



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.721732/2011-55
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº **9101-005.792 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 5 de outubro de 2021
Recorrente BANCO SANTANDER BRASIL S.A
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2007, 2008

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. No mérito, por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Alexandre Evaristo Pinto (relator), Livia De Carli Germano e Caio Cesar Nader Quintella que votaram por dar-lhe provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Caio Cesar Nader Quintella.

(documento assinado digitalmente)

Andréa Duek Simantob – 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, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de Divergência (e-fls. 1.837 e ss.) previsto nos arts. 67 e ss. do Anexo II do Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015, contra o acórdão n.º 1201-001.337 1 (da 1ª Turma da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF, e-fls. 1.703 e ss.), através do qual o colegiado decidiu dar provimento parcial ao recurso voluntário.

No referido julgamento, a 1ª. Turma Ordinária da 2ª. Câmara desta Primeira Seção de Julgamento decidiu, pelo voto de qualidade, em afastar a preliminar de nulidade do lançamento, vencidos os Conselheiros Luis Fabiano, João Figueiredo e Gilberto Baptista. E, no mérito, acordam em dar parcial provimento ao recurso voluntário, sendo que: (i) pelo voto de qualidade afastaram a aplicação do método da equivalência patrimonial, vencidos os Conselheiros Luis Fabiano, João Figueiredo e Gilberto Baptista; (ii) pelo voto de qualidade reconheceram que houve ganho de capital na alienação de ações da CBLC, vencidos os Conselheiros Luis Fabiano, João Figueiredo e Gilberto Baptista; (iii) por maioria de votos reconheceram o custo de aquisição do investimento, no montante de R\$ 2.312.019,82, devendo este valor ser considerado na apuração do ganho de capital, vencidos o Relator e a Conselheira Ester Marques, e (iv) por maioria de votos afastaram a imposição da multa de ofício, vencidos o Relator e a Conselheira Ester Marques:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES COMO MODALIDADE DE ALIENAÇÃO. APURAÇÃO DE GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO.

A incorporação, pela Bovespa Holding, das ações de emissão da CBLC detidas pelo sujeito passivo revela uma alienação de ações, com a tributação do respectivo ganho de capital.

GANHO DE CAPITAL APURADO PELO CUSTO. INAPLICABILIDADE DO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL.

O ganho de capital deve ser apurado levando-se em conta o custo contábil do bem registrado na escrituração da empresa. O método de avaliação de investimentos pela equivalência patrimonial não se aplica às ações da CBLC alienadas à Bovespa Holding.

AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL. INEFICÁCIA.

Para a comprovação de seus argumentos, deve o recurso ser instruído com todos os documentos e provas necessários. Meras alegações, desacompanhadas dos documentos comprobatórios, não são suficientes para infirmar a procedência do lançamento efetuado.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário:

2007, 2008

MULTA DE OFÍCIO. INCORPORAÇÃO. SUCESSÃO. SÚMULA CARF. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.

Cabível a imputação da multa de ofício à sucessora, por infração cometida pela sucedida, quando provado que as sociedades estavam sob controle comum ou pertenciam ao mesmo grupo econômico. Nesse sentido a Súmula CARF n.º 47 de observância obrigatória pelos membros do Tribunal.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. DECORRÊNCIA.

Tratando-se de tributação reflexa decorrente de irregularidades apuradas no âmbito do Imposto sobre a Renda, constantes do mesmo processo, aplicam-se à CSLL, por relação de causa e efeito, os mesmos fundamentos do lançamento primário.

O Recurso Especial foi manejado para indicar suposta divergência em relação aos seguintes temas: (i) Não Configuração de "Alienação" na Hipótese de Incorporação de Ações; (ii) Ocorrência de Sub-rogação Real na Incorporação de Ações; (iii) Nulidade dos Autos de Infração - Iliquidez e Incerteza dos Créditos Tributários; e (iv) Da Impossibilidade de Eleição de Nova Base de Cálculo pela Autoridade Julgadora.

Inicialmente analisado em 26 de fevereiro de 2019, o Especial foi admitido parcialmente pela r. presidência da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF, nos seguintes termos:

1) Da não configuração de "Alienação" na Hipótese de Incorporação de Ações em face da Ocorrência de sub-rogação real

Paradigma indicado e não reformado: Acórdão n.º 9202-003.579

Trata-se de matéria evidentemente autônoma e como tal permitindo a sua análise através dos 2(dois) paradigmas previstos regimentalmente. E o Recorrente se utiliza do mesmo paradigma para ver a matéria sendo analisada por outro ângulo, que é praticamente o mesmo desdobramento do primeiro² tema indicado. Ora, neste segundo³ tema, "ocorrência de Sub-rogação Real na Incorporação de Ações", se verificada a ocorrência da sub-rogação real na incorporação de ações, nada mais é do que também se configurar o propósito do primeiro tema: indicar que não houve alienação na hipótese de incorporação de ações, justamente pelo fato de ocorrer uma "sub-rogação" (transferência, troca).

Na verdade o segundo tema é um pouco mais específico que o primeiro, mas totalmente contido no mesmo dado a maior generalidade deste primeiro tema. A prova é que o próprio teor do recurso ao tratar do primeiro tema necessariamente já toca no segundo tema, sendo o segundo tema praticamente uma repetição do primeiro.

Neste contexto, e dado a intrínseca vinculação e quase identidade entre os temas, bem assim o apontamento de um único paradigma, se fará a análise desses dois temas de forma conjunta, como se fosse um único tema assim reformatado: Da não configuração de "Alienação" na Hipótese de Incorporação de Ações em face da Ocorrência de sub-rogação real

(...)

Cotejando ambos os acórdãos (recorrido e paradigma) e também como foi bem demonstrado pelo recurso especial do contribuinte acima destacado, chega-se à conclusão que foi efetivamente demonstrada a divergência jurisprudencial suscitada. Isso porque ambos os julgados trataram de autuação tendo em vista a apuração de ganho de capital em operação de incorporação de ações entre duas empresas, (não importando no caso que o contexto de uma envolveu o processo desmutualização e a outra não) e adotaram soluções diversas quanto à existência de fato gerador e tributação dos ganhos de capital na operação. Isso porque a

questão fucral que permeia a lide é anterior a questões mais específicas voltadas ao processo de desmutualização da bolsa ou mesmo de aspectos específicos da tributação da pessoa física.

Enquanto o recorrido abraçou o entendimento de que haveria tributação do ganho de capital porque "a incorporação é espécie do gênero alienação e, por configurar transmissão onerosa de ativos, pode ensejar ganho ou perda de capital, mensurável pelo valor da transmissão".

De outra banda, no paradigma, entendeu-se que inexistiria fato gerador para ocorrência da tributação do ganho do capital porque no caso de incorporação de ações não ocorre uma alienação propriamente dita, mas apenas uma permuta de ações (sub-rogação de ações).

Por todo o exposto, OPINO por ADMITIR os dois temas através do referido paradigma.

2)Da Nulidade dos Autos de Infração - Iliquidez e Incerteza dos Créditos Tributários em face da Impossibilidade de Eleição de Nova Base de Cálculo pela Autoridade Julgadora

(...)

O regimento interno determina que cada matéria tenha sua demonstração assentada em apenas 2(dois) paradigmas, sendo descartados os demais (art. 67, § 7ª do RICARF).

Apesar de o Regimento não ter definido explicitamente o termo "matéria", não se pode conceber que tal conceito tenha seu alcance tão estendido para acomodar uma mesma matéria dita sob outro enfoque, quando mais o referido enfoque é rigorosamente idêntico, mudando-se apenas a terminologia utilizada, senão vejamos.

Novamente aqui a Recorrente se utiliza do mesmo estratagema utilizado para os dois primeiros temas do seu recurso especial (item 1 acima já analisado). Separa-se temas que estão intrinsecamente ligados. No caso anterior, não houve descumprimento do regimento, mas neste caso pretende-se que um número maior de paradigmas seja analisado para uma mesma matéria. No caso, pretende-se que sejam analisados 4(quatro) paradigmas ao invés de 2(dois).

Veja-se que a **iliquidez e incerteza** da base de cálculo é o tema preponderante a partir do qual pretende-se que anule os autos de infração através de uma motivação: impossibilidade de eleição de nova base de cálculo pela autoridade julgadora. Ou seja, o segundo tema é apenas a motivação/fundamento do primeiro, e o primeiro é ação que quer se ver reconhecida: nulidade. Portanto os temas estão intrinsecamente ligados e não podem ser separados como pretende o Recorrente, sendo aqui reformatado com o seguinte teor: **Da Nulidade dos Autos de Infração - Iliquidez e Incerteza dos Créditos Tributários em face da Impossibilidade de Eleição de Nova Base de Cálculo pela Autoridade Julgadora.**

A prova de que a matéria são interligadas é o fato de o recorrente em relação ao segundo tema 4além de pouco desenvolvê-lo (uma vez que já o fez o no item anterior), introduz o assunto já remetendo ao tema anterior:

(...)

Salienta-se, por fim, que o estratagema de se utilizar de **sinonímias** levado ao limite, permitiria a qualquer interessado encontrar um número de partições de matérias incontroláveis, e assim tornar letra morta o limite estabelecido regimentalmente, o que é um absurdo.

Dessa forma, em estrita obediência ao art. 67, § 7º do RICARF, descarta-se o terceiro e quarto paradigmas (Ac. n.º **2402-005.392** 5 Ac. n.º **2202-003.3676**) utilizados para uma mesma matéria, por ultrapassar a quantidade máxima de 2(dois) paradigmas permitidos por matéria.

(...)

Ora, mas tal matéria no recorrido nem de longe foi discutida, ou se foi aventada no recurso voluntário não houve interposição de embargos por parte da interessada para suprir eventual omissão nesse aspecto. Houve a interposição de embargos com o motivo de que ficasse consignado o fundamento para o provimento do custo contábil, que pelas provas dos autos, foi considerado pelo colegiado para compor a apuração do ganho de capital.

Porém, verifica-se que apenas no acórdão que foi proferido em sede de embargos é que pela primeira vez foram declinados os fundamentos para esse provimento. E no teor do ac. embargado não há qualquer menção ao enfrentamento de matéria relacionada a nulidade ou cancelamento integral do lançamento por impossibilidade de o colegiado poder fazê-lo sem estar elegendo uma nova base de cálculo (inovação). Todo o fundamento que existe em relação a essa matéria em sede de embargos foi apenas no sentido de reconhecer a necessidade de se acatar **o registro custo contábil no sistema Sisbacen**, passando, portanto, ao largo de qualquer discussão em relação ao cancelamento integral do auto de infração por inovação da base de cálculo pela autoridade julgadora.

(...)

Como se vê, também em sede de preliminar não se pode dizer que a matéria foi discutida, pelo menos nos termos proposto pelo Recorrente. No caso caberia ao interessado ter suscitado eventual omissão em sede de preliminar para se retomar os efeitos do cancelamento parcial sobre o tema proposto e ensejador da preliminar (iliquidez da base de cálculo e impossibilidade de retificação da mesma pelo órgão colegiado).

Como se vê por qualquer ângulo que se veja a questão("nulidade por iliquidez da base de cálculo" 7ou "Impossibilidade de eleição de nova base de cálculo pela autoridade julgadora"8), aflora a falta prequestionamento da matéria, no sentido de que o assunto em enfoque não foi minimamente debatido pelo colegiado.

E de fato, o Regimento Interno do CARF é taxativo quanto a necessidade de atendimento desse pressuposto. A matéria tem de ser prequestionada, ou seja, no acórdão recorrido deve ter um teor mínimo de manifestação sobre a matéria que se quer ver divergente, nem que seja breve para que seja possível se fazer um mínimo de cotejamento da matéria e se possa propugnar pela existência de algum dissídio jurisprudencial. Como isso não ocorreu, deve ser negado seguimento ao recurso (§ 3º, do art. 67, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009, e § 5º, do art. 67, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015).

É sabido que a hipótese de negativa de seguimento por falta de prequestionamento, não cabe requerimento de Agravo por parte do sujeito passivo (art. 71, § 2º, inciso V, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, com a redação da Portaria MF nº 152, de 2016). Porém, o caso que se cuida é diferenciado, pois houve a unificação de dois temas propostos pela Recorrente em um único tema, descatando-se assim os 2(dois) últimos paradigmas vinculados ao segundo tema. Logo, em face da peculiaridade dessas circunstâncias, abre-se a possibilidade de agravo.

Em face ao seguimento parcial, apresentou-se o competente agravo, que foi acolhido parcialmente pela r. Presidência da CSRF para determinar o RETORNO dos autos à 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento para que se prossiga no exame de admissibilidade uma vez afastada a premissa preliminar apresentada para interrupção de sua análise.

Em 08 de outubro de 2019, então foi proferido despacho de admissibilidade complementar em que se negou provimento ao Recurso Especial em relação ao item "**2) Da Nulidade dos Autos de Infração - Iliquidez e Incerteza dos Créditos Tributários em face da Impossibilidade de Eleição de Nova Base de Cálculo pela Autoridade Julgadora**", o que se fez nos seguintes termos:

Da premissa equivocada ou carente de comprovação

A iliquidez e incerteza são termos jurídicos bastante genéricos que podem ser utilizados para fazer referência às mais variadas situações fáticas. A recorrente pretende então se valer desses conceitos jurídicos genéricos, fora de seu contexto fático, a fim de encapsular questões fáticas e probatórias diversas e assim aparentar ter demonstrado a divergência.

Porém, ao se utilizar desse procedimento acima mencionado termina por partir de **premissa equivocada** ou no mínimo **carente de comprovação** frente ao que fora decidido no ac. Recorrido.

Alega que o ac. Recorrido ao reconhecer um custo contábil diferente do utilizado pela fiscalização tornou a base de cálculo ilíquida e incerta, e que portanto o lançamento deveria ser considerado nulo *in totum*, a luz dos paradigmas.

Ora, mas isso é carente de comprovação nos termos do ac. Recorrido. É claro que a base de cálculo dos tributos foi reduzida para que se pudesse recalcular o valor exigível remanescente em termos de ganho de capital, no caso preenchendo-se o custo contábil pelo valor registrado no SISBACEN, mas isso não tem a dimensão pretendida pela interessada, de que teria sido eleita uma "nova" (diga-se: diferente, inclusive qualitativamente) base de cálculo. Apenas a variável custo passou a ser preenchida.

Trata-se de uma premissa equivocada ou carente de comprovação porque, a o seu ponto de partida só se revela verdadeiro se acolhido o juízo de mérito que faz a respeito da matéria suscitada (que o caso que se cuida gerou um vício insanável relacionado à iliquidez e incerteza da base de cálculo por impossibilidade de proceder com um cálculo preciso para a mesma ou elegendo-se uma base "nova"), o que, como é cediço, juízo de valor esse não é admissível fazê-lo em sede de exame de admissibilidade de recurso especial.

Outrossim, a Recorrente dá uma outra conotação a esses termos genéricos. Para ela, o simples equívoco na base de cálculo já se constituiria em sinônimo de iliquidez e incerteza. Porém, isso teria que ser demonstrado, trazendo casos com conformação fática bastante assemelhada, o que também não foi o caso, senão vejamos.

Da falta de similitude fática

Poder-se-ia aqui argumentar, para simplificar a questão, que tais termos significam dificuldade de calcular ou no mínimo dificuldade de segregação, daí nesses casos se advoga pela nulidade total. Ora, a imprecisão na determinação da base de cálculo a ponto de torná-la ilíquida e incerta como aconteceu no contexto dos paradigmas não ocorreu no ac. Recorrido, pelo simples fato de que no recorrido **foi possível precisar uma base de cálculo**, sem demonstrar haver pecado por qualquer impossibilidade de segregação ou de incerteza.

Outrossim, deve-se acrescentar que o panorama dos autos não conduz à conclusão de existência de vício insanável por imprecisão na determinação da base tributável ou mesmo de eleição de uma base nova. Como já se disse, na apuração do ganho de capital, apenas a variável custo foi preenchida a partir da análise probatória do caso.

(...)

Como se vê, ao revês de iliquidez e incerteza, resta claro que o Ac. recorrido não teve dificuldades em precisar a base de cálculo, bem assim que a mesma não mudou de natureza (aspecto qualitativo da mesma), uma vez que apenas preencheu-se o custo contábil, outrora considerado zerado, por aspectos meramente probatório, para efeito do recálculo final do ganho de capital no processo de "desmutualização" da bolsa de valores (bovespa).

Portanto, a situação configurada acima em nada se assemelha àquelas verificadas nos acórdãos paradigmáticos, em que a iliquidez e a incerteza

afloraram com significância, no sentido de se detectar extrema dificuldade de cálculo e/ou de segregação correta da base de cálculo, o que foi confirmado através de diversas circunstâncias peculiares a cada um desses casos paradigmáticos: **no primeiro paradigma**, sequer foi possível segregar quanto dos rendimentos pertencia ao sujeito passivo autuado e quanto pertencia a terceiros, configurando claramente a denominada iliquidez; da mesma forma, **no segundo paradigma**, a diligência em referência chegou a resultados muito diferentes da autuação, mantida em primeira instância, gerando total incerteza da base de cálculo.

Portanto, situações fáticas bem distintas se comparadas com o contexto fático do ac. recorrido.

Portanto, situações fáticas distintas não dão ensejo a dissídio jurisprudencial, justamente porque não se pode deduzir que alguma norma esteja sendo interpretada divergentemente se as situações fáticas não são comparáveis.

Apresentado o competente agravo em fase ao novo despacho de admissibilidade, a r. Presidência da CSRF, não o acolheu nos seguintes termos:

Evidentemente que quando se está discutindo nulidade do auto de infração por iliquidez e incerteza do crédito tributário só se pode concluir que a contrariedade das decisões cotejadas se deve a interpretação divergente da legislação tributária caso as situações quanto à determinação do crédito tributário sejam equivalentes, o que aqui inoocorre, como se verá.

No presente caso se discute ganho de capital havido pela Agravante no processo de desmutualização da Bovespa, representado pela diferença entre o valor nominal das ações recebidas de emissão da Bovespa Holding e o custo de aquisição das ações da CBLC, que ela detinha. A Turma recorrida concluiu que *“resta clara a comprovação de que o custo para aquisição do investimento que gerou o ganho de capital ora em discussão não foi ‘zero’*”, como considerara a Fiscalização, sendo efetivamente *“de R\$ 2.312.019,82”*. E, assim, decidiu pela redução do ganho de capital mas não pelo cancelamento do auto de infração.

(...)

No caso do primeiro paradigma, por sua vez, a Fiscalização tomou como receita omitida o valor que uma Cooperativa de Produtores declarou ter recebido do autuado em mercadorias/insumos, sem que fosse determinado/deduzido *“o quanto era vendido pelo Recorrente de sua produção própria e quanto era vendido de produção alheia e quanto era seu rendimento nessa última operação”*, sendo que era incontroverso que *“existia uma comercialização entre os produtores e o Recorrente, no ano de 2005, para transporte, armazenagem e venda intermediada de leite à Cooperativa Itambé”*.

Foi diante desse quadro que a Turma julgadora considerou que *“houve equívoco e insegurança na apuração do montante devido (aspecto*

quantitativo da hipótese de incidência) porque não se conseguiu efetivamente apurar quanto do rendimento pertencia ao contribuinte e quanto foi repassado a terceiros”, de forma que “o lançamento encontra-se viciado”.

(...)

Ora, não se pode pretender estabelecer dissídio de interpretação da legislação tributária ante situação fática com tão significativa diferença no núcleo da divergência suscitada, qual seja da iliquidez e incerteza do crédito tributário. Não é razoável supor que a transposição do entendimento da Turma julgadora do paradigma para o âmbito do caso presente ensejaria juízo no sentido da nulidade do lançamento fiscal.

O mesmo ocorre em relação ao segundo paradigma, em que a Fiscalização “encontrou diferenças entre as receitas declaradas pela sistemática do lucro presumido e as receitas contabilizadas”. Já em julgamento de 1ª instância se detectou erros no lançamento. No julgamento do recurso voluntário foi determinada diligência para que “a fiscalização se pronunciasse sobre as planilhas elaboradas pela recorrente e sobre os alegados recolhimentos a maior, confirmando-os”, sendo que “o auditor designado refaz todo o trabalho de auditoria, em detalhes” e novos erros foram detectados.

Foi diante desse quadro que a Turma julgadora considerou que “a diligência fiscal mostra um resultado muito diferente do apurado pelo fisco e do mantido pela DRJ, pelos motivos apontados pelo diligenciante”, o que “prova que o lançamento fiscal levado a efeito não continha os requisitos fundamentais de certeza e liquidez”, conduzindo à conclusão de que “a fase litigiosa não se presta a exercícios de identificação de erros e acertos nos cálculos da auditoria fiscal e do julgamento de primeiro grau”.

(...)

Não se trata de exigir “perfeita identidade”, como alega a Agravante, mas de verificar a indispensável similitude fática entre os arestos para que se intente entre eles analogia a fim de estabelecer dissídio jurisprudencial a ser solvido pela CSRF.

Portanto, importa registrar desde logo que somente foi admitido o Recurso Especial em relação à não configuração de ‘Alienação’ na Hipótese de Incorporação de Ações em face da Ocorrência de sub-rogação real”.

No mérito sustenta que na incorporação de ações em análise nestes autos, não ocorreu qualquer alienação, mas sim, a sub-rogação real ou substituição das ações da CBLC pelas ações da Bovespa Holding S.A. Da interpretação do artigo 252 da Lei nº 6.404/76, infere-se que o efeito da incorporação de ações é de mera sub-rogação real das ações da sociedade incorporada pelas ações da incorporadora.

Intimada a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões em que sustenta que 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.

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.

É o relatório no que reputo essencial.

Voto Vencido

Conselheiro ALEXANDRE EVARISTO PINTO, Relator.

Recurso especial do Contribuinte - Admissibilidade

O Recurso Especial é tempestivo.

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 nº 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 nº 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 CSRF¹, “a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles”.

No presente caso, restou demonstrada a divergência jurisprudencial, haja vista o acórdão recorrido abraçou o entendimento de que haveria tributação do ganho de capital porque

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

"a incorporação é espécie do gênero alienação e, por configurar transmissão onerosa de ativos, pode ensejar ganho ou perda de capital, mensurável pelo valor da transmissão", enquanto o paradigma, entendeu-se que inexistiria fato gerador para ocorrência da tributação do ganho do capital porque no caso de incorporação de ações não ocorre uma alienação propriamente dita, mas apenas uma permuta de ações (sub-rogação de ações).

Assim sendo, voto por CONHECER do Recurso Especial.

Recurso especial do Contribuinte - Mérito

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 assembleia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.

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

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

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

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

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 subrogação 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. 179181.).

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.

No âmbito da pessoa jurídica e mais especificamente no caso concreto, cumpre notar que a operação de incorporação de ações envolveu a incorporação, pela Bovespa Holding, das ações de emissão da CBLC detidas pela contribuinte.

Assim, é necessário analisar se deve ser aplicada ou não a Súmula CARF n. 118, que assim dispõe:

Súmula CARF n.º 118

Caracteriza ganho tributável por pessoa jurídica domiciliada no país a diferença positiva entre o valor das ações ou quotas de capital recebidas em razão da transferência do patrimônio de entidade sem fins lucrativos para entidade empresarial e o valor despendido na aquisição de título patrimonial. (Vinculante, conforme Portaria ME n.º 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Acórdãos Precedentes:

1201-001.395, de 03/03/2016; 1301-002.432, de 16/05/2017; 1302-002.001, de 06/10/2016; 1401-001.886, de 18/05/2017; 1402-002.404, de 15/02/2017; 9101-002.462, de 19/10/2016; 9101-002.696, de 16/03/2017; 9101-003.376, de 05/02/2018.

Como se observa, a súmula é mandatória ao dizer que é ganho de capital da pessoa jurídica a diferença positiva entre o valor das ações ou quotas recebidas em razão da transferência do patrimônio de entidade sem fins lucrativos para entidade empresarial e o valor da aquisição de título patrimonial.

O cerne da questão que é aqui apresentada diz respeito ao fato de que a CBLC é sociedade por ações, não se constituindo sob a forma de entidade sem fins lucrativos.

Tal qual consta no próprio TVF, a CBLC é uma sociedade anônima com fins lucrativos que foi instituída em 1997.

Ainda no TVF, é possível observar a afirmação de que a Recorrente não possuía títulos patrimoniais da Bovespa, mas tão somente ações da CBLC.

Diante de tal cenário, entendo que há “distinguish” do caso concreto em relação à Súmula CARF n. 118, o que ensejaria a sua não aplicação de forma justificada.

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 Lívia 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 nº 84/2001). A outra é a que envolve exclusivamente unidades imobiliárias (artigo 121 do Regulamento do Imposto de Renda -RIR/99, aprovado pelo Decreto nº 3.000/1999 e IN SRF nº 107/1988).

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

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

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

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

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

(...)

Com a devida vênia aos que entendem de forma diferente, compreendo ainda como argumento válido para sustentar a inexistência de operação de venda na incorporação de ações o fato de não haver ato de vontade, sem a qual não pode existir alienação. De fato, pela lei societária, a operação de incorporação de ações é firmada entre as administrações das sociedades envolvidas, sendo que, no caso de acionista minoritário, a questão é ainda mais contundente, seja porque ele não decide a operação nem mesmo mediamente (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 tais operações ocorreram nos anos de 2007 e 2008, isto é, tais fatos precederam a edição 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 poderia ensejar o reconhecimento contábil de receitas. Ainda assim 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 RTT e com a edição da Lei n. 12.973/14, vários critérios contábeis foram objeto de disposições específicas de ajustes no LALUR.

Ademais, ainda que não haja ajuste específico previsto em lei, se torna necessário analisar se o que está reconhecido na contabilidade está de acordo com o artigo 43 do CTN, isto é, se há aquisição de disponibilidade de renda.

Considerando que não se aplica ao presente caso a Súmula CARF 118, assim como não há renda realizada, entendo que não há ganho de capital no presente caso.

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 do d. conselheiro relator, a maioria do colegiado se posicionou no sentido de negar provimento ao recurso especial da contribuinte, cabendo-me a redação do voto vencedor, pelos fundamentos que passo a expor.

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 CBLC incorporada pela Bovespa Holding, tendo recebido em troca ações desta última companhia, devidamente avaliadas a valor de mercado, em substituição às ações dadas na 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 que trata exatamente da mesma operação societária em face de outro ex-acionista da CBLC.

Por tratar-se de discussão eminentemente de direito, valho-me dos fundamentos do referido acórdão, também acolhido pela maioria do colegiado, para fundamentar o presente litígio, *verbis*:

A questão a ser examinada no recurso especial da contribuinte está relacionada aos efeitos tributários, para fins do IRPJ e CSLL, em decorrência da incorporação de ações prevista no art. 252 da Lei n.º 6.404/1976 (Lei das S/A).

Em suma, a recorrente questiona a natureza jurídica desse instituto e busca diferenciá-lo de outras formas de alienação, tais como a entrega de bens para integralização de capital ou outras formas de incorporação.

Sustenta 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 CBLC, na medida em que teria havido mera substituição (permuta) da participação das ações naquela empresa por ações Bovespa Holding, o que caracterizaria subrogação real legal.

Defende que inexistiria manifestação volitiva dos sócios da empresa com vistas à incorporação, na medida em que o negócio contratual é formalizado por meio de protocolo celebrado entre os Órgãos de administração das companhias envolvidas e não de seus acionistas.

Conclui que a subrogação decorrente da incorporação de ações, quando teve substituídas em seu patrimônio as ações que possuía da CBLC por ações da Bovespa, é neutra e, portanto, não configura renda ou ganho de capital nos termos do artigo 43 do CTN.

Já tive a oportunidade de analisar esta questão, como relator, em julgamento realizado pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara, em 22 de fevereiro de 2018, que proferiu o Acórdão n.º 1302-002.566, do qual peço vênia para transcrever os excertos pertinentes que entendo aplicáveis ao presente caso, que também adoto como fundamento e razão de decidir:

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[..]

Exemplifica a **primeira corrente** Modesto Carvalhosa², para quem, na incorporação de ações, ocorre uma alienação ficta de ações pelos acionistas da incorporada e uma aquisição ficta pela incorporadora. Feito isso, ocorre em verdade um aumento de capital da incorporadora mediante a dação de bens pelos antigos acionistas da incorporada: as próprias ações. Trata-se de uma aquisição na qual o pagamento se dá em bens, pelo que não se pode falar em mera substituição ou permuta. Nesse sentido, destaca Carvalhosa:

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

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

Em termos bastante semelhantes, entende Edmar Oliveira Andrade Filho³, 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 Júnior⁴. 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**⁵, 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

² CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei das sociedades anônimas. T. II. V. 4. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140-

³ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Imposto de Renda das empresas. 6. ed. São Paulo: Atlas, p.484.

⁴ 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.

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

Gomes⁶ 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 482⁷ e 533, inciso II⁸. O primeiro dispositivo elenca o preço como elemento essencial da compra e venda. O segundo comina sanção de anulabilidade à permuta de valores desiguais realizada entre ascendentes e descendentes. Diante disso, por uma interpretação em contrário deste preceito, fica claro que, em geral, o valor dos bens permutados é irrelevante e não afeta a validade do negócio. Daí concluir-se que o preço é o ponto distintivo entre permuta e compra e venda.

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

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

Eizirik vincula a avaliação das ações àquela prevista no art. 264 da Lei das S/A e conclui que se destina a duas finalidades: possibilitar a comparação com os parâmetros que servem de base para fixação das relações de troca na incorporação; servir como critério alternativo para o cálculo do valor do reembolso devido a eventuais acionistas dissidentes.⁹ 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**

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

⁷ Art. 482. A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço.

⁸ 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.

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. 91-92.

em sentido amplo, na qual os bens envolvidos ostentam preço e, pois, sua transferência gera ganho de capital tributável.

[...]

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

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. (grifei)

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 Eizirik¹⁰, 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 Miranda¹¹ como a substituição jurídica de uma coisa por outra, mantida a relação jurídica base anterior. Segundo Santoro-Passareli, *apud* Schoueri e Andrade Júnior, a origem da sub-rogação real remonta ao direito romano, a adágio segundo o qual “na universalidade jurídica coisa sucede o lugar do preço e o preço o lugar da coisa”¹². 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.*¹³

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

A respeito da sub-rogação, Pontes de Miranda¹⁴ 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

¹⁰ 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.

¹¹ *apud* EIZIRIK, op cit, p. 89

¹² 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.

¹³ 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.

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

móvel, que se substitui a bem da mesma ou de outra natureza — se submeta ao mesmo regime. Para que ela se dê, é preciso: a) que outro bem, — o novo ou adveniente, — entre no patrimônio, de onde um bem saiu; b) que exista patrimônio sujeito a regime próprio¹⁵

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.¹⁶ (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 substituído o regime jurídico próprio aplicável a um dado bem substituído (iv) com a finalidade de preservar a relação jurídica que determinava esse regime jurídico próprio e, pois, a (v) a ficção legal se limita à medida necessária a preservar a relação jurídica/regime jurídico próprio do patrimônio do qual saiu o bem originário.

[...]

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

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

¹⁵ 14 Ibidem, p. 345.

¹⁶ 15 Ibidem, p. 346-347.

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**. (grifei)

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. (grifei)

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. (grifei)

[...]

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

(iii) trata-se a incorporação de ações de hipótese de sub-rogação real legal por meio da qual se operou a substituição das ações (...) de titularidade da Recorrente por ações da (...), 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;

[...]

(viii) diante da ausência da manifestação de vontade da Recorrente em transferir a propriedade de suas ações (...) 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. (grifei)

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

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. (grifei)

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

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

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

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

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.** (grifei)

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. (grifei)

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.** (grifei)

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

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

[...]

Como se percebe, as análises e fundamentos acima apresentados se amoldam perfeitamente ao exame do presente caso.

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

Sem dúvida, identifica-se na operação que o acionista se obriga a entregar suas ações da empresa incorporada à incorporadora, se assim deliberar a assembleia e dela não dissentir, mediante o recebimento de uma contrapartida, qual seja a parcela de ações desta última, que corresponde ao preço recebido nesta alienação.

Não existe sub-rogação real legal nesse tipo de negócio, como alega a recorrente, na medida em que, conforme os ensinamentos de Pontes de Miranda, citados no texto transcrito, esta tem seu 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. E, na hipótese do art. 252 da Lei das S/A não se vislumbra um regime jurídico especial que deva ser mantido com a incorporação, nem tampouco há identidade dos bens recompostos.

Com bem apontado pela d. PGFN no acórdão retro transcrito, tal “*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*”.

Como bem observado pela D. PGFN, na incorporação de ações, há prévia avaliação do valor patrimonial e precificação das ações a serem incorporadas, sendo que as ações da incorporadora que são destinadas aos antigos acionistas da incorporada podem ter valor menor, igual ou superior aos desta última, inexistindo identidade de valores com vistas a atingir à finalidade de recomposição de patrimônio, necessária para caracterizar a sub-rogação real, mas sim verdadeira variação patrimonial.

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.

Do ponto de vista da alegação de que inexistente manifestação de vontade por parte do sócio da empresa incorporada, resta claro pelo próprio § 2º do art. 252 da Lei nº 6.404/1976, que esta é expressa por meio da deliberação da assembleia geral que concede poderes aos representantes da sociedade para proceder à incorporação, ao tempo que assegura aos sócios dissidentes (minoritários), que não queiram tomar parte na operação, o direito de retirar-se da companhia mediante reembolso.

Portanto, a participação na operação de incorporação, com a consequente substituição das ações, não é feita à revelia do sócio e não prescinde sua manifestação de vontade, ainda que de forma tácita ao aceitar os termos do negócio.

Com relação à alegação de que não teria existido efetivo acréscimo patrimonial na operação, caracterizador da renda, nos termos do art. 43 do CTN, trago à colação a os ensinamentos de Andrade Junior e Schoueri, também citados no Acórdão n.º 1302-002.566, *verbis*:

[...]

(...) Acerca da disponibilidade do ganho de capital, Andrade Júnior e Schoueri asseveram que a disponibilidade da renda seria completa e definitiva quando de sua **realização**, destacando que tal ocorre de fato na incorporação de ações. Delimitam a questão os referidos autores da seguinte forma:

i) **Conversão em direitos que acresçam ao patrimônio**: como antevisto, as ações da companhia 'incorporadora' integram o patrimônio do acionista que as recebe. Eventual ganho embutido no valor destas seguiria a mesma sorte;

ii) **Processamento desta conversão mediante troca no mercado**: considerando-se uma incorporação de ações processada entre partes independentes, ou, ao menos, uma incorporação de ações em que a avaliação das ações reflita valores consistentes com a prática de mercado, creio que esse requisito deve ser reputado preenchido;

iii) **Cumprimento das obrigações que decorrem dessa troca**: para os acionistas da sociedade 'incorporada', a obrigação que se contrapõe ao recebimento das ações da sociedade 'incorporadora' é a entrega das suas ações, i.e., a integralização do capital subscrito. Como isso é efetivado por força do artigo 252 da Lei n.º 6.404/1976, pela diretoria da sociedade 'incorporada', que age como representante indireta autorizada a tanto, esse requisito também é atendido satisfatoriamente; e

iv) **Mensurabilidade e liquidez dos direitos recebidos na troca**: por fim, um elemento delicado. A falta de mensurabilidade dos direitos recebidos na troca é o que justifica, por exemplo, o diferimento da tributação relativa aos ganhos de capital auferidos em razão da operação de permuta.

Precisamente porque o ganho não pode ser aferido com certeza, permanece ilícido, é que se tem reconhecido a inexistência de ganho tributável em operações dessa natureza. Mas isso não ocorre no caso da incorporação de ações, em que as ações trocadas são submetidas a prévia avaliação, por perito eleito pela assembleia geral da sociedade 'incorporadora'. Na relação de troca estabelecida com o fito de identificar o número de ações que tocará a cada um dos acionistas da sociedade 'incorporada', é levado em conta o valor das ações originariamente dadas, bem como o valor das ações a serem recebidas, sendo tais valores aferidos por meio de avaliações específicas. A situação, assim, aproxima-se do recebimento de pagamentos com bens, ou, tecnicamente falando, da dação em pagamento, com relação à qual tanto a doutrina como a jurisprudência reconheceram realização de renda, uma vez que o bem entregue em pagamento o é tendo-se em vista um valor específico. Nesse contexto, na incorporação de ações está cumprido o requisito da mensurabilidade e liquidez dos direitos recebidos em troca. Não há incerteza acerca do valor pelo qual a troca é efetivada; este é conhecido e claramente definido.¹⁷

Observe-se que a renda no caso da incorporação de ações reúne todos os requisitos para se considerar **realizada**, independentemente de sua conversão em pecúnia: (i) houve acréscimo patrimonial; (ii) mensurável; (iii) em decorrência de cumprimento da obrigação; (iv) entre partes independentes. Nessa

¹⁷ 25 ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. SCHOUERI, Luís Eduardo. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. In: Revista Dialética de Direito Tributário. n. 200, mai. 2012, p. 63-64.

perspectiva, necessário sempre salientar que, para a configuração da incidência do IRPJ e da CSLL, **exige-se a disponibilidade econômica ou jurídica da renda, e não a disponibilidade financeira**. Por essa razão, não prospera o argumento da recorrente, no sentido de que o pagamento recebido em bens, no caso, ações, não seria tributável.

[...]

No caso, ocorreu o pagamento das prestações assumidas entre as partes, o que gerou acréscimo patrimonial para os acionistas, entre eles a ora recorrente, de forma a caracterizar-se disponibilidade econômica e, portanto, realização da renda de acordo com o regime de caixa.

Por essa razão, afaste-se também o argumento de que o ganho de capital decorrente da alienação de ações seria incerto e carente de liquidez. Isso porque tanto o valor das ações incorporadas, como o das ações da incorporadora – entregues aos antigos acionistas da incorporada –, são necessariamente submetidas à prévia avaliação (§§ 1º e 2º do art. 252 da LSA), o que as confere liquidez e certeza.

Além disso, cumpre destacar que a regra na apuração do IRPJ e da CSLL é a existência de disponibilidade econômica e jurídica – previstas no art. 43 do CTN. A disponibilidade financeira somente pode servir de parâmetro, para a apuração do lucro, quando a legislação expressamente mencionar essa possibilidade – afinal, trata-se de exceção à regra prevista no citado art. 43. Com efeito, prevalece na tributação das receitas não operacionais, seja no regime do lucro real ou no do lucro presumido, a necessidade de existência de disponibilidade econômica ou jurídica, e não de disponibilidade financeira.

[...]

Entendo que, de fato, 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 julgados desta 1ª Turma da CSRF que retratam o mesmo entendimento, conforme se colhe das suas ementas, *verbis*:

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

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL TRIBUTÁVEL.

No bojo da incorporação de ações ocorre alienação da totalidade de ações ou quotas da pessoa jurídica incorporada na subscrição do aumento de capital da pessoa jurídica incorporadora, não havendo que se falar em ausência de manifestação de vontade. Não é caso de sub-rogação real e nem de permuta. A diferença positiva entre a participação que passa a ser detida na incorporadora e a participação antes detida na incorporada constitui ganho de capital tributável. (Relatora Cons. Adriana Gomes Rego)¹⁸

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

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. TRIBUTAÇÃO O GANHO DE CAPITAL.

Os negócios jurídicos que se integram na incorporação de ações ocorrem em razão de manifesta deliberação dos sócios ou acionistas das sociedades envolvidas mediante assembléias, nos termos do artigo 252 da Lei nº 6.404/76; portanto, são os acionistas que determinam os valores pelas quais as operações

¹⁸ 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)¹⁹

Pelo exposto, voto no sentido de conhecer parcialmente e, no mérito, negar provimento ao recurso especial da contribuinte.

Pelos mesmos fundamentos acima transcritos, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial da contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado

¹⁹ 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.

Fl. 35 do Acórdão n.º 9101-005.792 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 16327.721732/2011-55

Declaração de Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Esta Conselheira divergiu do I. Relator, para negar provimento ao recurso especial da Contribuinte.

A presente declaração de voto porém, se presta apenas a afirmar a concordância com o I. Relator no ponto em que afirma a inaplicabilidade, ao presente caso, da Súmula CARF n.º 118.

Muito embora a incorporação de ações, aqui, também tenha se verificado em processo de desmutualização, relevante para o entendimento sumulado é o ganho se verificar por *diferença positiva entre o valor das ações ou quotas de capital recebidas em razão da transferência do patrimônio de entidade sem fins lucrativos para entidade empresarial e o valor despendido na aquisição de título patrimonial.*

E isto porque os títulos patrimoniais representavam a participação de seu titular em associação civil sem fins lucrativos, cujos resultados não repercutiam na atualização no patrimônio da titular por equivalência patrimonial, mas sim evidenciaram ganho tributável por ocasião da devolução do patrimônio da associação isenta, ainda que em razão de cisão promovida para liquidação dessa associação.

A ementa de um dos precedentes da Súmula CARF n.º 118 (Acórdão n.º 9101-003.376) é clara neste sentido:

TÍTULOS PATRIMONIAIS DAS BOLSAS DE VALORES E DE MERCADORIAS. TRANSFERÊNCIA EM REDUÇÃO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO DOS ACRÉSCIMOS DO VALOR NOMINAL.

A transferência de títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F a sócio em redução de capital enseja a tributação dos acréscimos correspondentes à valorização dos títulos, postergada conforme disposto na Portaria MF n.º 785/1977. Tais acréscimos, registrados em conta de reserva de atualização, devem ser adicionados ao lucro líquido na apuração do lucro real.

MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. INAPLICABILIDADE AOS TÍTULOS PATRIMONIAIS DE ASSOCIAÇÕES.

O Método da Equivalência Patrimonial (MEP) constitui critério contábil previsto na lei que rege as sociedades anônimas para avaliação do investimento no capital de empresas controladas ou coligadas, que são sociedades com fins econômicos, não se aplicando à propriedade de títulos patrimoniais de associações sem fins lucrativos, como eram a Bovespa e a BM&F.

DESMUTUALIZAÇÃO DAS BOLSAS DE VALORES E DE MERCADORIAS. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE ASSOCIAÇÃO. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO ÀS CORRETORAS ASSOCIADAS. GANHO DE CAPITAL.

Não se pode reconhecer o processo de desmutualização das Bolsas como uma de cisão parcial de associação com destinação de patrimônio à sociedade com fins econômicos, devendo a conversão dos títulos patrimoniais das associações Bovespa e BM&F em ações das sociedades anônimas criadas ser caracterizado como dissolução parcial das associações, com devolução de patrimônio às corretoras associadas, com a aplicação dos valores recebidos no aporte de capital nas sociedades anônimas então constituídas. A diferença entre o valor das ações recebidas e o despendido na aquisição dos títulos patrimoniais se sujeita à incidência de IRPJ.

No presente caso, como bem exposto pelo I. Relator, a autuada detinha ações da CBLC, e não títulos patrimoniais, dado ser ela uma sociedade anônima, cuja capital era parcialmente detido, de forma indireta, pela Associação Bovespa. Apesar disso, tais ações eram submetidas a atualização contábil pela Contribuinte mediante contabilização semelhante à atualização dos títulos patrimoniais. Tais ações foram permutadas com ações da Bovespa Holding S/A, também no processo de desmutualização da Associação Bovespa, na parte correspondente à participação que esta detinha na CBLC, mas neste ponto a troca se deu entre ações da CBLC e ações da Bovespa Holding S/A.

Assim, o caso em questão demanda decisão segundo os parâmetros adotados para os casos recorrentes de incorporação de ações, valendo destacar que a autoridade fiscal bem observou que as ações detidas pela Contribuinte se sujeitariam a avaliação pelo custo de aquisição, dado não representarem investimento sujeito a equivalência patrimonial, de modo que a atualização por ela imprópriamente registrada, em contrapartida ao patrimônio líquido e sem trânsito em resultado, em nada afetou a aferição do ganho tributável. Na forma do art. 418 do RIR/99, o ganho de capital seria determinado a partir da confrontação do valor das ações recebidas contra o custo contábil histórico do investimento permutado, caso a Contribuinte lograsse comprová-lo.

Com estes esclarecimentos, o presente voto é no sentido de reafirmar o entendimento mais recentemente expresso no Acórdão nº 9101-005.691 acerca da matéria, nos termos do voto condutor do Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, e assim NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA

Declaração de Voto

Caio Cesar Nader Quintella, Conselheiro

Acompanhando o bem fundamentado voto do I. Relator, registra-se aqui a total concordância com o seu posicionamento meritório, justificando o entendimento pela procedência do Recurso Especial da Contribuinte, permitindo-se alguns comentários e ponderações sobre o tema.

Este mesmo Conselheiro já teve a oportunidade de se pronunciar sobre essa temática, na condição de Relator, no recente v. Acórdão nº 9101-005.777, de 09 de setembro de 2021, proferido por esta mesma C. 1ª Turma da CSRF.

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

E dentro da matéria acatada para julgamento neste feito – como na grande maioria daquelas que vêm para *resolução* nesta C. Instância especial - não existem nuances fáticas ou características próprias de fato que criem *discrímen* ou lhe afaste desse tradicional debate, sendo o objeto da decisão a ser adotada puramente de Direito.

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

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

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

Assim como já registrado em outros julgamentos, a simples expressão patrimonial de um aumento ou potencial ganho não dá margem, obrigatoriamente, a renda tributável naquele momento. Conforme o Prof. Victor Borges Polizelli²⁰ textualmente aponta quando comenta o desenvolvimento da doutrina nacional da tributação da renda, ainda que a comparação da situação patrimonial anterior e posterior, dentro de um dado período de apuração, seja a sistemática natural de detecção da *renda-acréscimo*, existe relevante *corrente* que defende somente poder se computar as eventuais variações positivas se forem estas oriundas de um negócio jurídico praticado pelo contribuinte (leia-se, uma *troca no mercado*).

No caso da *incorporação de ações*, o acionista titular das ações incorporadas não pratica nenhum negócio jurídico, não figura como sujeito de *pactos* e, muito menos, buscou o mercado para transacionar. Sua situação jurídica em relação à troca dos títulos que possui é passiva, alheia e submissa aos atos da Assembleia-Geral e de terceiros. A *substituição* percebida no seu patrimônio é inoponível, irresistível e puramente consequencial, referente a ato jurídico praticado por outros.

²⁰ O Princípio da Realização da Renda – Reconhecimento de Receitas e Despesas para fins do IRPJ. Série Doutrina Tribuária vol. VII – São Paulo : Quartier Latin, 2012. p. 189.

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

No presente caso, a eventual manifestação de *renda-acréscimo*, indiscutivelmente encampada pelo alcance do art. 43 do CTN, foi involuntariamente inserida e resta, ainda, latente e encapsulada no acervo patrimonial da entidade, sendo certo que o Imposto sobre a Renda (e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, diga-se), dentro da sua delimitação constitucional (ou legal), não pode ter como objeto o patrimônio, conforme a basilar regra contida no *caput* do art. 4º do mesmo *Codex*²¹ confirma.

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

Desse modo, assiste razão à Recorrente, devendo ser reformado o v. Acórdão nº 1201-001.337, então complementado pelo v. Aresto nº 1201-001.840, para afastar a tributação do *ganho de capital* imposta.

Diante do exposto, prestando novamente as devidas homenagens ao I. Relator, voto por dar provimento ao Recurso Especial da Contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella

²¹ Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

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

II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.