivo dos acionistas, portanto em contraposição ao racional aplicado pelo voto condutor do acórdão recorrido, afirmando, de forma oposta a este, que “*Na incorporação de ações ocorre troca, permuta ou, como enuncia a Lei das Sociedades Anônimas, substituição de ações.*”.

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

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

De se observar que o voto vencedor do paradigma afirma, após abordar o conceito constitucional de renda (Artigo 153, III, da CF), que “*O fato de as novas ações serem eventualmente superiores ao valor contabilizado (ou valor de custo), não permite dizer que houve acréscimo patrimonial, visto que não há qualquer disponibilidade efetiva de renda.*” Tal afirmação, no entender desta Relatora, já seria suficiente para contrapor a conclusão do voto condutor do acórdão recorrido a respeito dos efeitos da desproporção entre os valores contábeis das ações permutadas.

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

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

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

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

Tal como ocorreu naquelas oportunidades, também aqui o voto condutor do acórdão recorrido não está centrado na tributação da pessoa jurídica, mas na própria concepção da operação de incorporação e ações, de forma que, para contrapor o racional de tal decisão, é prescindível que o paradigma tivesse tratado de tributação de pessoa jurídica, sendo apto o precedente 9202-003.579.

Assim, compreendo que a divergência jurisprudencial resta demonstrada quanto à matéria preliminarmente admitida: “ganho de capital na incorporação de ações”.

Quanto à outra matéria alegada no recurso especial, observo que, uma vez que o seguimento não tenha sido admitido pelo Presidente de Câmara, em decisão confirmada por

Presidente da CSRF após agravo, falece **competência** a esta Turma da CSRF para analisar qualquer aspecto a ela relacionado.

De fato, as Turmas da CSRF apenas podem se pronunciar acerca de matéria admitida em despacho fundamentado, seja por Presidente de Turma ou, após agravo, por Presidente da CSRF, sendo “*definitivo o despacho do Presidente da CSRF que negar ou der seguimento ao recurso especial, não sendo cabível pedido de reconsideração ou qualquer outro recurso*” (artigo 71, § 6º, do Anexo II ao RICARF/2015).

Assim, o fato de a mesma matéria ter sido preliminarmente admitida em processos similares em trâmite em outros autos nada influencia o exame a ser realizado por esta Turma quanto aos presentes autos.

Ante o exposto, oriento meu voto para conhecer do recurso especial, nos termos dos despachos de admissibilidade.

Mérito [voto vencido]

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

A incorporação de ações é instituto jurídico regulado no artigo 252 da Lei 6.404/1976 (Leis das S/A):

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 assembléia-geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem.

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

Trata-se, portanto, de operação pela qual todas as ações de uma companhia são integralizadas no capital de outra companhia, de forma que aquela se tornará uma subsidiária integral desta última, permanecendo ambas ativas e existentes.

A operação incorporação de ações é distinta da operação de incorporação de sociedade, uma vez que na última há a absorção do patrimônio da sociedade incorporada, que é extinta, ao passo que na incorporação de ações, ambas as sociedades permanecem existindo, sendo que a sociedade incorporada se torna subsidiária integral (controlada integral) da sociedade incorporadora. Como consequência, a diferença fundamental entre as duas operações societárias é a extinção da sociedade incorporada na incorporação de sociedade (prevista no artigo 227 da Lei n. 6.404/76), ao contrário da incorporação de ações, em que nenhuma das sociedades é extinta, mas apenas a incorporada se torna subsidiária integral da incorporadora⁴.

A natureza jurídica da operação de incorporação de ações e seus respectivos impactos tributários é matéria há muito debatida na doutrina e na jurisprudência.

Mais recentemente, esta Turma analisou o tema ao julgar o acórdão 9101-006.007⁵, em 08 de março de 2022, ocasião em que o voto desta Relatora restou vencido. Naquela oportunidade, adotei como razões de decidir o voto (vencido) proferido pelo então Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella no acórdão 9101-005.777, sessão de 9 de setembro de 2021, que acrescenta brilhantes considerações após transcrever declaração de voto em que esta Relatora já havia exposto seu entendimento quanto ao tema, veja-se (grifos do original):

(...)

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

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

⁴ PINTO, Alexandre Evaristo Pinto, KLEINDIENST, Ana Cristina, VAZ, Janaina Campos Mesquita, COSTA, Luiz Guilherme Duarte Martins, GOMES JR., Roberto Lincoln de Sousa. Incorporação e Incorporação de Ações: Incidência do Artigo 254-A. In: PENTEADO, Mauro Rodrigues. Mercado de Capitais Brasileiro II: Doutrina, Cases & Materials. São Paulo: Quartier Latin: 2014. p. 398-402.

⁵ Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação à matéria "ganho de capital na incorporação de ações". No mérito, na parte conhecida, por maioria de votos, acordam em negar provimento, vencidos os conselheiros Livia De Carli Germano (relatora) e Alexandre Evaristo Pinto que votaram por dar-lhe provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Participaram do julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca e Andrea Duek Simantob.

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

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

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

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

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

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

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

(...)

A operação de incorporação de ações nada mais é do que uma troca (permuta) de ativos e nesta não há preço, no sentido objetivo do termo, já que para os permutantes os bens permutados têm valor equivalente. Nas palavras de Pontes de Miranda: “Não há preço, no sentido próprio, porque um dos figurantes promete um bem, que não é dinheiro, e o outro figurante promete outro bem, que não é dinheiro”.

Essa circunstância já foi reconhecida pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional ao emitir o Parecer PGFN nº 454, de 6 de maio de 1992, o qual conclui que “a desoneração tributária na permuta não é um privilégio, e sim o reconhecimento de não incidência da regra de tributação”. Vale destacar, ainda, os seguintes trechos deste parecer:

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

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

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

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

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

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

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

Em resumo: a incorporação de ações, por se tratar de mera troca de bens, não foi a situação de direito que gerou acréscimo patrimonial ao Recorrente; o que gerou tal acréscimo patrimonial foi a contabilização do investimento pelo método (obrigatório) de equivalência patrimonial, o qual não tem efeitos tributários por expressa previsão legal.

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

IX - cisão da companhia;

(...)

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

(...)

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

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

Sobre a precisa identificação da manifestação de quais institutos de Direito Civil (ou Comercial) estar-se-ia diante, quando, então, promovida manobra societária de incorporação de ações, observando os termos dos arts. 224, 225, 252 e até 264 da Lei nº 6.404/76, como aquela colhida pela Autoridade Fiscal nestes autos, se de *sub-rogação real legal* (com todos seus elementos conceituais históricos e características próprias) ou de uma simples expressão de *permuta de títulos, sem torna*, é interessante e muito instigante notar como é possível caminhar, carregando fortes fundamentos, para ambas direções – mais um dos elementos que, provavelmente, perpetua o debate sobre o tema.

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

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

Assim como já registrado em outros julgamentos, a simples expressão patrimonial de um aumento ou potencial ganho não dá margem, obrigatoriamente, a renda tributável naquele momento. Conforme o Prof. Victor Borges Polizelli⁶ textualmente aponta quando comenta o desenvolvimento da doutrina nacional da tributação da renda, ainda que a comparação da situação patrimonial anterior e posterior, dentro de um dado período de apuração, seja a sistemática natural de detecção da *renda-acréscimo*, existe relevante *corrente* a qual defende que somente pode se computar as eventuais variações

⁶ O Princípio da Realização da Renda – Reconhecimento de Receitas e Despesas para fins do IRPJ. Série Doutrina Tribuária vol. VII – São Paulo : Quartier Latin, 2012. p. 189.

positivas se forem estas oriundas de um negócio jurídico praticado pelo contribuinte (leia-se, uma *troca no mercado*).

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

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

No presente caso, a eventual manifestação de *renda-acrécimo*, indiscutivelmente encampada pelo alcance do art. 43 do CTN, foi involuntariamente inserida e resta, ainda, latente e encapsulada no acervo patrimonial da entidade, sendo certo que Imposto sobre a Renda, dentro da sua delimitação constitucional, não pode ter como objeto o patrimônio, conforme a basilar regra contida no *caput* do art. 4º do mesmo *Codex*⁷ confirma.

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

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

Concordamos, assim, com a posição segundo a qual a operação de incorporação de ações não importa “alienação”, mas sub-rogação real, não havendo eu de falar em apuração de ganho de capital dela decorrente.

Aliás, tanto o titular das ações a serem objeto de incorporação “*nada faz, nada transmite, nada permuta*”, mas “*limita-se “passivamente” a receber da sociedade incorporadora ações substitutivas das originariamente detidas e que ocupam, no seu patrimônio, lugar equivalente ao das ações substituídas por um fenômeno de sub-rogação real*” que, ao abordar o tema, Alberto Xavier anotou que tal passividade já fez com que se tenha aludido a uma “**expropriação privada**”, reportando-se às obras GERALDO VIDIGAL/IVES GANDRA MARTINS (Org.), *Comentários à lei das sociedades por ações*, Rio de Janeiro, 1999, 815 ss. e MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à lei das Sociedades Anônimas*, vol. 4, tomo II, São Paulo 1998, 132 ss (XAVIER, Alberto. *Incorporação de Ações: Natureza Jurídica e Regime Tributário* In: MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo R. e SANTOS DE ARAGÃO (Orgs.), Leandro. **Sociedade Anônima - 30 Anos da Lei 6.404/76**. p. 133).

A inexistência do elemento volitivo – e, portanto, de “alienação” já foi apontada pela própria Procuradoria Federal que atua junto a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, em Parecer n /2014/GJU-2/PFE/PGF/AG⁸ (grifos nossos):

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

⁷ Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

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

II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.

⁸ disponível em <http://d1ao0r2iuz522v.cloudfront.net/9144ecba8918f22cf6babe9906f0cfe4.pdf>

(...)

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

19. Por todo o exposto, **não existe alienação das ações pelos acionistas da incorporada**, cujas manifestações de vontade estão dirigidas à celebração do negócio social. Embora a vontade individual seja relevante para a efetiva substituição dos títulos, não o é para a perfectibilidade do negócio. A substituição final é consequência legal e lógica da operação e condição imprescindível ao equilíbrio dos interesses contíguos.

De qualquer forma, mesmo que se possa falar em algum “acréscimo patrimonial” oriundo da operação de incorporação de ações, é relevante notar que este decorre, para o acionista pessoa jurídica, não da apuração de um ganho de capital, mas antes da obrigação de **avaliar participações societárias pelo método de equivalência patrimonial** (então prevista no artigo 248 da Lei 6.404/1976), sendo que, para tais resultados, a legislação expressamente estabelece a neutralidade tributária (arts. 225 e 389 do RIR/99).

Por fim, releva notar que, o acionista da sociedade incorporada, ao receber a participação na sociedade incorporadora, **avalia, pela primeira vez**, tal investimento, não havendo que se falar, assim, em apuração e resultado de “reavaliação” quanto à participação societária recebida por ocasião da incorporação e ações. Neste sentido, ALBERTO XAVIER há muito já observava não serem aplicáveis, à hipótese, as disposições dos artigos 438 e 440 do RIR/99 (op. Cit. p. 143):

O art. 438 reporta-se à hipótese de o contribuinte ser previamente titular de uma participação societária avaliada pelo valor de patrimônio líquido e subsequentemente proceder a uma reavaliação espontânea, enquanto na incorporação de ações a avaliação é anterior à própria aquisição da participação societária, tendo por finalidade precisamente fixar o seu custo de aquisição.

Trata-se, pois, de uma *primeira avaliação* e não de *reavaliação*.

O art. 440, por sua vez, ao referir-se à incorporação refere-se, exclusivamente, à *incorporação de sociedades* regulada no art. 227, uma vez que determina a constituição da reserva de reavaliação na *sociedade resultante da incorporação*.

Ora, na figura da incorporação de ações a sociedade incorporadora *não é resultante da incorporação*, pois não ocorre a incorporação do patrimônio líquido global de uma sociedade pré-existente (incorporada) por outra que o absorve (incorporadora).

Assim, por qualquer prisma que se olhe, a presente autuação não prospera.

Diante do voto acima, sugeri a seguinte ementa para o mérito do presente julgado:

GANHO DE CAPITAL. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. TROCA DE ATIVOS. OCORRÊNCIA INVOLUNTÁRIA E PASSIVA. VARIAÇÃO PATRIMONIAL. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DA RENDA. INOCORRÊNCIA.

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

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

Conclusão

Ante o exposto, oriento meu voto para conhecer do recurso especial e, no mérito, dar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

Voto Vencedor

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado – Redator Designado

Em que pese o bem fundamentado voto proferido pela d. relatora, a maioria do colegiado adotou posicionamento em sentido contrário ao por ela defendido para negar provimento ao recurso voluntário, cabendo-me a redação deste voto vencedor.

Preliminarmente, discutiu o colegiado acerca do conhecimento de documentos trazidos ao feito pela contribuinte, ora recorrente, por meio de petição protocolizada em 20 de dezembro de 2022 na qual descreve que, entre os anos de 2016 e 2019, a Recorrente teria alienado ações da Azul, apurando e recolhendo IRPJ e CSLL a título de ganho de capital sobre tais operações -- os DARFs anexados a tal petição detalham recolhimentos de IRPJ e CSLL efetuados em 2017 (31 de janeiro, 31 de maio e 31 de outubro) e em 29 de março de 2019, que deveriam ser conhecidas como fatos novos pelo colegiado que impactariam na apuração dos tributos exigidos na presente autuação.

A d. relatora se posicionou no sentido de conhecer parcialmente dos documentos, relacionados ao recolhimento alegadamente realizado em 2 de março de 2019, por considera-lo como fato superveniente tanto à apresentação do recurso voluntário e mesmo quanto ao recurso especial, datado de 20 de fevereiro de 2019.

Não obstante, o colegiado, em sua maioria, rejeitou o conhecimento da petição apresentada e dos respectivos documentos, por se tratar de matéria estranha à discussão dos autos, ainda que possa ter relação com a alienação das ações que foram objeto da incorporação e objeto da tributação ora discutida.

Ocorre que a via de conhecimento do recurso especial é bastante estreita, sendo imprescindível a configuração de divergência jurisprudencial e o prequestionamento da matéria em discussão para que o colegiado da Câmara Superior se manifeste, posto não se revestir da condição de terceira instância no processo administrativo fiscal.

Assim, não cabendo à CSRF se pronunciar sobre a alegação de fato novo que supostamente afetaria a divergência jurisprudencial objeto do recurso rejeita-se o conhecimento do pedido.

Mérito

No mérito a discussão cinge-se à definição quanto aos efeitos tributários da operação de incorporação de ações, na forma prevista no art. 252 da Lei das S/A.

Esta discussão tem sido recorrente no âmbito deste colegiado, que vem se posicionando no sentido de que a incorporação de ações é forma de alienação dos títulos sujeita à tributação de ganho de capital.

O relator traz como parte dos seus fundamentos de decidir, em sentido diverso ao da maioria do colegiado, citação do voto vencido no Acórdão nº 9101-006.007, proferido pelo colegiado em 08 de março de 2022, do qual tive a oportunidade de redigir o voto vencedor.

Com efeito, embora aquele processo trate de outra operação societária em face de outro contribuinte, a discussão de mérito nele travada se amolda perfeitamente à resolução do presente caso, de modo que adoto seus fundamentos como razão de decidir do presente, mediante a colação de excertos daquele voto⁹, *verbis*:

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹ Naquele voto também adotei os fundamentos externados no voto vencedor do Acórdão nº 9101-005.777.

fizeram no exercício de sua função social e não em vista de seus interesses individuais.

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

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

Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da 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 assembléia-geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem.

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

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

[..]

Exemplifica a **primeira corrente** Modesto Carvalhosa¹⁰, para quem, na incorporação de ações, ocorre uma alienação ficta de ações pelos acionistas da incorporada e uma aquisição ficta pela incorporadora. Feito

¹⁰ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei das sociedades anônimas. T. II. V. 4. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140-

isso, ocorre em verdade um aumento de capital da incorporadora mediante a dação de bens pelos antigos acionistas da incorporada: as próprias ações. Trata-se de uma aquisição na qual o pagamento se dá em bens, pelo que não se pode falar em mera substituição ou permuta. Nesse sentido, destaca Carvalhosa:

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

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

Em termos bastante semelhantes, entende Edmar Oliveira Andrade Filho¹¹, cuja doutrina nesse ponto é adotada na jurisprudência do CARF, que a incorporação de ações tem natureza jurídica de **alienação em sentido amplo**, nos seguintes termos:

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

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

A **segunda abordagem** pode ser ilustrada pelo entendimento de Luís Eduardo Schoueri e Luiz Carlos de Andrade Júnior¹². Os autores acompanham o entendimento de Modesto Carvalhosa, no sentido de que há realmente alienação e aquisição fictas e paralelas na incorporação de ações, que procedem mediante o aumento de capital da incorporadora subscrito pelas ações da incorporada. Entretanto, Schoueri e Andrade entendem que não se pode confundir o procedimento operacional com a natureza jurídica do instituto. Reconhecem, então, que a incorporação é negócio jurídico específico de Direito Societário. Os adeptos da segunda corrente concluem que **há uma efetiva alienação de ações subjacente à figura da incorporação de ações**¹³, assim como entende Edmar de Oliveira. Por essa razão, nesse instituto **há acréscimo patrimonial que enseja tributação da renda**.

Para essas duas correntes, pois, a incorporação de ações de fato importa em uma alienação. A questão pertinente para os adeptos das referidas correntes é saber se essa alienação ocorre a título de equivalência ou a título de acréscimo patrimonial para uma das partes. Nesse ponto, cumpre destacar que o elemento distintivo entre essas duas características não é o pagamento em pecúnia, mas sim a atribuição de um preço. A esse

¹¹ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Imposto de Renda das empresas. 6. ed. São Paulo: Atlas, p.484.

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

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

respeito, acentua Orlando Gomes¹⁴ que na mera troca não há preço, ao contrário do que ocorre com a compra e venda, sendo irrelevante que as coisas permutadas tenham valores desiguais. Na redação do atual Código Civil, também se pode chegar à mesma conclusão comparando a redação dos artigos 482¹⁵ e 533, inciso II¹⁶. O primeiro dispositivo elenca o preço como elemento essencial da compra e venda. O segundo comina sanção de anulabilidade à permuta de valores desiguais realizada entre ascendentes e descendentes. Diante disso, por uma interpretação em contrário deste preceito, fica claro que, em geral, o valor dos bens permutados é irrelevante e não afeta a validade do negócio. Daí concluir-se que o preço é o ponto distintivo entre permuta e compra e venda.

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

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

Eizirik vincula a avaliação das ações àquela prevista no art. 264 da Lei das S/A e conclui que se destina a duas finalidades: possibilitar a comparação com os parâmetros que servem de base para fixação das relações de troca na incorporação; servir como critério alternativo para o cálculo do valor do reembolso devido a eventuais acionistas dissidentes.¹⁷ É óbvio que essas finalidades detêm relevância na dinâmica da operação de incorporação de ações. Contudo, é evidente que **a avaliação tem influência essencial no deslinde da incorporação de ações**, o que por si só deixa claro não se tratar de mera permuta, **pois a valoração dos bens objetos da operação é relevante**.

O preço pode corresponder ao valor patrimonial das ações ou até apresentar alguma forma de ágio ou deságio, mas a avaliação claramente tem a finalidade de precificação. Uma vez que há precificação, a operação pode gerar ganho de capital em razão da diferença de valor dos ativos, conforme jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. E, nesse ponto, já se afasta a pretensão recursal de evitar a exação tributária sob o fundamento de que se aplica o regime jurídico da

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

¹⁵ Art. 482. A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço.

¹⁶ 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.

¹⁷ EIZIRIK, Nelson. Incorporação de ações: aspectos polêmicos. In: WARDE JR., Walfrido Jorge (org.). Fusão, cisão, incorporação e temas correlatos. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 91-92.

permuta, pois, ainda que se trate de troca de bens, **verificada a relevância do valor e determinado o acréscimo patrimonial havido em favor de uma das partes, deve incidir a tributação sobre a renda auferida.**

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

[...]

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

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

Com efeito, a recorrente sustenta que a incorporação de ações consiste em hipótese de sub-rogação real legal por meio da qual se opera a substituição de ações incorporadas, mantendo-se a mesma proporção e valor do investimento detido. anteriormente; e que recentemente, a CVM, ao analisar a questão da Incorporação de Ações exarou o Parecer solidificando o entendimento de que tal operação não caracteriza hipótese de alienação, e sim sub-rogação real legal, uma vez que não há acréscimo patrimonial para o acionista, já que se trata de mera substituição proporcional das ações da incorporada pelas da incorporadora.

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

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

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

originalmente detidas, que seriam sub-rogadas nas ações da incorporadora.

Além disso, como na sub-rogação real pressupõe-se a equivalência de valores entre os bens substituídos, conclui-se que a incorporação de ações não importa em acréscimo patrimonial para o acionista, inexistindo, pois, pressuposto fático-jurídico para a incidência do Imposto sobre a Renda. A referida posição é defendida por Nelson Eizirik¹⁸, já mencionado, Alberto Xavier e Ricardo Mariz de Oliveira.

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

a) Sub-rogação real

A sub-rogação real é conceito lógico-jurídico definido por Pontes de Miranda¹⁹ como a substituição jurídica de uma coisa por outra, mantida a relação jurídica base anterior. Segundo Santoro-Passarelli, *apud* Schoueri e Andrade Júnior, a origem da sub-rogação real remonta ao direito romano, a adágio segundo o qual “na universalidade jurídica coisa sucede o lugar do preço e o preço o lugar da coisa”²⁰. A origem da sub-rogação real já denota que é **espécie de substituição**, enquanto a sua relação com uma universalidade de bens demonstra que sua **ocorrência se associa à necessidade de preservar um direito ou relação jurídica (que determinou a existência da universalidade de bens)**. Essa espécie de ficção, por meio da qual um bem é tratado de acordo com o regime jurídico originariamente endereçado a outro, decorre da especial relevância do direito que determina o regime jurídico específico, que, por isso, merece ser preservado. O autor observa, ainda, que **a ficção da sub-rogação real é sempre relativa, restrita ao necessário a determinar a preservação da relação jurídica a que se destina**. Faz-se válido transcrever:

O doutrinador, então, conclui que a ficção da sub-rogação real somente tem lugar quando o bem estiver inserto numa situação jurídica particular, que permita, de maneira eficaz, que ele seja considerado, para os fins dessa relação jurídica, como se fosse outro. Em seu trabalho, Santoro-Passarelli identifica algumas poucas situações em que isso seria possível, a luz do ordenamento jurídico italiano do início do século XX, dentre as quais se inclui a circunstância de sobre um bem recair um direito real de garantia: a de um bem integrar o dote, e de um bem estar sujeito a diritto de godimento.²¹

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

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

¹⁹ *apud* EIZIRIK, *op cit*, p. 89

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

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

A respeito da sub-rogação, Pontes de Miranda²² assevera que pode ser pessoal quando se dá a mudança no sujeito da obrigação ou real quando há mudança no objeto sem que se modifique o bem na sua totalidade. O doutrinador elenca dois **pressupostos** para a ocorrência da sub-rogação real:

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

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

Na sub-rogação, dá-se a substituição jurídica de um bem a outro, de modo que o adveniente — seja de crédito, seja de indenização, seja imóvel ou móvel, que se substitui a bem da mesma ou de outra natureza — se submeta ao mesmo regime. Para que ela se dê, é preciso: a) que outro bem, — o novo ou adveniente, — entre no patrimônio, de onde um bem saiu; b) que exista patrimônio sujeito a regime próprio²³

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

A sub-rogação não depende da unidade de sujeito e da pluralidade de patrimônios, a) **Basta que haja bem submetido a destino especial, ou que se tenha de assegurar a restituição de massa de bens.** b) Fora disso, sim, é que é preciso o texto especial. Não há ficção: existe regramento jurídico, como qualquer outro; destinado a fim especial um bem, o seu valor é o que importa (a respeito, foi decisiva a contribuição de E. ‘Windmoller, 2 s., ao mostrar a generalização do conceito de preço pela noção de equivalente ou valor): porque **o destino jurídico concerne aos valores, e não aos objetos materiais**, tanto assim que o preço do altar vendido, caso-tipo de destinação do objeto material, não se sub-roga ao altar. **Ora, se concerne ao valor e com o valor se comprou o bem, nem o preço sucede no lugar da coisa, nem a nova coisa no lugar do preço: o valor toma outra forma, que é a do objeto novo.** As formas passam, sucedem; o valor subsiste.²⁴ (grifos acrescidos)

Como se observa da doutrina de Pontes de Miranda, há sub-rogação se o bem recebido em resposta tiver o objetivo de recompor o patrimônio anteriormente deslocado. Ao seguir do texto, nota-se, à evidência, que a recomposição leva em conta a identidade de valores do bem original e do sub-rogado. Visto que a finalidade do instituto é a preservação do patrimônio submetido a regime especial, o valor do bem

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

²³ 14 Ibidem, p. 345.

²⁴ 15 Ibidem, p. 346-347.

substituído ganha especial relevância, pois se busca garantir o patrimônio considerado em sua totalidade, e não determinado bem. Implica dizer que o bem novo – seja coisa, seja valor – tem a finalidade de recompor patrimônio.

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

[...]

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

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

Essa percepção é corroborada pelos próprios efeitos ou resultados da incorporação de ações, quais sejam: verifica-se que a substituição de ações da companhia “A” por ações da companhia “B” **acarreta alteração de relação jurídica**, pois os **títulos mobiliários se referem a sociedades diferentes, com valores patrimoniais diferentes e submetidos a Estatutos Sociais diversos**. Portanto, trata-se de relações societárias ordinárias, **que se sucedem** em virtude do exercício regular do direito à liberdade negocial. Nesse ponto, cumpre notar que o **trabalho de Nelson Eizirik não demonstra qual seria a identidade e a relação jurídica base subjacentes à suposta sub-rogação real na incorporação de ações**. Assim, já se verifica que **não há, na incorporação de ações, a teleologia específica de preservação de patrimônio/relações jurídicas que é inerente à sub-rogação real**.

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

Como já visto, sub-rogação real é conceito lógico-jurídico que designa a situação em que um novo bem de mesmo valor assume o regime jurídico específico do bem precedente, ou seja, a identidade de valores é pressuposto para ficção de que se trata do mesmo bem para

impor o mesmo regime. Identidade de valores e de regime são, pois, os dois **elementos essenciais** para que se caracterize a sub-rogação real. [...]

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

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

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

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

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

Também não há preservação da relação jurídica originária, nem tampouco dos valores patrimoniais, pois a partir da mudança da composição do direito ao que o acionista passa a deter em face da incorporação, ocorre também alteração de relação jurídica, uma vez que as ações se referem a sociedades diferentes, submetidas a Estatutos Sociais também distintos, e os valores individuais (de cada ação) e patrimoniais completamente diferentes.

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

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

Embora alguns fundamentos daquele opinativo convirjam com os argumentos da recorrente, não tem o condão de vincular a administração tributária e tampouco este órgão julgador administrativo, na medida em que aborda questão específica

relacionada àquela isenção; ou seja, trata de aplicação de uma norma específica, dentro do contexto normativo vigente à época.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(vii) em sessão de julgamento de 20.2.2013, a 2ª Câmara da 2ª Turma Ordinária deste E. CARF, nos autos do Processo Administrativo nº 10680.726772/2011-88, proferiu acórdão favorável ao contribuinte em processo administrativo que trata da não incidência de Imposto de Renda sobre o ganho de capital, na incorporação de ações, sob o entendimento de que, de fato, a operação de

incorporação de ações não consiste em evento de alienação apto a ensejar a apuração e ganho de capital sujeito à incidência do imposto de renda;

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

[...]

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

[...]

b) Expropriação

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

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

[...]

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

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

A deliberação em Assembleia Geral tem o condão de firmar poderes de representação à sociedade em favor de seus acionistas, conforme artigo 115 e seguintes do Código Civil. A representação, por sua vez, importa em ato de vontade do representado (acionista) em prol do representante (sociedade), permitindo a este firmar atos ou negócios jurídicos no interesse daquele. Dessa forma, **há manifestação da vontade dos acionistas que decidem positivamente pela realização da operação em dois sentidos: os**

sócios na Assembleia Geral aprovam a incorporação de ações, determinando-a, e, ao mesmo tempo, **conferem poderes de representação à sociedade empresária**. Percebam, Srs. Conselheiros, que **somente após receber tais poderes, a sociedade empresária, nos limites da representação conferida**, adotará as providências necessárias para consecução da operação, o que inclui alienar as ações e as incorporar ao capital de outra sociedade, manifestando, nessas ocasiões, vontade.

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

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

Ao pretender negar a existência da manifestação de vontade dos sócios quando atuam por meio da sociedade que os representa, a doutrina nesse sentido está a negar a própria eficácia da representação, em manifesta afronta ao art. 116 do Código Civil. Com efeito, não se nega a existência de uma operação de compra e venda, nem, tampouco, de seus efeitos fiscais, sob o argumento de que, porque ela foi realizada por intermédio de representantes, careceu de manifestação de vontade do(s) envolvido(s). Do mesmo modo, não se pode negar a existência da alienação na incorporação de ações porque os atos que compõem os negócios jurídicos foram realizados por meio de representante.

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

Destarte, dado que o art. 252 da Lei n. 6.404, 1976 traz hipótese de representação *ex lege* e que a manifestação do representante tem força para produzir efeitos em relação ao representado – nos termos do art. 116 do

Código Civil –, dúvida não resta de que há participação dos acionistas, por meio da sociedade, sua representante, nos atos que importam efetivação da incorporação de ações. Consequentemente, **fica afastada a pretensão de classificar a saída dos bens/ações do patrimônio dos acionistas como ato expropriatório.**

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

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

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

Da mesma forma, ao contrário do que defende a contribuinte, a suposta passividade dos acionistas no processo de incorporação de ações não pode ser interpretada como ausência de manifestação de vontade, mas constitui, isso sim, silêncio eloquente, que caracteriza anuência na forma do art. 111 do Código Civil: O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. Assim, pode-se afirmar que **não existe transferência de ações contrária à vontade dos sócios nas operações de incorporação de ações e, por consequente, não há como admitir a solução dada por Eizirik, que considera a incorporação de ações “expropriação”.**

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

Ante o exposto, fica superada a alegação de que na incorporação de ações há expropriação porque ausente manifestação de vontade dos

acionistas, dado que a vontade dos acionistas é diversas vezes manifestada:
(i) quando deliberam pela ocorrência da operação de incorporação de ações e
(ii) quando atuam por meio de seu representante legal e (iii) quando decidem
participar da operação, permanecendo na empresa.

[...]

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

Desta feita, resta caracterizada a disponibilidade econômica da renda no caso concreto. Observa-se que a substituição das ações, tendo sido esta avaliadas por valor superior ao registrado no ativo da empresa detentora, caracteriza, inarredavelmente, um acréscimo imediato e mensurável em seu patrimônio, restando, assim, configurado o ganho de capital tributável.

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

Acórdão nº 9101-002.735, de 04/04/2017

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL TRIBUTÁVEL.

No bojo da incorporação de ações ocorre alienação da totalidade de ações ou quotas da pessoa jurídica incorporada na subscrição do aumento de capital da pessoa jurídica incorporadora, não havendo que se falar em ausência de manifestação de vontade. Não é caso de sub-rogação real e nem de permuta. A diferença positiva entre a participação que passa a ser detida na incorporadora e a participação antes detida na incorporada constitui ganho de capital tributável. (Relatora Cons. Adriana Gomes Rego) ²⁵

Acórdão nº 9101-003.536, de 06/04/2018

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. TRIBUTAÇÃO O GANHO DE CAPITAL.

Os negócios jurídicos que se integram na incorporação de ações ocorrem em razão de manifesta deliberação dos sócios ou acionistas das sociedades envolvidas mediante assembleias, nos termos do artigo 252 da Lei nº 6.404/76; portanto, são os acionistas que determinam os valores pelas quais as operações serão realizadas (observadas as prescrições legais tendentes a proteger acionistas minoritários) de modo que se a operação de subscrição realizar-se por valor superior ao valor contábil, haverá apuração de ganho de capital tributável. (Redator designado Cons. Flávio Franco Correa) ²⁶

²⁵ Participaram do julgamento os conselheiros: Adriana Gomes Rêgo, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luís Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Carlos Alberto Freitas Barreto. Negado provimento ao recurso da contribuinte, por maioria, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra.

²⁶ Participaram do julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Adriana Gomes Rêgo (Presidente). Negado provimento ao recurso da contribuinte, por maioria de votos, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto (relator), Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra.

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

[...]

Pelos fundamentos acima externados, resta claro que a incorporação de ações, nos termos do art. 252 da Lei das S/A tem a natureza jurídica de alienação, mediante a qual o detentor das ações ou quotas entrega como forma de subscrição de bens e recebe ações ou quotas da sociedade que teve o seu capital aumentado e que passa a ser a única acionista da sociedade convertida em subsidiária integral.

Nesta operação, por determinação legal, é obrigatória a avaliação do valor das ações incorporadas e da incorporadora e esta será determinante para o recebimento do montante equivalente em ações da companhia incorporadora em substituição.

Uma vez que há precificação das ações, ocorrendo ganho de capital na operação deve incidir a tributação.

Afasta-se, assim, as alegações de ocorrência de mera permuta de bens ou sub-rogação real, pois esta pressupõe a equivalência de valores entre os bens substituídos, e a necessária preservação da relação jurídica ou regime jurídico do bem substituído (ações ou quotas), o que não ocorre neste caso.

Tampouco se sustenta a alegação de que ocorreria uma espécie de expropriação das ações do acionista, pois não haveria uma manifestação de vontade direta do acionista.

Como bem assentado no voto transcrito, no processo de efetivação da incorporação de ações, há manifestações de vontade a partir de dois polos e em momento distintos: primeiro, mediante a deliberação dos acionistas em assembleia geral a favor da incorporação das ações e, depois, determinando-a e conferindo poderes de representação à sociedade para efetivá-la em face da incorporadora.

Nem mesmo aos minoritário é dado falar em ausência de manifestação de vontade, pois, como visto, a lei lhe faculta o exercício do direito de retirada, renunciando aos efeitos da incorporação, inclusive seus benefícios.

O entendimento acima restou sintetizado na ementa do Acórdão nº 9101-006.007, *verbis*:

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

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

Por fim, cabe refutar a afirmação da d. relatora de que ainda que houvesse acréscimo patrimonial não seria possível reconhecer ganho de capital na operação tendo em vista

à aplicação do método de equivalência patrimonial previsto no art. 248 da Lei das S/A, cuja neutralidade tributária é reconhecida pelos artigos 225 e 389 do RIR/1999.

Com a devida vênia, a avaliação do valor das ações das companhias incorporada e incorporadora para fins de estabelecimento do valor de substituição das participações detidas pelos acionistas da primeira nada tem a ver e não se confunde com a obrigatoriedade das coligadas e controladas que fazer parte de um mesmo grupo econômico de avaliar estas participações pelo método da equivalência patrimonial em seus ativos.

Este dispositivo da Lei das S/A visa refletir no balanço da controladora ou coligada o valor patrimonial da empresa investida, nele considerados eventuais lucros (ou prejuízos) apurados pela empresa e ainda não distribuídos aos sócios e acionistas. Daí a disposição legal que estabelece a neutralidade tributária em face deste reconhecimento no balanço.

No caso da incorporação de ações, como visto o ganho (ou eventual perda) decorre da própria precificação do valor das ações substituídas e não está sujeita à variação patrimonial da empresa incorporadora posto que efetivamente realizado o ganho na data de sua substituição. O ganho eventualmente apurado na operação é da própria alienante das ações em face da valorização de sua participação no momento da substituição dos ativos e não se confunde com os lucros e ganhos da empresa incorporadora reconhecidos em seus balanços.

Por todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial da contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado