



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 15586.720086/2016-08  
**Recurso** Especial do Contribuinte  
**Acórdão nº** **9101-006.469 – CSRF / 1ª Turma**  
**Sessão de** 3 de fevereiro de 2023  
**Recorrente** RIO NOVO LOCAÇÕES LTDA.  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2012

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. MATÉRIA NÃO ADMITIDA POR DESPACHO DE PRESIDENTE DE CÂMARA OU DA CSRF.

As Turmas da CSRF apenas têm competência para se pronunciar acerca de matéria que tenha sido admitida em despacho fundamentado, seja por Presidente de Turma ou, após agravo, por Presidente da CSRF. O fato de a mesma matéria ter sido preliminarmente admitida por despachos proferidos em processos similares em trâmite em outros autos não tem o condão de fazer com que a matéria possa ser conhecida pela Turma quando, nestes autos, o despacho de admissibilidade não lhe deu seguimento.

RECURSO ESPECIAL. FATOS SUPERVENIENTES AO LANÇAMENTO. ANÁLISE 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.

**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 Alexandre Evaristo Pinto (relator) e Livia De Carli Germano que votaram por conhecer dos documentos referentes a pagamentos realizados após interposição de Recurso Voluntário. No mérito, por maioria de votos, na parte conhecida, acordam em negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Alexandre Evaristo Pinto (relator) e Livia De Carli Germano que votaram por dar-lhe provimento. 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)

Alexandre Evaristo Pinto - Relator.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado – Redator designado.

Participaram da sessão de 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 Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

## Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela contribuinte acima identificada contra o Acórdão no 1301-003.346, de 18/09/2018, por meio do qual a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF decidiu, entre outras questões, manter lançamento de IRPJ e CSLL por ganho de capital auferido em evento de incorporação de ações.

O acórdão recorrido restou assim ementado:

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

*Ano-calendário: 2012*

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

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

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

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

*JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA SOBRE MULTA. CABIMENTO.*

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

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

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

*Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.*

*Acordam os membros do Colegiado, em: (i) por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício; (ii) por maioria de votos, em primeira votação, negar provimento ao recurso voluntário do contribuinte quanto à existência de matéria tributável na operação, vencida a Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto que votou por lhe dar provimento, tendo o Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto, neste ponto, acompanhado o voto do relator por suas conclusões; (iii) por unanimidade de votos, em segunda votação, negar provimento*

*ao recurso do contribuinte no que diz respeito à base de cálculo do lançamento; e (iv) por unanimidade de votos, dar provimento aos recursos voluntários dos coobrigados para excluí-los do polo passivo da obrigação tributária. Apresentaram declaração de voto os Conselheiros José Eduardo Dornelas Souza e Carlos Augusto Daniel Neto.*

Em 28/01/2019, a contribuinte teve ciência do acórdão acima referido, e em 12/02/2019, ela interpôs tempestivamente o recurso especial cuja admissibilidade está sendo agora examinada.

No recurso especial, a contribuinte alega que houve divergência de interpretação da legislação tributária quanto aos seguintes temas: 1- AVJ na vigência do RTT – neutralidade tributária e erro na formação da base de cálculo do auto de infração; e 2- Ganho de capital na operação de incorporação de ações.

O r. despacho de admissibilidade deu parcial seguimento ao Recurso Especial, apenas em relação à 2ª **Divergência**: Ganho de capital na operação de incorporação de ações.

Apresentado o competente agravo, ele foi rejeitado pela Presidência, restando delimitada a matéria do especial à segunda divergência.

No mérito, sustenta que a operação de incorporação de ações tem por objeto, única e exclusivamente, transformar uma determinada sociedade empresária em subsidiária integral de outra sociedade. O mecanismo de incorporação de ações é de mera substituição de papéis representativos do mesmo investimento.

Enquanto na incorporação societária de empresas a incorporada deixa de existir e é sucedida universalmente pela incorporadora, na incorporação de ações a sociedade cujas ações são incorporadas continua a existir e passa à condição de subsidiária da incorporadora. Por se tratar de uma operação equivalente a uma permuta que não envolve transferência de recursos, não há que se falar em apuração de ganho de capital ou renda.

Também não há que se falar na ocorrência de realização do ganho no ato de incorporação das ações. Com efeito, o ganho de capital efetivo somente seria apurado quando e se a Recorrente efetivamente dispusesse da renda decorrente da alienação das ações.

Intimada, a PGFN apresenta contrarrazões em que sustenta que a incorporação de ações é prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76, e trata-se de operação na qual a sociedade incorporadora adquire as ações de outra empresa, **que continua a existir**, porém passando à condição de subsidiária integral daquela, **sendo essa a diferença entre tal operação e a incorporação de empresas**, na qual a incorporada é extinta. A incorporação de ações é uma alienação em sentido amplo.

A operação provoca uma **transferência de propriedade**, pois os sócios deixam de ser acionistas da empresa convertida em subsidiária integral e passam a possuir ações da empresa cujo capital foi aumentado. E existe o **elemento volitivo**, pois os acionistas aceitam entregar as suas ações para subscrição de capital na sociedade incorporadora. Lembrando que, no direito societário, vigora o **princípio majoritário**, em que as propostas são levadas à Assembleia e, se aprovadas pela maioria, são implementadas. Ao sócio minoritário que não concordar com a incorporação de ações, fica ressalvado o seu direito de retirada. Não se pode olvidar que o ato volitivo dos minoritários pôde inclusive ser aferido ante sua postura passiva, de não utilização do seu direito de retirada quando da alienação das ações.

A incorporação de ações não pode ser equiparada a uma sub-rogação real. A sub-rogação real caracteriza-se pela substituição do objeto, da coisa devida, onde **a segunda fica no lugar da primeira com os mesmos ônus e atributos**. E, na incorporação de ações **não se mantém a relação originária**, apenas alterando um bem por outro. Ora, os direitos dos acionistas da empresa que passou a ser subsidiária integral são distintos daqueles decorrentes das ações da sociedade incorporadora. Na incorporação de ações não ocorre uma mera substituição de um bem no patrimônio do acionista, com os mesmos ônus, direitos e atributos, pois **não** são mantidas as mesmas condições da obrigação primitiva.

Observe-se que a teor do disposto no artigo 252 da Lei das S/A, haverá a **subscrição**, pela companhia incorporada, representante de seus acionistas, de aumento de capital deliberado pela companhia incorporadora. A subscrição consiste no ato em que o acionista concorda com o **preço de emissão** e se compromete a **dar valor em dinheiro** para integralização do capital.

Conclui-se, portanto, que o negócio de subscrição importa em obrigação pecuniária, não uma obrigação de troca. O negócio jurídico de subscrição cria uma obrigação de integralizar o capital social. O ato de integralização, por força de lei, pode se dar em bens. É a mesma lógica de se dizer que o tributo é uma prestação pecuniária que pode ser extinta por dação em pagamento.

No caso da pessoa jurídica, a tributação do ganho de capital tem base legal no artigo 31 do Decreto-lei no 1.598/77 (atualmente com a redação da Medida Provisória no 627/2013), segundo o qual serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, **os resultados na alienação**, inclusive por desapropriação, na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente.

Defendem, por fim, que a incorporação de ações é uma espécie de alienação, nos termos do art. 3º, § 3º, da Lei nº 7.713, de 1988, sendo a transmissão da propriedade dos ativos onerosa e avaliada em dinheiro. Assim, **havendo diferença positiva entre o valor da transmissão e o respectivo custo de aquisição, essa deve ser tributada como ganho de capital**, independentemente da existência de fluxo financeiro.

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 DARFs anexados a tal petição detalham recolhimentos de IRPJ e CSLL efetuados em 31 de janeiro de 2017, 31 de julho de 2017, 23 de agosto 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:

Adicionalmente, a Recorrente informa que no Processo nº 15586-720.036/2016-12, conexo ao presente, da sociedade Trip Participações S/A, restou proferido juízo de admissibilidade total do recurso especial idêntico ao presente e em face dessa situação 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.

Isto posto, em atenção à eventualidade, verdade material, cooperação, celeridade e segurança jurídica, na hipótese de se concluir pela manutenção dos autos de infração após a análise de seu Recurso Especial, o presente feito há que ser convertido em diligência fiscal, com o fim de (i) se atestar tais recolhimentos e (ii) apurar os impactos de tais recolhimentos na determinação do montante da obrigação tributária, notadamente, por intermédio da redução proporcional dos montantes exigidos nos autos de infração.

É o relatório.

## Voto Vencido

Conselheiro ALEXANDRE EVARISTO PINTO, Relator.

### Preliminar

Em 20 de dezembro de 2022, o contribuinte apresentou petição requerendo a análise de questões que, no seu entendimento, seriam prejudiciais ao presente feito.

Além das alegações que foram admitidas em sede de despacho, há alegações relativas às vendas das ações ocorridas após a autuação fiscal.

Nos termos do Anexo II do RICARF, a competência da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) está limitada ao julgamento de recursos especiais que versem sobre divergência na interpretação da legislação tributária.

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 em tela, a questão alegada pela Recorrente 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 janeiro de 2017, 31 de julho de 2017, 23 de agosto de 2017 e 31 de outubro de 2017, 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.

Ainda que tenha entendido por conhecer os documentos apresentados, a turma decidiu, por maioria de votos, por não conhecer dos documentos.

*Recurso especial do Contribuinte - Admissibilidade*

Tempestivo o Recurso Especial.

Assim dispõe o RICARF no art. 67 de seu Anexo II acerca do Recurso Especial de divergência:

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. (Redação dada pela Portaria MF n.º 39, de 2016)

§ 2º Para efeito da aplicação do **caput**, entende-se que todas as Turmas e Câmaras dos Conselhos de Contribuintes ou do CARF são distintas das Turmas e Câmaras instituídas a partir do presente Regimento Interno.

§ 3º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que adote entendimento de súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da CSRF ou do CARF, ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso.

§ 4º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que, na apreciação de matéria preliminar, decida pela anulação da decisão de 1ª (primeira) instância por vício na própria decisão, nos termos da Lei n.º 9.784 de 29 de janeiro de 1999.

§ 5º O recurso especial interposto pelo contribuinte somente terá seguimento quanto à matéria prequestionada, cabendo sua demonstração, com precisa indicação, nas peças processuais.

§ 6º Na hipótese de que trata o caput, o recurso deverá demonstrar a divergência arguida indicando até 2 (duas) decisões divergentes por matéria.

§ 7º Na hipótese de apresentação de mais de 2 (dois) paradigmas, serão considerados apenas os 2 (dois) primeiros indicados, descartando-se os demais.

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

§ 9º O recurso deverá ser instruído com a cópia do inteiro teor dos acórdãos indicados como paradigmas ou com cópia da publicação em

que tenha sido divulgado ou, ainda, com a apresentação de cópia de publicação de até 2 (duas) ementas.

§ 10. Quando a cópia do inteiro teor do acórdão ou da ementa for extraída da Internet deve ser impressa diretamente do sítio do CARF ou do Diário Oficial da União.

§ 11. As ementas referidas no § 9º poderão, alternativamente, ser reproduzidas, na sua integralidade, no corpo do recurso, admitindo-se ainda a reprodução parcial da ementa desde que o trecho omitido não altere a interpretação ou o alcance do trecho reproduzido. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

§ 12. Não servirá como paradigma acórdão proferido pelas turmas extraordinárias de julgamento de que trata o art. 23-A, ou que, na data da análise da admissibilidade do recurso especial, contrariar: (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

I - Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

II - decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543- C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil; e (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

III - Súmula ou Resolução do Pleno do CARF, e

IV - decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal que declare inconstitucional tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

§ 13. As alegações e documentos apresentados depois do prazo fixado no caput do art. 68 com vistas a complementar o recurso especial de divergência não serão considerados para fins de verificação de sua admissibilidade.

§ 14. É cabível recurso especial de divergência, previsto no caput, contra decisão que der ou negar provimento a recurso de ofício.

§ 15. Não servirá como paradigma o acórdão que, na data da interposição do recurso, tenha sido reformado na matéria que aproveitaria ao recorrente. (Incluído pela Portaria MF nº 39, de 2016)

[...]

Como já restou assentado pelo Pleno da CSRF<sup>1</sup>, “*a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles*”.

E de acordo com as palavras do Ministro Dias Toffoli<sup>2</sup>, “*a similitude fática entre os acórdãos paradigma e paragonado é essencial, posto que, incorrente, estar-se-ia a*

<sup>1</sup> CSRF. Pleno. Acórdão n. 9900-00.149. Sessão de 08/12/2009.

<sup>2</sup> EMB. DIV. NOS BEM. DECL. NO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 915.341/DF. Sessão de 04/05/2018.

*pretender a uniformização de situações fático-jurídicas distintas, finalidade à qual, obviamente, não se presta esta modalidade recursal”.*

Trazendo essas considerações para a prática, forçoso concluir que a *divergência jurisprudencial* não se estabelece em matéria de prova, e sim em face da aplicação do Direito, mais precisamente quando os Julgadores possam, a partir do cotejo das decisões (recorrido x paradigma(s)), criar a convicção de que a interpretação dada pelo Colegiado que julgou o *paradigma* de fato reformaria o acórdão recorrido.

Neste aspecto, o despacho de admissibilidade com clareza delimita a divergência observada:

## SEGUNDA DIVERGÊNCIA

Por meio da segunda divergência, o que se questiona é se a incorporação de ações prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76 pode ou não ensejar ganho de capital tributável, no âmbito do art. 43 do CTN.

Nesse caso, entendo que a conclusão dos acórdãos cotejados realmente foi divergente sobre essa matéria, porque ambos abordaram a questão a partir da análise dos mesmos elementos (alienação, permuta, mera substituição de ações, etc.)

O fato de o acórdão recorrido tratar de tributação de ganho de capital de pessoa jurídica e o acórdão paradigma tratar desse mesmo tipo de tributação para pessoa física não compromete a caracterização da divergência jurisprudencial, porque a questão principal que está em debate é se a incorporação de ações prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76 pode ou não ensejar ganho de capital tributável, no âmbito do art. 43 do CTN, seja para pessoa física, seja para pessoa jurídica.

Nesse sentido, vale transcrever o seguinte trecho do voto que orientou o acórdão recorrido:

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

Diante de questões semelhantes, as decisões cotejadas chegaram a conclusões diferentes. O acórdão recorrido concluiu que é tributável a operação de incorporação de ações, porque ela configuraria uma espécie de alienação. O acórdão paradigma, por sua vez, concluiu pela intributabilidade da operação de incorporação de ações, pois a natureza da operação não resulta em ganho de capital aos envolvidos, não se caracterizando como hipótese de alienação

De acordo com o acórdão paradigma, "não se tem transferência, por ato de alienação, [...]. Ocorre apenas uma subrogação, no patrimônio do acionista, das ações de uma empresa pelas de outra, e isso por força de lei".

A segunda divergência, portanto, está caracterizada.

Ademais, como aponta a recorrente, a CSRF já admitiu anteriormente recurso especial fundado no acórdão paradigma aqui indicado, o que se deu nos autos do Processo n.º 10880.720212/2013-25, resultante no Acórdão n.º 9101-002.735.

No que diz respeito à outra matéria alegada no recurso especial, entendo que não está na alçada de competência da CSRF reanalisar uma matéria que não tenha sido admitida pelo Presidente de Câmara, em decisão confirmada por Presidente da CSRF após agravo,.

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).

Cumpre notar que o fato de uma mesma matéria ter sido preliminarmente admitida em processos similares em trâmite não produz consequências em outros autos.

Ante o exposto, o recurso especial da Recorrente deve ser conhecido, nos termos delimitados pelo despacho de admissibilidade, com fundamento nas razões do Presidente de Câmara, aqui adotadas na forma do art. 50, §1º, da Lei n.º 9.784, de 1999.

#### Recurso Especial do Contribuinte - Mérito

No mérito, entendo assistir razão à Recorrente.

A incorporação de ações é instituto jurídico regulado no artigo 252 da Lei n. 6.404/76, que assim a define:

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)

Assim, o artigo 252 da Lei n. 6.404/76 define a incorporação de ações como a 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.

A incorporação de ações é distinta da 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 incorporadora (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 254A. In: PENTEADO, Mauro Rodrigues. Mercado de Capitais Brasileiro II: Doutrina, Cases & Materials. São Paulo: Quartier Latin: 2014. pp. 398402).

A natureza jurídica da incorporação de ações foi tema de diversas discussões. Luís Eduardo Schoueri e Luís Carlos de Andrade Junior sintetizam muito bem as principais correntes no tocante à natureza jurídica da incorporação de ações. Para a primeira corrente, a incorporação de ações é um negócio jurídico que implica efetiva alienação de ações detidas pelos sócios da sociedade incorporada. Por sua vez, para a segunda corrente a incorporação de ações seria mera sub-rogação real, em que não há alienação, mas simples substituição de ações (SCHOUERI, Luís Eduardo, ANDRADE JR., Luiz Carlos de. Incorporação de Ações: Natureza Societária e Efeitos Tributários. Revista Dialética de Direito Tributário. Vol. 200. São Paulo: Dialética, maio de 2012.).

Como representante dessa primeira corrente, Modesto Carvalhosa afirma que há a alienação das ações da sociedade “incorporada” que são conferidas a valor de mercado ao capital da sociedade “incorporadora” (CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas Volume 4. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 2003). Por sua vez, a segunda corrente é defendida por autores como Alberto Xavier (XAVIER, Alberto. Incorporação de ações: natureza jurídica e regime tributário. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. Sociedade Anônima: 30 anos da lei 6.404/76. São Paulo: Quartier Latin, 2007), Ricardo Mariz de Oliveira (OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Incorporação de. Ações no Direito Tributário: Conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos. São Paulo: Quartier Latin, 2014.) e Nelson Eizirik (EIZIRIK, Nelson. Incorporação de ações: Aspectos Polêmicos. In: WARDE JR., Walfrido Jorge. Fusão, Cisão, Incorporação e Temas correlatos. São Paulo: Quartier Latin, 2009).

Ainda que muito se possa discutir acerca da natureza jurídica da incorporação de ações, ressalte-se que, sob a perspectiva dos acionistas da sociedade incorporada, a operação de incorporação de ações consiste em um aumento de capital na sociedade incorporadora mediante integralização das ações da sociedade incorporada. Evandro Pontes afirma que na incorporação de ações, há uma troca, uma substituição decorrente da absorção compulsória das ações em circulação emitidas pela companhia incorporada (PONTES, Evandro Fernandes de. Incorporação de Ações no Direito Brasileiro. São Paulo: Almedina, 2016. pp. 179-181).

No que tange à questão da tributação em uma operação de incorporação de ações, destaco que já tive oportunidade de manifestar em caso envolvendo pessoa física no Acórdão 2301-005.847, em que fui vencido. Todavia, a discussão na pessoa física fica a meu ver facilitada, uma vez que ela é tributada pelo regime de caixa nos termos do artigo 2º da Lei n. 7.713/88.

Feita essa fundamental ponderação, cabe analisar se a incorporação de ações configura ou não hipótese de alienação de ações e sobretudo se há aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda em tal operação.

Em julgamento de 11 de agosto de 2021, no acórdão n. 9101-005.691, a i. Conselheira Livia de Carli Germano apresentou as seguintes razões:

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 troca de dinheiro, que o momento da incidência seria diferido no tempo.

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

Art. 136. É necessária a aprovação de acionistas que representem meta de, no mínimo, das ações com direito a voto, se maior quórum 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.

De fato, é importante ter em mente que no presente caso a incorporação de ações ocorreu no ano de 2012, isto é, tais fatos aconteceram durante a vigência do Pronunciamento Contábil n. 30 – Receitas do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (atualmente revogado), que dispunha:

*12. Quando os bens ou serviços forem objeto de troca ou de permuta, por bens ou serviços que sejam de natureza e valor similares, a troca não é vista como uma transação que gera receita. Exemplificam tais casos as transações envolvendo commodities como petróleo ou leite em que os fornecedores trocam ou realizam permuta de estoques em vários locais para satisfazer a procura, em base tempestiva e em local específico. Por outro lado, quando os bens são vendidos ou os serviços são prestados em troca de bens ou serviços não similares, tais trocas são vistas como transações que geram receita. Nesses casos, a receita deve ser mensurada pelo valor justo dos bens ou serviços recebidos, ajustados pela quantia transferida em caixa ou equivalentes de caixa. Quando o valor justo dos bens ou serviços recebidos não pode ser mensurado com confiabilidade, a receita deve ser mensurada utilizando-se como parâmetro o valor justo dos bens ou serviços entregues, ajustado pelo valor transferido em caixa ou equivalentes de caixa.*

Dessa forma, a troca de bens não similares (tais quais participações societárias) ensejaria o reconhecimento contábil de receitas.

Ainda que possa ser alegado que a Recorrente é uma pequena ou média empresa para fins de aplicação do Pronunciamento Contábil CPC PME (cujo conceito de pequena ou média empresa é totalmente distinto de pequena empresa ou empresa de pequeno porte trazido pela legislação do Simples Nacional), há dispositivo normativo idêntico prevendo o reconhecimento de receita na troca por produtos ou serviços não similares em transação que tem substância comercial, conforme abaixo:

*23.6 A entidade não deve reconhecer receita:*

*(a) quando produtos ou serviços são trocados por produtos ou serviços que são de natureza e valor similar; ou*

*(b) quando produtos e serviços são trocados por produtos ou serviços não similares mas a transação não tem substância comercial.*

*23.7 A entidade deve reconhecer receita quando os produtos são vendidos ou serviços são trocados por produtos ou serviços não*

*similares em transação que tem substância comercial. Nesse caso, a empresa deve mensurar a transação pelo:*

*(a) valor justo dos produtos e serviços recebidos ajustados pelo valor de qualquer caixa ou equivalente transferido;*

*(b) se o valor (a) não pode ser mensurado de forma confiável, então pelo valor justo dos produtos ou serviços fornecidos, ajustados por qualquer valor de caixa ou equivalentes transferidos; ou*

*(c) se o valor justo tanto dos ativos recebidos quanto dos ativos fornecidos não pode ser avaliado de forma confiável, então a mensuração é pelo valor contábil do ativo fornecido, ajustado pelo valor de qualquer caixa ou equivalente de caixa transferido.*

Dessa forma, em teoria de acordo com as normas contábeis vigentes à época, deveria haver o reconhecimento de receita em uma operação de incorporação de ações.

Feito esse esclarecimento sob a ótica contábil, vale verificar os efeitos tributários aplicáveis.

Sob a ótica tributária, vale notar que não necessariamente o que está registrado na contabilidade é tributável.

Nessa linha, entre 2008 e 2014, vigorou a neutralidade da “nova contabilidade” de acordo com o Regime Tributário de Transição (RTT) e com a edição da Lei n. 12.973/14, vários critérios contábeis foram objeto de disposições específicas de ajustes no LALUR.

Como no caso concreto o ano em discussão é 2012, é caso de plena aplicação do RTT, ou seja, as alterações contábeis deveriam ser neutralizadas para fins de tributação do IRPJ e CSLL.

Vale ressaltar que inexistia norma contábil dispondo sobre o reconhecimento contábil de uma receita em uma operação de troca ou permuta antes da edição do CPC 30 e do CPC PME.

Como decorrência de tal raciocínio, havendo o reconhecimento contábil de uma receita em virtude de uma incorporação de ações, este seria neutro para fins fiscais.

Em outras palavras, a eventual receita decorrente de uma incorporação de ações não seria tributável para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Por todo o exposto, CONHEÇO do Recurso Especial para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto – Relator

## Voto Vencedor

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado – Redator Designado

Em que pese o bem fundamentado voto proferido pelo d. relator a maioria do colegiado adotou posicionamento em sentido contrário ao por ele 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.

O d. relator se posicionou no sentido de conhecer dos documentos, mesmo reconhecendo que os mesmos já poderiam ter sido apresentados ao menos antes do julgamento do recurso voluntário, ocorrido em 18 de setembro de 2018.

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 n.º 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 voto<sup>3</sup>, *verbis*:

[...]

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

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

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

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

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

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

Por bem retratar as mesmas discussões de fatos e abordar os mesmos fundamentos de direito, peço 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 fizeram no exercício de sua função social e não em vista de seus interesses individuais.

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

---

<sup>3</sup> Naquele voto também adotei os fundamentos externados no voto vencedor do Acórdão n.º 9101-005.777.

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

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

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

§ 2º A assembleia-geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação pelo voto de metade, no mínimo, das ações com direito a voto, e se a aprovar, autorizará a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas; os dissidentes da deliberação terão direito de retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei n.º 9.457, de 1997)

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

§ 4º A Comissão de Valores Mobiliários estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de incorporação de ações que envolvam companhia aberta. (Redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009)

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

[..]

Exemplifica a **primeira corrente** Modesto Carvalhosa<sup>4</sup>, para quem, na incorporação de ações, ocorre uma alienação ficta de ações pelos acionistas da incorporada e uma aquisição ficta pela incorporadora. Feito isso, ocorre em verdade um aumento de capital da incorporadora mediante a dação de bens pelos antigos acionistas da incorporada: as próprias ações. Trata-se de uma aquisição na qual o pagamento se dá em bens, pelo que não se pode falar em mera substituição ou permuta. Nesse sentido, destaca Carvalhosa:

Trata-se o negócio de incorporação de ações, ao mesmo tempo de uma **incorporação e de uma alienação fictas**. No primeiro caso, porque não se incorpora uma sociedade em outra, na medida em que a incorporada subsiste como pessoa jurídica, ou seja, como sociedade mercantil de direito privado, revestindo o tipo companhia. No segundo caso, porque o controlador da sociedade incorporada aliena não apenas suas ações à

---

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

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 Filho<sup>5</sup>, cuja doutrina nesse ponto é adotada na jurisprudência do CARF, que a incorporação de ações tem natureza jurídica de **alienação em sentido amplo**, nos seguintes termos:

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

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

A **segunda abordagem** pode ser ilustrada pelo entendimento de Luís Eduardo Schoueri e Luiz Carlos de Andrade Júnior<sup>6</sup>. Os autores acompanham o entendimento de Modesto Carvalhosa, no sentido de que há realmente alienação e aquisição fictas e paralelas na incorporação de ações, que procedem mediante o aumento de capital da incorporadora subscrito pelas ações da incorporada. Entretanto, Schoueri e Andrade entendem que não se pode confundir o procedimento operacional com a natureza jurídica do instituto. Reconhecem, então, que a incorporação é negócio jurídico específico de Direito Societário. Os adeptos da segunda corrente concluem que **há uma efetiva alienação de ações subjacente à figura da incorporação de ações**<sup>7</sup>, assim como entende Edmar de Oliveira. Por essa razão, nesse instituto **há acréscimo patrimonial que enseja tributação da renda.**

Para essas duas correntes, pois, a incorporação de ações de fato importa em uma alienação. A questão pertinente para os adeptos das referidas correntes é saber se essa alienação ocorre a título de equivalência ou a título de acréscimo patrimonial para uma das partes. Nesse ponto, cumpre destacar que o elemento distintivo entre essas duas características não é o pagamento em pecúnia, mas sim a atribuição de um preço. A esse respeito, acentua Orlando Gomes<sup>8</sup> que na mera troca não há preço, ao contrário do que ocorre com a compra e venda, sendo irrelevante que as coisas permutadas tenham valores desiguais. Na redação do atual Código Civil, também se pode chegar à mesma conclusão comparando a redação dos artigos 482<sup>9</sup> e 533, inciso II<sup>10</sup>. O primeiro dispositivo elenca o preço como elemento essencial da compra e venda. O segundo comina sanção de anulabilidade à permuta de valores desiguais realizada entre

<sup>5</sup> ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Imposto de Renda das empresas. 6. ed. São Paulo: Atlas, p.484.

<sup>6</sup> 3 ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. SCHOUERI, Luís Eduardo. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. In: Revista Dialética de Direito Tributário. n. 200, mai. 2012, p. 44-72.

<sup>7</sup> 4 ANDRADE JR e SCHOEURI, ob cit, p. 58.

<sup>8</sup> 5 GOMES, Orlando. Contratos. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 268.

<sup>9</sup> Art. 482. A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço.

<sup>10</sup> Art. 533. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações:

[...]

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

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.<sup>11</sup> É óbvio que essas finalidades detêm relevância na dinâmica da operação de incorporação de ações. Contudo, é evidente que **a avaliação tem influência essencial no deslinde da incorporação de ações**, o que por si só deixa claro não se tratar de mera permuta, **pois a valoração dos bens objetos da operação é relevante**.

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

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

[...]

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

<sup>11</sup> EIZIRIK, Nelson. Incorporação de ações: aspectos polêmicos. In: WARDE JR., Walfrido Jorge (org.). Fusão, cisão, incorporação e temas correlatos. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 91-92.

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 Eizirik<sup>12</sup>, já mencionado, Alberto Xavier e Ricardo Mariz de Oliveira.

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

#### **a) Sub-rogação real**

A sub-rogação real é conceito lógico-jurídico definido por Pontes de Miranda<sup>13</sup> como a substituição jurídica de uma coisa por outra, mantida a relação jurídica base anterior. Segundo Santoro-Passarelli, *apud*

<sup>12</sup> 9 EIZIRIK, Nelson. Incorporação de ações: aspectos polêmicos. In: WARDE JR., Walfrido Jorge (org.). Fusão, cisão, incorporação e temas correlatos. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 78-98.

<sup>13</sup> *apud* EIZIRIK, op cit, p. 89

Schoueri e Andrade Júnior, a origem da sub-rogação real remonta ao direito romano, a adágio segundo o qual “na universalidade jurídica coisa sucede o lugar do preço e o preço o lugar da coisa”<sup>14</sup>. 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.<sup>15</sup>

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

A respeito da sub-rogação, Pontes de Miranda<sup>16</sup> assevera que pode ser pessoal quando se dá a mudança no sujeito da obrigação ou real quando há mudança no objeto sem que se modifique o bem na sua totalidade. O doutrinador elenca dois **pressupostos** para a ocorrência da sub-rogação real:

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

A respeito da sub-rogação, Pontes de Miranda<sup>13</sup> assevera que pode ser pessoal quando se dá a mudança no sujeito da obrigação ou real quando há mudança no objeto sem que se modifique o bem na sua totalidade. O doutrinador elenca dois **pressupostos** para a ocorrência da sub-rogação real:

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

<sup>14</sup> 11 ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. SCHOUERI, Luís Eduardo. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. In: Revista Dialética de Direito Tributário. n. 200, mai. 2012, p. 44-72.

<sup>15</sup> 12 ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. SCHOUERI, Luís Eduardo. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. In: Revista Dialética de Direito Tributário. n. 200, mai. 2012, p. 50-51.

<sup>16</sup> 13 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo 2. São Paulo: BookSeller, 2010, p. 333.

patrimônio, de onde um bem saiu; b) que exista patrimônio sujeito a regime próprio<sup>17</sup>

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

A sub-rogação não depende da unidade de sujeito e da pluralidade de patrimônios, a) **Basta que haja bem submetido a destino especial, ou que se tenha de assegurar a restituição de massa de bens.** b) Fora disso, sim, é que é preciso o texto especial. Não há ficção: existe regramento jurídico, como qualquer outro; destinado a fim especial um bem, o seu valor é o que importa (a respeito, foi decisiva a contribuição de E. ‘Windmoller, 2 s., ao mostrar a generalização do conceito de preço pela noção de equivalente ou valor): porque **o destino jurídico concerne aos valores, e não aos objetos materiais**, tanto assim que o preço do altar vendido, caso-tipo de destinação do objeto material, não se sub-roga ao altar. **Ora, se concerne ao valor e com o valor se comprou o bem, nem o preço sucede no lugar da coisa, nem a nova coisa no lugar do preço: o valor toma outra forma, que é a do objeto novo.** As formas passam, sucedem; o valor subsiste.<sup>18</sup> (grifos acrescentados)

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

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

[...]

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

De plano, observa-se que o art. 252 da Lei de Sociedade por Ações não objetiva preservar um determinado regime jurídico ou relação jurídica, impondo-o a outros bens – tanto é assim que a Lei das SA não faz qualquer menção à manutenção da relação jurídica anterior. Nesse ponto, convém lembrar que situação diversa ocorre no art. 1.659 do Código Civil, que expressamente, determina que os bens sub-rogados nos havidos

---

<sup>17</sup> 14 Ibidem, p. 345.

<sup>18</sup> 15 Ibidem, p. 346-347.

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 subrogação real legal por meio da qual se operou a substituição das ações HFF de titularidade da Recorrente por ações da BRF, mantendo-se a mesma proporção e valor do investimento anteriormente detido;

(iv) na incorporação de ações, a participação na sociedade incorporadora é um reflexo daquela mesma participação

anteriormente detida na sociedade que foi objeto da conversão em subsidiária integral;

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

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

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

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

[...]

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

[...]

#### **b) Expropriação**

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

Note-se, por fim, que o fato de a representação ser legal, e não contratual, não afasta o efeito vinculante entre a manifestação do representante e o patrimônio do representado e, pois, os efeitos tributários decorrentes dessa alteração. Isso porque **o art. 116 do Código Civil não faz distinção entre as duas modalidades, de modo que o direito positivo brasileiro não respalda a tentativa de distinguir os efeitos da representação convencional e legal.** O que distingue a representação legal da contratual, é o fato de que, na segunda, os limites dos poderes conferidos aos representantes são livremente estabelecidos pelas partes contratantes, enquanto na representação legal, esses limites estão estabelecidos na norma que institui a representação, consoante prevê o art. 120 do Código Civil<sup>20</sup>. Por essa razão, tem-se que ambas conferem poderes ao representante para constituir direitos e obrigações em face do representado

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

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

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

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

Da mesma forma, ao contrário do que defende a contribuinte, a suposta passividade dos acionistas no processo de incorporação de ações não pode ser interpretada como ausência de manifestação de vontade, mas constitui, isso sim, silêncio eloquente, que caracteriza anuência na forma do art. 111 do Código Civil: O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. Assim, pode-se afirmar que **não existe transferência de ações contrária à vontade dos sócios nas operações de incorporação de ações e, por conseguinte, 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 n.º 9101-002.735, de 04/04/2017**

##### **INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL TRIBUTÁVEL.**

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

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

##### **INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. TRIBUTAÇÃO O GANHO DE CAPITAL.**

Os negócios jurídicos que se integram na incorporação de ações ocorrem em razão de manifesta deliberação dos sócios ou acionistas das sociedades envolvidas mediante assembleias, nos termos do artigo 252 da Lei n.º 6.404/76; portanto, são os acionistas que determinam os valores pelas quais as operações

<sup>19</sup> 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.

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)<sup>20</sup>

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 n.º 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

---

<sup>20</sup> 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.

empresa incorporadora, ambas avaliadas a valor de mercado, caracteriza-se como alienação e está sujeita a apuração de ganho de capital.

Ante ao exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial da contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado