



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

Processo nº 16539.720008/2014-61
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1401-001.845 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de abril de 2017
Matéria IRPJ/CSLL- INCORPORAÇÃO DE AÇÕES
Recorrente BRADESCO SAÚDE S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA JURÍDICA. GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO.

A incorporação de ações por envolver uma transferência de titularidade das ações da incorporada, dadas em pagamento em uma conferência de aumento de capital, para a incorporadora, caracteriza-se como uma espécie do gênero alienação. No caso concreto, como houve a valorização a preço de mercado das ações dadas em pagamento, gerou-se um acréscimo patrimonial tributável pelo ganho de capital.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ACIONISTA. DIREITO DE RECESSO.

A incorporação de ações seguirá os ditames das deliberações das assembleias gerais das companhias incorporadora e incorporada. Os acionistas da incorporada, que não concordarem com o evento de incorporação de ações, tem a opção de se retirar da sociedade, podendo se reembolsar do valor de suas ações.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO. É cabível a aplicação de juros de mora sobre multa de ofício, pois a teor do art. 161 do Código Tributário Nacional sobre o crédito tributário não pago correm juros de mora. Como a multa de ofício também constitui o crédito tributário sobre ela também necessariamente incide os juros de mora na medida em que também não é paga no vencimento.

MULTA ISOLADA

A multa isolada pelo descumprimento do dever de recolhimentos antecipados deve ser aplicada sobre o total que deixou de ser recolhido, ainda que a apuração definitiva após o encerramento do exercício redunde em montante menor. Pelo princípio da absorção ou consunção, contudo, não deve ser aplicada penalidade pela violação do dever de antecipar, na mesma medida em que houver aplicação de sanção sobre o dever de recolher em definitivo.

Esta penalidade absorve aquela até o montante em que suas bases se identificarem.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

As normas fiscais que disciplinam a exigência com respeito ao IRPJ aplicam-se à CSLL reflexa, no que cabíveis.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial, nos seguintes termos: I) Por maioria de votos, dar provimento para cancelar as multas isoladas. Vencidos os Conselheiros Antonio Bezerra Neto (Relator) e Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa. Designado Guilherme Adolfo dos Santos Mendes para redigir o voto vencedor; e II) Por unanimidade de votos, negar provimento para manter o ganho de capital na incorporação de ações A Conselheira Livia De Carli Germano votou pelas conclusões; e III) por unanimidade de votos, negar provimento em relação aos juros sobre a multa de ofício. Conselheiro José Roberto Adelino da Silva declarou-se impedido de votar.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto - Relator e Presidente

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Livia de Carli Germano, Luciana Yoshihara Argangelo Zani, Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa, Abel Nunes de Oliveira Neto e Antonio Bezerra Neto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra Acórdão da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília-DF.

Adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância, compondo em parte este relatório:

O procedimento de fiscalização teve início em 14/02/2014 com a ciência pessoal da fiscalizada (BRADESCO SAÚDE) pelo Termo de Início de Procedimento Fiscal, por meio do qual foi solicitada a apresentação de seus atos constitutivos; de planilhas demonstrativas da apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL no período sob fiscalização; e do respectivo Livro de Apuração do Lucro Real - LALUR.

A fiscalização solicitou também que a BRADESCO SAÚDE apresentasse os documentos relativos à operação de Incorporação das Ações de sua subsidiária integral Bradesco Dental S/A, pela empresa Odontoprev S/A ocorrida no ano-calendário fiscalizado, tais como Atas de Assembléias, Laudo de Avaliação e Protocolo e Justificação da Incorporação das Ações, Acordo de Associação e Outras Avenças firmado entre as empresas envolvidas na operação, no qual foi acordada a integração das atividades daquelas empresas mediante a incorporação das ações da primeira (Bradesco Dental S/A) pela segunda (Odontoprev S/A), bem como informações relativas à existência de eventuais ações judiciais ajuizadas pela fiscalizada que pudessem vir a impactar a apuração do IRPJ e da CSLL.

No decorrer do procedimento foram lavrados ainda os Termos de Intimação n.ºs 01, 02, 03, 04, 05, 06 e 07, com ciência pessoal da fiscalizada, para solicitar a apresentação de demais documentos e informações necessários ao prosseguimento das análises, relativos à apuração do IRPJ e da CSLL; aos registros contábeis referentes aos investimentos possuídos; ao reconhecimento, no resultado do exercício, dos valores havidos em virtude da operação de Incorporação de Ações já acima mencionada; e ao aumento do capital e das reservas de lucros de sua então controlada Bradesco Dental S/A também ocorridos no ano-calendário sob fiscalização.

No ano-calendário de 2009 foi firmado pela fiscalizada, na qualidade de única acionista da empresa Bradesco Dental S/A, o Protocolo e Justificação de Incorporação das Ações da Bradesco Dental S/A pela empresa Odontoprev S/A, por meio do qual referidas sociedades resolveram por promover a integração de suas atividades mediante a incorporação da totalidade das ações da primeira - Bradesco Dental S/A - pela segunda - Odontoprev S/A.

No caso sob análise, especificamente em 23 de dezembro de 2009, em assembléias realizadas em ambas as companhias envolvidas na operação, foi então aprovada a aludida Incorporação de Ações nos termos firmados no já citado Protocolo e Justificação de Incorporação das Ações da Bradesco Dental S/A pela Odontoprev S/A.

De acordo com a fiscalização (TVF) consta das atas de respectivas assembléias e do referido Protocolo e Justificação:

"o capital social da incorporadora das ações (Odontoprev S/A) antes da incorporação das ações era de R\$190.124.815,11, dividido em 25.015.130 ações ordinárias nominativas e sem valor nominal, e o capital social da companhia que

teve suas ações incorporadas (Bradesco Dental S/A) era de R\$262.000.000,00, dividido em 114.052.162 ações ordinárias nominativas e sem valor nominal;

- as ações da Bradesco Dental S/A foram avaliadas pelo seu valor econômico e incorporadas pela Odontoprev S/A pelo valor de R\$675.000.000,00, tendo sido destinados deste valor o montante de R\$208.964.880,00 para aumento do capital social de Odontoprev S/A, com a emissão de 19.259.436 novas ações ordinárias, e o montante de R\$466.035.120,00 para a constituição de reserva de capital;

o capital social de Odontoprev S/A passou inicialmente a totalizar R\$399.089.695,11 (R\$190.124.815,11+R\$208.964.880,00), dividido em 44.274.566 ações ordinárias (25.015.130+19.256.436), tendo sido reduzido para R\$284.611.422,11 por deliberação da mesma assembléia que aprovou o Protocolo e Justificação da Incorporação de Ações, sem modificação no número de ações, haja vista condição que já constava do aludido Protocolo;

- a fiscalizada, Bradesco Saúde S/A, na qualidade de única acionista da Bradesco Dental S/A, recebeu então, como pagamento pelas ações que possuía em Bradesco Dental S/A, 19.259.436 ações de Odontoprev, estas integralizadas mediante a transferência das ações de emissão de Bradesco Dental S/A ao patrimônio de Odontoprev S/A, estabelecida assim a relação de substituição de uma ação pela outra em 0,168865154875 (19.256.436/114.052.162), passando a fiscalizada a deter, conforme já acordado no protocolo de incorporação, ações representativas de 43,5% do capital social total e votante da Odontoprev S/A."

A fiscalização Constatou que, em razão das condições estabelecidas no processo de incorporação de ações, Odontoprev S/A, na qualidade de adquirente na operação realizada, adquiriu as 114.052.162 ações de emissão de Bradesco Dental S/A pelo valor de R\$675.000.000,00 e, conforme se pode verificar nas Demonstrações Financeiras e respectivas Notas Explicativas (em seu Item 1) disponibilizadas para consulta pública no site da Comissão de Valores Mobiliários na internet, registrou em seu ativo o custo do investimento adquirido desmembrando o valor "pago" pelas ações em duas parcelas a saber: R\$313.752.320,19 (valor do patrimônio líquido de Bradesco Dental S/A) a título de "Participação Societária" e R\$361.247.679,81 (diferença entre o valor do patrimônio líquido de Bradesco Dental S/A e montante "pago" à fiscalizada) a título de "Ágio na Aquisição de Investimentos"

A fiscalização constatou que, a fiscalizada, na qualidade de alienante, transferiu as 114.052.162 ações de emissão de Bradesco Dental S/A ao custo unitário de R\$2,750954604350 ($R\$114.052.162 \times R\$2,750954604350 = R\$313.752.320,19$) e recebeu, pelas ações que possuía em Bradesco Dental S/A, 19.259.436 ações de Odontoprev S/A ao valor patrimonial de R\$17,617838633133 ($19.259.436 \times R\$17,617838633133 = R\$339.309.635,61$), donde se verifica uma diferença positiva de R\$25.557.315,42 entre o preço de venda das ações (valor de transmissão) que possuía em Bradesco Saúde S/A e o seu respectivo custo contábil, diferença esta representativa do ganho de capital auferido pela fiscalizada na operação e não levado à tributação do Imposto de Renda e da contribuição social.

A fiscalização apurou que a diferença positiva então apurada entre o preço recebido pela alienação das ações de Bradesco Dental S/A e o seu respectivo valor contábil, no montante de R\$25.557.318,00 ($R\$339.309.646,29 - R\$313.752.328,29 = R\$25.557.318,00$), chegou a ser registrada contabilmente pela fiscalizada na conta "3519990000000 - Outras Receitas Patrimoniais/Outras Receitas" e somada na apuração do lucro contábil do exercício (vide Demonstração do Resultado do Exercício de 2009). Todavia, foi considerada como "receita de deságio" e excluída do lucro líquido contábil para fins de apuração do lucro real e da

base de cálculo da CSLL, conforme Parte A do Livro de Apuração do Lucro Real do ano-calendário 2009, no demonstrativo Livro de Apuração da Contribuição Social apresentado e nas Fichas 09C e 17 (Fichas "Demonstração do Lucro Real" e "Cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido") da respectiva Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, tendo sido nesta excluída a título de "ajustes do Regime Tributário de Transição - RTT".

A fiscalização entendeu que a exclusão foi indevida, porque a fiscalizada, na qualidade de alienante na operação realizada, na verdade teria apurado um resultado positivo na alienação de bens/direitos constantes de seu ativo permanente e, por força do que determinam os arts. 418 e 426 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99, Decreto 3.000, de 1999, os resultados positivos apurados na alienação ou na liquidação de bens/direitos do ativo permanente devem ser computados na determinação do lucro real, base de cálculo do Imposto de Renda, a título de ganhos de capital.

Assim, a fiscalização procedeu o lançamento de ofício para exigência do IRPJ e da CSLL, incidentes sobre o ganho de capital havido na operação, que deixaram de ser espontaneamente recolhidos.

A fiscalização, também concluiu que a contribuinte incorreu na hipótese prevista no inciso II, alínea "b", do art. 44 da Lei 9.430/96 c/c o art. 57 da Lei 8.981/95, qual seja, a existência de valores devidos e não pagos a título de estimativa mensal do IRPJ e da CSLL em virtude da exclusão do aludido ganho de capital das bases mensais tributáveis. Dessa forma, o lançamento de ofício também incorreu na aplicação da multa isolada.

Os autos de infração de IRPJ, CSLL, e multas isoladas totalizaram então R\$ 27.456.710,71.

A contribuinte apresentou sua impugnação, e resumidamente alega:

O instituto jurídico da incorporação de ações é uma das modalidades de concentração empresarial permitidas pela legislação vigente, a qual possui natureza jurídica própria, distinta de uma incorporação de sociedades (ou "incorporação pura").

A contribuinte alega que a incorporação de ações e a incorporação de sociedades são operações distintas entre si, sobretudo quando analisadas sob a perspectiva das sociedades que participam da operação. De outra parte, quando se verificam quais são os efeitos para os acionistas em uma e outra operação, é inevitável reconhecer que se tratam, efetivamente, de operações semelhantes - apenas sob o ponto de vista dos acionistas.

A impugnante transcreve opinião do colegiado da CVM.

Cita opinião do ilustre Nelson Eizirik, e do mestre Alberto Xavier.

Do mesmo modo entende a impugnante que a natureza jurídica da incorporação de ações não pode ser confundida com uma integralização de capital social com bens, sendo equivocada qualquer tentativa de comparação dos dois institutos.

Cita doutrina de Alberto Xavier, Fábio Konder Comparato, Daniel Kalansky, Sacha Calmon.

A contribuinte destaca o posicionamento da Procuradoria Federal Especializada junto à CVM a qual transcreve-se:

"A autonomia da operação aqui analisada em relação à incorporação de sociedades... deriva do fato de que nela as duas personalidades jurídicas subsistem com direitos e obrigações próprios e patrimônios distintos, embora relacionados. Por seu turno, **apesar de ser integrada por uma etapa de aumento de capital, cujo acréscimo corresponde ao total dos títulos adquiridos pela incorporadora, verifica-se que seu objeto é diverso e seu resultado mais amplo que o da simples capitalização.**"

A contribuinte, alega que na operação de incorporação de ações há uma importante característica que é a ausência do elemento volitivo por parte dos acionistas uma vez que a incorporação de ações é negócio jurídico praticado pelas sociedades cujas ações serão incorporadas (insista-se, a manifestação de vontade é social e não individual).

Com efeito, entende a contribuinte, que da perspectiva do ex-acionista da sociedade cujas ações foram incorporadas (no presente caso, a ora Impugnante), *houve a troca das ações incorporadas (Bradesco Dental) por ações emitidas pela sociedade incorporadora (Odontoprev)* sem que este tenha concorrido para tal substituição, pelo fato de estar inerte na operação.

Novamente, cita a doutrina de Alberto Xavier.

Entende a impugnante tratar-se, assim, da ocorrência de sub-rogação real na incorporação de ações, fenômeno que consiste *na substituição de um bem (ações da Bradesco Dental detidas pela Impugnante) por outro (ações da Odontoprev)*, mantendo-se as mesmas relações jurídicas previamente existentes com relação ao bem substituído,

permanecendo o acionista nas mesmas posições patrimonial e econômica verificadas antes da operação.

Aduz a impugnante, não se tratar, portanto, de alienação de ações realizada pelo acionista, conforme afirmado pelo Sr. Agente Fiscal ao fundamentar o auto de infração lavrado. Entende, então, que o acionista nada transmite, mas apenas recebe as novas ações que lhe são devidas, conforme estabelecido na relação de troca de ações.

Alega que o próprio Fisco já admitiu a ocorrência de sub-rogação real em operações de reorganização societária na qual houve a substituição de títulos representativos de participações societárias por ações. De fato, veja-se o que restou decidido no Parecer Normativo CST nº 39/81.

Transcreve entendimento de Nelson Eizirik.

Conclui, então, que pelos motivos expostos, a incorporação de ações analisada nesse processo trata-se de mera sub-rogação real com a substituição de um ativo por outro, na medida em que apenas as ações foram trocadas, não tendo havido o pagamento à Impugnante de qualquer contraprestação adicional em dinheiro (torna), como nem poderia haver já que não houve alienação de nenhuma ação.

Dessa forma, para o acionista (ora Impugnante), não se pode falar em apuração de ganho tributável, na medida em que as *ações são substituídas* com um verdadeiro efeito *econômico permutativo, sem a disponibilidade econômica de renda.*

Assevera, a impugnante, que diante da ausência de disponibilidade econômica de renda no momento da substituição das ações e tendo em vista que a posição patrimonial da Impugnante permaneceu inalterada, poder-se-ia dizer que a sub-

rogação real levada a efeito pela incorporação de ações da Bradesco Dental pela Odontoprev *assemelha-se a uma operação de permuta*, na medida em que nela há a *mera troca de bens*.

Aduz, então, que ao se considerar a substituição de ações da Impugnante em seus efeitos permutativos, *será indevida a tributação pelo imposto sobre a renda*. Isso

porque, a inexistência de ganho de capital nas operações de permuta sem torna, tal como a que ocorreu no presente caso, é, em diversas situações, reconhecida pela legislação, pela jurisprudência administrativa e até mesmo pelas próprias Autoridades Fiscais.

Transcreve acórdãos dos antigos Conselhos de Contribuintes.

Ataca, ainda, a impugnante, a Multa Isolada após o Encerramento do Ano-Base quando da Lavratura dos Autos de Infração.

Entende que a multa isolada, prevista atualmente no inciso II, alínea " b " do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, com a redação conferida pelo artigo 14 da Lei nº 11.488/07, diferentemente do que entendeu a Autoridade Fiscal, *somente pode ser exigida caso o Fisco verifique a falta de recolhimento dos tributos, ou recolhimento insuficiente, com base em estimativas mensais, antes do término do ano-base*.

Transcreve acórdãos do CARF.

Adiciona, a contribuinte que, ainda que fosse possível lançar, após o encerramento do ano-base de 2009, a multa isolada em razão do não recolhimento dessas estimativas, a título de argumentação, *não poderia haver, sobre a mesma base de cálculo, a cumulação da multa isolada com qualquer outra penalidade*.

Anexa acórdãos do CARF.

Entende a contribuinte que os juros calculados com base na taxa SELIC não poderão ser exigidos sobre a multa de ofício lançada, por absoluta ausência de previsão legal.

Submetida a Impugnação à apreciação da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Brasília-DF, esta proferiu o acórdão nº 03-66.020, que por unanimidade de votos manteve integralmente o lançamento, nos termos da ementa abaixo:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009 INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

Na incorporação de ações há alienação, em sentido amplo, pelos acionistas da incorporada de seus ativos, sendo esta alienação com elemento volitivo. Dessa forma, havendo diferença positiva entre o valor da transmissão e o respectivo custo de aquisição, esta diferença deve ser tributada como ganho de capital, mesmo sem fluxo financeiro.

MULTA ISOLADA ESTIMATIVA

A falta recolhimento das estimativas sujeita a pessoa jurídica à penalidade da multa isolada, de acordo com a legislação.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO. É cabível a aplicação de juros de mora sobre multa de ofício, pois a teor do art. 161 do Código Tributário Nacional sobre o crédito tributário não pago correm juros de mora. Como a multa de ofício também constitui o crédito tributário sobre ela também necessariamente incide os juros de mora na medida em que também não é paga no vencimento.

DA TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Lançamentos reflexos. Ao se decidir de forma exaustiva a matéria referenciada ao lançamento principal de IRPJ, a solução adotada espalha seus efeitos aos lançamentos reflexos, próprio da sistemática de tributação das pessoas jurídicas.

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário (fls. 672/736) a este CARF, repetindo literalmente todos os tópicos trazidos anteriormente na impugnação.

Às fls.742/793 consta contrarrazões da PFN.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

O recurso preenche as condições de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, a fiscalizada, Bradesco Saúde S/A, na qualidade de única acionista da Bradesco Dental S/A, recebeu então, como pagamento pelas ações que possuía em Bradesco Dental S/A, 19.259.436 ações de Odontoprev, estas integralizadas mediante a transferência das ações de emissão de Bradesco Dental S/A ao patrimônio de Odontoprev S/A, estabelecida assim a relação de substituição de uma ação pela outra em 0,168865154875 (19.256.436/114.052.162), passando a fiscalizada a deter, conforme já acordado no protocolo de incorporação, ações representativas de 43,5% do capital social total e votante da Odontoprev S/A.

A controvérsia dos Autos de Infrações sob análise cinge-se, então, em saber se a operação de incorporação de ações é uma hipótese de efetiva alienação de ações e assim a necessidade de reconhecer como valor da alienação o valor unitário atribuído a cada ação ordinária da Bradesco Dental S/A (controlada da Recorrente) que, com a incorporação de suas ações, se tornou subsidiária integral da Odontoprev S/A.

A incorporação de ações é operação societária prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A).

Em apertada síntese, a incorporação de ações tem lugar de ser quando uma companhia adquire todas as ações do capital social de outra com o fim de converter esta em subsidiária integral, como aconteceu no caso concreto em virtude da incorporação de todas as ações da Bradesco Dental S/A.

Em última análise, a incorporadora (Odontoprev S/A) aumenta seu próprio capital social e o integraliza com as ações adquiridas da incorporada (Bradesco Dental S/A), em que os acionistas desta última (Recorrente), ao aprovarem a operação, receberam em troca delas, ações da incorporadora pelo valor de avaliação apurado em laudo exigido pela lei. No caso, a avaliação das ações da Bradesco Dental S/A foi feita a valor de mercado, elaborada por empresa especializada (Terco Grant Thornton Consultores S/S), conforme consta do Protocolo e Justificação da Incorporação de Ações aprovado nas Assembléias Gerais de 23/12/2009. E ao fim e ao cabo, os acionistas da incorporada, Bradesco Dental S/A, passaram assim a ser acionistas em 43,5% do capital social total e votante Odontoprev S/A (incorporadora).

A lide cinge-se a saber, então, em sendo o caso de o valor daquela avaliação, no momento da incorporação, ser maior que o valor contábil declarado anteriormente, se a referida diferença deve ser atribuído o caráter de ganho de capital tributável.

Em sua defesa, através de vasta doutrina trazida, a Recorrente procura demonstrar que a incorporação de ações é uma operação com características próprias, se assemelhando mais a uma permuta sem torna, distinta da alienação, e, por consequência, não seria suscetível de gerar ganho de capital tributável.

Dessa forma, passa-se a verificar primeiro a natureza jurídica desse instituto para depois extrair as consequências tributárias do mesmo para o caso concreto.

Conforme relatado, a Recorrente defende a tese que atribui à incorporação de ações como sendo um mero procedimento de substituição de ações, configurando uma sub-rogação real, sendo este um dos principais fundamentos de que se utilizou no seu recurso.

Não entendo que estamos a tratar de sub-rogação real, pois esse instituto pressupõe a substituição jurídica de uma coisa (ações da sociedade A) por outra (ações da sociedade B), mas mantendo-se a relação base anterior. É que feita essa “substituição”, a essência da relação jurídica anterior não será mais a mesma, uma vez que sendo as ações recebidas pela incorporada pertencentes à pessoa jurídicas diferente, tudo mais se altera: valores patrimoniais, Estatutos sociais etc.

Ademais, a sub-rogação jurídica tem como principal função fazer com que o bem recebido em troca recomponha o novo patrimônio de referência e isso tudo levando-se em conta a perfeita identidade de valores entre o bem sub-rogado e o bem deslocado. O que a evidência não ocorre justamente pela necessidade legal de se valorar as ações dadas e conferidas para aumento de capital, a preço de mercado por intermédio de laudo exigido por lei. Ou seja, a alienação em questão se deu a título de acréscimo patrimonial e não de equivalência, ensejando assim a tributação.

Outro argumento que a Recorrente colocou para defender ainda essa tese é que não **haveria declaração de vontade**, isso porque na incorporação de ações o acordo se daria entre duas sociedades, entre órgãos, sem a participação direta dos acionistas. Então, não poderia haver aqui uma alienação quando há carência de vontade.

Ledo engano, em sociedades fechadas a decisão dos seus acionistas seria unânime, não havendo que se falar em carência de vontade, e nas sociedades abertas, como é o caso da Recorrente, pelo princípio majoritário, essa declaração de vontade fica também estampada. Afinal, as consequências e o alcance do princípio majoritário é encampado e aceito *a priori* na medida em que se participa de uma sociedade aberta.

Em relação aos minoritários, é de se reconhecer que a carência de vontade não é tão patente, porém apesar de não existir uma declaração (explícita) de vontade, há uma manifestação de vontade, na medida em que existe para eles (minoritários) o direito de recesso. Caso não o exerçam, estão pragmaticamente estão dando respaldo com essa manifestação de vontade (implícita) à decisão acolhida pelo princípio majoritário, como foi o caso.

Assim, não se pode afirmar que o negócio jurídico de incorporação de ações possui apenas uma eficácia externa, atingindo a “terceiros” estranhos ao protocolo (acionistas), apenas pelo fato de que a operação seja aprovada pela maioria das assembléias gerais das sociedades envolvidas.

Caráter de Alienação

Dado que a alienação é um negócio jurídico de caráter genérico que designa qualquer situação que possua como resultado final a transferência do domínio de uma coisa para outra pessoa, então, como corolário lógico disso, entendo que na incorporação de ações, por justamente ensejar a uma verdadeira transferência de titularidade jurídica e, no caso concreto, com valoração a preço de mercado das ações dadas em conferência de capital, se enquadra no gênero “alienação”, atraindo assim a tributação do ganho de capital.

