



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16682.722214/2017-03
ACÓRDÃO	1402-007.247 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	19 de fevereiro de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	BANCO BTG PACTUAL S.A
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2012

NULIDADE DO LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA.

MATÉRIA DE MÉRITO.

Incabível a alegação de nulidade do lançamento sob o argumento de que a autoridade fiscal utilizou-se de base de cálculo indevida, eis que tal matéria não se enquadra dentre as situações de nulidade prevista no PAF, a qual deve ser apreciada quando do exame do mérito da questão. Constatada a inexistência da alegada irregularidade, o lançamento deve ser mantido.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2012

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADES. GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO. CABIMENTO.

Constatada a incorporação de sociedade, com a extinção da incorporada, a subscrição e integralização do aumento de capital na incorporadora mediante a versão do patrimônio líquido da companhia extinta sujeita-se à apuração de ganho de capital e respectiva tributação.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2012

MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

A multa isolada pune o contribuinte que não observa a obrigação legal de antecipar o tributo sobre a base estimada ou levantar o balanço de suspensão, ou seja, conduta diversa daquela punível com a multa de ofício proporcional, a qual é devida pela ofensa ao direito subjetivo de crédito da Fazenda Nacional.

JUROS SOBRE A MULTADE OFÍCIO. ADOÇÃO DA TAXA SELIC.

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

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2012

IDENTIDADE DE IMPUTAÇÃO. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CONSEQUÊNCIAS.

Na medida em que as exigências reflexas têm por base os mesmos fatos que ensejaram o lançamento do imposto de renda e desde que não presentes arguições específicas e elementos de prova distintos, a decisão de mérito prolatada naquele constitui prejudgado na decisão dos autos de infração decorrentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, i) por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade suscitada; ii.) por voto de qualidade, na forma do artigo 1º, da Lei nº 14.689, de 20/09/2023 e artigo 25, § 9º, do PAF (Decreto nº 70.235 de 1972), negar provimento ao recurso voluntário, ii.i) em relação à primeira infração - omissão de receitas não operacionais – ganho de capital -, vencidos a Relatora original e os Conselheiros Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Alessandro Bruno Macêdo Pinto, que davam provimento. Designado para redigir o voto vencedor nesta parte em que vencida a Relatora original, o Conselheiro Paulo Mateus Ciccone; ii.ii) em relação ao pedido subsidiário da recorrente de que haveria incorreções na base de cálculo, vencidos a Relatora original e os Conselheiros Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Alessandro Bruno Macêdo Pinto, que votavam pela conversão dos autos em diligência. O Conselheiro Ricardo Piza Di Giovanni, designado Redator Ad Hoc, não debateu e nem votou nestas duas matérias, limitando-se a ler o voto da Relatoria original; ii.iii) relativamente à infração “multa isolada por falta ou insuficiência de recolhimento de estimativas mensais”, vencidos os Conselheiros Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Ricardo Piza Di Giovanni e Alessandro Bruno Macêdo Pinto, que davam provimento. Neste tema, o Conselheiro Ricardo Piza Di Giovanni, Redator Ad Hoc, tendo em vista a omissão sobre a matéria no voto da Relatora original, manifestou-se e votou, entendendo pelo provimento do recurso voluntário. Designado para redigir o voto vencedor nas partes em que vencidos a Relatora original (item “ii.i” e “ii.ii) e o Redator Ad Hoc (item “ii.iii”), o Conselheiro Paulo Mateus Ciccone.

Assinado Digitalmente

Ricardo Piza Di Giovanni – Relator Ad Hoc

Assinado Digitalmente

Paulo Mateus Ciccone – Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Alexandre Labrudi Catunda, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonca, Rafael Zedral, Ricardo Piza Di Giovanni, Alessandro Bruno Macedo Pinto e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

RELATÓRIO

Nos termos da Portaria CARF nº 107, de 04/08/2016, e do art. 110, § 12, do Anexo II do RICARF (Portaria MF nº 1.634/2023), tendo em conta que a relatora original, Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio, não mais compõe esta Turma de Julgamento, foi designado pelo Presidente de Turma de Julgamento como relator *ad hoc* para este julgamento o Conselheiro Ricardo Piza Di Giovanni. Como relator ad hoc, o Conselheiro Ricardo Piza Di Giovanni serviu-se das minutas de ementa, relatório e voto inseridas pela relatora original no diretório oficial do CARF, a seguir reproduzidas.

O presente processo versa sobre autos de infração de IRPJ e CSLL por omissão de receitas não operacionais relativas ao ganho de capital ocorrido em março de 2012. Além dos tributos foram lançadas multa de ofício e multa isolada por insuficiência das estimativas.

O ganho de capital apontado pela fiscalização decorreu da operação da qual resultou a união dos portfólios imobiliários da One Properties S/A e da BR Properties. A operação foi realizada por meio da incorporação da sociedade One Properties pela BR Properties, com avaliação do acervo líquido da primeira a valor contábil, realizada em 29 de março de 2012. O referido acervo líquido foi avaliado pelo valor de R\$ 1.717.106.069,85, na data-base de 30/06/2011, conforme protocolo e justificação e laudo de avaliação a ele anexo (fls. 364,365, 371 e 379).

Em razão da incorporação da sua então controlada (One Properties) o Recorrente recebeu 28,28% do capital social da BR Properties (sociedade incorporadora), cancelando, por consequência, o registro da One Properties.

A Recorrente deu baixa em seu investimento na One Properties considerando o valor contábil do investimento pelo Método de Equivalência Patrimonial (MEP) e registrou o novo investimento na BR Properties também avaliado pelo MEP. Vale dizer, o mesmo custo de aquisição foi atribuído às ações recebidas da BR Properties, por considerar a operação de incorporação da One Properties neutra sob o ponto de vista fiscal.

A autoridade fiscal, no entanto, concluiu que a Recorrente auferiu ganho de capital não oferecido à tributação quando da referida incorporação. De acordo com o TVF:

*“Segundo as Demonstrações Financeiras de **BRP**, de 2013, “O valor justo das ações correspondia ao preço publicado das ações da BR Properties na data da aquisição totalizando R\$ 3.050.617 [mil]” (Doc. 7, fl. 51).*

(...)

*O valor de **R\$ 23,50** por ação emitida era compatível com a cotação em bolsa das ações de **BRP** no dia 29/03/2012, conforme consulta realizada na Internet (Doc. 9).*

*De acordo com o item 3.2 do Protocolo e Justificação de Incorporação de **ONE**, seu patrimônio líquido contábil, já com todos ajustes, no momento da incorporação, era de **R\$ 1.717.106.069,85** (Doc. 6, fl. 4).*

*Essas informações possibilitam a determinação do ganho de capital de **BTG**, lembrando que a companhia era obrigada a calcular seu investimento em **ONE** pelo Método da Equivalência Patrimonial (MEP). Tendo participação de 67,49% no patrimônio líquido de **ONE**, então avaliado em R\$ 1.717.106.069,85, **BTG** deveria registrar R\$ 1.158.874.886,54 (1.717.106.069,85 x 67,49%) em conta de investimento da sua contabilidade. Com o recebimento das 87.612.575 ações de **BRP** ao valor de unitário de R\$ 23,50, **BTG** passou a ter um investimento de R\$ 2.058.895.512,50 (23,50 x 87.612.575) em **BRP**. Ou seja, a operação de permuta de ações de **ONE** por **BRP** gerou um ganho de capital de **R\$ 900.020.625,96** (2.058.895.512,50 - 1.158.874.886,54) a favor de **BTG**, como melhor demonstrado nesta planilha*

Cientificada (fls. 832) a Recorrente apresentou a impugnação de fls. 838/879, na qual alegou, resumidamente, o seguinte:

a) PRELIMINAR Nulidade do lançamento em virtude de erro na apuração do tributo, uma vez que:

a.1) apuração do ganho de capital a autoridade fiscal valeu-se do valor justo das ações da BR Properties recebidas pela impugnante, valor esse que nunca foi acertado entre as partes nos documentos da operação;

a.2) a autoridade fiscal não considerou o correto custo de aquisição tal como determinado pelo art. 426 do RIR/99, uma vez que a data base do valor contábil do investimento avaliado pelo MEP foi de nove meses antes da data do evento de incorporação, além de ter ignorado o ágio registrado pelo Recorrente em relação ao investimento na incorporada.

b) MÉRITO – quanto ao mérito, alegou que;

b.1) a incorporação de uma sociedade não sujeita os acionistas da sociedade incorporada à apuração de ganho de capital, uma vez que não implica alienação de

investimentos na sociedade incorporada, não se realizando qualquer acréscimo patrimonial;

b.2) ainda que a incorporação de sociedades pudesse ser equiparada a permuta, as operações de permuta de bens do mesmo valor também não implicam realização de ganho potencial relativo ao bem permutado. Além disso, mesmo que implicassem realização do ganho, a sua base de cálculo deve levar em consideração o valor patrimonial dos investimentos, conforme registrado contabilmente pelas partes.

b.3) subsidiariamente, alegou a impossibilidade de cobrança de multa de ofício e isolada por insuficiência de estimativas mensais sobre a mesma base de cálculo.

Em 27 de setembro de 2018, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro – (RJ), negou provimento à impugnação. A decisão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2018

NULIDADE DO LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA DE MÉRITO.

Incabível a alegação de nulidade do lançamento sob o argumento de que a autoridade fiscal utilizou-se de base de cálculo indevida, eis que tal matéria não se enquadra dentre as situações de nulidade prevista no PAF, a qual deve ser apreciada quando do exame do mérito da questão.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012

JURISPRUDÊNCIAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. NÃO VINCULAÇÃO. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA.

As referências a entendimentos proferidos em outros julgados administrativos ou judiciais não vinculam os julgamentos administrativos emanados em primeiro grau pelas Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento. As decisões judiciais e administrativas somente vinculam os julgadores de 1ª instância nas situações expressamente previstas na legislação.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2012

DISPONIBILIDADE. FATO GERADOR. IMPOSTO DE RENDA.

O fato gerador do imposto de renda é a aquisição da disponibilidade econômica e jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza, não sendo necessário que o contribuinte tenha recebimento dos valores em espécie para fazer nascer a obrigação tributária.

ALIENAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL. DISPONIBILIDADE JURÍDICA.

Ocorrendo a alienação de participação societária, havendo constatação de acréscimo patrimonial sob a forma de ganho de capital, incide o imposto de renda face à disponibilidade jurídica revelada.

Cientificada (AR fls. 1115), a contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 1118/1166, no qual reitera as alegações já suscitadas.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou as contra-razões ao recurso voluntário de fls. 1318/1364, na qual alega, resumidamente, o seguinte:

- a) Inexiste a nulidade do lançamento apontada pela recorrente pois os atos foram praticados por autoridade competente, devidamente fundamentados e sem preterição do direito de defesa;
- b) A divergência sobre o custo de aquisição e o valor de alienação do investimento na ONE PROPERTIES, para fins do cálculo do ganho de capital poderia, no máximo, provocar um reexame do tributo lançado e não a nulidade do procedimento fiscal;
- c) Ao mencionar “permuta”, no Termo de Verificação Fiscal, a autoridade administrativa responsável pelo lançamento se reportava à incorporação da ONE PROPERTIES pela BR PROPERTIES.
- d) Fiscalização não pretendeu requalificar a operação societária de incorporação, atribuindo a esta a natureza jurídica de uma simples permuta. Com efeito, importante destacar que a autoridade fiscal, em nenhum momento, afirma que não aconteceu uma incorporação de pessoa jurídica
- e) tratando-se de apuração de ganho de capital na alienação de ativos, a forma como foi praticado o negócio ou o ato jurídico que representa a alienação não é o item de maior relevância. O aspecto que interessa para, fins da relação jurídico-tributária, é a existência de alienação de um bem e a configuração de acréscimo patrimonial, pois é isso que exige o art. 31 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977;
- f) A aplicação do MEP permite determinar o valor contábil do investimento alienado e o valor atribuído ao investimento recebido pelo alienante, ou seja, as partes conseguem distinguir sua posição patrimonial anterior e posterior à concretização da combinação de negócios. É justamente a comparação entre esses dois valores que indica se houve pagamento de mais valia por uma das partes envolvidas na operação
- g) a realização da renda pressupõe disponibilidade econômica ou jurídica, nos termos do art. 43 do CTN. A legislação tributária pode, eventualmente, definir que a tributação acontecerá em outro momento, mesmo já existindo disponibilidade econômica ou jurídica da renda – por exemplo, diferindo a tributação até que ocorra outro evento. Contudo, a regra é que haja a tributação uma vez ocorrido o acréscimo patrimonial

- h) somente se existisse alguma norma legal permitindo que a contribuinte adiasse a tributação, ela estaria autorizada a não tributar o ganho de capital no momento da incorporação
- i) O artigo 21 da lei nº 9.249/95 é norma excepcional, sendo assim, deve prevalecer a norma do art. 31 do Decreto Lei nº 1.598/77;

É o relatório

VOTO VENCIDO

Conselheiro **Ricardo Piza Di Giovanni**, Relator ad hoc

O recurso preenche os pressupostos legais de admissibilidade, motivo pelo qual, dele conheço.

- 1) PRELIMINAR – NULIDADE EM RAZÃO DOS CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA QUANTIFICAR O TRIBUTOS DEVIDO.

Preliminarmente, a Recorrente alega nulidade do lançamento em razão da utilização de critérios indevidos na apuração do montante do tributo devido. Isso porque, na apuração do ganho de capital, a autoridade fiscal valeu-se do valor justo das ações da BR Properties recebidas pela impugnante, valor esse que nunca foi acertado entre as partes nos documentos da operação.

Além disso, alega que a a autoridade fiscal não considerou o correto custo de aquisição tal como determinado pelo art. 426 do RIR/99, uma vez que a data base do valor

contábil do investimento avaliado pelo MEP foi de nove meses antes da data do evento de incorporação, além de ter ignorado o ágio registrado pelo Recorrente em relação ao investimento na incorporada.

A validade dos atos praticados no âmbito do processo administrativo fiscal federal deve ser averiguada consoante o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 1972, o qual dispõe:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

O exame dos dispositivos supra mostra que só pode haver nulidade se o ato for praticado por agente incompetente ou no caso dos despachos e decisões, se ocorrer o cerceamento do direito de defesa.

Como bem observado pela Procuradoria da Fazenda em suas contra-razões a decretação da nulidade processual pressupõe a ocorrência de *error in procedendo*. Sendo assim, não há que se falar em nulidade do lançamento ou da decisão recorrida. Isso porque, ambos (lançamento e decisão recorrida) foram efetuados por autoridades competentes e sem preterição do direito de defesa.

Além disso, as incorreções apontadas em relação à quantificação da base de cálculo são matéria de mérito e, por isso, serão juntamente com ele analisadas.

Em face do exposto, rejeito a preliminar de nulidade.

2) MÉRITO

A questão central a ser analisada no presente recurso reside na natureza jurídica e os seus respectivos efeitos fiscais da operação realizada. Isso porque, de acordo com a fiscalização, a operação realizada pela Recorrente possui a natureza jurídica de permuta, a qual configura uma espécie de alienação, conforme se verifica pelo trecho do TVF abaixo transcrito (fls. 796/797):

Para o direito tributário interessa saber se a diferença patrimonial entre as ações recebidas e entregues constitui *ipso facto* ganho de capital, integrando, por conseguinte, o campo de incidência do IRPJ.

A fiscalizada, ao não reconhecer o ganho de capital na operação, talvez presuma que a troca dos ativos em si seja evento estranho ao fato gerador da exação, por não estar caracterizada a realização do acréscimo patrimonial, aferível apenas quando do seu desfazimento por meio de venda. Esse entendimento não é correto por inúmeras razões, mas especialmente porque a permuta é uma espécie de alienação e, no presente caso, o ganho estava plenamente disponível desde o momento do recebimento das ações.

Com efeito, na permuta um dos contratantes obriga-se a dar uma coisa por outra que não seja dinheiro. Historicamente, o contrato de compra e venda é uma evolução da permuta ou escambo, já que antes do surgimento da moeda, este era o meio utilizado para a circulação de bens.

O ganho de capital apontado pela fiscalização decorreu da operação da qual resultou a união dos portfólios imobiliários da One Properties S/A e da BR Properties. A operação foi realizada por meio da incorporação da sociedade One Properties pela BR Properties, com avaliação do acervo líquido da primeira a valor contábil, realizada em 29 de março de 2012. O referido acervo líquido foi avaliado pelo valor de R\$ 1.717.106.069,85, na data-base de 30/06/2011, conforme protocolo e justificação e laudo de avaliação a ele anexo (fls. 364,365, 371 e 379).

A Recorrente deu baixa em seu investimento na One Properties considerando o valor contábil do investimento pelo Método de Equivalência Patrimonial (MEP) e registrou o novo investimento na BR Properties também avaliado pelo MEP. Vale dizer, o mesmo custo de aquisição foi atribuído às ações recebidas da BR Properties, por considerar a operação de incorporação de sociedades neutra sob o ponto de vista fiscal.

A decisão recorrida, no entanto, embora reconheça a realização da incorporação de sociedade, negou provimento à impugnação por entender que, para os sócios, o negócio jurídico que verdadeiramente ocorreu foi uma permuta de ações, conforme se verifica pelo trecho abaixo transcrito:

104. A impugnante alega que a autuação se deu pela interpretação, dada pela fiscalização, considerando que na incorporação de sociedade haveria o mesmo efeito do que na permuta.

105. Não se está aqui descaracterizando a incorporação da sociedade. É claro que a BR PROPERTIES S/A substituiu a ONE PROPERTIES S/A em direitos e obrigações.

Isto é fato. No entanto, a figura dos sócios não se confunde com a da sociedade. Para os sócios da ONE PROPERTIES ocorre, verdadeiramente, uma permuta de ações, pois detinham participação em uma sociedade e passaram a ter participação em outra.

A PGFN, por sua vez, afirma que em momento algum a autoridade fiscal pretendeu requalificar a operação societária de incorporação. O ponto central do trabalho fiscal foi averiguar as consequências tributárias da incorporação da ONE PROPERTIES pela BR PROPERTIES. Confira-se:

Assim, fica difícil imaginar que a Fiscalização tenha pretendido requalificar a operação societária de incorporação, atribuindo a esta a natureza jurídica de uma simples permuta. Com efeito, importante destacar que a autoridade fiscal, em nenhum momento, afirma que não aconteceu uma incorporação de pessoa jurídica, ao contrário, o trecho acima transcrito deixa claro que a Fiscalização expressamente aponta que houve a incorporação da ONE PROPERTIES.

(...)

O ponto central do trabalho da Fiscalização foi averiguar as consequências tributárias da incorporação da ONE PROPERTIES pela BR PROPERTIES. Ao analisar o tema, a autoridade fiscal concluiu que houve uma alienação de ativos, que consistiu na venda das ações da ONE PROPERTIES para a BR PROPERTIES – a qual assumiu a posição de adquirente.

(...)

A permuta a que se refere o Termo de Verificação Fiscal é evidenciado, principalmente, pela situação da alienante e da adquirente. Percebam, Srs. Conselheiros, que o BANCO PACTUAL entregou ações da ONE PROPERTIES na expectativa de receber ações da BR PROPERTIES, o que demonstra a clara intenção de trocar um ativo por outro. Quando se agrega o elemento "valor da operação" à intenção de trocar ativos é que sobressai a figura do ganho de capital em potencial, pois há grande probabilidade de o valor de mercado, atribuído ao bem a ser alienado, corresponder a um acréscimo patrimonial para o alienante.

Diante desse quadro entendo fundamental que sejam analisadas as seguintes questões: A substituição de ações ocorrida na Recorrente pode ser analisada, destacadamente, como permuta? Os efeitos jurídicos fiscais atribuíveis as operações de incorporação de sociedade e permuta são os mesmos? A Recorrente utilizou dos efeitos fiscais inerentes à permuta? É possível falar em realização na renda na operação de incorporação de sociedades?

Como visto, a premissa essencial utilizada nas manifestações da fiscalização, DRJ e da PGFN, é a de que, para os acionistas (Recorrente, no caso), a operação de incorporação da empresa ONE PROPERTIES pela BR PROPERTIES configura uma permuta e, sendo assim, admitiria a tributação do ganho de capital. Haveria uma separação na análise da operação, pois do ponto de vista do acionista ela deveria ser considerada como uma permuta. Confira-se o trecho do TVF:

“não se está aqui descaracterizando a incorporação de sociedade. É claro que a BR Properties S/A substituiu a One Properties S/A em direitos e obrigações. Isso é fato. No entanto, a figura dos sócios não se confunde com a da sociedade. Para os sócios da One Properties ocorre, verdadeiramente, uma permuta de ações (...) apenas reconheceu-se o

fenômeno econômico ocorrido em relação ao patrimônio dos sócios, que tiveram uma verdadeira permuta.

No entanto, entendo que não é possível fazer essa equiparação, pois, para isso, deveria ser comprovada a simulação na operação de incorporação de sociedades o que não foi aventado em nenhum momento. Isso porque, a substituição de ações ocorrida nos acionistas é efeito próprio da incorporação, inexistindo outra causa jurídica para tanto.

O contrato de permuta pressupõe a troca de dois bens diferentemente da compra e venda em que ocorre a troca de um bem por dinheiro. Sendo assim, na permuta, os acionistas trocam suas participações de forma que cada um deles termina por ser acionista da outra sociedade, deixando, assim, de fazer parte da sociedade que antes fizera parte.

Não é possível, portanto, admitir que se isole os efeitos jurídicos da operação em relação aos acionistas e a caracterize como uma permuta, pela singela razão de que a caracterização jurídica da permuta, como troca de bens, não está configurada na hipótese dos autos.

Além disso, é importante destacar que a Recorrente, ao identificar e registrar a operação como incorporação de sociedades assumiu todos os efeitos jurídicos daí decorrentes. Na hipótese dos autos, não ocorreu o aproveitamento dos efeitos fiscais benéficos da sua caracterização como permuta, tanto assim que, como bem destaca a Recorrente, diante do disposto no artigo 514 do RIR/99, a One Properties deixou de aproveitar aproximadamente R\$ 1.136.144.040,02 que, em caso de permuta, poderiam continuar sendo compensados com lucros futuros. Tal situação evidencia que a incorporação discutida ocorreu formal e materialmente, uma vez que seus efeitos práticos foram integralmente reconhecidos pelas partes.

Uma vez identificada a impossibilidade da segregação da natureza jurídica da operação em relação aos acionistas, é importante analisar se a incorporação pode ser tratada como hipótese de alienação do investimento na sociedade incorporada e, assim, dar origem a tributação do ganho de capital em discussão.

O elemento essencial na operação de incorporação de sociedade é a sucessão universal de direitos e obrigações. Sendo assim, a substituição de ações ocorre sem solução de continuidade ou interrupção de vínculo por parte do acionista. Vale dizer, a aplicação do capital pelos acionistas da incorporada não é afetada pela incorporação, como esclarece PONTES DE MIRANDA:

Quer na transformação, quer na incorporação, que na fusão tal como as concebe o direito brasileiro, como tipos (sem que isso afaste outras manifestações de vontade diferentes), há a persistência do vínculo social. **A finalidade da lei foi regular tais operações sem solução de continuidade que abrisse abismo entre o ontem e hoje (...) há continuidade da forma e de vínculo social para uma das sociedades**, vínculo social que cresceu, e a extinção de outra ou de outras sociedades em virtude da absorção dessa, ou dessas, na terceira, os vínculos sociais se fazem em vínculo social único, que se insere na sociedade

nova (MIRANDA, Pontes – *Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo LI, Direito das Obrigações*, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 120) (grifamos)

A inexistência da solução de continuidade na operação de incorporação de sociedades é fundamental na análise da situação ora discutida, pois tal situação denota ausência do elemento imprescindível na tributação da renda decorrente do ganho de capital, qual seja, sua realização. Isso porque, como esclarece EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO:

As normas sobre tributação dos ganhos de capitais obtidos por pessoas jurídicas adotaram – desde o advento do Decreto-lei nº 1.598/77 – a decisão de exigir o tributo apenas e tão somente nos casos em que se verificar a realização da renda. Logo, para fins de aplicação das normas tributárias, neste campo, não basta que as receitas sejam consideradas ganhas; é imprescindível que tenham sido consideradas realizadas. A tributação com base na renda realizada advém da aplicação das normas dos arts. 43 e 44 do CTN, de modo que a tributação não pode “avançar” sobre parcelas que não derivam de renda disponível.

Em resumo, **a lei brasileira permite que a tributação recaia sobre renda simplesmente ganha; todavia, no caso de ganhos de capital obtidos por pessoas jurídicas, a mesma lei estipula que a tributação ocorre apenas nas circunstâncias em que houver a realização, que, no caso, requer o recebimento em moeda sonante ao, ao menos, bens equivalentes a caixa de acordo com a qualificação dada pelas normas contábeis.** (FILHO ANDRADE, Oliveira Edmar – *Imposto de Renda das Empresas*, São Paulo, 13ª edição, 2018, ed. Atlas)

A inexistência de realização da renda nas hipóteses de incorporação também já foi reconhecida pela RFB no item 2.1 do Parecer Normativo CST 6/85 e por este Conselho no julgamento do Acórdão nº 108-07.793, abaixo transcritos:

Parecer Normativo CST 6 de 31/07/1985

1. *Pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real indagam se, nos casos de incorporação, fusão e cisão de empresas:*

a) *a sucedida é obrigada a efetuar a correção monetária, na data da sucessão, dos direitos e bens registrados em investimentos e no imobilizado, que estiverem sendo vertidos para o patrimônio da sucessora; (...)*

2. *Correção monetária*

O [Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983](#), em seu art. 18, determina que os bens do ativo imobilizado e os valores registrados em conta de investimento, baixados no curso do exercício social, serão corrigidos até o mês da baixa.

2.1. *Segundo entendimento consagrado em atos normativos da Secretaria da Receita Federal, nos casos de incorporação, fusão e cisão não acontece descontinuidade na vida das empresas, tendo em vista que as obrigações tributárias das sucedidas continuam a ser cumpridas pelas sucessoras, como se não houvesse alteração nas firmas ou sociedades. Não há, a rigor, baixa de bens e direitos de um patrimônio e ingresso em outro, mas, sim, a transposição de patrimônio de uma para outra pessoa jurídica, que sucede a primeira nos direitos e obrigações.* Ante isso, é inaplicável as disposições do art. 18 do [Decreto-Lei nº 2.065/83](#) nos casos de incorporação, fusão e cisão. (grifamos)

ACORDÃO Nº 108-07.793

INCORPORAÇÃO - DESÁGIO OBTIDO PELA EMPRESA INCORPORADA - MOMENTO DA REALIZAÇÃO - *Difere-se a sucessão por incorporação da simples alienação de participação societária, **não se verificando naquela a realização, no momento da incorporação, do valor do deságio obtido pela incorporada na aquisição de investimento.**(grifamos)*

A própria RFB reconhece no item 578 do “Perguntas e Respostas” do ano de 2022 nas hipóteses de incorporação, fusão e cisão não há descontinuidade na vida das empresas e por isso não ser caracterizadas como alienação. Confira-se

SUBSTITUIÇÃO DE AÇÕES - CISÃO, FUSÃO OU INCORPORAÇÃO

578 — Qual é o tratamento tributário na substituição de ações ocorrida em virtude de cisão, fusão ou incorporação?

A substituição de ações, na proporção das anteriormente possuídas, ocorrida em virtude de cisão, fusão ou incorporação de sociedade, pela transferência de parcelas de um patrimônio para o de outro, não caracteriza alienação para efeito da incidência do imposto sobre a renda.

A data de aquisição é a de compra ou subscrição originária, não tendo havido emissão ou entrega de novos títulos representativos da participação societária.

Atenção:

O montante das novas participações societárias deve ser igual ao custo de aquisição da participação societária originária.

(Parecer Normativo CST nº 39, de 1981)

Além disso, é importante observar que todas as decisões do CARF citadas pela decisão recorrida, referem-se à operação de incorporação de ações. Todavia, inobstante a similitude do nome, as mencionadas operações são distintas do ponto jurídico e fiscal. Tal fato também é reconhecido pela própria Receita Federal do Brasil que no item seguinte do Perguntas e Respostas acima transcrito, trata da operação de incorporação de ações, para determinar que nesta operação, ao contrário da incorporação de sociedades, haveria a tributação pelo imposto de renda:

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

579 – Qual é o tratamento tributário na incorporação de ações?

Na operação de incorporação de ações, uma companhia incorpora a totalidade das ações de outra, sendo que esta última não se extingue, continuando a ter direitos e obrigações. A incorporadora passa a ser a única acionista da companhia cujas ações forem incorporadas. Não há incorporação de uma sociedade pela outra, mas de elemento patrimonial, representado pelas ações incorporadas, cujos títulos farão parte do ativo da incorporadora.

Assim sendo, na operação de incorporação de ações, a transferência destas para o capital social da companhia incorporadora caracteriza alienação cujo valor, se superior ao indicado na declaração de bens da pessoa física que as transfere, é tributado pela diferença a maior, como ganho de capital, na forma da legislação.

(Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 252; Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, art. 3º; Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 23; e Instrução Normativa SRF nº 84, de 2001, arts. 2º, 3º, 16, 27 e 30; e Solução de Consulta Cosit nº 224, de 14 de agosto de 2014)

Verifica-se, assim, que a própria RFB reconhece que a incorporação de sociedades não se confunde com a incorporação de ações. Sendo assim, as discussões relativas à equiparação da incorporação de ações ao negócio de permuta ou aumento de capital não se aplicam ao presente caso.

Mesmo que se pudesse fazer a equiparação pretendida pela fiscalização e pela decisão recorrida, não seria possível admitir a realização da renda na hipótese dos autos, em razão da ausência de liquidez. Como observa EMMNAUEL GARCIA ABRANTES, em obra dedicada ao tema da realização da renda na pessoa jurídica:

Conquanto possa ser identificado em nível constitucional, o conteúdo que se pode extrair do princípio da realização neste nível é limitado e orienta três elementos principais e indispensáveis para que a renda seja considerada como disponível: *mensurabilidade, liquidez e certeza*

A *mensurabilidade* seria uma decorrência do princípio da praticidade, e determinaria que a tributação da renda deve se limitar a fatos passíveis de mensuração monetária, exigindo a comprovação, direta ou indireta, do valor econômico atribuído a determinada renda. A *liquidez* seria exigência derivada da própria noção de capacidade contributiva, que indica que o tributo a ser recolhido aos cofres públicos deve ser extraído da própria materialidade econômica a ser tributada. Por fim, tanto a liquidez quanto a mensurabilidade são graduadas conforme um terceiro elemento, a *certeza* que decorre do princípio da segurança jurídica e exige um alto grau de definitividade para que a renda possa ser tributada, afastando-se situações em que existem dúvidas relacionadas à efetiva possibilidade de recebimento da renda. (ABRANTES, Emmanuel Garcia – *A Realização da Renda da Pessoa Jurídica – novas impressões sobre o conceito de aquisição da disponibilidade econômica da renda*, ed. Instituto Brasileiro de Direito Tributário, Série Doutrina Tributária, vol. XLIV, São Paulo, 2021, p.169

A exigência do requisito da liquidez para ocorrência do fato gerador do imposto de renda também foi reconhecida pelo CARF no julgamento do Acórdão 101-93103, cuja ementa é a seguinte:

IRPJ – DEDUTIBILIDADE DE PROVISÕES - Na determinação do lucro real somente são dedutíveis as provisões expressamente autorizadas na legislação tributária. Inexiste autorização legal para a dedução de provisões constituídas para pagamento, por empresa de transporte aéreo, de despesas com manutenção e reparo de aeronaves e equipamentos de voo.

IRPJ - INDENIZAÇÃO - **O fato gerador se dá no momento da disponibilidade jurídica, assim não podendo ser entendido o transitado em julgado, mas sim a efetiva liquidação.** (grifamos)

Do voto do Conselheiro Relator Celso Alves Feitosa, destaca-se o seguinte trecho:

Acontece que a **disponibilidade jurídica referida no artigo 43 do CTN, para ser considerada como fato gerador do imposto de renda, há de ser líquida e certa.** Uma **disponibilidade jurídica líquida, isto é, que dependa de concordância do devedor, ainda que decorrente de uma ação judicial, que possa ser resistida e eventualmente modificada em seu quantum, é certa quanto ao direito declarado, mas ilíquida quanto ao seu valor.** Como o tributo devido incide sobre o valor e não sobre o direito abstrato, declarado, reconhecido, resta evidente que em caso como o dos autos a disponibilidade jurídica eleita pelo legislador para reconhecer nascido o fato gerador do imposto de renda não nasce tão só com o trânsito em julgado da ação de conhecimento ainda que condenatória. (grifamos)

No entanto, pelo resumo relativo às ações da BR Properties juntado às fls. 948 a média de ações negociadas é de aproximadamente 1,2 milhão. Confira-se:

17 Jan. 2018
 Cód.: BRPR3.SA
 Mercado: Bovespa
 Tipo: Ação
 Descrição: BR PROPERT ON
 Isin: BRBRPRACNOR9

Histórico de Cotações: De 20 de March de 2012 a 29 de May de 2012

Data/Hora	Cotação	Mínima	Máxima	Varição	Varição (%)	Volume
29/05/2012	23,55	22,9	23,96	0,28	1,2	2.093.400
28/05/2012	23,27	22,4	23,27	0,77	3,42	344.800
25/05/2012	22,5	21,53	22,78	0,06	3,02	815.300
24/05/2012	21,84	21,44	22,4	-0,26	-1,18	2.051.700
23/05/2012	22,1	21,86	22,51	-0,4	-1,78	1.050.400
22/05/2012	22,5	22,31	22,6	-0,08	-0,35	1.319.000
21/05/2012	22,58	22,03	22,68	-0,02	-0,09	1.196.300
18/05/2012	22,6	22,22	22,93	-0,4	-1,74	2.683.500
17/05/2012	23	22,51	23,24	0,2	0,88	1.586.600
16/05/2012	22,8	22,53	24,03	-0,5	-2,15	1.966.900
15/05/2012	23,3	22,8	23,69	-0,11	-0,47	1.020.000
14/05/2012	23,41	23,18	23,8	-0,24	-1,01	757.400
11/05/2012	23,65	23,34	23,75	0,35	1,5	477.600
10/05/2012	23,3	23,3	23,81	0	0	541.400
09/05/2012	23,3	23,3	24,04	-0,55	-2,31	1.261.100
08/05/2012	23,85	23,13	24,38	0,15	0,63	1.284.900
07/05/2012	23,7	23,35	23,99	-0,15	-0,63	1.304.400
04/05/2012	23,85	23,3	25,51	0,25	1,06	1.855.700
03/05/2012	23,6	23,34	23,67	0	0	605.600
02/05/2012	23,6	23,13	23,85	0,15	0,64	774.900
01/05/2012	23,65	23,65	23,65	0	0	0
30/04/2012	23,65	23,32	23,8	0,02	0,08	915.800
27/04/2012	23,63	22,61	23,65	0,65	2,83	1.137.000
26/04/2012	22,98	22,12	23,42	0,47	2,09	842.200
25/04/2012	22,51	21,65	22,77	0,51	2,32	1.392.400
24/04/2012	22	22	22,94	-0,65	-2,87	585.800
23/04/2012	22,65	22,22	23,19	-0,05	-0,22	224.600
20/04/2012	22,7	22,35	23,3	-0,3	-1,3	537.300
19/04/2012	23	22,48	23,28	0,52	2,31	972.300
18/04/2012	22,48	22	22,48	0,36	1,63	1.070.000
17/04/2012	22,12	21,93	22,77	-0,36	-1,6	813.400
16/04/2012	22,48	22,34	22,92	0,04	0,18	435.500
13/04/2012	22,44	22,27	22,9	-0,41	-1,79	520.600
12/04/2012	22,85	22,37	23	0,05	0,22	848.900
11/04/2012	22,8	22,3	23,3	-0,28	-1,21	16.953.000
10/04/2012	23,08	23,02	23,58	-0,17	-0,73	830.200

09/04/2012	23,25	23,03	23,86	-0,45	-1,0	876.200
06/04/2012	23,7	23,7	23,7	0	0	0
05/04/2012	23,7	23,63	24,04	-0,18	-0,75	1.134.800
04/04/2012	23,88	23,43	24,2	-0,02	-0,08	651.700
03/04/2012	23,9	23,73	24,14	0	0	498.500
02/04/2012	23,9	23,24	24,27	0,48	1,98	1.143.900
30/03/2012	23,44	23,1	23,83	-0,06	-0,26	2.039.000
29/03/2012	23,5	23	23,89	0,14	0,8	1.224.700
28/03/2012	23,36	23,08	23,56	0,01	0,04	898.300
27/03/2012	23,35	23,35	24,5	-0,65	-2,71	566.700
26/03/2012	24	23,4	24	0,5	2,13	327.900
23/03/2012	23,5	23,34	23,89	-0,33	-1,38	639.000
22/03/2012	23,83	23,39	24,37	0,02	0,08	920.500
21/03/2012	23,81	23,06	23,89	0,76	3,3	1.354.300
20/03/2012	23,05	22,62	23,37	0,08	0,35	758.100

Fonte: Thomson Reuters

Volume Total	66.100.500
Número de dias	51
Média diária	1.296.088

De acordo com o TVF a Recorrente recebeu 87.612.575 da BR Properties. Dessa forma, correta alegação da Recorrente quanto à ausência de liquidez, pois esse volume ultrapassa o número total de ações negociadas por dia em mais de 67 vezes. Vale dizer, caso quisesse vender todas suas ações em bolsa no mesmo dia não conseguiria.

Além disso, o artigo 21 da Lei nº 9.249/95 (em vigor à época das operações) permitida a avaliação dos bens da sociedade incorporada a valor contábil ou de mercado. Caso realizada a avaliação a valor de mercado, poderia se questionar o surgimento do ganho de capital tributável para a sociedade incorporada. Vale dizer, a legislação permitia que pudesse ser feita a valor contábil ou de mercado, como esclarece RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA:

Como se viu em XVI.2, uma das exigências legais para a fusão, incorporação ou cisão é a avaliação do patrimônio líquido da pessoa jurídica a ser sucedida, o qual pode ser efetuado com base no valor dos livros (valores contábeis) ou por qualquer outro critério, inclusive o de mercado.

Isto foi assim, para fins de IRPJ, até 1995, pois depois o art. 21 da Lei nº 9.249 passou a **prever que o ativo da pessoa jurídica a ser fusionada, incorporada ou cindida pode ser avaliado pelo valor contábil ou de mercado**, o que exclui outros critérios.

Esse dispositivo legal não determina em geral o que fazer com as diferenças entre o valor contábil e o valor de mercado, caso adotado esse critério, apenas prevendo um tratamento específico no caso de a pessoa jurídica fusionada, incorporada ou cindida ser tributada pelo lucro presumido ou pelo lucro arbitrado.

Neste caso, ele determina que seja adicionada à base de cálculo do imposto, como ganho de capital a diferença entre o valor de mercado e o custo de aquisição, deste deduzidas as depreciações, amortizações e exaustões, ainda que não tenham sido contabilizadas.

Nos demais casos, portanto, como de tributação com base no lucro real, a mais valia entre o valor contábil e o valor de mercado, sendo este adotado na avaliação, deve receber o tratamento de reavaliação. (OLIVEIRA, Ricardo Mariz – *Fundamentos do Imposto de Renda*, ed. Quartier Latin, São Paulo, p. 919/920)

No entanto, este ganho de capital (eventualmente apurado) não era dos acionistas (Recorrente) e não decorria da incorporação, mas do fato de haver uma espécie de “reavaliação”

dos ativos da incorporada. Todavia, como já dito, na hipótese dos autos a incorporação foi feita avaliação contábil não se aplicando, portanto, essa norma específica.

Além disso, mesmo que se pudesse equiparar a operação de incorporação de sociedade à permuta

3) CONCLUSÃO

Em face do exposto dou provimento ao recurso.

Caso seja negado provimento ao pedido principal imprescindível a análise do pedido subsidiário no qual a Recorrente alega incorreções na apuração da base de cálculo. Essas incorreções decorreriam da utilização da avaliação a valor justo das ações da BR Properties o qual não poderia ser utilizado para fins fiscais e incorreta apuração do custo de aquisição, uma vez que a data base do valor contábil do investimento avaliado pelo MEP foi de nove meses antes da data do evento de incorporação, além de ter ignorado o ágio registrado pelo Recorrente em relação ao investimento na incorporada.

Em relação à primeira incorreção (utilização da avaliação à valor justo) a Recorrente aponta três objeções:

- a) a BR PROPERTIES tratou da incorporação da ONE PROPERTIES como combinação de negócios e tal método de avaliação somente teve fins contábeis e foi utilizado apenas pela BR PROPERTIES e não pelos acionistas que é o caso da Recorrente que não fez parte daquela combinação de negócios;
- b) não estava sujeita ao CPC nº15, que define a Combinação de Negócios, pois estava sujeito ao COSIF;
- c) estava em vigor o Regime Tributário de Transição – RTT que neutralizava os efeitos contábeis IFRS. Para fins tributáveis, as normas fiscais aplicadas eram as vigentes em 31/12/2007. Assim, o valor a ser aplicável deveria ser aquele registrado contabilmente.

Com efeito, como bem aponta o Recorrente, mesmo naquelas operações em que se reconhece a ocorrência do ganho de capital na permuta de ações, a jurisprudência deste Conselho não utiliza para sua mensuração do valor justo e sim da diferença apurada entre o valor contábil como se verifica pelo acórdão nº 9101-002.172 abaixo transcrito:

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

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

No voto do Conselheiro Relator MARCO AURÉLIO PEREIRA VALADÃO fica claro que a base de cálculo utilizada se refere ao valor a ser contabilizado. Confira-se:

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

Pois a permuta é uma forma de alienação do bem permutado e quando o bem recebido **em troca tem um valor a ser contabilizado maior** que o valor registrado do bem permutado, há que ser reconhecido o ganho de capital e devidamente tributado, conforme se demonstra a seguir (...) **o que se tem é o custo contábil do ativo alienado, conforme regulado na contabilidade**, em confrontação com o valor do ativo adquirido (seu custo de aquisição) e disto resulta uma diferença – é sobre esta diferença que se está a discutir. (grifamos)

Os artigos 15 e 16 da Lei nº 11.941/09, ao tratarem do Regime Tributário de Transição – RTT, deixam clara a neutralidade tributária dos referidos conceitos:

Art. 15 – Fica instituído o Regime Tributário de Transição – RTT de apuração do lucro real, que trata dos ajustes tributários decorrentes dos novos métodos e critérios contábeis introduzidos pela Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e pelos arts. 37 e 38 desta Lei.

§1º O RTT vigorará até a entrada em vigor de lei que discipline os **efeitos tributários dos novos métodos e critérios contábeis, buscando a neutralidade tributária.**

(...)

Art. 16 – As alterações introduzidas pela Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e pelos arts. 37 e 38 desta Lei **que modifiquem o critério de reconhecimento de receitas, custos e despesas computadas na apuração do lucro líquido do exercício** definido no art. 191 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, **não terão efeitos para fins de apuração do lucro real da pessoa jurídica sujeita ao RTT, devendo ser considerados, para fins tributários, os métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007**(grifamos)

Mesmo depois da revogação do RTT pela Lei nº 12.973/14, eventual ganho de valor justo teria sua tributação diferida para o momento da efetiva realização do ganho, nos termos do artigo 13 da Lei nº 12.973/14.

Correta, portanto, a alegação da Recorrente quanto a impossibilidade de utilização, como base de cálculo do ganho de capital, do valor justo da BR PROPERTIES, o qual, por força dos dispositivos acima mencionados, não pode ser utilizado para fins fiscais. Além disso, todas as informações relativas ao valor justo foram publicadas pela BR Properties à qual se submetia ao disposto no Pronunciamento nº 15 (Combinação de Negócios) do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC).

Essa forma de contabilização, no entanto, foi adotada apenas pela BR Properties. Para a Recorrente não houve registro de valor justo das ações da BR Properties, pois não houve combinação de negócios. Inclusive porque, no caso específico da Recorrente, o CPC nº 15 não seria aplicável, uma vez que, na qualidade de instituição financeira está sujeita apenas aos padrões contábeis do COSIF.

Além disso, também entendo corretas as alegações da Recorrente quanto as incorreções na apuração do custo de aquisição, uma vez que a data base do valor contábil do investimento avaliado pelo MEP foi de nove meses antes da data do evento de incorporação, além de ter ignorado o ágio registrado pelo Recorrente em relação ao investimento na incorporada.

Isso porque, conforme se verifica pelo artigo 427 do RIR/99, abaixo transcrito, a avaliação pelo MEP deve tomar como base o balancete levantado na data do evento ou até trinta dias antes. Confira-se:

Art. 427 – A baixa de investimento relevante e influente em sociedade coligada ou controlada deve ser precedida de avaliação pelo valor do patrimônio líquido, com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada, **levantado na data da alienação ou liquidação até trinta dias, no máximo, antes dessa data.** (grifamos)

Diante do exposto, o valor do investimento do Recorrente na incorporada (ONE PROPRIETIES) deveria tomar por base o valor do patrimônio líquido dessa sociedade em 29/03/2012. Todavia, a autoridade fiscal utilizou do patrimônio líquido indicado no Protocolo de Justificação da Incorporação, cuja referência é o laudo de avaliação preparado para fins de incorporação cuja data base é 30/06/2011.

Além dos equívocos apontados quanto ao valor de avaliação, a autoridade teria cometido equívoco na apuração do custo de aquisição. Isso porque a autoridade fiscal teria considerado que *“é correto considerar como custo, para efeito de cálculo do ganho de capital do BTG, o valor da participação societária no patrimônio líquido de ONE no momento da aquisição do investimento, em 29/03/2012, de R\$ 1.158.874.886,54 (1.717.106.069,85 x 67,49%)”*

A Recorrente alega que o valor do investimento do Recorrente na One Properties deveria tomar por base o valor do patrimônio líquido contábil dessa sociedade em 29/03/2012 que totalizava R\$ 1.110.744.110,54 (nos termos do art. 427 do RIR/99), ao invés do valor do patrimônio líquido indicado no protocolo de justificação de Incorporação, cuja referência é o laudo de avaliação preparado para fins da incorporação com data base de 30/06/2011, ou seja, nove meses antes da data do evento.

Correta a alegação da Recorrente. Isso porque de acordo com o artigo 427 do RIR/99, a baixa de investimentos em controladas deve ser precedida de avaliação pelo MEP com base em balancete levantado na data do evento ou até trinta dias antes. Confira-se:

Art. 427. A baixa de investimento relevante e influente em sociedade coligada ou controlada deve ser precedida de avaliação pelo valor do patrimônio líquido, com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada, **levantado na data da alienação ou liquidação ou até trinta dias, no máximo, antes dessa data** (Lei nº 7.799, de 1989, art. 27, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 4º) (grifamos)

Além do erro acima apontado, a autoridade fiscal aplicou o percentual de participação do Recorrente no capital social da One Properties sobre o patrimônio líquido dessa sociedade sem levar em consideração o ágio registrado pelo Recorrente em relação ao investimento, o qual faz parte inseparável do custo de aquisição para fins do ganho de capital.

De fato, o artigo 426, II do RIR/99 estabelece o valor do patrimônio para determinação do ganho de capital avaliado pelo patrimônio líquido deve considerar o ágio na aquisição do investimento. Confira-se:

Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;

III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior

Diante do exposto, caso seja necessária a análise do pedido subsidiário entendo que o processo deve ser baixado em diligência para que a autoridade fiscal esclareça os seguintes pontos:

- a) Qual o valor foi atribuído às ações da BR Properties recebidas pelo Recorrente conforme registrado por ele contabilmente?
- b) Qual a diferença entre o valor contábil do investimento na BR Properties (recebido pela Recorrente) e o valor contábil do investimento na One Properties baixado pelo Recorrente.
- c) Qual o valor contábil do investimento baixado em decorrência da incorporação considerando o ágio registrado em relação ao investimento?
- d) Qual o valor do imposto de renda devido considerando as informações constantes nos itens anteriores?
- e) Elaborar relatório conclusivo do qual deve ser intimada a Recorrente para, querendo, se manifestar no prazo de 30 dias.

DA MULTA ISOLADA

Relativamente à infração “multa isolada por falta ou insuficiência de recolhimento de estimativas mensais”, tendo em vista a omissão sobre a matéria no voto da Relatora original, manifesto-me e voto, entendendo pelo provimento do recurso voluntário.

Defende a Recorrente que ao cumular a multa de ofício com a multa isolada no mesmo lançamento, o Fisco pune a Recorrente duas vezes pelo mesmo ilícito tributário, ocorrendo o chamado “bis in idem”.

Ocorre que o Código Tributário Nacional dispõe em seu artigo 112 que a lei tributária que comine penalidades deve ser interpretada de maneira mais favorável ao acusado (contribuinte) na hipótese de existir dúvida quanto à capitulação legal do fato ou quanto às suas circunstâncias materiais ou extensão dos seus efeitos.

Assim, em se tratando de contribuinte inserido na sistemática do Lucro Real Anual, o IRPJ e CSLL são apurados no final do ano (em 31/12), momento no qual opera-se o aspecto temporal e, conseqüentemente, a obrigação de calcular o tributo efetivamente devido sobre suas materialidades.

Nesse cenário, o CARF consolidou entendimento, por meio da Súmula nº 82, no sentido de que “após o encerramento do ano-calendário, é incabível lançamento de ofício de IRPJ ou CSLL para exigir estimativas não recolhidas”.

Desta maneira, entendo que a multa isolada ora em discussão, por ter sido cobrada diretamente sobre as estimativas mensais apuradas não se sustenta diante do princípio da legalidade.

A C. Câmara Superior já decidiu nesse mesmo sentido quando do Acórdão nº 9101-00.520 (Sessão de 26/01/2010), que restou assim ementado:

CSLL. MULTA ISOLADA. Encerrado o período de apuração do tributo, a exigência de recolhimentos por estimativa deixa de ter eficácia, uma vez que prevalece a exigência do tributo efetivamente devido apurado com base no lucro real e, dessa forma, não comporta a exigência da multa isolada pela ausência de base imponible, sobretudo quando apurado prejuízo fiscal e base negativa do tributo.

Desta maneira, entendo que a multa isolada pode ser exigida sobre eventuais estimativas apenas no curso do ano calendário e uma vez findo o período de apuração, deve ser exigida sobre o montante de IRPJ/CSLL efetivamente devidos, tomando como base o final do período de apuração.

Entendo que não pode a contribuinte ser punida novamente pela mera prorrogação da mesma conduta.

Conforme mencionado, não se pode permitir a exigência de débitos de estimativas mensais após o encerramento do respectivo ano-calendário.

De fato, o mecanismo de recolhimento por estimativa mensal prevê que, ao final do exercício, o contribuinte deve apurar o Lucro Real (Ajuste) – e, conseqüentemente, a CSLL

efetivamente devida – e deduzir do tributo apurado os valores já recolhidos ao longo do exercício a título de antecipação (estimativas), de modo a averiguar a eventual existência de saldo de imposto a pagar ou de saldo negativo de CSLL, hipótese essa em que apurará crédito passível de compensação com quaisquer outros débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Isso significa que o inadimplemento dos pagamentos antecipados não implica, necessariamente, existência de débitos de CSLL a serem exigidos pelo Fisco, porquanto o contribuinte, ao apurar a CSLL, no momento do ajuste anual, poderá constatar que teve prejuízo no exercício ou que os demais pagamentos efetuados a título de estimativas mensais foram suficientes para extinguir integralmente a CSLL apurado naquele ano calendário.

De fato, as estimativas mensais são antecipações de um tributo (CSLL) que poderá ser devido no encerramento do respectivo ano-calendário. Assim, encerrado o período de apuração, a exigência do recolhimento por estimativas deixa de ter eficácia, uma vez que efetivado o ajuste pertinente à existência (ou não) de tributo devido, apurado com base no lucro real ao final do ano calendário.

Entendo que as estimativas mensais se configuram obrigações autônomas que não se confundem com a obrigação tributária decorrente do fato gerador anual e que, depois do encerramento do ano-calendário, não há lugar para exigência de estimativas eventualmente inadimplidas pelo contribuinte, tampouco de eventual multa por não recolhimento, uma vez que essa já será aplicada em relação a mesma conduta em relação ao não recolhimento no ajuste anual, como ocorreu no caso concreto.

Entendo, portanto, que merece ser reconhecido, no caso em tela, a impossibilidade da exigência das estimativas mensais de CSLL.

Diante o exposto, voto por i) dar parcial provimento ao Recurso Voluntário no sentido de afastar somente a multa por estimativa;

Assinado Digitalmente

Ricardo Piza Di Giovanni

VOTO VENCEDOR**Conselheiro Paulo Mateus Ciccone - Redator Designado**

O Colegiado, pelos votos dos Conselheiros Alexandre Iabrudi Catunda, Rafael Zedral e do Presidente Paulo Mateus Ciccone, neste caso, pelo voto de qualidade, na forma do artigo 1º, da Lei nº 14.689, de 20/09/2023 e artigo 25, § 9º, do PAF (Decreto nº 70.235 de 1972), divergiu do entendimento da Ilustre Relatora original, Junia Roberta Gouveia Sampaio (e dos Conselheiros Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Alessandro Bruno Macêdo Pinto, que a acompanharam) em relação:

1. **à primeira infração - omissão de receitas não operacionais – ganho de capital - e,**
2. **à segunda, que tratava do pedido subsidiário da recorrente de que haveria incorreções na base de cálculo.**

Igualmente houve divergência pelo voto qualificado em relação à terceira matéria (abaixo discriminada), neste caso vencidos o Relator Ad Hoc Ricardo Piza Di Giovanni (que se manifestou neste tema, por não ter sido tratado pela Relatora original) e os Conselheiros Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Alessandro Bruno Macêdo Pinto, que davam provimento ao recurso voluntário, afastando a tributação em relação:

3. **à terceira infração – multa isolada por falta ou insuficiência de recolhimentos de estimativas mensais de IRPJ e de CSLL.**

Resumindo, foi negado provimento integral ao recurso voluntário, com manutenção dos lançamentos, ratificando-se a decisão recorrida.

Como se vê no relato do voto e nos documentos encartados, a Fiscalização alinhavou entendimento de que teria havido ganho de capital na incorporação de sociedade com permuta de ações, infração apurada pelo confronto entre o valor recebido das ações da incorporadora a valor justo e o valor de patrimônio líquido na aquisição do investimento das ações incorporadas. A diferença positiva entre o preço efetivo da operação e o respectivo custo de aquisição das ações constituiria, na ótica fiscal, ganho de capital passível de tributação pelo imposto sobre a renda, com reflexo na CSLL.

Na sequência, houve imputação de insuficiência de recolhimentos de estimativas mensais de IRPJ e de CSLL, com aplicação da multa isolada.

A posição da Fiscalização foi chancelada *in totum* em 1ª Instância, com negativa de provimento à impugnação interposta pela contribuinte.

Repisando argumentos expostos na peça inaugural de defesa e acrescentando outros, a recorrente veio ao CARF visando reverter as infrações imputadas.

A Relatora original, ex-Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio, acolheu os argumentos da recorrente afastando a imposição principal, **omissão de receitas não operacionais – ganho de capital**.

Já acerca do pedido subsidiário - **incorreções na base de cálculo**, votava por converter o julgamento em diligência.

Finalmente, sobre os lançamentos de multa isolada, a Relatora original não se manifestou na minuta de voto adotada, procedimento que foi assumido pelo Relator Ad Hoc, que entendeu pelo provimento do recurso voluntário, cancelando a infração.

Postos os fatos mais relevantes, trato de cada uma das três infrações acima discriminadas, iniciando pela principal delas

PRIMEIRA INFRAÇÃO -DA OMISSÃO DE RECEITAS NÃO OPERACIONAIS – GANHO DE CAPITAL.

Os autos mostram operações de grande porte financeiro entre diversas empresas, várias delas submetidas a procedimentos fiscais por parte da Receita Federal, inclusive com processos já julgados ou em fase de julgamento no CARF, cabendo ver um breve resumo da situação fática para melhor compreensão.

DOS PARTICIPANTES

1. WTORRE PROPERTIES (depois, por ter sido incorporada, ONE PROPERTIES);
2. WTORRE S/A;
3. **BANCO BTG PACTUAL** (acionista majoritário de SAÍRA DIAMANTE - **recorrente**);
4. SAÍRA DIAMANTE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS;
5. BR PROPERTIES (incorporadora WTORRE PROPERTIES/ONE PROPERTIES);
6. ONE PROPERTIES (nova denominação social de WTORRE PROPERTIES, após ter sido incorporada por BR PROPERTIES).

DOS EVENTOS SOCIETÁRIOS

De 10 de junho de 2011 a 29 de março de 2012, as pessoas jurídicas acima promoveram a sucessivos eventos societários que culminaram, dentre outros efeitos, com a incorporação da primeira delas (WTORRE PROPERTIES, depois nominada de ONE PROPERTIES) pela quinta listada (BR PROPERTIES).

Tais eventos, embora de incontestada complexidade, podem ser sintetizados, para melhor análise, da seguinte forma:

- a) o valor do acervo da WTORRE PROPERTIES (ONE), anteriormente aos eventos aqui tratados, somava 77.800.775 ações ordinárias, no valor total de R\$ 142.143.523,72. Deste montante, 58.373.921 ações (75,03%) pertenciam à WTORRE S/A, no importe de R\$ 106.650.285,84.
- b) na mesma época, o capital social da SAÍRA foi aumentado com integralização total feita pelo BTG [ora recorrente] em bens e moeda corrente, atingindo R\$ 1.476.821.940,05.**
- c) em 22/11/2011, AGE da WTORRE PROPERTIES decidiu: c.1) pela emissão de duas novas subscrições de ações; c.2) pelo resgate de 3.631.581 ações de titularidade da WTORRE; c.3) alteração na denominação social para ONE PROPERTIES.
- d) com isso, a participação da WTORRE S/A no capital social da WTORRE PROPERTIES (depois, ONE PROPERTIES), que era de 75,03%, equivalendo a 58.373.921 ações, reduziu-se para 56.467.802 ações (72,58% x 77.800.775), ou, em linguagem monetária, R\$ 103.167.769,52 (R\$ 142.143.523,72 x 72,58%)¹.
- e) em face das duas emissões de ações autorizadas pela AGE, houve o primeiro aumento de capital da ONE PROPERTIES, totalmente integralizado pelo BANCO SANTANDER, correspondendo a 1.257.302 ações, com valor do Capital em R\$ 18.522.668,45, representado por 75.426.496 ações (74.169.194 já existentes + 1.257.302 subscritas pelo SANTANDER).
- f) a segunda subscrição, correspondendo a 75.396.333 ações foi feita por SAÍRA DIAMANTE, no valor total de R\$ 627.451.534,30
- g) na data de 29/03/2012, a ONE PROPERTIES realizou a emissão de mais ações, agora no total de 132.638.307, importando em R\$ 849.370.406,55, da mesma forma totalmente subscritas por SAÍRA DIAMANTE.
- h) com isso, o capital da ONE PROPERTIES (antiga WTORRE PROPERTIES), passou a ser constituído de 283.461.136 ações ordinárias (75.426.496 + 75.396.333 + 132.638.307 – letras “e”, “f” e “g”, acima).
- i) ações distribuídas da seguinte forma:

<u>Acionista</u>	<u>Nº Ações</u>	<u>Percentual</u>
Saíra Diamante	208.034.640	73,39%
WTORRE	57.022.301	20,12%
Santander	7.905.729	2,79%
Banco Votorantin	4.668.081	1,65%

¹Em relação a estes cálculos e valores irá se falar mais à frente.

Outros	5.830.385	2,06%
TOTAIS	<u>283.461.136</u>	<u>100,00%</u>

j) na mesma oportunidade (29/03/2012) e na mesma AGE, aprovou-se a incorporação da SAÍRA pela ONE PROPERTIES, levando à seguinte configuração societária:

<u>Acionista</u>	<u>Nº Ações</u>	<u>Percentual</u>
BTG (recorrente)	191.311.077	67,49%
Rendefeld S/A	2.499.577	0,88%
PF Diversas	14.223.986	5,02%
WTORRE	57.022.301	20,12%
Santander	7.905.729	2,79%
Banco Votorantin	4.668.081	1,65%
Outros	5.830.385	2,06%
TOTAIS	<u>283.461.136</u>	<u>100,00%</u>

- k) com essas alterações, **o acervo líquido da ONE PROPERTIES passou a ser de R\$ 1.717.106.069,85**, fruto da subscrição e integralização anteriormente feita por SAÍRA, levando a que a participação monetária do **BTG (recorrente)** fixasse-se em R\$ 1.158.874.886,54 (R\$ 1.717.106.069,85 (x) 67,49%).
- l) ato contínuo e na mesma AGE, aprovou-se que a ONE PROPERTIES fosse incorporada pela BR PROPERTIES. Neste caso, **convencionaram** os acionistas que a relação de troca entre as ações da incorporada (ONE PROPERTIES) e as da incorporadora (BR PROPERTIES) fosse feita à razão de R\$ 0,4579587164.
- m) desse modo, as **191.311.077** ações do Capital Social (67,49%) que o BTG (recorrente) detinha na ONE PROPERTIES, passaram, na BR PROPERTIES, em função do redutor acima citado, a ser 87.612.575, correspondendo a 28,28% do capital social, com a seguinte divisão e distribuição entre os acionistas desta última:

<u>Acionista</u>	<u>Nº Ações</u>	<u>Percentual</u>
Acionistas da BR PROPERTIES antes da incorporação da ONE PROPERTIES	180.003.919	58,10%
Acionistas da ONE PROPERTIES (exceto BTG e WTORRE)	16.087.063	5,19%
BTG (recorrente)	87.612.575	28,28%

WTORRE	26.113.860	8,43%
TOTAIS	309.817.417	100,00%

- n) ainda na AGE de 29/03/2012 e pelo acordo de incorporação, cada ação teve seu valor fixado em R\$ 23,50, cotação esta baseada no fechamento da ação da incorporadora nesta data, conforme apurado na Bolsa de Valores de São Paulo, de tal forma que a participação monetária da recorrente no capital social da BR PROPERTIES passou a ser de R\$ 2.058.895.512,50 (87.612.575 ações a R\$ 23,50).
- o) em consequência, o valor referido no item precedente (R\$ **2.058.895.512,50**), excluído do custo do investimento R\$ **1.158.874.886,54** (R\$ 1.717.106.069,85 (x) 67,49%), apontou, segundo a acusação do Fisco, ser incontestado que **“a troca de ações de ONE pelas de BRP originou um acréscimo patrimonial plenamente disponível para BTG, fato este subsumível à hipótese de incidência do IRPJ”**, (TVF - fls. 800) no montante de R\$ **900.020.625,96**, valor imputado como **“ganho de capital”** (AI – fls. 806/822 – IRPJ/CSLL):

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo supracitado, efetuamos o presente lançamento de ofício, nos termos dos arts. 904 e 926 do Decreto nº 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99), em face da apuração das infrações abaixo descritas aos dispositivos legais mencionados.		
RESULTADOS NÃO OPERACIONAIS		
INFRAÇÃO: OMISSÃO DE RECEITAS NÃO OPERACIONAIS		
Omissão de receitas não operacionais caracterizada pela insuficiência de contabilização, conforme relatório fiscal em anexo.		
Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2012	900.020.625,96	75,00
Enquadramento Legal		
Fatos geradores ocorridos entre Entre 01/01/2012 e 31/12/2012:		
art. 3º da Lei nº 9.249/95.		
Arts. 247, 248, 249, inciso II, 251, 278 e 288 do RIR/99		

Em suma, após todos estes fatos, a WTORRE PROPERTIES (depois ONE PROPERTIES) deixou de existir, incorporada que foi pela BR PROPERTIES e o BTG (recorrente) teve sua participação percentual de 67,49% na primeira empresa (incorporada), depois dos eventos realizados, reduzida para 28,28% na incorporadora (BR PROPERTIES).

Todavia, se percentualmente houve redução na participação, **em termos monetários isso não ocorreu**, por conta da fixação, a valor justo, do preço das ações (conforme cotação na Bolsa de Valores de São Paulo), assunto já visto atrás.

Em outro dizer, mesmo tendo sua participação reduzida em torno de 58% em números relativos, em valores absolutos houve substancial acréscimo, de R\$ 1.158 bilhões para R\$ 2,058 bilhões de reais.

Foi, pois, nesse cenário, que o Fisco realizou os lançamentos aqui apreciados (ganho de capital apurado), além dos relativos às multas isoladas por falta ou insuficiência de recolhimentos estimados mensais, surgidos exatamente por conta da infração anterior.

Irresignada a recorrente acostou extensa e bem elaborada pela recursal em 2º Grau, como já houvera feito junto à DRJ, rebatendo a posição do Fisco e a decisão *a quo*, argumentos que sensibilizaram a Relatora original, mas que foram refutados pelo voto de qualidade, cabendo a este Conselheiro externar a posição da maioria qualificada.

É disso que passo a tratar.

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADES OU INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

De plano, cabem alguns comentários sobre os dois institutos citados na abertura do tópico, nascidos na legislação comercial e societária.

A respeito, prescreve a Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A), com sua redação atualizada:

1. SOBRE A INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADES

Incorporação, Fusão e Cisão

Competência e Processo

Art. 223. A incorporação, fusão ou cisão podem ser operadas entre sociedades de tipos iguais ou diferentes e deverão ser deliberadas na forma prevista para a alteração dos respectivos estatutos ou contratos sociais.

§ 1º Nas operações em que houver criação de sociedade serão observadas as normas reguladoras da constituição das sociedades do seu tipo.

§ 2º Os sócios ou acionistas das sociedades incorporadas, fundidas ou cindidas receberão, diretamente da companhia emissora, as ações que lhes couberem.

§ 3º Se a incorporação, fusão ou cisão envolverem companhia aberta, as sociedades que a sucederem serão também abertas, devendo obter o respectivo registro e, se for o caso, promover a admissão de negociação das novas ações no mercado secundário, no prazo máximo de cento e vinte dias, contados da data da assembléia-geral que aprovou a operação, observando as normas pertinentes baixadas pela Comissão de Valores Mobiliários. [\(Incluído pela Lei nº 9.457, de 1997\)](#)

§ 4º O descumprimento do previsto no parágrafo anterior dará ao acionista direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), nos trinta dias seguintes ao término do

prazo nele referido, observado o disposto nos §§ 1º e 4º do art. 137 [\(Incluído pela Lei nº 9.457, de 1997\)](#)

Protocolo

Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá:

I - o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;

II - os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão;

III - os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores;

IV - a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra;

V - o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação;

VI - o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovados para efetivar a operação;

VII - todas as demais condições a que estiver sujeita a operação.

Parágrafo único. Os valores sujeitos a determinação serão indicados por estimativa.

Justificação

Art. 225. As operações de incorporação, fusão e cisão serão submetidas à deliberação da assembléia-geral das companhias interessadas mediante justificação, na qual serão expostos:

I - os motivos ou fins da operação, e o interesse da companhia na sua realização;

II - as ações que os acionistas preferenciais receberão e as razões para a modificação dos seus direitos, se prevista;

III - a composição, após a operação, segundo espécies e classes das ações, do capital das companhias que deverão emitir ações em substituição às que se deverão extinguir;

IV - o valor de reembolso das ações a que terão direito os acionistas dissidentes.

Transformação, Incorporação, Fusão e Cisão [\(Redação dada pela Lei nº 11.638, de 2007\)](#)

Art. 226. As operações de incorporação, fusão e cisão somente poderão ser efetivadas nas condições aprovadas se os peritos nomeados determinarem que o valor do patrimônio ou patrimônios líquidos a serem vertidos para a formação de capital social é, ao menos, igual ao montante do capital a realizar.

§ 1º As ações ou quotas do capital da sociedade a ser incorporada que forem de propriedade da companhia incorporadora poderão, conforme dispuser o protocolo de incorporação, ser extintas, ou substituídas por ações em tesouraria da incorporadora, até o limite dos lucros acumulados e reservas, exceto a legal.

§ 2º O disposto no § 1º aplicar-se-á aos casos de fusão, quando uma das sociedades fundidas for proprietária de ações ou quotas de outra, e de cisão com incorporação, quando a companhia que incorporar parcela do patrimônio da cindida for proprietária de ações ou quotas do capital desta.

§ 3º A Comissão de Valores Mobiliários estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de fusão, incorporação e cisão que envolvam companhia aberta. [\(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009\)](#)

Incorporação

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

§ 1º A assembleia-geral da companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão.

§ 2º A sociedade que houver de ser incorporada, se aprovar o protocolo da operação, autorizará seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora.

§ 3º Aprovados pela assembleia-geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação.

2. SOBRE A INCORPORAÇÃO DE AÇÕES**Incorporação de Ações**

Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da 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. [\(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009\)](#)

De se ver que, embora possuam muitas semelhanças (tanto assim é que o artigo 252, que cuida da incorporação de ações, remete aos artigos 224 e 225, que tratam de incorporação de sociedades, para operacionalizar o evento incorporativo), ainda assim, repita-se, mesmo mantendo semelhanças, **possuem identidade e preceitos próprios**, inclusive em relação aos seus reflexos na esfera fiscal.

Nas suas duas peças recursais, a recorrente trouxe luzidia doutrina, assinada por grandes mestres do nosso Direito Societário e Comercial que, sem nenhuma sombra de dúvida, engrandece sua linha de pensamento e permite àqueles que já manusearam ou os que vieram a manusear estes autos, o doce saborear de cada palavra vertida e o alto grau de erudição de tão insignes doutrinadores.

Na mesma linha trilhou a acusação fiscal que igualmente lançou mão de farta doutrina pátria para defender seus argumentos.

Procedimento seguido pela relatoria de 1º Grau na mesma senda.

Em suma, a doutrina acerca da “incorporação de ações” foi substancial e irretocável.

Todavia, em que pese a possível semelhança (mas não identidade) entre os conceitos de “incorporação de sociedades e de ações”, fato é que, nestes autos, mesmo tendo as partes robustecidos seus argumentos com o doutrinamento que cerca a “incorporação de ações”, fato é que, repita-se, **NESTES AUTOS, o que tem é o fenômeno jurídico da “incorporação de sociedades”** (artigo 227, da Lei nº 6.404, de 1976) e não “incorporação de ações”, situado no artigo 252, do mesmo diploma legal.

E nem foi preciso que este Relator alertasse para isso, mas as próprias partes, a recorrente, a acusação fiscal e a DRJ, esta chancelando o entendimento do Fisco!

Veja-se:

1. Recorrente (RV - fls. 1141/1142):

68. A incorporação de sociedades não se confunde com a incorporação ações, evento estranho ao contexto fático destes autos. Por ser um instituto completamente distinto, as conclusões das decisões relativas à incorporação de ações e possíveis equiparações dessa última a um negócio jurídico de permuta ou aumento de capital em bens não são aplicáveis à incorporação de sociedades, fato reconhecido pela própria RFB na Solução de Consulta da Coordenação-Geral de Tributação (“COSIT”) nº 224/2014:

2. Fisco (TVF - 791):

Vale observar que, muito embora os entendimentos iniciais visassem à “incorporação das ações” de WTP/ONE, transformando-a em subsidiária integral de BRP, **o que se acordou e se concretizou ao final foi a incorporação da própria companhia.**

3. Acórdão de 1º Grau (fls. 1061 – Ementa):

GANHO DE CAPITAL NA INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE. PERMUTA DE AÇÕES.

O acréscimo patrimonial na permuta de ações configura-se pelo confronto entre o valor recebido das ações da incorporadora a valor justo e o valor de patrimônio líquido na aquisição do investimento das ações incorporadas. A diferença positiva entre o preço efetivo da operação e o respectivo custo de aquisição das ações constitui ganho de capital passível de tributação pelo imposto sobre a renda. Há efetiva realização de renda no momento em que a jurídica recebe as novas participações emitidas pela companhia incorporadora, tornando-se proprietário das ações.

Desse modo, ainda que se possam utilizar os argumentos direcionados para a “incorporação de ações” de forma subsidiária, **o tema central é a “incorporação de sociedade”**, como se passa a tratar.

Pois bem, que a recorrente obteve um “plus” no investimento inicial que detinha na WTORRE PROPERTIES (depois ONE PROPERTIES) da ordem de R\$ 1,158 bilhões para 2,058 bilhões, é indesmentível, acréscimo que se materializou pelo fenômeno incorporativo que levou a que a BR PROPERTIES assumisse todo o patrimônio da ONE PROPERTIES (antiga WTORRE PROPERTIES) e extinção desta última. Tal fato, igualmente é incontroverso.

Nesse tom, como se sabe, nas operações de incorporação a relação de substituição de ações toma um aspecto central, isto porque, pela determinação do valor comparativo das ações da sociedade incorporada e da incorporadora se fará a retribuição aos acionistas pelas ações extintas por eles detidas na sociedade incorporada.

Regra geral, só excepcionada em situações especialíssimas (não presentes nestes autos), essa retribuição se dá através da determinação de justa contrapartida em ações de valor equivalente na sociedade incorporadora, de modo que os acionistas que tiveram suas ações extintas não suportem quaisquer prejuízos econômicos. A verdade é que essa lógica sempre procurou preservar os direitos de minoritários em operações do gênero, que não podiam se opor à sua realização, impondo aos órgãos das sociedades envolvidas a prévia assinatura de um Protocolo de Incorporação descrevendo as condições do negócio, inclusive os critérios utilizados para determinar as relações de substituição/realização/recebimento das ações, na conformidade do art. 224 da Lei das S/A.

Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá:

I o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;

(...)

III os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores.

A leitura dos documentos que permeiam os autos mostra que referido protocolo foi devidamente cumprido e as companhias envolvidas acordaram, na AGE de 29/03/2012, que fosse fixado o valor unitário de cada ação em R\$ 23,50, cotação esta baseada no fechamento do ativo da incorporadora nesta data, conforme apurado na Bolsa de Valores de São Paulo, de tal forma que a participação monetária da recorrente no capital social da BR PROPERTIES passou a ser de R\$ 2.058.895.512,50 (87.612.575 ações a R\$ 23,50).

Fato igualmente incontroverso.

A recorrente não nega esse efeito patrimonial, mas aponta não se estar diante de qualquer liquidação do investimento, permuta, ou alienação, mas de sub-rogação de direitos, pelo que inexistiria valor tributável.

Antes de prosseguir, entendo importante tecer breves considerações sobre este instituto jurídico (sub-rogação).

Pois bem, sub-rogação real é conceito lógico-jurídico definido por Pontes de Miranda (**Tratado de Direito Privado**) como a substituição jurídica de uma coisa por outra, mantida a relação jurídica da base anterior.

Ainda na lição de Pontes de Miranda, na sub-rogação dá-se a substituição jurídica de um bem por outro de modo que o adveniente — seja de crédito, seja de indenização, seja imóvel ou móvel, que se substitui por bem da mesma ou de outra natureza — se submeta ao mesmo regime.

Em síntese, para que a sub-rogação se dê, é preciso:

- a) **que outro bem, — o novo (adveniente) — adentre ao patrimônio de onde o outro bem saiu;**
- b) **que exista patrimônio sujeito a regime próprio.**

A partir da definição ora alcançada e das ponderações adjacentes, passa-se ao exame das disposições legais acerca da incorporação de pessoas jurídicas, a fim de determinar se o art. 223 da Lei nº 6.404, de 1976, veicula hipótese de sub-rogação real, como aduzido pela recorrente.

De plano, observa-se que citado dispositivo 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 e havidos antes da comunhão conjugal são excluídos do regime jurídico que lhe é próprio. Assim, fica evidente que na incorporação de pessoas jurídicas não há regime jurídico especial a ser perenizado.

Essa percepção é corroborada pelos próprios efeitos ou resultados da incorporação de pessoas jurídicas, quais sejam: verifica-se que a substituição de ações da companhia “A” (incorporada) por ações da companhia “B” (incorporadora) **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, está-se diante de relações societárias ordinárias, **que se sucedem** em virtude do exercício regular do direito à liberdade negocial. Assim, fica claro, de plano, que **na incorporação de pessoas jurídicas não há a teleologia específica de preservação de patrimônio/relação jurídica que é fator inerente e imprescindível à sub-rogação real**.

Sintetizando, 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 mostrar que se trata do mesmo bem e impor o mesmo regime.**

Identities de valores e de regime são, pois, os dois **elementos essenciais** para que se caracterize a sub-rogação real.

Data vênua, em que pesem os robustos argumentos trazidos pela recorrente, não faço a leitura que a contribuinte fez dos fatos.

Penso que a incorporação de sociedades – lembrando que é disto que aqui se cuida – traz consigo, quando concretizada, alguns aspectos que afetam não apenas as relações comerciais entre as partes, mas, também, a esfera pública, no caso pela possível exigência de tributos que venham a incidir sobre o que resultar do evento.

No caso, é fato incontroverso, a recorrente possuía investimentos na empresa ONE PROPERTIES avaliados em R\$ 1.158.874.886,54 e, após sucessivos eventos societários, inclusive com a extinção desta pessoa jurídica pela incorporação pela BR PROPERTIES, passou a ter um NOVO investimento, agora representado por ações desta última, no montante de R\$ 2.058.895.512,50.

Em claras palavras, **extinguiu-se** o investimento na ONE PROPERTIES e **surgiu outro, não por sub-rogação de direitos, mas por realização, via extinção.**

Como bem pontuado pelo Fisco, ***“a troca de ações de ONE pelas de BRP originou um acréscimo patrimonial plenamente disponível para BTG, fato este subsumível à hipótese de incidência do IRPJ”***, (TVF - fls. 800) no montante de **R\$ 900.020.625,96**.

Foi então que, **nesse** momento, ocorreu o ganho de capital em razão de a recorrente ter:

1. se desfeito de um investimento que possuía e que era representado:

1.1) por um determinado valor.

1.2) de uma empresa;

2.recebendo:

2.1)um novo investimento,

2.2)em outra empresa,

2.3) com valores substancialmente mais elevados.

Esta a explicação sucinta da existência do ganho de capital e a base com que foi calculado (R\$ 2.058.895.512,50 – R\$ 1.158.874.886,54).

Bom registrar ainda que, **qualquer que seja o *nomen júrís* que se venha a adotar** (alienação, permuta, extinção ou liquidação de investimentos), **todos eles podem gerar eventuais ganhos ou perdas de capital, conforme consta do art. 418, do RIR/99.**

Em suma, com a incorporação e, por corolário, extinção de bem do ativo da sociedade incorporada, surge o ganho de capital a ser adicionado à base de cálculo do IRPJ, em observância à disposição contida no art. 418, §1º, do RIR/99, com supedâneo legal no art. 31 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977.

*Art. 418. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na **alienação**, na desapropriação, na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 31).*

§1º Ressalvadas as disposições especiais, a determinação do ganho ou perda de capital terá por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte e diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 31, §1º).

(...)

Conforme Lei nº 8.663, de 1993:

*Art.6º. Para os fins desta Lei, **considera-se:***

(...)

*IV - **Alienação** - toda transferência de domínio de bens a terceiros;*

Na legislação fiscal (Lei nº 7.713, de 1988):

Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei. [\(Vide Lei 8.023, de 12.4.90\)](#)

*§ 3º **Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.***

A tese de que na incorporação de sociedades não haveria alienação das ações, mas, sim, mera sub-rogação real, não se sustenta, pois os valores mobiliários que o contribuinte

passou a dispor na sociedade incorporadora **não assumiram a mesma qualidade jurídica das ações da sociedade incorporada.**

No caso concreto, na substituição de uma coisa por outra, não se mantiveram os mesmos ônus e atributos, pois a operação envolveu sociedades empresárias diferentes, com Estatutos próprios e individuais, quantidade de ações e valores mobiliários distintos. Enfim, um novo investimento sob qualquer ótica.

A respeito do tema, destaco decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF, proferida no Acórdão 9101-002.172, no processo administrativo nº 16561.720151/2012-12, que envolvia a tributação de ganho de capital proveniente de operação de permuta. Eis a ementa do referido precedente:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2007

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

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

Com os seguintes excertos de voto do Relator, Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão, em tudo aplicável ao caso aqui tratado:

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

(...)

Assim, a regra geral é a tributação nos casos de permuta, espécie do gênero alienação

Edmar Oliveira de Andrade, in **Imposto de Renda das Empresas**, 11ª edição, pág.794, aponta:

“Na troca de ações em virtude de incorporação de sociedade não há troca propriamente dita (no sentido comum, de permuta) porque as ações da sociedade extinta são também extintas, e, deste modo, não ocorre a transladação patrimonial de uma pessoa para outra. Logo, à primeira vista, essa operação – que a lei rotula como “troca” – tem um sentido distinto de alienação, e, deste modo, poderia a vir ser enquadrada como espécie de liquidação de investimentos.

[...]

*A alienação, no caso, não ocorre porque não há transladação de bens de um para outro patrimônio: o sócio que detém participação na sociedade incorporada recebe outro bem, que são as ações da sociedade incorporadora. **Afinal, o “processo” de incorporação implica, em primeiro lugar, na extinção das ações da sociedade incorporada e, com essa extinção, igualmente extintos estão os direitos societários encartados na ação.***

Ao cabo desse processo, o sócio ou acionista da sociedade incorporada suporta a extinção de sua participação em virtude da operação que, no entanto, é substituída por títulos emitidos pela sociedade incorporadora. Essa troca (ou substituição) pode ser qualificada como uma espécie de extinção de participação societária, que constitui modalidade de liquidação de investimentos”.

Para Henry Tilbery (in “A tributação dos ganhos de capital das pessoas jurídicas” – Resenha Tributária, 1978) a expressão **liquidação de investimentos** abrange várias situações suscetíveis de gerar ganhos ou perdas de capital. Segundo o ilustre autor, essa expressão tem sentido amplo e, por isso, abarca (destaque acrescido):

*“**Quaisquer formas de desfazimento de participação societária** (dissolução, liquidação, extinção, **incorporação**, etc), ocasião em que no lugar do investimento em poder da pessoa jurídica entrarão outros bens representados antes pela participação societária – entrarão exatamente em decorrência da ‘liquidação do investimento’ – e, **portanto, nestas ocorrências pode ser realizado resultado diferencial [ganho ou perda de capital]** da mesma forma como na eventualidade de alienação de investimento.”*

No caso concreto, o ganho é notável e explícito, uma vez que a recorrente, mesmo tendo sua participação percentual diminuída em mais da metade, obteve um acréscimo monetário de mais de 75%, modificando inteiramente seu investimento.

Por fim, não é demais lembrar, embora nem fosse preciso, que a realização da renda pressupõe disponibilidade econômica ou jurídica, nos termos do art. 43 do CTN.

Certo que a legislação tributária pode, eventualmente, definir que a tributação venha a ocorrer em outro momento, mesmo já existindo disponibilidade econômica ou jurídica da renda – por exemplo, diferindo a tributação até que ocorra outro evento.

Mas essa exceção incorreu no caso aqui apreciado

Em síntese, a regra geral e básica é que haja a tributação uma vez ocorrido o acréscimo patrimonial – **o qual, repita-se, é inquestionável no presente caso.**

Desse modo, em relação a este tópico, entendo correta a imputação fiscal, pelo que voto por manter os lançamentos, negando provimento ao recurso voluntário em relação a esta infração.

SEGUNDA INFRAÇÃO -DO PEDIDO SUBSIDIÁRIO - DAS INCORREÇÕES NA BASE DE CÁLCULO.

A respeito desta parte do procedimento fiscal, por entender que a decisão de 1º Piso tratou correta e profundamente da matéria, analisando todos os ângulos, documentos e aduções trazidas e por concordar com os argumentos expendidos e conclusão do voto condutor lanço mão do bem articulado racional presente no aresto de 1º Grau, Relatoria do Julgador Laércio Alves da Costa, assumindo como minhas e como se de minha lavra pessoal fossem, na forma do artigo 50, V, § 1º, da Lei nº 9.784/1999² e artigo 114, § 12, I, do RICARF vigente (Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023)³, o voto proferido no Acórdão nº 12-102.545 - 1ª Turma da

²Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

V - decidam recursos administrativos;

(...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

³Art. 114. As decisões dos colegiados, em forma de acórdão ou resolução, serão assinadas pelo presidente, pelo relator, pelo redator designado ou por conselheiro que fizer declaração de voto, devendo constar, ainda, o nome dos conselheiros presentes, ausentes e impedidos ou sob suspeição, especificando-se, se houver, os conselheiros vencidos, a matéria em que o relator restou vencido e o voto vencedor.

(...)

§12. A fundamentação da decisão pode ser atendida mediante:

I - declaração de concordância com os fundamentos da decisão recorrida

DRJ/RJO - Sessão de 27 de setembro de 2018 (fls. 1060/1111), cujos fundamentos adoto nesta parte, sem prejuízo das minhas eventuais ponderações adicionais no final do voto:

“141. II.5 – Da alegação de Erro na determinação da base de cálculo (apuração do suposto ganho de capital)”

142. A impugnante argumenta que não houve ganho de capital, uma vez que a fiscalização se utilizou de uma base de cálculo indevida.

143. A impugnante alega que foi utilizado para cálculo da Base de Cálculo o valor justo das ações para estabelecer o valor da alienação da ONE PROPERTIES. No entanto, a BR PROPERTIES tratou da incorporação da ONE PROPERTIES como combinação de negócios e tal método de avaliação somente teve fins contábeis e foi utilizado apenas pela BR PROPERTIES e não para os acionistas, que é o caso da impugnante, que não fez parte daquela combinação de negócios.

144. A impugnante alega, também, que não estava sujeita ao CPC nº 15, que define a Combinação de Negócios, pois estava sujeito ao COSIF.

145. Por fim, a impugnante alega que estava em vigor o Regime Tributário de Transição - RTT que neutralizava os efeitos das normas contábeis IFRS. Para fins tributáveis as normas fiscais aplicadas eram as vigentes em 31/12/2007. Assim, o valor a ser aplicável deveria ser aquele registrado contabilmente (doc. às fls. 924/925).

146. Não procedem tais argumentos, como se verá a seguir.

147. Embora o RTT visasse a neutralidade tributária, o fato é que o artigo 23 da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, foi vetado, sob o argumento de se evitar a criação de uma verdadeira isenção com a “roupagem” de neutralidade tributária. Abaixo transcrevem-se o dispositivo vetado e a razão do veto presidencial:

“Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.

Art. 23. (VETADO)

Mensagem nº 366, de 27 de maio de 2009.

Presidência da República.

.....

Art. 23

“Art. 23. A fim de preservar a neutralidade tributária prevista no § 1º do art. 15 desta Lei, os métodos e critérios contábeis introduzidos pela Lei no 11.638, de 28 de dezembro de 2007, relativos às contrapartidas de

aumentos ou diminuições de valores atribuídos a elementos do ativo e do passivo, em decorrência de sua avaliação a valor justo ou a valor presente, não produzirão efeitos para fins de imposto de renda, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS e da Contribuição para o PIS/Pasep.”

Razão do veto “O dispositivo compromete a lógica de criação do Regime Tributário de Transição e institui uma isenção tributária travestida de neutralidade. Vale salientar que qualquer norma que imponha a neutralidade tributária dos valores levados a resultado do exercício em função dos ajustes a valor justo ou a valor presente surtirá efeito apenas naquilo que venha desonerar, pois não poderia essa norma retroagir para majorar o Imposto de Renda dos anos calendário de 2008 e 2009.”
.....”(grifaram-se)

148. Como visto, com veto presidencial, restou claro que a avaliação do ativo por valor justo é critério a ser adotado para reconhecimento do ganho de capital. Ainda mais que, no presente caso, houve uma combinação de negócios, onde se estabeleceu claramente o valor a que se referiam as ações adquiridas em substituição àquelas que foram extintas pela incorporação.

149. E, conforme Notas explicativas às Demonstrações Financeiras da BR PROPERTIES S/A (doc. 7 às fls. 406/488), no item 9, combinação de negócio, foi estabelecido o valor atribuído às ações, nos seguintes termos:

“Emissão de 129.813.498 novas ações ordinárias por parte da BR Properties destinadas ao pagamento dos acionistas da One Properties, em uma relação de troca de 0,4579587164 ação da BR Properties para cada ação 1 ação da One Properties.” (fl. 455);

.....

“A Companhia emitiu 129.813.498 ações ordinárias como contraprestação (pagamento) pela participação acionária de 100% da One Properties S.A. O valor justo das ações corresponde ao preço publicado das ações da BR Properties na data da aquisição totalizando R\$ 3.050.617.” – observação : valor monetário expresso em milhares (fl. 456);

150. O próprio conceito de Valor Justo constante do Apêndice A do CPC15 (R1) esclarece: “Valor justo é preço que seria recebido pela venda de um ativo ou que seria pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada entre participantes do mercado na data de mensuração”.

151. Assim, o valor justo representa o valor efetivo, livre de variáveis e suspeições externas, pelo qual as ações da BR PROPERTIES foram recebidas pela BTG PACTUAL em contrapartida da sua participação na ONE PROPERTIES. Ou seja, foi o valor pelo qual houve aceitação de ambas as partes incorporadora e incorporada, sendo que os sócios, entre os quais, a impugnante, aquiesceram, já que a incorporação pressupõe votação em Assembleia Geral, nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das S/A.). Abaixo, reproduzem-se artigos da Lei das S/A:

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

.....

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

.....

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)

.....

Art. 223. A incorporação, fusão ou cisão podem ser operadas entre sociedades de tipos iguais ou diferentes e deverão ser deliberadas na forma prevista para a alteração dos respectivos estatutos ou contratos sociais.

.....

§ 2º Os sócios ou acionistas das sociedades incorporadas, fundidas ou cindidas receberão, diretamente da companhia emissora, as ações que lhes couberem.

.....

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

§ 1º A assembleia-geral da companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão.

§ 2º A sociedade que houver de ser incorporada, se aprovar o protocolo da operação, autorizará seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora.

§ 3º Aprovados pela assembléia-geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação.” (grifaram-se)

152. Como visto, os sócios da sociedade incorporada devem aprovar a incorporação nos moldes propostos. E, caso a maioria aprove, a incorporação será realizada, cabendo, aos que não concordarem, o direito de retirada da sociedade. Assim, os sócios que permanecerem, mesmo contrários à aprovação, submetem-se aos termos acordados, uma vez que não manifestaram o direito de recesso, como previsto no art. 137 da Lei nº 6.404/1976 já transcrito acima.

153. É importante ter em mente que a legislação tem por finalidade proteger aos sócios minoritários, garantindo transparência e franqueando a participação nas Assembléias e o próprio direito de recesso, que consiste na faculdade outorgada aos acionistas de se retirarem da sociedade, mediante o reembolso do valor de suas ações.

154. Neste ponto, o valor da alienação das ações de ONE PROPERTIES correspondeu ao total de novas ações emitidas pela BR PROPERTIES S/A no montante de 129.813.498. Como o aumento do capital social da BR PROPERTIES S/A aprovado para incorporação da ONE PROPERTIES foi de R\$ 68.012.000,00, cada ação corresponde a 0,4579587164 (R\$ 68.012.000,00/129.813.498). Assim, cada ação da ONE PROPERTIES correspondia a 0,4579587164 de cada ação da BR PROPERTIES S/A.

R\$ 68.012.000,00 = 0,4579587164 129.813.498 ações

155. Abaixo, transcrevem-se os detalhes extraídos das Notas Explicativas às Demonstrações Financeiras (doc. 7 às fls. 406/488 e doc. 8 às fls. 489/566):

““Demonstrações financeiras em 31 de dezembro de 2013 e 2012

.....
9 Combinação de negócio
Descrição da transação

.....
 Emissão de 129.813.498 novas ações ordinárias por parte da BR Properties destinadas ao pagamento dos acionistas da One Properties, em uma relação de **troca de 0,4579587164 ação da BR Properties** para cada ação 1 ação da One Properties.” (fl. 455);

.....
“Ativos adquiridos e passivos assumidos

A Companhia **emitiu 129.813.498 ações** ordinárias como contraprestação (pagamento) pela participação acionaria de 100% da One Properties S.A. O valor justo das ações corresponde ao preço publicado das ações da BR Properties na data da aquisição **totalizando R\$ 3.050.617**. O valor justo dos ativos e passivos identificáveis da One Properties na data da aquisição é apresentado a seguir:

Valor justo das ações na data da incorporação (A) 3.050.617

Ativos circulante	108.782
Ativos não circulantes	4.042.917
Passivo circulante	- 711.486
Passivo não circulante	- <u>995.635</u>

Ativos líquidos adquiridos a valores justos (B) 2.444.578

Ágio por rentabilidade futura (A) - (B) 606.039

.....”
 observação : valor monetário expresso em milhares (fl. 456);

“Demonstrações financeiras em 31 de dezembro de 2012 e 2011

.....
16 Patrimônio líquido

a. Capital social

.....
 Em Assembleia Geral Extraordinária realizada em **29 de março de 2012**, os acionistas aprovaram o aumento do capital social da Companhia decorrente da Incorporação da One Properties (vide maiores detalhes na Nota Explicativa no. 10), no montante de **R\$ 68.012**, mediante a emissão de **129.813.498 ações** ordinárias, todas escrituradas e sem valor nominal. [...].

No dia **29 de março de 2012**, cada ação emitida pela Companhia foi cotada pelo valor de **R\$ 23,50**, sendo apurado o montante de R\$ 3.050.617.” – observação : valor monetário expresso em milhares (fl. 547)

156. Transcrevem-se, também, abaixo, os detalhes extraídos do Protocolo e Justificação de Incorporação de ONE PROPERTIES S.A. por BR PROPERTIES S.A. datado de 01/03/2012 (Doc. 6 às fls. 361/405)

2. Relação de substituição, número e espécie de ações a serem atribuídas aos acionistas da One Properties e direitos das ações.

2.1 Relação de Substituição. Os acionistas de One Properties receberão 0,4579587164 ação ordinária de emissão de BR Properties por cada 1 (uma) ação ordinária de emissão de One Properties de sua propriedade, conforme livremente negociado e acordado entre os administradores das Companhias

de forma independente, já considerando e condicionado ao exercício do Bônus de Subscrição “G” pela Saíra-Diamante Empreendimentos Imobiliários S.A., sociedade por ações com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Praia de Botafogo, 501, 5º andar (parte), CEP 22250-040, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 09.147.553/0001-46 e controlada por BTG (“Saíra”), e o consequente aporte de ativos ao capital social da One Properties, [...]. (fl. 363)

.....

3. Critério de avaliação do patrimônio líquido de One Properties, avaliador, tratamento das variações patrimoniais e direito de retirada.

3.1. Critério de Avaliação e Data-Base. O patrimônio líquido de One Properties será incorporado por BR Properties por seu valor patrimonial contábil auditado em 30.06.2011 (“Data-Base”), já considerando os efeitos dos eventos subsequentes ocorridos com relação ao patrimônio da One Properties, conforme descritos no presente e/ou no Laudo de Avaliação.

3.2. Laudo de Avaliação. Atendendo ao disposto nos artigos 227 e 8º da Lei nº 6.404/76, os administradores de BR Properties nomearam, ad referendum da Assembleia Geral que examinar este Protocolo e Justificação, a Apsis Consultoria e Avaliações Ltda., [...], para avaliar o patrimônio líquido contábil auditado de One Properties a ser transferido para BR Properties em virtude da Incorporação. Tal avaliação foi feita com base no balanço patrimonial da One Properties levantado na Data-Base e já considerando os eventos subsequentes descritos no presente e/ou no Laudo de Avaliação. Como resultado de seu trabalho, a Apsis entregou à BR Properties o laudo de avaliação correspondente (“Laudo de Avaliação”). Conforme o Laudo de Avaliação, o valor do patrimônio líquido contábil da One Properties é de R\$1.717.106.069,85 (um bilhão, setecentos e dezessete milhões, cento e seis mil e sessenta e nove reais e oitenta e cinco centavos). (fl. 364)

.....

4. Aumento do patrimônio líquido de BR Properties. Composição do capital social e ações de BR Properties após a Incorporação.

4.1. Aumento do Capital Social e Emissão de Ações. A Incorporação resultará (i) em aumento no capital social de BR Properties de R\$ 68.011.767,27 (sessenta e oito milhões, onze mil, setecentos e sessenta e sete reais e vinte e sete centavos); e (ii) na constituição de uma reserva de capital no valor de R\$1.649.094.302,58 (um bilhão, seiscentos e quarenta e nove milhões, noventa e quatro mil, trezentos e dois reais e cinquenta e oito centavos), dos quais R\$98.140.605,24 (noventa e oito milhões, cento e quarenta mil, seiscentos e cinco reais e vinte e quatro centavos) equivalem a uma reserva especial de ágio. O somatório das quantias mencionadas nos

itens (i) e (ii) equivale ao valor do patrimônio líquido contábil de One Properties, conforme o Laudo de Avaliação referido no item 3.2 acima. Como resultado, serão emitidas 129.813.498 (cento e vinte e nove milhões, oitocentas e treze mil, quatrocentas e noventa e oito) novas ações ordinárias pela BR Properties para os acionistas de One Properties, [...]. Desta forma, as ações de emissão da BR Properties, totalmente subscritas e integralizadas, passarão a ser distribuídas entre os seus acionistas da seguinte forma (em qualquer caso, considerando o não exercício de direito de recesso por nenhum acionista One Properties no âmbito da Incorporação):

Acionista	Nº de Ações Ordinárias	Percentual (%)
Acionistas da BR Properties (antes da Incorporação)	180.003.919	58,10%
Acionistas da One Properties (exceto BTG e WTorre S.A.)	16.087.063	5,19%
BTG	87.612.575	28,28%
WTorre S.A.	26.113.860	8,43%
Total	309.817.417	100,00%

.....” (fl. 364) (grifaram-se)

157. Diante de tudo o que consta nos documentos expostos acima, há que se concluir que a incorporação ocorreu, em acordo estipulado pelas partes, acatando, inclusive, o laudo de avaliação elaborado pela APSIS. Essa operação implicou num valor da participação societária na BR PROPERTIES S/A do BANCO BTG PACTUAL S.A, ora impugnante, no montante de R\$ 2.058.895.512,50, que corresponde às 87.612.575 ações ao valor de R\$ 23,50.

158. Independente da questão se o valor justo deveria ou não ser aplicado, como quer fazer crer a impugnante, o fato que não se pode olvidar é que as partes, incorporada e incorporadora, acordaram qual o valor estabelecido pelas ações que os sócios, entre eles, a impugnante, receberiam em troca de sua participação na sociedade extinta.

159. E nem se pode alegar que a combinação de negócios foi realizada apenas entre a BR PROPERTIES, na qualidade de incorporadora, e a ONE PROPERTIES, como incorporada, e que os sócios não foram parte, como intenciona a impugnante.

160. Embora alegue que a combinação de negócios foi adotada apenas pela BR PROPERTIES, tal argumento não procede, uma vez que a impugnante participou da aprovação da incorporação nos moldes propostos.

161. Em contraponto ao argumento da impugnante, verifica-se a participação da impugnante no documento descrito como Fato Relevante às fls. 359/360 datado de 14/01/2012, nos seguintes termos:

“BR Properties S.A. (“BR Properties”), One Properties S.A. (“One Properties”) e Banco BTG Pactual S.A. (“BTG”), em atendimento às disposições da Instrução CVM n.º 358/2002, vêm a público informar aos seus acionistas e ao mercado em geral que, em complemento aos Fatos Relevantes divulgados em 14 de setembro de 2011 e 27 de dezembro de 2011, e após a conclusão dos processos de diligência, foi firmado nesta data “Acordo de Incorporação e Outras Avenças” entre BR Properties, One Properties, BTG e WTorre S.A., tendo por objeto a incorporação, nos termos do art. 227 da Lei 6.404/76, da totalidade do patrimônio da One Properties pela BR Properties (“Acordo de Incorporação”), com a consequente extinção da One Properties e emissão aos seus acionistas, na proporção de suas participações na One Properties, de um total de até 129.813.498 novas ações ordinárias da BR Properties.

.....

A BR Properties, a One Properties e o BTG manterão a BM&FBovespa, a Comissão de Valores Mobiliários e o mercado em geral informados acerca do tema em questão.” (grifaram-se)

162. De fato, o valor da negociação foi estabelecido e aceito, em última análise pelos sócios da incorporada, entre eles a impugnante.

163. Assim, não há reparo a ser feito no cálculo elaborado pela autoridade fiscal, ao considerar o valor de alienação da participação societária em ONE PROPERTIES, no montante de R\$ 2.058.895.512,50.

164. Melhor sorte não pode ter o valor estabelecido para o custo de aquisição da participação societária em ONE PROPERTIES.

165. Ainda, de acordo com o Protocolo e Justificação de Incorporação de ONE PROPERTIES S.A. por BR PROPERTIES S.A. datado de 01/03/2012 (Doc. 6 às fls. 361/405) já mencionado anteriormente, o BANCO BTG PACTUAL S.A possuía 67,79% das ações de ONE PROPERTIES, após a incorporação de SAÍRA-DIAMANTE, como destacado abaixo:

“3. Critério de avaliação do patrimônio líquido de One Properties, avaliador, tratamento das variações patrimoniais e direito de retirada.

3.1. Critério de Avaliação e Data-Base. O patrimônio líquido de One Properties será incorporado por BR Properties por seu valor patrimonial

contábil auditado em 30.06.2011 (“Data-Base”), já considerando os efeitos dos eventos subsequentes ocorridos com relação ao patrimônio da One Properties, conforme descritos no presente e/ou no Laudo de Avaliação. [...].

3.2. Laudo de Avaliação. [...]. Conforme o Laudo de Avaliação, o valor do patrimônio líquido contábil da One Properties é de R\$1.717.106.069,85[...].

3.3. Atos Prévios à Incorporação.[...]

.....

(ii) Incorporação de Saíra por One Properties. Como condição prévia à Incorporação e na mesma data das Assembleias da One Properties e BR Properties que sobre ela deliberarão, os acionistas de One Properties e de Saíra deverão aprovar, em suas correspondentes Assembleias Gerais Extraordinárias, a incorporação da Saíra pela One Properties, [...] Como resultado de tal incorporação, os acionistas da Saíra, a saber, BTG, Rendefeld S.A., Paulo Arantes Ferraz, Ângela Regina Rodrigues de Paula Freitas, Carmem Silvia Rodrigues Maia e Gabriel Mario Rodrigues, passarão a ser acionistas da One Properties. Sendo assim, as ações de emissão da One Properties passarão a ser distribuídas entre os seus acionistas da seguinte forma:

Acionista	Nº de Ações Ordinárias	Percentual (%)
BTG	191.311.077	67,49%
Rendefeld SA	2.499.577	0,88%
Paulo Arantes Ferraz	2.370.664	0,84%
Angela Regina Rodrigues de Paula Freitas	3.555.997	1,25%
Carmem Silvia Rodrigues Maia	1.777.998	0,63%
Gabriel Mário Rodrigues	6.519.327	2,30%
WTorre S.A.	57.022.301	20,12%
Banco Santander (Brasil) S.A.	7.905.729	2,79%
Banco Votorantim S.A.	4.668.081	1,65%
Outros	5.830.385	2,06%
Total	283.461.136	100,00%

..... ” (grifaram-se) (fls. 363/365)

166. Assim, o BTG PACTUAL tinha 67,49% das ações da ONE PROPERTIES e o laudo de avaliação reconheceu o patrimônio líquido da ONE PROPERTIES, no montante de R\$ 1.717.106.069,85, para respaldar a incorporação.

167. Pelo método de equivalência patrimonial, a participação societária em ONE PROPERTIES equivaleria a R\$ 1.158.874.886,54 (67,49% de R\$ 1.717.106.069,85).

168. Não se pode perder de vista a questão principal, que é por qual valor a participação societária de BTG PACTUAL em ONE PROPERTIES foi reconhecida. E, como visto, o valor do patrimônio líquido desta

última foi o considerado pelas partes para o evento de incorporação. Não há que se falar em qualquer outro valor, uma vez que, para negociação, foram permutadas ações BR PROPERTIES que equivaleriam ao patrimônio líquido auditado, com laudo de avaliação aceito, onde se reconheceu o valor de R\$ 1.717.106.069,85.

169. É importante ressaltar que tanto a aquisição quanto a alienação das ações de ONE PROPERTIES ocorreram no mesmo dia de forma sucessiva. Fato que só reforça quais valores foram considerados na operação.

170. E, embora a impugnante alegue que o balanço utilizado no laudo de avaliação foi levantado em 30/06/2011, o fato é que o valor foi acatado pelas partes como parâmetro da negociação.

171. Em razão dos fatos narrados acima, tanto o valor de aquisição, no montante de R\$ 1.158.874.886,54, quanto o valor de alienação, no montante de R\$ 2.058.895.512,50, das ações de ONE PROPERTIES, por ocasião do evento de incorporação, considerados pela autoridade fiscal, estão corretos. Assim, o ganho de capital auferido, no montante de R\$ 900.020.625,96, foi corretamente apurado pela fiscalização, por ocasião do lançamento de ofício.

172. Portanto, não merecem prosperar as alegações da impugnante”.

Então, na forma do voto acima transcrito na íntegra, aqui assumido nesta parte como razões de decidir, encaminho meu voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário em relação ao pedido subsidiário da recorrente de que teria ocorrido incorreção na apuração da base de cálculo dos lançamentos, afastando tais alegações.

DA MULTA ISOLADA

DA MULTA ISOLADA POR INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTOS DE ESTIMATIVAS MENSAS

A respeito de uma possível concomitância dos lançamentos de multas isoladas com a multa de ofício presente nos autos de infração, de minha parte sempre profilei com os que entendem estar-se diante de imposições diferentes, com fatos geradores diferentes, tipificações legais diferentes e motivações fáticas diferentes, ou seja, da leitura artigo 44, da Lei nº 9.430/1996, com suas alterações, infere-se que, uma vez constatada falta ou insuficiência de pagamento de estimativa, será exigida a multa isolada.

Se, além disso, tiver ocorrido falta de recolhimento do imposto devido com base no lucro real anual, o lançamento abrangerá também o valor do imposto, acompanhado de multa de ofício e juros, pois a determinação legal de imposição de tal penalidade, quando aplicada isoladamente, prescinde da apuração de lucro ou prejuízo no final do período anual, inexistindo, portanto, a cumulação de penalidades para uma mesma conduta, como arguem os contribuintes.

Em síntese, não tendo as referidas multas a mesma hipótese de incidência, nada há a barrar a imposição concomitante da multa isolada com a multa de ofício devida pela apuração e recolhimento a menor do imposto e contribuição devidos na apuração anual.

Posição plenamente avalizada a partir da nova redação do dispositivo em comento, estabelecida pela MP nº MP 351, de 22/01/2007; convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, onde fica clara a distinção:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

*II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, **sobre o valor do pagamento mensal:***

(...)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (destaquei)

Registre-se, essa nova redação não impõe nova penalidade ou faz qualquer ampliação da base de cálculo da multa; **simplesmente torna mais clara a intenção do legislador.**

Por pertinentes, faço minhas as palavras do ilustre Conselheiro GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES, deste CARF, que, de forma precisa, analisou o tema no Acórdão nº 103-23.370, Sessão de 24/01/2008:

“Nada obstante, as regras sancionatórias são em múltiplos aspectos totalmente diferentes das normas de imposição tributária, a começar pela circunstância essencial de que o antecedente das primeiras é composto por uma conduta antijurídica, ao passo que das segundas se trata de conduta lícita.

Dessarte, em múltiplas facetas o regime das sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias mais se aproxima do penal que do tributário.

Pois bem, a Doutrina do Direito Penal afirma que, dentre as funções da pena, há a PREVENÇÃO GERAL e a PREVENÇÃO ESPECIAL.

A primeira é dirigida à sociedade como um todo. Diante da prescrição da norma punitiva, inibe-se o comportamento da coletividade de cometer o ato infracional. Já a segunda é dirigida especificamente ao infrator para que ele não mais cometa o delito.

É, por isso, que a revogação de penas implica a sua retroatividade, ao contrário do que ocorre com tributos. Uma vez que uma conduta não mais é tipificada como delitiva, não faz mais sentido aplicar pena se ela deixa de cumprir as funções preventivas.

Essa discussão se torna mais complexa no caso de descumprimento de deveres provisórios ou excepcionais.

Hector Villegas, (em Direito Penal Tributário. São Paulo, Resenha Tributária, EDUC, 1994), por exemplo, nos noticia o intenso debate da Doutrina Argentina acerca da aplicação da retroatividade benigna às leis temporárias e excepcionais.

No direito brasileiro, porém, essa discussão passa ao largo há muitas décadas, em razão de expressa disposição em nosso Código Penal, no caso, o art. 3º:

Art. 3º A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

O legislador penal impediu expressamente a retroatividade benigna nesses casos, pois, do contrário, estariam comprometidas as funções de prevenção. Explico e exemplifico.

Como é previsível, no caso das extraordinárias, e certo, em relação às temporárias, a cessação de sua vigência, a exclusão da punição implicaria a perda de eficácia de suas determinações, uma vez que todos teriam a garantia prévia de, em breve, deixarem de ser punidos. É o caso de uma lei que impõe a punição pelo descumprimento de tabelamento temporário de preços. Se após o período de tabelamento, aqueles que o descumpriram não fossem punidos e eles tivessem a garantia prévia disso, por que então cumprir a lei no período em que estava vigente?

Ora, essa situação já regrada pela nossa codificação penal é absolutamente análoga à questão ora sob exame, pois, apesar de a regra que estabelece o dever de antecipar não ser temporária, cada dever individualmente considerado é provisório e diverso do dever de recolhimento definitivo que se caracterizará no ano seguinte”.

Aduza-se ainda, mesmo abstraindo questões conceituais envolvendo aspectos do direito penal, que a Lei nº 9.430/96, ao instituir a multa isolada sobre irregularidades no recolhimento do tributo devido a título de estimativas, **não estabeleceu qualquer limitação quanto à imputação dessa penalidade juntamente com a multa exigida em conjunto com o tributo, de modo que, sob esta ótica, a Fiscalização simplesmente aplicou norma abstrata plenamente vigente no mundo jurídico a caso concreto que se estampou.**

Pela absoluta pertinência, vale reproduzir excerto do voto condutor exarado pela ex-Conselheira e ex-Presidente da CSRF, Adriana Gomes Rêgo no Acórdão nº 9101- 003.353 - Sessão de 17 de janeiro de 2018 acerca da matéria:

“Em verdade, a lei determina que as pessoas jurídicas sujeitas à apuração do lucro real apurem seus resultados trimestralmente. Como alternativa, facultou o legislador, a possibilidade de a pessoa jurídica, obrigada ao lucro real, apurar seus resultados anualmente, desde que antecipe pagamentos mensais a título de estimativa, que devem ser calculados com base na receita bruta mensal, ou com base em balanço/balancete de suspensão e/ou redução.

(...)

Vê-se, então, que a pessoa jurídica, obrigada a apurar seus resultados de acordo com as regras do lucro real trimestral, tem a opção de fazê-lo com a periodicidade anual, desde que, efetue pagamentos mensais a título de estimativa. Essa é a regra do sistema.

No presente caso, a pessoa jurídica fez a opção por apurar o lucro real anualmente, sujeitando-se, assim, e de forma obrigatória, aos recolhimentos mensais a título de estimativas.

(...)

A vinculação entre os recolhimentos antecipados e a apuração do ajuste anual é inconteste, até porque a antecipação só é devida porque o sujeito passivo opta por postergar para o final do ano-calendário a apuração dos tributos incidentes sobre o lucro.

Contudo, a sistemática de apuração anual demanda uma punição diferenciada em face de infrações das quais resultam falta de recolhimento de tributo pois, na apuração anual, o fluxo de arrecadação da União está prejudicado desde o momento em que a

estimativa é devida, e se a exigência do tributo com encargos ficar limitada ao devido por ocasião do ajuste anual, além de não se conseguir reparar todo o prejuízo experimentado à União, há um desestímulo à opção pela apuração trimestral do lucro tributável, hipótese na qual o sujeito passivo responderia pela infração com encargos desde o trimestre de sua ocorrência.

Assim, a exigência de multa isolada pela falta ou insuficiência de recolhimentos estimados visa punir a conduta do contribuinte que abandona a regra geral de tributação, que é o lucro real trimestral, sem cumprir o requisito para o ingresso na sistemática das estimativas mensais antecipatórias de instrumental, e pode ser exigida, sim, mesmo que encerrado o ano-calendário, porque pune-se a conduta de não recolhimento de uma obrigação tributária”.

Entendimento que perfila com jurisprudência dominante no CARF, inclusive na Câmara Superior:

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. LANÇAMENTO APÓS O ENCERRAMENTO DO ANO. *A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, quando adotou a redação em que afirma "serão aplicadas as seguintes multas", deixa clara a necessidade de aplicação da multa de ofício isolada, em razão do recolhimento a menor de estimativa mensal, cumulativamente com a multa de ofício proporcional, em razão do pagamento a menor do tributo anual, independentemente de a exigência ter sido realizada após o final do ano em que tornou-se devida a estimativa. (Acórdão nº 9101- 002.777 - Sessão de 6 de abril de 2017).*

ESTIMATIVAS MENSAIS. FALTA DE PAGAMENTO *A obrigação de antecipar os recolhimentos é imposta ao sujeito passivo que opta pela apuração anual do lucro, e subsiste enquanto esta opção não for, por outros motivos, afastada. A apuração dos tributos incidentes sobre o lucro tributável ao final do ano-calendário e seu eventual recolhimento a partir do vencimento fixado para os tributos devidos no ajuste anual não anulam o descumprimento daquela obrigação. Nos casos de falta de recolhimento, falta de declaração em DCTF e não comprovação de compensação de estimativas mensais de IRPJ e de CSLL, incide a multa isolada. (Acórdão nº 9101-002.433 - Sessão de 20 de setembro de 2016).*

Por fim, saliente-se ser inaplicável no caso, a Súmula nº 105 do CARF, por se estar referindo a lançamentos de multas isoladas relativas ao ano-calendário de 2011, enquanto na referida Súmula se cuida de lançamentos referentes a períodos anteriores a 2007.

Dentro dessa linha de pensamento, correto o trabalho fiscal, de forma que, pelos motivos elencados, entendo devam ser mantidos os lançamentos perpetrados.

DA TRIBUTAÇÃO REFLEXA

Sobre os lançamentos reflexos, a medida está definida no artigo 9º, § 1º, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 (PAF):

Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º Os autos de infração e as notificações de lançamento de que trata o caput deste artigo, formalizados em relação ao mesmo sujeito passivo, podem ser objeto de um único processo, quando a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova.(Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

Certo, pois, que os autos devem ser lavrados de forma concomitante – artigo 9º, § 1º, do PAF e artigo 142 do CTN - e que o julgamento do principal, no caso o IRPJ, refletirá nos demais, observadas as peculiaridades de cada tributo.

Assinado Digitalmente

Paulo Mateus Ciccone