



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

Processo nº 16327.721438/2012-24
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-001.787 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de março de 2015
Matéria IRPJ - GANHO DE CAPITAL
Recorrente LEVYCAM CORRETORA DE CâMBIO E VALORES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

PRELIMINAR. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. JUNTADA POSTERIOR DE PÁGINAS FALTANTES DO TVF. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

O registro, contido nos autos do processo, da providência de juntada ulterior de páginas faltantes do Termo de Verificação Fiscal - TVF, do qual, inclusive, teve a contribuinte integral conhecimento quando da intimação original, não impõe a necessidade de sua intimação específica e nem tampouco qualquer nulidade por suposto cerceamento do direito de defesa.

PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CONTRIBUINTE. REALIZAÇÃO DE ASSEMBLÉIA GERAL EXTRAORDINÁRIA PARA A REDUÇÃO DE CAPITAL. EXIGÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO BACEN. REJEIÇÃO.

Sendo a contribuinte empresa integrante do universo de entidades submetidas ao controle próprio e específico do Banco Central, somente após a sua expressa autorização - nos termos do Art. 11 da Lei 4.728/65 -, é que pode ter plena eficácia a decisão firmada em Assembleia Geral Extraordinária a respeito da pretendida redução de capital. Considerando que a referida autorização somente foi materializada após a efetivação do processo de "incorporação de ações", inafastável se verifica a legitimidade da contribuinte para responder por seus eventuais efeitos tributários, sendo, assim, rejeitada a preliminar de ilegitimidade destacada.

PRELIMINAR DE MÉRITO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

Tendo sido efetivada a operação de incorporação de ações no dia 08/05/2008, inexistente qualquer possibilidade de configuração de decadência na espécie, tendo em vista que o auto de infração fora lavrado em 22/02/2013.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL. PROCEDÊNCIA.

Sujeita-se à incidência do Imposto de Renda Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, a título de ganho de capital, a diferença entre o valor das ações incorporadas ao capital de outra sociedade e o montante representativo das novas ações recebidas em virtude de tal incorporação. Irrelevantes, no caso, a ausência de fluxo financeiro e de manifestação de vontade do titular das ações alienadas.

MULTA ISOLADA. FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA.

No caso de aplicação de multa de ofício sobre os tributos e contribuições lançados de ofício e de multa isolada em virtude da falta ou insuficiência de recolhimento de antecipações obrigatórias (estimativas), não há que se falar em aplicação concomitante sobre a mesma base de incidência, visto que resta evidente que as penalidades, não obstante derivarem do mesmo preceptivo legal, decorrem de obrigações de naturezas distintas. Inexiste, também, fator temporal limitador da aplicação da multa isolada, eis que a lei prevê a sua exigência mesmo na situação em que as bases de cálculo das exações são negativas.

CONFISCO E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.
INCONSTITUCIONALIDADES. SÚMULA CARF N. 02.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas, e, por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO no que diz respeito à tributação do ganho de capital. Vencidos os Conselheiros Carlos Augusto de Andrade Jenier (Relator) e Valmir Sandri. E, pelo voto de qualidade, mantida a multa isolada. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães relativo ao ganho de capital e à multa isolada.

(Assinado digitalmente)

ADRIANA GOMES REGO - Presidente.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator.

(Assinado digitalmente)

WILSON FERNANDES GUIMARÃES - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Adriana Gomes Rego (Presidente), Wilson Fernandes Guimarães, Valmir Sandri, Paulo Jakson Da Silva Lucas, Edwal Casoni De Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

Por bem descrever as circunstâncias fáticas contidas nos autos, adoto o relatório apresentado pela r. decisão de origem, de onde destaco:

Em análise dos documentos constantes do presente processo, foi constatada a falta de quatro folhas do Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls.147-156. Em razão disso, o processo foi enviado à Deinf/SP para inclusão do termo completo, o qual consta às fls. 224-236.

Conforme relatado no TVF, em ação fiscal empreendida junto à contribuinte supramencionada, a fiscalização apurou os fatos descritos a seguir:

1) Introdução

Em 08/2007 houve a desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa), e, posteriormente, em 11/2007, a desmutualização da Bolsa de Mercadorias & Futuros (BM&F).

O processo de desmutualização envolveu a devolução do capital representado pelos títulos patrimoniais detidos pelos associados das antigas bolsas, sob a forma de ações das novas sociedades anônimas constituídas.

No caso da Bovespa, para cada título patrimonial devolvido os antigos associados receberam 706.762 ações da Bovespa Holding S/A. Assim, a contribuinte, que detinha um título patrimonial da Bovespa, recebeu 706.762 ações de valor unitário R\$2,21971, que totalizavam R\$1.568.806,67.

Em 29/08/2007, os sócios da contribuinte decidiram aumentar o capital social da empresa com as ações recebidas e, simultaneamente, reduzir o capital, distribuindo aos sócios R\$1.568.000,00 na forma de ações da Bovespa Holding S/A.

Ressalte-se que a contribuinte, sendo uma empresa financeira, deve submeter suas alterações contratuais à autoridade reguladora do setor, o Banco Central do Brasil (Bacen), conforme art.10, X, da Lei nº 4.595/64 e seção 1-1-3 do Manual de Normas e Instruções do Bacen (MNI). Além disso, as alterações contratuais ainda não aprovadas pelo Governo não podem ser arquivadas na junta comercial, consoante o art.35 da Lei nº 8.934/94.

Mencione-se ainda que a retroatividade dos efeitos do arquivamento do ato societário, prevista no art.36 da Lei nº 8.934/94, é admitida quando os efeitos do ato de aprovação retroagem àquela data, caso contrário essa retroatividade alcançará apenas a data em que a operação societária foi aprovada pelo órgão governamental.

Portanto, os sócios só poderiam receber as ações em devolução do capital após a aprovação do Bacen. No caso, a homologação da redução de capital pelo Bacen ocorreu em 11/07/2008, conforme o expediente Deorf/GTSP2-2008/07390 (fls.17-18).

Assim, a redução de capital com distribuição de ações aos sócios não teve efeito imediato, por depender da aprovação do Bacen. Em razão disso, em 05/2008 as ações da Bovespa Holding pertenciam à contribuinte, e não aos sócios da corretora.

Os extratos de custódia e movimentação de ações fornecidos pelo agente custodiante atestam que as ações da Bovespa Holding pertenciam à contribuinte em 05/2008 (fls.78, 84, 85, 87 e 94). E o livro Razão também confirma que as ações só foram distribuídas aos sócios em 30/01/2009 (fls.19-25).

2) Da unificação das bolsas

Conforme o comunicado “Fato Relevante”, de 17/04/2008 (fls.95-105), a Bovespa Holding S/A (Bovespa Holding) e a BM&F S/A resolveram integrar suas atividades na empresa Nova Bolsa S/A (Nova Bolsa) a partir de 08/05/2008. Para tanto, as ações da Bovespa Holding foram incorporadas pela Nova Bolsa a valor de mercado, conforme laudo de avaliação, ficando estabelecido que cada ação da Bovespa Holding, cujo valor unitário era de R\$2,21971, equivaleria a 1,42485643 ações da Nova Bolsa.

Assim, a contribuinte detinha 706.762 ações da Bovespa Holding, no valor total de R\$1.568.806,68, e recebeu 1.007.034 ações ordinárias da Nova Bolsa, cujo valor unitário era de R\$24,82.

Além disso, para cada dez ações ordinárias da Bovespa Holding foi concedida uma ação preferencial da Nova Bolsa de valor unitário R\$17,153408, de forma que contribuinte recebeu 70.676 ações preferenciais da Nova Bolsa como bonificação.

3) Da apuração e tributação do ganho

A incorporação de ações da Bovespa Holding pela Nova Bolsa caracteriza-se como uma alienação sujeita à incidência de IRPJ e de CSLL, conforme o art.3º, §§2º e 3º, da Lei nº 7.713/88, e art. 247, 248, 251 e parágrafo único, 541 e 542 do RIR/99.

As 1.007.034 ações ordinárias e as 70.676 ações preferenciais totalizavam R\$26.206.927,61, resultando num ganho patrimonial, obtido pela contribuinte, de R\$24.638.120,93 após descontados os respectivos custos, conforme demonstrativo de fls.124.

Pelo exposto, efetuou-se o lançamento de IRPJ e de CSLL sobre o valor de R\$24.638.120,93.

4) Da multa isolada por falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ e de CSLL

A contribuinte deixou de incluir o ganho de capital obtido na incorporação de ações da Bovespa Holding pela Nova Bolsa em 05/2008, resultando em falta de recolhimento de estimativas de IRPJ e de CSLL para o período (art.222 a 230 do RIR/99).

Em razão disso, foi lavrada a multa isolada de 50% sobre os valores das estimativas não recolhidas (demonstrativo às fls.125), prevista nos art.43 e 44, II, “b”, da Lei nº 9.430/96.

Os autos de infração constam às fls. 131-146, e foram fundamentados nos seguintes dispositivos legais:

Demonstrativo do IRPJ

Crédito Tributário	Enquadramento Legal	Valor (R\$)
Principal	Art. 3º da Lei nº 9.249/95; art. 247, 248, 249, inciso II, 251, 277, 278, 299, 300, 379, §2º do RIR/99.	6.135.530,23
Juros de Mora (até 02/2013)	Art.6º, § 2º, da Lei nº 9.430/96.	2.370.155,33
Multa Proporcional	Art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, alterado pelo art.14 da Lei nº 11.488/2007.	4.601.647,67
Multa isolada	Art. 222 e 843 do RIR/99; art.44, II, "b", da Lei nº 9.430/96, alterado pelo art.14 da Lei nº 11.488/2007.	3.079.765,00
TOTAL		16.187.098,23

Demonstrativo da CSLL

Crédito Tributário	Enquadramento Legal	Valor (R\$)
Principal	Art. 2º e 3º da Lei nº 7.689/88, com alterações dadas pelo art.2º da Lei nº 8.034/90 e pelo art.17 da Lei nº 11.727/2008; art.57 da Lei nº 8.981/95, com alterações dadas pelo art.1º da Lei nº 9.065/95; art.2º da Lei nº 9.249/95; art.1º da Lei nº 9.316/96; art.28 da Lei nº 9.430/96 e art.37 da Lei nº 10.637/2002.	3.695.718,14
Juros de Mora (até 02/2013)	Art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.430/96.	1.427.655,92
Multa Proporcional	Art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, alterado pelo art.14 da Lei nº 11.488/2007.	2.771.788,61
Multa isolada	Art.44, II, "b", da Lei nº 9.430/96, alterado pelo art.14 da Lei nº 11.488/2007.	1.847.859,00
TOTAL		9.743.021,67

Da Impugnação

Inconformada, a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 160-192, acompanhada dos documentos de fls. 193-220, alegando, em síntese, que os argumentos a seguir justificariam o cancelamento dos autos de infração:

1) Do aumento e redução do capital

Em 29/08/2007 a impugnante aumentou seu capital em R\$1.568.800,00, valor oriundo de lucros acumulados e da reserva de atualização dos títulos patrimoniais da Bovespa. Na mesma data houve a redução de capital, com devolução de valor idêntico aos sócios, sendo tal ato levado a registro no Bacen e na Junta Comercial do Estado de São Paulo (Jucesp), onde foi averbado em 11/07/2008.

Entre a data de alteração do capital (29/08/2007) e a conclusão do processo, houve a abertura de capital da Bovespa, ensejando a substituição das ações, o que a fiscalização qualifica imprópriamente de desmutualização (ocorrida em 2007).

A fiscalização alega que a impugnante, mesmo obedecendo os prazos legais para protocolo das alterações estatutárias nos órgão competentes, foi quem recebeu as ações da Nova Bolsa.

No entanto, a Solução de Consulta Interna Cosit nº 01/2012 se posicionou no sentido de que os efeitos do registro retroagem à data da assinatura de seus atos constitutivos, a teor dos art. 35 e 36 da Lei nº 8.934/94 e do Decreto nº 1.800/96.

Até a aprovação dos atos nos órgãos oficiais, o titular anterior dos direitos pode agir em nome dos sub-rogados, sem ter a disponibilidade econômica ou jurídica das ações recebidas na desmutualização.

Nessa linha, a impugnante contabilizou a redução de capital como passivo dos sócios, na data do ato societário, conforme razão de fls. 210-212. Recebidas na desmutualização, as ações foram lançadas a débito daquele passivo, como determinado pelo Bacen e previsto no ato societário de redução de capital com dação em pagamento de quotas (fls.213). Além disso, um dos sócios declarou as ações na Declaração do Imposto de Renda Pessoa Física – DIRPF do ano-calendário 2009, recolhendo o imposto de renda quando da alienação dessas ações (fls. 214-217). Tais fatos comprovam o efeito declaratório da aprovação do Bacen e da Jucesp ao ato de redução de capital de 2007.

Ademais, tal ato societário está decaído perante o Fisco, seja pelo art.150, §4º, ou 173, I, do CTN, em 31/12/2012. Por conta disso, o Fisco autuou a impugnante pretendendo dar-lhe os efeitos jurídicos da desmutualização, incorrendo em erro quanto ao sujeito passivo.

II) Do efeito declaratório do ato administrativo

A interpretação da fiscalização de que os 30 dias são contados a partir da expedição do ato do Bacen é equivocada.

O art.36 da Lei nº 8.934/94 prescreve a retroatividade dos efeitos em duas situações: ou da data do fato constitutivo ou da data do despacho, caso o protocolo tenha ocorrido em prazo superior a 30 dias.

A Solução de Consulta Interna Cosit nº 01/2012 se posicionou no sentido da eficácia declaratória da inscrição dos atos constitutivos. Por outro lado, o registro dos atos empresariais não é constitutivo de direitos, tendo natureza declaratória.

Identifica-se, assim, a natureza ex-tunc do ato administrativo de homologação do pleito da contribuinte, realizado pela autoridade governamental.

III) Do princípio da eficiência pública como fator suficiente para o cancelamento da autuação

O atraso da administração pública não pode causar dano àquele que não concorreu para o atraso, devendo ser aplicados os princípios da moralidade e da eficiência, e considerado o efeito *ex tunc* da data da redução de capital realizada pela contribuinte.

A referida Solução de Consulta Interna nº 01/2012 concluiu que a mora da Administração Pública não pode acarretar a alteração da data de constituição da nova empresa.

IV) Da incorreção do lançamento decorrente da “incorporação de ações”

A impugnante não incorporou ações, apenas reduziu seu capital na forma permitida expressamente pelo art.39, XLVI, do RIR.

A fiscalização quer tributar o fato gerador da troca de ações de companhia fechada para companhia aberta, ocorrida em 17/04/2008, porém, o auto de infração não descreve detalhadamente a operação societária que teria originado a exigência fiscal.

A incorporação de ações não repercute nos sócios, enquanto não tiver sido realizado o rendimento da valorização de ações. Além disso, na decisão 06-31799, da DRJ Curitiba,

consta que tal operação não pode gerar ágio, o que elimina a incidência de tributos sobre a renda na troca de ações.

Conclui-se que a mera substituição dos títulos patrimoniais por ações não pode ser tributada.

V) Da multa isolada

A multa isolada deve ser cancelada, eis que não pode ser aplicada concomitantemente com a multa de ofício.

VI) Do confisco

A impugnante não possui capacidade contributiva para pagar a exigência consubstanciada no auto de infração. Tampouco seus sócios poderão fazê-lo, eis que não serão responsáveis pelo encerramento da empresa.

Pelo exposto, deve ser declarado ou o erro quanto ao sujeito passivo, pois a impugnante não obteve nenhuma renda com o IPO da Bovespa, ou a não incidência de IRPJ/CSLL sobre o IPO da Bovespa, eis que a impugnante não realizou nenhuma renda com essa operação.

Apreciando as razões de defesa apresentadas, concluiu a douta 10ª Turma da DRJ/SP1 pela IMPROCEDÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO, e a conseqüente manutenção do lançamento, apresentando, na ementa de seu acórdão, os seguintes fundamentos:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

REDUÇÃO DE CAPITAL COM ENTREGA DE AÇÕES AOS ACIONISTAS. EFETIVAÇÃO. AUTORIZAÇÃO DO BANCO CENTRAL.

Os atos societários de redução de capital das instituições financeiras devem ser autorizados pelo Banco Central do Brasil, somente tendo efetividade a partir de tal autorização.

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

A incorporação de ações da Bovespa Holding pela empresa Nova Bolsa (atual BM&F Bovespa) equivale a uma alienação de ações, sujeitando o respectivo ganho de capital à incidência do imposto de renda.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2008

DEMAIS TRIBUTOS. MESMOS EVENTOS. DECORRÊNCIA.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fato gerador de vários tributos impõe a constituição dos respectivos créditos tributários, e a decisão quanto à real ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados. Assim, o decidido quanto ao IRPJ aplica-se à CSLL dele decorrente.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008

AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE.

Satisfeitos os requisitos do art. 10 do Decreto 70.235/72 e não tendo ocorrido o disposto no art. 59 do mesmo decreto, válidos são os autos de infração.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2008

ESTIMATIVAS MENSAIS DE IRPJ E CSLL NÃO RECOLHIDAS. MULTA ISOLADA.

Nos casos de lançamento de ofício, é aplicável a multa de 50%, isoladamente, sobre o valor de estimativa mensal que deixe de ser recolhido, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal e base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente. A hipótese legal de aplicação da multa isolada não se confunde com a da multa de ofício, pois esta é cabível nos casos de falta de pagamento do valor devido de IRPJ e CSLL apurados ao término do exercício. Portanto, ambas podem ser aplicadas à contribuinte.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Regularmente intimada do inteiro teor do julgamento referenciado, pela contribuinte foi então interposto o seu competente Recurso Voluntário, pretendendo a reforma daquele entendimento e, conseqüentemente, a necessária desconstituição do lançamento, arguindo, para tanto, os seguintes fundamentos:

PRELIMINARMENTE

Do cerceamento do direito de defesa pela não intimação de documentos acostados aos autos

O primeiro ponto destacado pela recorrente, refere-se à consideração inicialmente apresentada no relatório da r. decisão recorrida a respeito de juntada de “quatro folhas faltantes” do Termo de Verificação Fiscal de fls. 147-156, cujo inteiro teor agora, então, consta das folhas 224-236.

Em suas razões, a recorrente sustenta que haveria ali “cerceamento do direito de defesa”, tendo em vista que não fora ela nunca intimada a respeito da juntada desse novo documento, nunca sobre ele se tendo manifestado.

A recorrente entende – destacando precedentes deste CARF sobre a matéria -, que a seu respeito deveria ela ter sido então regularmente intimada para se manifestar, sobretudo ante a possibilidade, à época, de aditamento dos termos da defesa apresentada, o que, por outra via, não fora então regularmente observado pela DRJ.

Assim, requer seja reconhecida a nulidade do julgamento efetivado.

Da decadência do lançamento

Por entender pela existência de “erro” na identificação do sujeito passivo para o lançamento efetivado, teria ocorrido a decadência da Fazenda Pública de lançar os valores reclamados.

Da ilegitimidade do sujeito passivo

Sustenta a existência de erro na identificação do sujeito passivo, uma vez que a empresa autuada (LEVYCAN) teria decidido, em 2007, promover o aumento e redução de seu capital social, restituindo aos sócios a titularidade dos títulos patrimoniais considerados pela fiscalização na presente autuação.

O processo de **incorporação de ações** ocorreu em 08/05/2008, logo, quando os títulos antes mantidos pela LEVYCAN da BOVESPA HOLDING S/A foram “substituídos” por ações da Nova Bolsa S/A (nos termos do art. 252 da LSA), eles não mais se encontravam na propriedade da contribuinte, mas sim dos seus respectivos sócios, que já os teriam regularmente recebido, conforme, inclusive, ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada, que, por força de exclusivos entraves da burocracia estatal, somente puderam ser registrados na JUCESP em 17/12/2008.

Assim, não pode a contribuinte ser responsabilizada pela demora dos registros administrativos, devendo-se aqui então ser reconhecida a invalidade da autuação contra ela efetivada.

Da decadência

Sustenta que o ato administrativo de registro possui natureza própria de “*ato declaratório*”, validando os atos praticados desde a sua prática.

A contribuinte (ora recorrente) teria regularmente contabilizado a transferência da propriedade dos referidos títulos na data do ato societário, mantendo-se – até a aprovação do BACEN -, apenas a título precário, na administração dos bens transmitidos, não mais possuindo a titularidade econômica ou jurídica dos mencionados títulos.

Considerando que a transferência da propriedade dos títulos teria ocorrido em 29/08/2007, decaído estaria o direito da Fazenda Publica de lançar qualquer montante supostamente devido em relação a este ato.

Para confirmar sua tese, a recorrente apresenta então considerações a respeito de eventual falecimento de quaisquer dos sócios, destacando, então, a necessidade de inclusão do referidos títulos em seu respectivo inventário.

Além disso, destaca que a Solução de Consulta Interna COSIT nº 1/2012, que, segundo entende, admitiria o reconhecimento da eficácia *ex tunc* ao registro, o que teria sido simplesmente desconsiderado pela r. decisão de primeira instância.

Assim, entende que, entre a data da transferência de propriedade das ações aos seus sócios (29/08/2007) e a data do lançamento efetivado, ter-se-iam decorrido cerca de **5 anos, 6 meses e 23 dias**, sendo, assim, flagrante a ocorrência da decadência.

DO MÉRITO

Da incorporação de ações da Bovespa-Holding pela Nova Bolsa

Ultrapassadas as considerações preliminarmente destacadas, sustenta a recorrente que, no mérito, também não se pode sustentar a manutenção do lançamento efetivado.

Nesse sentido, completamente equivocado o entendimento exarado – tanto pela fiscalização quanto pela DRJ -, tendo em vista que, ao contrário do que considerado, o ato de incorporação de ações não pode, de forma alguma, ser compreendido como efetivo e verdadeiro ato de “alienação” patrimonial. Essa impossibilidade, sobretudo, decorre do fato de que, pela contribuinte, não se teria havido qualquer ato de vontade específico a respeito da entrega dos títulos e a sua substituição por outras ações.

Que a operação de incorporação de ações possui expressa e própria previsão legal, não podendo ser assemelhada à alienação, da forma como efetivado.

Pela sistemática própria da referida operação, as ações, inicialmente mantida pelos respectivos acionistas, são simplesmente “substituídas” por novas ações, mantendo-se, integralmente, a situação patrimonial até então apontada, não se verificando, assim, qualquer efetiva concretização de ato que importe na imposição da incidência tributária apontada.

Confirmando esse entendimento, a recorrente menciona entendimento doutrinário (prof. Sacha Calmon Navarro Coelho) e, ainda, manifestações da própria PGFN, destacando o Parecer PGFN/PGA nº 970/1991 e 454/1991, destacando: a) na permuta não ocorre o fato gerador do tributo; e, b) a desoneração tributária na permuta não é um privilégio, e sim o reconhecimento da não incidência da regra de tributação que, se existisse, seria considerada inconstitucional por fazer recair a incidência tributária sobre patrimônio e não sobre a renda, e, ainda, por vulnerar o princípio da capacidade contributiva.

Cita o entendimento do CARF no **acórdão nº 2202-002.187**, e outros.

Assim, entende que a operação de incorporação de ações representa, na essência, **ato societário meramente permutativo**, sendo, pois, inválida a imposição tributária apontada.

Nesses termos, requer seja cancelado o auto lavrado.

Da multa isolada cumulada com a multa de ofício

A par das considerações a respeito da invalidade da efetivação do lançamento antes apontados, destaca ainda a recorrente que, mesmo que eventualmente mantida a autuação - o que admite apenas a título de argumentação -, não se poderia admitir a incidência da multa isolada pelo suposto não-recolhimento de estimativas, de forma cumulativa com a multa de ofício apontada no auto de infração.

Sustentando seus argumentos, destaca a contribuinte entendimento já exarado pela CSRF, em acórdãos que transcreve.

Diante disso, deve ser cancelada a multa isolada.

Do confisco

Não fosse por todas as razões apresentadas, destaca ainda a recorrente que, com toda a certeza, a manutenção do lançamento importaria em verdadeira afronta à capacidade contributiva da contribuinte, representando verdadeiro confisco, vedado pela Constituição Federal.

Dos pedidos

Em face de todos os fundamentos apontados, requer então, *in verbis*, a recorrente:

- a) *O acolhimento da preliminar de cerceamento do direito de defesa por inclusão posterior de documentos sem que lhe tenha sido aberto prazo para defesa;*
- b) *O acolhimento da preliminar de erro quanto ao sujeito passivo;*
- c) *O acolhimento da preliminar de decadência; ou*
- d) *Se superadas as preliminares, no mérito o cancelamento do AIMM porque a RECORRENTE não obteve nenhuma vantagem ou renda pelo IPO da BOVESPA;*
- e) *Ou, ainda, a incorporação de ações da Bovespa/BMF não foi fato gerador de IR/CSLL;*
- f) *Se o foi, que o IRPF pago pelos sócios seja abatido do tributo eventualmente devido pela RECORRENTE;*
- g) *Ou ainda que a multa isolada seja cancelada, ou*
- h) *Se nenhum desses argumentos for aceito, que o AIMM seja cancelado porque representa confisco e cerceamento da atividade econômica.*

Em face da interposição do recurso voluntário, tendo sido aberto vistas à PGFN, por ela foram então apresentadas as suas respectivas Contra-razões, em que, após apresentar o específico contexto das operações de desmutualização e da incorporação de ações efetivada, aduz o seguinte:

Da inexistência do cerceamento do direito de defesa

Que a determinação contida no Despacho de saneamento efetivado pela douta DRJ quando da determinação de complementação das informações contidas nos autos – especificamente em relação às páginas faltantes do TVF -, não se enquadra nas hipóteses apresentadas pelo Art. 59 e 60 do Decreto 70.235/72, não podendo, assim, por si só, importar em qualquer nulidade do presente feito.

Que, a par dessa consideração, tanto a impugnação, quanto o recurso interposto, demonstram que a contribuinte-recorrente teve, sim, total conhecimento dos termos da autuação, inexistindo, assim, qualquer possibilidade de configuração de cerceamento do direito de defesa.

Diante disso, não se verifica qualquer possibilidade de admissão da nulidade apontada.

Da correta identificação do sujeito passivo

O fundamento para a preliminar suscitada pela recorrente encontra-se na operação societária efetivada no dia 29/08/2007, qual seja: a) os sócios da contribuinte decidiram utilizar as reservas de atualização do título patrimonial da antiga BOVESPA para aumentar o capital social da LEVYCAM CORRETORA; e b) simultaneamente, reduzir o capital desta pessoa jurídica, distribuindo aos sócios as ações da BOVESPA HOLDING S.A. – que foram recebidas pela LEVYCAM CORRETORA em razão do processo de desmutualização das BOLSAS DE VALORES. Assim, para a contribuinte,

a partir de 29/08/2007, as ações da BOVESPA HOLDING S.A. pertenciam aos sócios da LEVYCAM CORRETORA, e não a esta pessoa jurídica.

Ocorre que, no momento da incorporação de ações, a redução de capital da LEVYCAM CORRETORA ainda não havia sido aprovada pelo Banco Central do Brasil – BACEN.

A contribuinte tenta fazer prevalecer a tese de que o arquivamento na Junta Comercial da ata da assembléia – na qual os sócios haviam deliberado e decidido pela redução de capital da LEVYCAM CORRETORA, em 29/08/2007 – teria efeitos declaratórios e retroativos. Com isso, pretende a recorrente atrelar o momento da transferência dos títulos à data da mencionada assembléia. Entretanto, a premissa da recorrente está equivocada, sobretudo porque, da AGE realizada, o que se extrai é que a empresa teria apenas “prometido” a entrega dos referidos títulos a seus sócios, o que, entretanto, por expressa determinação legal, ainda pendia de específica e própria autorização do BACEN.

No caso presente, por se tratar de empresa corretora de câmbio e valores, a redução de capital pretendida necessitava da respectiva autorização a ser concedida pelo BACEN, nos termos da Lei 4.728/65, sem a qual, com toda a certeza, não poderia a contribuinte promover o registro, mantendo-se, assim, na integral titularidade dos apontados títulos.

Como a autorização do BACEN somente fora concedida no dia 11/07/2008, até esta data não mantinha ela autorização para a redução de capital, não podendo ainda a sua decisão gerar qualquer consequência perante terceiros (nesse caso, a Fazenda Pública). Assim, como a incorporação de ações ocorrera em 08/05/2008, perfeitamente legítima seria, assim, a contribuinte para responder pelos efeitos tributários dela decorrentes.

Confirmando as suas considerações, a PGFN destaca ainda que, tratando-se as ações mencionadas de efetivos “bens móveis”, a transferência da propriedade, de acordo com as expressas disposições do Código Civil, somente ocorreria com a “tradição”, destacando, a esse respeito, as específicas disposições dos artigos 237 e 1.267 do Código Civil.

Da inexistência de decadência

A recorrente alega que teria havido decadência do direito de a Fazenda Pública efetivar o lançamento tributário.

Entretanto, apesar de todos os argumentos apresentados (aqui especificamente relacionados à “legitimidade passiva”, já enfrentada), tratando o lançamento das consequências jurídico-tributárias da operação realizada no dia 08/05/2008, completamente inexistente qualquer das possibilidades de decadência contidas em nosso ordenamento jurídico pátrio (art. 150, par. 4º, ou, Art. 173, inciso I do CTN), tendo em vista que o auto de infração teria sido constituído em 22/02/2013.

Assim, completamente inviável o acolhimento da decadência pretendida.

Da configuração da Incorporação de Ações como hipótese de alienação patrimonial

Após a narrativa própria da operação aqui antes apontada a respeito da sistemática de “Incorporação de Ações”, destaca a PGFN que, em substituição às ações ordinárias da BOVESPA HOLDING, teria a contribuinte sido destinatária de ações próprias emitidas pela Nova Bolsa S/A, o que representaria, então, um ganho patrimonial tributável, sem que pela contribuinte se verificasse qualquer apuração do ganho de capital experimentado.

Ao contrário do que sustenta a recorrente, entende a PGFN que a operação de Incorporação de Ações representa, sem sombra de dúvidas, efetiva alienação de participação societária, cujo acréscimo, por conta dela, deveria então ser submetida à tributação. A Incorporação de Ações é uma alienação em sentido amplo, conforme, inclusive, entendimentos doutrinários ali então apresentados.

Em seu entendimento, a recorrida destaca que no processo de incorporação de ações, os acionistas da empresa originária aceitam a substituição de suas ações pelas ações da empresa incorporadora, havendo ali, portanto – segundo a aplicação do princípio majoritário, próprio do direito societário –, a presença do elemento volitivo para a caracterização da hipótese específica de alienação das participações societárias.

Além disso, destaca ainda a procuradoria que indevida se apresenta a pretensão de configuração da incorporação de ações como se de efetiva sub-rogação real, uma vez que esta se caracterizaria pela substituição do objeto, da coisa devida, onde a segunda fica no lugar da primeira com os mesmos ônus e atributos, o que não se verificaria na operação realizada.

Após citar relevante entendimento doutrinário, destaca ainda o recente julgamento proferido pela CSRF por meio do **Acórdão 9202-00.662** onde restou então definido o entendimento no sentido de que a operação de incorporação de ações representa, de fato, efetivo e verdadeiro procedimento de alienação das participações acionárias, sujeita, por certo, à necessária apuração de ganho de capital.

- Da multa isolada

Sustenta a validade da exigência da multa isolada pelo não-recolhimento de estimativas, mesmo se o lançamento é efetivado após o encerramento do ano-calendário, destacando, a esse respeito, inclusive, entendimentos exarados em diversos precedentes do CARF.

Além disso, apresenta-se perfeitamente possível a aplicação concomitante das duas penalidades apontadas, por se verificar, na espécie, duas infrações tributárias distintas, inexistindo, no caso, a configuração do apontado *bis in idem*, não sendo essa a *ratio* das disposições penalizadoras da Lei 9.430/96.

Por fim, requer seja negado provimento ao recurso voluntário interposto.

Esse é o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER, relator.

Sendo tempestivo o recurso voluntário interposto, dele conheço.

Passo a apreciar as questões suscitadas pela recorrente:

DAS PRELIMINARES

Da arguição de nulidade por cerceamento do direito de defesa

A primeira questão apresentada pela recorrente, diz respeito ao seu inconformismo em relação à parte inicial do relatório da decisão exarada pela DRJ (aqui, inclusive, reproduzida), que indica, em sede de saneamento do feito, a verificação de ausência de páginas (04 páginas, especificamente) do Termo de Verificação Fiscal (fls. 147-156), sendo então determinada a baixa ao órgão preparador, e, com isso, a juntada de cópia integral daquele termo, agora então especificamente constante às fls. 224-236 dos presentes autos.

A respeito desse ponto destacado, relevante observar que, apesar de efetivamente juntado o documento aos autos, aqui não se trata de “documento novo”, ou mesmo de elementos adicionais ou diversos daqueles antes apresentados, mas apenas, especificamente, a providência de juntada de cópia integral do TVF, que, inclusive, fora antes regularmente entregue à contribuinte, quando da intimação dos termos do Auto de Infração lavrado.

Nessa linha, não se verifica qualquer “novidade” a demandar a necessária oitiva da contribuinte para garantia de sua regularidade. Trata-se, sobretudo, de elemento necessário para o regular processamento do feito, trazendo aos autos as páginas faltantes do documento antes devidamente entregue à contribuinte, não se verificando, assim, ao contrário do que por ela sustentado, qualquer nulidade ou cerceamento ao direito de defesa.

Inexistindo qualquer possibilidade de configuração de prejuízo à defesa, nos termos, inclusive, expressamente apontados nas disposições do Art. 59 do Decreto 70.235/72, rejeito, assim, a arguição de nulidade apontada.

Da (suposta) ilegitimidade passiva da contribuinte

Ultrapassada a questão da nulidade antes aqui analisada, relevante ainda avaliar, especificamente, o apontamento contido no Recurso Voluntário a respeito da suposta ***ilegitimidade passiva para a autuação*** da contribuinte, em face, especificamente, da data da existência da anterior deliberação em Assembléia Geral Extraordinária para a redução de seu capital com a entrega (inclusive) das ações por ela mantidas da BOVESPA HOLDING S/A a seus sócios, pessoas físicas, da forma como apontado.

A respeito desses atos, cumpre destacar que a Assembléia Geral Extraordinária realizada pela contribuinte deliberou, em **29/08/2007**, pela pretendida redução de capital, ato que, entretanto, por ser a contribuinte empresa corretora de valores mobiliários, por expressa determinação legal (Lei 4.728/65), essa redução de capital somente poderia ser efetivada após a efetiva autorização do BACEN. Vejamos o que dispõe, especificamente, o Art. 11 do diploma legal de regência:

Art. 11. Depende de prévia autorização do Banco Central, o funcionamento de sociedades ou firmas individuais que tenham por objeto a subscrição para revenda e a distribuição no mercado de títulos ou valores mobiliários.

Parágrafo único. Depende igualmente de aprovação pelo Banco Central:

a) a modificação de contratos ou estatutos sociais das sociedades referidas neste artigo;

b) a investidura de administradores, responsáveis ou prepostos das sociedades e empresas referidas neste artigo.

(Destaques nossos)

A Resolução BACEN nº 1.655/89, em seu art. 17, por sua vez, assim então especificamente estabelece:

Art. 17. Subordinar-se-ão à prévia aprovação do Banco Central, além da autorização de que trata o "caput" do artigo 3º, os seguintes atos relativos à sociedade corretora:

I - transferência da sede;

II - instalação, transferência ou encerramento de atividades de dependência;

III - alteração do valor do capital social;

IV - transformação do tipo jurídico, fusão, incorporação e cisão;

V - investidura de administradores, responsáveis e prepostos;

VI - investidura de conselheiros fiscais e membros de outros órgãos estatutários;

VII - alienação do controle societário;

VIII - participação estrangeira no capital social;

IX - qualquer outra alteração do estatuto ou contrato social;

X - liquidação.

Parágrafo Único É condição indispensável, nos casos dos incisos IV, V, VI, VII e X, a manifestação favorável da Comissão de Valores Mobiliários, ouvida previamente a bolsa de valores respectiva.

Em face dessas considerações, verifica-se que, para que pudesse efetivamente ser realizada a pretendida alteração estatutária pretendida - sobretudo, no que dizia respeito à redução de capital deliberada -, deveria ainda ser aguardada a específica autorização pelo BACEN, o que, entretanto, somente se efetivara em **17/12/2008**.

A relevância dessas considerações, decorre do fato de que a operação de ***"Incorporação de Ações"*** - que, no bojo, fundamenta a presente autuação fiscal -, ter-se-ia

materializado no dia **08/05/2008**, após a AGE mencionada pela contribuinte (29/08/2007), e antes, portanto, à específica autorização do BACEN, sendo a discussão pretendida, portanto, a definição da efetiva “propriedade” dos apontados títulos mobiliários (Ações da BOVESPA HOLDING S/A) na data da referida operação e, conseqüentemente, a respectiva responsabilidade decorrente dos eventuais tributos daí decorrentes.

A contribuinte, em suas considerações, destaca que propriedade das referidas ações, quando da realização da referida AGE, já se teria modificado para os respectivos sócios/pessoas físicas apontadas, sendo ela então mera “detentora” dos documentos, não podendo, assim, ser responsabilizada por qualquer ganho patrimonial a elas relacionada.

Em que pese todos os esforços empreendidos, entretanto, penso que não assiste razão à contribuinte em relação arguição da apontada ilegitimidade passiva. Vejamos:

Inicialmente, cumpre destacar que, conforme expressamente antes aqui apontado, ao contrário do que pretende fazer crer a recorrente, a necessidade de autorização pelo BACEN da operacionalização da pretendida redução de capital não se refere à mera formalidade. Na verdade, tal comando importa na essência do controle estatal sobre as flutuações do Sistema Financeiro Nacional e, sobretudo, dos riscos próprios aliados ao mercado de valores, sendo certo que, conforme expressamente contido na legislação de regência, **a realização de alterações das empresas que nele atuam demandam a necessária e prévia autorização do competente Banco Central.**

A autorização do BACEN, portanto, apresenta-se como efetiva *conditio sine qua non* para a operacionalização da alteração do capital social da entidade, sendo inclusive, expressamente vedado o seu registro até que efetivamente verificada a existência da apontada autorização, conforme, inclusive, a expressa redação contida no Art. 35, inciso VIII da Lei 8.934/94, que aponta: “**Não podem ser arquivados (...)os contratos ou estatutos de sociedades mercantis, ainda não aprovados pelo Governo, nos casos em que for necessária essa aprovação, bem como as posteriores alterações, antes de igualmente aprovadas.**”

Não bastassem essas considerações, relevante destacar ainda que, tratando-se as ações apontadas como efetivos e verdadeiros “bens móveis”, inegável, verifica-se, é a consideração de que a modificação da propriedade, nos termos da Lei Civil Brasileira, somente se efetivaria a partir da efetiva tradição, o que, inegavelmente, somente aconteceu entre a contribuinte e os sócios-destinatários após a efetiva concessão da autorização pelo BACEN.

A consideração de que a AGE de 2007 já se mostrava suficiente para impor a modificação da propriedade dos apontados títulos, não se sustenta, sobretudo porque, de fato, sequer seria possível aos apontados destinatários finais a disponibilidade dos mesmos, sendo impossível, inclusive, a sua negociação ou alienação.

A decisão obtida em Assembléia Geral Extraordinária pelos acionistas da contribuinte, sem a existência da autorização do BACEN ou ainda, do respectivo Registro, representava, quando muito, ato de eficácia exclusiva *inter partes*, não podendo ser assim de forma alguma imposto a terceiros.

Com essas considerações, entendo que, no presente caso, não se pode admitir a pretensão de configuração, pela contribuinte, de suposta ilegitimidade passiva a respeito dos eventuais créditos tributários apontados, especificamente porque, como se verifica, não se mostrando suficiente a decisão em Assembléia Geral Extraordinária sobre a redução de capital

para, desde já, considerar como operada a mudança da propriedade dos referidos títulos, a ela (a contribuinte-recorrente) é sim integralmente imputável a responsabilidade pelos tributos decorrentes das referidas operações, sendo perfeitamente regular, portanto, a autuação contra ela efetivada.

Diante disso, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva da contribuinte, reconhecendo que, no caso, a ela – e somente a ela –, pode ser imputada a obrigação de recolhimento dos eventuais tributos devidos em decorrência das operações aqui então consideradas, não vendo como admitir a construção empreendida pela recorrente de que a propriedade das ações da empresa BOVESPA HOLDING S/A, pela simples deliberação na Assembléia Geral Extraordinária – ainda pendente de registro e autorização do BACEN –, já se teria transmitido a terceiros.

Assim, completamente infundadas as alegações da recorrente de que se tratava de mera detentora dos referidos títulos, não se podendo – por força de lei, inclusive –, considerar a pretendida redução de capital antes da expressa autorização concedida pelo BACEN, da forma como aqui então apontado.

Da inexistência de decadência

A par dessas considerações a respeito da completa legitimidade passiva da contribuinte, cumpre ainda destacar a total inoccorrência de decadência em relação ao lançamento efetivado.

Ora, conforme apontado, trata-se nos autos de discussão a respeito de eventuais ganhos patrimoniais experimentados pela contribuinte em decorrência da operação de “**incorporação de ações**”, promovida pela Nova Bolsa S/A em relação às ações mantidas pela contribuinte da Bovespa Holding S/A, fato que, tendo **ocorrido no dia 08/05/2008**, seria antecedente a qualquer contagem de prazo de decadência contida em nosso ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que o **Auto de Infração fora lavrado em 22/02/2013**.

A recorrente, em sua argumentação, sustenta que, tendo sido transferida a propriedade dos referidos títulos em Agosto/2007 para seus sócios/acionistas, ali se contaria o prazo de decadência, a partir, então, das disposições do Art. 150, par. 4º do CTN.

Ocorre que a discussão tratada nos autos não se relaciona, em nada, com a AGE ocorrida em 2007, mas sim, especificamente, aos efeitos patrimoniais do fato apontado (incorporação de ações) ocorrida em Maio/2008, sendo essa, então, a data a ser considerada para a contagem do prazo decadencial respectivo.

A AGE de 2007, é importante destacar, somente aqui é mencionada tendo em vista a discussão a respeito da legitimidade passiva da contribuinte, o que, conforme apontado no tópico anterior, já restara perfeitamente superada, não se havendo o que, aqui, então, ser a ela relacionada.

Em face dessas considerações, entendo como completamente inexistente qualquer contagem de prazo decadencial da forma como pretendido pela recorrente, rejeitando, assim, nesses termos, os argumentos por ela expendidos.

DO MÉRITO

Da operação de Incorporação de Ações como fundamento para a imposição de apuração do ganho de capital

Ultrapassadas as questões preliminares sustentadas, insta analisar, objetivamente, a discussão em torno da possibilidade (ou não) de configuração da operação de “***Incorporação de Ações***” como efetiva e própria hipótese de alienação de bens do ativo da contribuinte, e, a partir daí, a existência, ou não, de obrigação da apuração de ganho de capital decorrente.

Para fins de registros necessários, relevante destacar que a operacionalização da chamada “***Incorporação de Ações***” é procedimento societário próprio, expressamente admitido pelo ordenamento jurídico pátrio, a rigor, pelas expressas disposições do Art. 252 da Lei 6.404/76, que, a seu respeito, assim especificamente aponta:

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

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

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

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

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

A discussão em torno do procedimento então apontado cinge-se em aproximá-lo, ou não, das hipóteses próprias de “alienação”, e, com isso, impor aos acionistas submetidos a esse procedimento, a obrigatoriedade de apuração imediata dos tributos devidos em decorrente do ganho então supostamente experimentado.

Com todas as considerações apresentadas nos autos, verifica-se que, ao passo que a fiscalização (assim como a decisão de primeira instância e também a PGFN) entende que a operação de incorporação de ações importaria numa forma de alienação dos referidos títulos, a contribuinte sustenta que a operação não se consubstanciaria em “alienação”, sobretudo

porque não dependeria de qualquer ato volitivo por ela então especificamente expressado, no sentido de entregar os referidos bens à empresa “incorporadora”, dela então recebendo bens e/ou direitos em valores correspondentes.

Na verdade, tanto uma quanto a outra parte buscam, a todo custo, a investigação quanto à natureza jurídica própria dessa operação, pretendendo, sempre, aproximá-la ao máximo de um ou outro contorno jurídico para, então, identificar os efeitos tributários eventualmente deles decorrentes.

A PGFN, visando desconstituir os argumentos da recorrente, sustenta que nos autos inexistente qualquer ato volitivo, expressamente formulado pela recorrente, em sentido contrário ou diverso da operação de incorporação de ações, destacando, então – ao que tudo indica –, no silêncio da contribuinte, a concordância com o resultado da AGE e, por isso, a impossibilidade de oposição aos efeitos tributários decorrentes.

Ocorre que, ao contrário do que pretende fazer crer a recorrida, penso que as considerações apresentadas pela recorrente a respeito da inexistência de ato volitivo não se relacionam em nada com a sua concordância, ou não, com o ato. A questão a respeito da ausência desse elemento refere-se à pretensão da impossibilidade de configuração da hipótese como se de efetiva “ALIENAÇÃO” se tratasse.

Em que pese todo o debate empreendido, penso que a solução a respeito da compreensão dos contornos jurídicos próprios do procedimento de **Incorporação de Ações** não deve ser tomando apenas com base em elementos parciais ou mesmo em relação ao resultados atingidos. É importante ressaltar, sobretudo, que, além de expressamente admitido pelo ordenamento jurídico pátrio como operação societária própria, pretender a compreensão do procedimento de *incorporação de ações* como ato símile à alienação patrimonial, com toda a certeza, significaria, a meu sentir, a pretensão de exigência de tributo com base em interpretação analógica, o que, com todas as vênias, representaria inafastável infringência às disposições do Art. 108 do CTN.

Assim, penso que assiste razão à contribuinte quando considera a *incorporação de ações* como efetiva e própria **hipótese legal de sub-rogação real**, sobretudo porque, no caso, não promovendo a empresa-investidora a retirada garantida aos minoritários dissidentes, manteve-se, integralmente, o investimento realizado, nos moldes, inclusive, até então por ela mantidos, não se podendo, ainda, considerar como efetivado qualquer ganho eventualmente tributável.

Aliás, tal consideração aqui se faz necessária, sobretudo porque, conforme se verifica, nos argumentos apresentados pelos agentes da fiscalização, a compreensão que fazem a respeito da operação seria de que a empresa teria efetivamente alienado as ações até então mantidas da *Bovespa Holding S/A*, e, posteriormente, efetivamente adquirido novas ações (agora da empresa incorporadora – *Nova Bolsa S/A*), tudo isso, sem qualquer instrumento contratual de suporte ou ainda qualquer registro contábil que eventualmente o representasse, levando, assim, ao máximo os limites de aplicação das presunções e ficções fiscais.

No caso, a contribuinte, originariamente possuidora de ações da *Bovespa Holding S/A*, teve substituídos os seus títulos por ações da *Nova Bolsa S/A*, mantendo em sua contabilidade, entretanto, o registro do custo do investimento da ações originariamente mencionadas, não fazendo refletir qualquer variação em relação aos laudos de avaliação apresentados.

Esse elemento, inclusive, aqui se apresenta como relevante, sobretudo porque, na visão da fiscalização, da decisão de primeira instância, e também da douta PGFN, o ganho experimentado pela contribuinte teria sido decorrente do valor do laudo de avaliação promovido pelos agentes contratados pela Nova Bolsa S/A, valores esses que, inclusive, sequer foram registrados em sua contabilidade.

Com essas considerações, entendo que o ganho de capital a ser apurado, somente pode ser considerado quando da efetiva alienação das referidas ações recebidas e mantidas pela contribuinte, não se podendo aqui, e agora, admitir como válidas as ilações apresentadas, considerando como “alienação” a operação de “incorporação de ações”, exclusivamente como forma de garantir a manutenção do lançamento efetivado.

A alienação das ações, com toda a certeza, somente se concretiza quando da efetiva liquidação do investimento, momento em que, inclusive, deverá ser efetivada a confrontação do valor de venda com o respectivo valor do custo originariamente suportado, não se podendo, assim, de forma alguma, admitir a pretensão de imposição tributária sem que se mostre efetivamente materializada a respectiva hipótese de incidência, da forma como aqui, então, especificamente pretendido pelos agentes da fiscalização.

Com essas considerações, com respeito a todos aqueles que eventualmente entendam em sentido diverso, penso que, ao contrário do que considerado nos presentes autos pela fiscalização e pela r. decisão de primeira instância, da operação de “**incorporação de ações**” isoladamente considerada não decorre qualquer ato efetivamente tributável, mas apenas, e tão somente, a efetiva sub-rogação real, em que a contribuinte, originalmente proprietária de ações da BOVESPA HOLDING S/A, suporta a substituição destas, agora, por ações da NOVA BOLSA S/A, em decorrência do procedimento próprio e específico das disposições determinadas pelo Art. 252 da Lei 6.404/76, configurando efetiva e própria **sub-rogação real**, mantendo, inclusive, as idênticas circunstâncias patrimoniais a ela antecedentes, e, assim, completamente indevida a pretensão de caracterização de suposta hipótese de “alienação”, e, por conseqüência, inválida a imposição da obrigatoriedade de apuração de suposto ganho de capital experimentado.

Da Multa Isolada: invalidade de sua exigência após o encerramento do ano-calendário e, também, pela sua concomitância com a correspondente multa de ofício

Adiante, sustenta a recorrente a invalidade da exigência da respectiva multa isolada pelo não recolhimento de estimativas, seja pela sua exigência após o encerramento do exercício respectivo, ou ainda, no presente caso, pela sua exigência concomitante com a respectiva multa de ofício.

A matéria, portanto, cinge-se à análise própria dos contornos normativos aplicáveis ao chamado *recolhimento de estimativas mensais*, que, como se verifica, pelas sistemáticas próprias daqueles referidos tributos (IRPJ e CSLL, apurados pelo Lucro Real), representam-se, de fato, como meras antecipações do montante devido ao final do exercício.

Em que pese as muitas discussões ainda hoje existentes sobre a matéria, é relevante observar que, a seu respeito, a Colenda Câmara Superior de Recursos Fiscais deste CARF já se debruçou sobre a matéria, sendo relevante destacar, a seu respeito, as disposições trazidas no voto proferido pelo ilustre Conselheiro Dr. Valmir Sandri, que, analisando com **maestria a matéria, assim então assento:**

Número do Processo 10980.005828/2005-34

Contribuinte GONVARRI BRASIL PROD SIDERURGICOS SA

Tipo do Recurso RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE

Data da Sessão

Relator(a) VALMIR SANDRI

Nº Acórdão 9101-001.547

Tributo / Matéria

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. ACORDAM os membros da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso. Votaram pelas conclusões os Conselheiros: Valmar Fosênc de Menezes, Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, Karem Jureidini Dias, Jorge Celso Freire da Silva, Plínio Rodrigues Lima e João Carlos de Lima Junior. Fez sustentação oral o advogado Dr. Ricardo Fernandes OAB/SP nº 183.220. (documento assinado digitalmente) OTACÍLIO DANTAS CARTAXO Presidente (documento assinado digitalmente) Valmir Sandri Relator Participaram do julgamento os Conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo, Valmar Fonseca de Menezes, José Ricardo da Silva, Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, João Carlos de Lima Junior, Karem Jureidini Dias, Plínio Rodrigues de Lima, Valmir Sandri, Jorge Celso Freire da Silva e Suzy Gomes Hoffmann.

Ementa

Assunto: Processo Administrativo Fiscal Ano-calendário: 2004, 2005 MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA. **O artigo 44 da Lei nº 9.430/96 preceitua que a multa de ofício deve ser calculada sobre a totalidade ou diferença de tributo, materialidade que não se confunde com o valor calculado sobre base estimada ao longo do ano. A jurisprudência da CSRF consolidou-se no sentido de que não cabe a aplicação da multa isolada após o encerramento do período. Ante esse entendimento, não se sustenta a decisão que mantém a exigência da multa sobre o valor total das estimativas não recolhidas.**

(Destaque nosso)

Da leitura desse relevante precedente, verifica-se que, tomando-se em conta a aplicação das disposições do mencionado Art. 44 da Lei 9.430/96, pacificou-se naquela Câmara Superior o entendimento de que a base de cálculo indicada pela legislação de regência para a apuração da referida multa isolada seria o montante ou a diferença do tributo devido, o que, no caso de apuração de prejuízos fiscais e/ou bases negativas, efetivamente impõe a conclusão de que o montante da penalidade, no caso, seria igual a zero.

Vejamos o trecho destacado do voto exarado naquele feito:

A sanção prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96 decorre do descumprimento do dever de pagar o tributo. Para quem opta pela tributação pelo lucro real anual, o pagamento dá-se mediante antecipações do valor estimado e ajuste ao final do período, quando efetivamente se apura o tributo devido.

A jurisprudência desta Câmara Superior consolidou-se no sentido de que as duas condutas (antecipação e ajuste), embora distintas, estão materialmente ligadas, eis que o cálculo do valor estimado repercute na apuração do ajuste ao final do período. Nesse passo, a primeira

conduta (o dever de antecipar), só existe antes do encerramento do período de apuração, e apenas até esse termo seu descumprimento será alcançado pela penalização. Após o encerramento do período, a conduta exigível é o dever de apurar e pagar o tributo devido no ajuste.

Dessa inteligência da norma resulta que, encerrado o ano-calendário, não mais existe o dever de antecipar, e assim, a multa pelo descumprimento do dever de pagar o tributo só incide sobre a diferença entre o tributo devido no período e o já pago (quer sobre forma de estimativas, quer sobre forma de ajuste).

A sanção prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96 decorre do descumprimento do dever de pagar o tributo. Para quem opta pela tributação pelo lucro real anual, o pagamento dá-se mediante antecipações do valor estimado e ajuste ao final do período, quando efetivamente se apura o tributo devido.

A jurisprudência desta Câmara Superior consolidou-se no sentido de que as duas condutas (antecipação e ajuste), embora distintas, estão materialmente ligadas, eis que o cálculo do valor estimado repercute na apuração do ajuste ao final do período. Nesse passo, a primeira conduta (o dever de antecipar), só existe antes do encerramento do período de apuração, e apenas até esse termo seu descumprimento será alcançado pela penalização. Após o encerramento do período, a conduta exigível é o dever de apurar e pagar o tributo devido no ajuste.

Dessa inteligência da norma resulta que, encerrado o ano-calendário, não mais existe o dever de antecipar, e assim, a multa pelo descumprimento do dever de pagar o tributo só incide sobre a diferença entre o tributo devido no período e o já pago (quer sobre forma de estimativas, quer sobre forma de ajuste).

(Grifos e destaques nossos)

A partir dessas considerações, entendo, na linha apontado, que o lançamento da referida multa isolada, no caso do não-recolhimento de estimativas, somente tem cabimento no mesmo ano-calendário de sua apuração, sendo certo que, com o encerramento do exercício, a obrigação de recolhimento dessas antecipações dá lugar à apuração e recolhimento do Lucro Real Anual, restando, pois, completamente indevido o lançamento da referida multa isolada quando verificado que, naquele exercício, a contribuinte apurou prejuízo, não restando valor algum a ser recolhido aos cofres fazendários.

Não fosse por essa razão, relevante ainda destacar que, no presente caso, propõe-se ainda a exigência da apontada multa isolada, concomitante à correspondente multa de ofício, o que, também, mostra-se completamente inviável, inclusive, conforme a hoje predominante jurisprudência deste Conselho. Veja-se, apenas a título de exemplificação, o entendimento esposado pela ilustre Conselheira Dra. EDELI PEREIRA BESSA, que assim já se pronunciou:

Número do Processo
10925.002409/2006-96

Contribuinte
COOPERATIVA REGIONAL ITAIPU

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 28/04/2015 por WILSON FERNANDES GUIMARAES, Assinado digitalmente em 28/0

4/2015 por WILSON FERNANDES GUIMARAES, Assinado digitalmente em 04/05/2015 por CARLOS AUGUSTO DE AND

RADE JENIER, Assinado digitalmente em 08/05/2015 por ADRIANA GOMES REGO

Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 16327.721438/2012-24
Acórdão n.º 1301-001.787

S1-C3T1
Fl. 359

Tipo do Recurso
RECURSO VOLUNTÁRIO

Data da Sessão
01/07/2011

Relator(a)
EDELI PEREIRA BESSA

Nº Acórdão
1101-000.508

Tributo / Matéria

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado, em DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário para: 1) relativamente à exigência de CSLL sobre atos cooperados, por maioria de votos, cancelar a exigência, vencida a Conselheira Relatora Edeli Pereira Bessa, acompanhada pelo Conselheiro Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro; e 2) relativamente à exigência de CSLL sobre atos não cooperados: 2.1) por unanimidade de votos, manter a base tributável de R\$ 19.126,67; 2.2) por maioria de votos, manter a base tributável de R\$ 210.180,48, divergindo o Conselheiro José Ricardo da Silva; e 2.3) por maioria de votos afastar a aplicação da multa isolada, vencida a Conselheira Relatora Edeli Pereira Bessa, acompanhada pelo Conselheiro Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro. Designado para redigir o voto vencedor, relativamente ao cancelamento da exigência de CSLL sobre atos cooperados e da multa isolada, o Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior. FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ - Presidente. (documento assinado digitalmente) MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Presidente para formalização do acórdão (documento assinado digitalmente) EDELI PEREIRA BESSA - Relatora (documento assinado digitalmente) BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR - Redator designado. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz (presidente da turma), Benedicto Celso Benício Júnior, Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, Edeli Pereira Bessa, José Ricardo da Silva e Nara Cristina Takeda Taga.

Ementa

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL Ano-calendário: 2002, 2001 SOCIEDADES COOPERATIVAS. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DEVIDAS POR COOPERATIVAS. MATÉRIA EM REPERCUSSÃO GERAL NO STF. JULGAMENTO. POSSIBILIDADE. Descabe o sobrestamento do julgamento administrativo se a exigência refere-se à CSLL e não a contribuições sociais incidente sobre o faturamento ou receita. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL. SOCIEDADES COOPERATIVAS. INCIDÊNCIA. O resultado dos atos cooperados estão fora do campo de incidência da tributação da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido COEFICIENTE DE RATEIO DE DESPESAS E ENCARGOS COMUNS. CRITÉRIO DE APURAÇÃO. Inadmissível, na determinação do coeficiente de rateio, a imputação de despesas exclusivamente a atos cooperados, sem a demonstração das razões pelas quais esta natureza lhes foi atribuída. DESPESAS FINANCEIRAS. EVIDÊNCIAS DE VINCULAÇÃO APENAS A ATOS COOPERATIVOS. Somente as operações vinculadas simultaneamente a atos cooperativos e a atos não cooperativos deverão ser segregadas por meio de coeficiente de rateio. **CSLL. RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA. MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. CONCOMITÂNCIA. Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, findo o período de apuração, de um lado, e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado complexivamente, de outro lado. A infração relativa ao não recolhimento das estimativas mensais caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir a exação, no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é, sem dúvida, a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, ao passo que o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa da Fazenda, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação.**

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 28/04/2015 por WILSON FERNANDES GUIMARAES, Assinado digitalmente em 28/0

4/2015 por WILSON FERNANDES GUIMARAES, Assinado digitalmente em 04/05/2015 por CARLOS AUGUSTO DE AND

RADE JENIER, Assinado digitalmente em 08/05/2015 por ADRIANA GOMES REGO

Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(Grifos e destaques nossos)

A respeito da referida impossibilidade de aplicação concomitante entre a multa de ofício e a referida multa isolada, inclusive, relevante aqui se faz o destaque às disposições da novel Súmula CARF n. 105, que, a respeito do assunto, inclusive, adotando aquele entendimento, assim especificamente aponta:

Súmula CARF nº 105:

A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Aplicando esse entendimento, entendo, no presente caso, pela completa inadmissibilidade da exigência concomitante da multa isolada e da multa de ofício, concluindo, nessas circunstâncias, pela inexistência da primeira, de acordo, inclusive, com a mais adequada *ratio essendi* a ser aplicada aos dispositivos em comento.

Do confisco e a afronta à capacidade contributiva

Apenas para fins de registros necessários, relevante destacar ainda que, em que pese todas as considerações antes apresentadas, a recorrente, em suas derradeiras argumentações, destaca ainda que, não fosse pelos argumentos antes apresentados (aqui, inclusive, objetivamente já analisados), deveria o lançamento ser desconstituído, tendo em vista que, pela relevância que apresenta, significa verdadeiro “confisco” e total desrespeito aos limites constitucionais da capacidade contributiva, razão porque, deveria então ser por isso desconstituído.

Sem pretender aqui apresentar qualquer consideração a respeito das argumentações apresentadas, urge apenas destacar que a existência do presente Processo Administrativo Fiscal tem por objetivo, especificamente, o controle de legalidade do ato administrativo do lançamento, sendo certo, e, pois completamente indubitado que, não sendo pelos fundamentos antes devidamente apresentados, não cabe, absolutamente, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais qualquer consideração a respeito da (in)constitucionalidade de atos normativos tributários, conforme, inclusive, expressamente assente nas disposições da Súmula CARF nº 02 que, sobre o assunto, assim então especificamente assenta:

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Diante desse mandamento, resta pois completamente inviável o acolhimento de qualquer consideração da recorrente a respeito da eventual ofensa às disposições

constitucionais, sobretudo no que diz respeito a suposto “*confisco*” e/ou “*ofensa ao princípio da capacidade contributiva*” da forma como por ela, então, ulteriormente pretendido.

Conclusões

Em face de todas essas considerações, encaminho o meu voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário interposto pela contribuinte, entendendo, no caso i) pela invalidade da exigência do IRPJ/CSLL em relação ao suposto ganho de capital decorrente (exclusivamente) da operação de Incorporação de Ações promovido pela Nova Bolsa S/A em relação às ações da Bovespa Holding S/A mantidas pela contribuinte; e, ainda, pela exigência de multa isolada após o encerramento do respectivo ano-calendário e também de forma cumulativa à co-respectiva multa de ofício (concomitância), afastando a preliminar de ilegitimidade passiva da contribuinte, e, também, a arguição de decadência apresentada, nos termos aqui então objetivamente destacados.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães, redator designado.

Em que pese a densidade da argumentação expendida pelo Ilustre Relator, o Colegiado, por maioria, entendeu de forma diversa relativamente à tributação do ganho de capital promovida pela Fiscalização, e, pelo voto de qualidade, no que tange à incidência da multa isolada sobre antecipações obrigatórias não recolhidas (estimativas).

Em conformidade com o Termo de Verificação Fiscal de fls. 147/156, os fatos que serviram de suporte para a tributação do GANHO DE CAPITAL foram os seguintes:

i) a fiscalizada era detentora em 2008 de 706.762 ações da BOVESPA HOLDING S/A, correspondentes a um montante de R\$ 1.568.806,68;

ii) nesse mesmo ano de 2008, as ações da BOVESPA HOLDING S/A, assim como as da BOLSA DE MERCADORIAS & FUTUROS – BM&F, foram incorporadas para a constituição da NOVA BOLSA S/A;

iii) a fiscalizada, então, teve as ações que detinha na BOVESPA HOLDING S/A convertidas em ações da NOVA BOLSA S/A, avaliadas em R\$ 26.206.927,61, resultando em um ganho de capital de R\$ 24.638.120,93 (R\$ 26.206.927,61 – R\$ 1.568.806,68).

O dissenso centrou-se, basicamente, no fato de a Fiscalização ter considerado a incorporação das ações da BOVESPA HOLDING pela NOVA BOLSA como uma alienação, de modo que o acréscimo patrimonial derivado da conversão das ações restou caracterizado como ganho de capital tributável.

Para o Ilustre Conselheiro Relator, na linha do sustentado pela autuada, a ausência de ato volitivo por parte desta, da contribuinte, no processo de incorporação de ações, afasta a hipótese de configuração de alienação. Nessa linha, argumenta:

...penso que assiste razão à contribuinte quando considera a *incorporação de ações* como efetiva e própria **hipótese legal de sub-rogação real**, sobretudo porque, no caso, não promovendo a empresa-investidora a retirada garantida aos minoritários dissidentes, manteve-se, integralmente, o investimento realizado, nos moldes, inclusive, até então por ela mantidos, não se podendo, ainda, considerar como efetivado qualquer ganho eventualmente tributável.

Aliás, tal consideração aqui se faz necessária, sobretudo porque, conforme se verifica, nos argumentos apresentados pelos agentes da fiscalização, a compreensão que fazem a respeito da operação seria de que a empresa teria efetivamente alienado as ações até então mantidas da *Bovespa Holding S/A*, e, posteriormente, efetivamente adquirido novas ações (agora da empresa incorporadora – *Nova Bolsa S/A*), tudo isso, sem qualquer instrumento contratual de suporte ou ainda qualquer registro contábil que eventualmente o representasse, levando, assim, ao máximo os limites de aplicação das presunções e ficções fiscais.

(GRIFO DO ORIGINAL)

O Colegiado, entretanto, alinhou-se à tese esposada pela autoridade fiscal na peça acusatória, que, com suporte em pronunciamento de Edmar de Oliveira Andrade Filho, conclui pela caracterização da incorporação de ações como alienação, sujeita, no caso de acréscimo patrimonial, à incidência do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro.

Peço licença para reproduzir, na íntegra, o pronunciamento do Ilustre Jurista Edmar de Oliveira Andrade Filho¹, eis que, além de didático, convergente com o entendimento majoritário da Turma Julgadora.

A incorporação de ações é operação regida pelo artigo 252 da Lei nº 6.404/76 e que tem por objetivo a criação de uma subsidiária integral (sociedade unipessoal referida no art. 251 da referida Lei) a partir de sociedade já existente; envolve, pois a conversão de uma de uma sociedade com dois ou mais sócios ou acionistas para torná-la unipessoal de modo que todas as ações sejam de titularidade de uma sociedade brasileira. Pode ou não haver transformação em sentido próprio (artigo 220 da Lei nº 6.404/76), que designa a mudança de tipo de sociedade; só haverá transformação se sociedade que vier a se tornar subsidiária integral não for uma sociedade por ações. A transformação é exigida porque o caput do artigo 251 da Lei nº 6.404/76 determina que a “subsidiária integral” seja uma sociedade por ações.

O artigo 252 da Lei nº 6404/76 estabelece um procedimento especial para essa conversão e dá nome de incorporação de ações. A palavra incorporação, neste contexto, não tem a mesma significação que a incorporação de sociedade, pois não há a extinção de sociedade, mas sim, mera conversão de sociedade anônima.

A operação de incorporação de ações requer a existência de pelo menos três partes distintas. A sociedade investida, que se tornará uma subsidiária integral e, portanto, passará a ter um único acionista; a sociedade incorporadora das ações ou quotas, que terá o seu capital aumentado em decorrência de subscrição feita pela terceira parte, representada pelos demais sócios ou acionistas da sociedade investida e que “trocarão” as ações ou quotas do capital daquela que se tornará subsidiária integral por ações ou quotas da sociedade incorporadora que, como visto, terá o seu capital aumentado mediante a emissão de novas ações ou quotas.

Em termos práticos, a sociedade que vier a ser a incorporadora das ações adquire todas as ações (ou o restante para completar a totalidade, se ela já for acionista) da sociedade que vier a ser sua subsidiária integral; essa aquisição é feita mediante o recebimento por conferência das ações ou quotas em subscrição de aumento de seu próprio capital. Assim, a recebedora das ações ou quotas da sociedade que vier a se tornar a subsidiária integral extingue a obrigação pela subscrição das ações mediante a entrega de ações de seu próprio capital.

A operação será submetida à assembléia geral (de sócios ou acionistas) das sociedades envolvidas, exceto aquela que se tornará a subsidiária integral.

Em princípio, não será necessária a realização de assembléia na sociedade que se tornará a subsidiária integral porquanto nela não ocorrerá acréscimo patrimonial de qualquer natureza; uma única mudança ocorre no quadro de sócios ou acionistas, que é reduzido a um. No entanto, haverá necessidade de realização de assembléia em razão da transformação do tipo societário ou para mudança nos direitos atribuídos

pelas ações ou quotas, de acordo com a sua espécie, ou, ainda, para modificação do quadro dirigente, se for o caso.

Na sociedade que se tornará a única acionista da subsidiária integral (incorporadora das ações ou quotas), a realização de uma assembléia geral é necessária porque haverá aumento de seu capital social e porque certos acionistas ou sócios poderão dissentir da decisão e requerer o reembolso do valor das suas ações ou quotas. Ademais, a lei impõe formalização de um protocolo e justificação com os termos do negócio jurídico a ser realizado e a apresentação de um laudo de avaliação do valor econômico das ações ou quotas que estarão sendo objeto da “troca” e que, em última análise, diz respeito ao valor do aumento do capital social, que pode ser realizado com ou sem prêmio (ágio na emissão de ações). Na sociedade (ou nas sociedades) que vier a subscrever ações ou quotas do capital da sociedade incorporadora das ações, a assembléia geral deve ser convocada em razão do disposto em Lei (§ 2º do artigo 252), que exige que uma operação desta natureza deva contar com a deliberação prévia dos sócios ou acionistas que podem dela dissentir. Neste caso, a Lei retira dos administradores os poderes para realizar uma operação que envolve ativos da sociedade.

Algumas controvérsias existem acerca do caráter jurídico da “troca” de ações ou quotas nos casos de incorporação de ações regidas pelo artigo 252 da Lei nº 6.404/76 (vide, no meu livro “Imposto de renda das empresas”, no Capítulo 31, o item 31.3).

Sob a perspectiva daquele que realiza da “troca” das ações ou quotas, há substituição de investimento que pode acarretar ou não a apuração de ganho ou perda de capital; tudo fica a depender do valor a ser atribuído à operação, se maior ou menor que o valor contábil do investimento primitivo, que é substituído por outro.

Esta operação pode ser qualificada como sendo passível de produzir uma alienação ou uma liquidação do investimento. A incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo; com efeito, o detentor das ações ou quotas as entrega sob a forma de conferência de bens para subscrição de capital e recebe ações ou quotas da sociedade que teve o seu capital aumentado e que passou a ser a única acionista da sociedade convertida em subsidiária integral. Todavia, não se pode olvidar que o fenômeno possui afinidade funcional com a liquidação de investimento por incorporação de sociedade nos termos do artigo 227 da Lei nº 6.404/76; de fato, o investimento na antiga sociedade (aquela que se tornou a subsidiária integral) deixa de existir em razão do cancelamento das antigas ações ou quotas que são substituídas por ações da controladora (única acionista ou quotista) da subsidiária integral.

Os negócios jurídicos que compõem o instituto da incorporação de ações ocorrem em razão de manifesta deliberação dos sócios ou acionistas das sociedades envolvidas mediante assembléias, nos termos do artigo 252 da Lei nº 6.404/76; portanto, são os acionistas que determinam os valores pelas quais as operações serão realizadas (observadas as prescrições legais tendentes a proteger acionistas minoritários) de modo que se a operação de subscrição realizar-se por valor superior ao valor contábil haverá apuração de ganho de capital tributável e, se for o caso, haverá a realização do ágio ou deságio já amortizado e objeto de controle na Parte B do Livro de Apuração do Lucro Real.

Por fim, cabe aduzir que ainda que a operação venha a ser qualificada como “liquidação de investimento”, não é permitido o adiamento da tributação incidente sobre o eventual ganho de capital, nos termos do item II do artigo 430 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 que trata, unicamente, das operações de incorporação, fusão ou cisão em razão da menção, no citado preceito, da figura do “acervo líquido”, assim considerado a diferença entre ativos e passivos recebidos em razão de qualquer uma das citadas operações.

(GRIFEI)

Quanto a tal aspecto, qual seja, pronunciamentos doutrinários acerca da natureza da incorporação de ações, se representativa ou não de alienação capaz de fazer emergir ganho tributável, merece transcrição também, na linha do adotado pela decisão de primeira instância, fragmento de artigo da autoria de Jéferson Roberto Nonato² acerca da matéria em referência.

Ganhos de capital nas alienações de participações societárias. Disciplina tributária

De plano devemos focar a hipótese em que a titularidade das ações alienadas, em situação de Incorporação de Ações, fosse detida por uma Pessoa Jurídica. Para esta hipótese, já vigorou, entre nós, o que disposto no art. 36 da Lei nº 10.637/2.002. Tal regra permitia que a Pessoa Jurídica alienante, em caso de Incorporação de Ações, deslocasse a tributação sobre os Ganhos de Capital para o momento da alienação, baixa ou liquidação das ações que foram adquiridas no processo de Incorporação de Ações. Os termos de tal dispositivo eram os seguintes:

...

Esta permissão legal foi amplamente utilizada em Planejamentos Tributários e Societários, terminando revogada pelo art. 15 da Medida Provisória nº 232 de 30 de Dezembro de 2.004.

Desta citação legal, se pode extrair que **o legislador ordinário sempre reconheceu a ocorrência de Ganhos ou Perdas de Capital em situação de Incorporação de Ações, não importando para tal configuração, a inexistência de fluxo financeiro ou de manifestação de vontade do titular das ações alienadas. Não se tem na espécie mera substituição de ativos, como advogado por alguns. Efetivamente o ato jurídico encerra uma das espécies do gênero alienação que pode gerar ganho ou perda de capital para o alienante porque se materializa a transmissão onerosa da propriedade de ativos, sempre passível de avaliação em termos de moeda corrente.**

(GRIFEI)

Para o Colegiado, portanto, em consonância com os pronunciamentos acima reproduzidos, a legislação tributária já previa a incidência do imposto e da contribuição social no ganho de capital derivado de incorporações de ações, tanto que autorizou o diferimento dessa tributação no período de vigência da norma trazida pelo art. 36 da Lei nº 10.637, de 2002. Irrelevante, no caso, como asseverado por Jéferson Roberto Nonato, “a inexistência de fluxo financeiro ou de manifestação de vontade do titular das ações alienadas”.

Amparado em tais considerações, decidiu o Colegiado pela procedência da tributação do GANHO DE CAPITAL promovida pela autoridade fiscal.

No que diz respeito à MULTA ISOLADA, merece registro, em primeiro lugar, o fato de inexistir na lei instituidora da sanção a condição explicitada pelo Ilustre Conselheiro Relator, isto é, a lei, ao descrever as situações motivadoras da aplicação da penalidade, não fez menção à circunstância de que, encerrado o período de apuração, a penalidade não poderia ser aplicada. Destaco que a norma impositiva estabelece de forma expressa que, ainda que se tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa, a sanção pecuniária deve ser aplicada, bastando para tanto que o sujeito passivo tenha incorrido na sua hipótese de incidência, qual seja, deixar de ter efetuado (ou ter efetuado com insuficiência) o recolhimento mensal incidente sobre a base de cálculo estimada.

A conclusão, pois, dirige-se no sentido de que o requisito condicionador da aplicação da penalidade indicado no pronunciamento do Ilustre Conselheiro Relator decorre de exercício de interpretação da norma sancionadora que, na visão do Colegiado, não pode ser recepcionado, sob pena de violação ao disposto no art. 97 do Código Tributário Nacional.

Filiou-se também a Turma Julgadora ao entendimento de que inexistente duplicidade de incidência sobre um mesmo fato (concomitância), pois, na situação sob análise, estamos diante de duas infrações distintas, quais sejam: a) falta de recolhimento do imposto e da contribuição sobre o ganho de capital auferido; e b) falta de recolhimento das antecipações obrigatórias (estimativas).

O entendimento é de que a norma legal aplicada, art. 44 da Lei nº. 9.430/96, revela obrigações distintas que, uma vez inobservadas, podem ensejar a aplicação da sanção. A primeira, consubstanciada no dever de recolher o imposto e a contribuição com base em estimativa a que se submetem as pessoas jurídicas que, por opção, apuram o resultado tributável anualmente. A segunda, decorrente da opção em questão, surge em consequência da eventual apuração de saldo positivo no resultado tributável anual.

O fato de as infrações terem sido apuradas por meio de um mesmo procedimento revela, apenas, concomitância de verificação das irregularidades, não constituindo, contudo, causa capaz de fazer desaparecer a infração antes cometida.

A variação do aspecto temporal da apuração reflete a evidência de que, no caso, estamos diante de duas infrações absolutamente distintas.

Tome-se, por exemplo, a situação em que, no curso do período-base de incidência, apurou-se receita omitida e, em razão disso, aplicou-se a multa isolada em virtude da insuficiência de recolhimento das estimativas devidas. Noutro momento, restou verificado que a mesma receita, antes omitida, também não foi considerada nas bases de cálculo do tributo e da contribuição devidos. Fica claro que, nessa circunstância, o tributo, assim como a contribuição, serão lançados com a multa de ofício correspondente, não havendo que se falar, nesse caso, em duplicidade de sanção sobre o mesmo fato.

Cabe registrar que a multa isolada em questão teve por fundamento o art. 44, II, b, da Lei nº 9.430, de 1996, ou seja, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.488, de 2007, de modo que, aqui, não é aplicável a súmula CARF nº 105, recentemente publicada e que abaixo reproduzo.

Súmula CARF nº 105: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, **lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996**, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício. (GRIFEI)

Note-se que o enunciado trata especificamente da multa isolada lançada com fundamento no art. 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 1996, isto é, na redação original do dispositivo legal, antes, portanto, das alterações promovidas pela Lei nº 11.488, de 2007.

Pelas razões expostas, tendo o Ilustre Conselheiro Relator afastado as preliminares argüidas, no que foi acompanhado pelos demais integrantes da Turma Julgadora, decidiu o Colegiado, no mérito, NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

“documento assinado digitalmente”

Wilson Fernandes Guimarães - Redator