Caráter de aumento de capital mediante “dação em pagamento”

Muito embora essa subscrição de capital com bens (ações) seja uma etapa de um procedimento maior, configurando um negócio típico do direito societário, não vejo porque se possa descaracterizar também a linha de entendimento defendida por Modesto Carvalhosa que também configura uma outra situação jurídica condutora da tributação, qual seja, um aumento de capital da incorporadora mediante uma “dação em pagamento” de bens (próprias ações) pelos antigos acionistas da incorporada, modalidade esta de alienação albergada como campo de incidência do IR, no § 4º do art. 117 do RIR/99, ultrapassando assim quaisquer outras considerações opostas de renda ainda não realizada, afinal a própria lei encampou literalmente tal situação jurídica.

Se, ao menos teoricamente, é indiferente a qualificação com base numa tese (a incorporação de ações é um instituto jurídico do direito societário, havendo alienação e aquisição fictas) ou outra (aumento de capital com “dação em pagamento” de bens (ações)), permanece a questão de fundo de todas as discussões em torno da validade da tributação, na discussão subsequente de que tal renda ainda não teria se realizado *ex vi* art. 43 do CTN.

O que se apregoa é que no nosso ordenamento jurídico, a tributação incide sobre renda realizada por força do disposto no art. 43 do CTN.

O problema é que alguns intérpretes tendem de imediato a associar a ideia de renda realizada com a existência de fluxo financeiro. Não havendo a ocorrência do fluxo financeiro haveria apenas uma renda em potencial.

Se tal raciocínio fosse válido de forma absoluta em qualquer situação, então como corolário lógico disso teríamos então que admitir que todas as normas que dispõem sobre a tributação com base no regime de competência (para as pessoas jurídicas) seriam inválidas nos casos em que o ganho da receita não coincide com o fluxo financeiro. O que seria um absurdo.

Outros também alegam que a disponibilidade jurídica deve ser entendida como a detenção de título líquido e certo, hábil a proporcionar a disponibilidade econômica, por meio de atitudes que dependa apenas do contribuinte.

Suponho que ao irem por esse caminho querem dar a entender que ao receber as ações em decorrência da incorporação de ações ainda carecia da concordância de terceiros em realmente adquiri-las por aquele valor atribuído.

A tese aqui já referida de que ocorre uma alienação ficta justaposta a uma aquisição ficta, e isso não antes de valorada a preço de mercado, caracteriza, sim, a meu ver, uma concordância de terceiros. O terceiro no caso é empresa incorporadora que aceitou a conferência de ações da empresa controlada reavaliada a preço de mercado por ocasião da assembleia. É que por determinação dos parágrafos 1º e 3º do art. 252 da Lei da S/A, é obrigatória a avaliação do valor das ações a ser incorporada, sendo relevantíssimo o preço atribuído, pois será ele o preço da avaliação que determinará a relação de troca para saber quantos ações da incorporada equivalem as ações da incorporadora para serem cedidas aos novos sócios como pagamento pela integralização de capital das ações da incorporada dadas em “dação em pagamento”.

Por fim, há ainda que se alegue contra a tese aqui defendida que haveria a necessidade de que alguém passe a ser titular de algo do qual não era titular. Tal linha de defesa também já foi criticada neste voto quando se demonstrou alhures que estaríamos diante de uma verdadeira transferência de domínio econômico de bens (ações) que passaram da incorporada para a incorporadora.

Outrossim, a jurisprudência do CARF também caminha ao lado desse entendimento, conforme julgado abaixo da CSRF:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF.

Exercício: 2005. IRPF OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES GANHO DE CAPITAL. As operações que importem alienação a qualquer título de bens e direitos, estão sujeitos a apuração do ganho de capital. A incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo. O sujeito passivo transferiu ações, por incorporação de ações, para outra empresa, a título de subscrição e integralização das ações que compõem seu capital, pelo valor de mercado. A diferença a maior (entre o valor de mercado e o valor constante na declaração de bens) deve ser tributada como ganho de capital. Recurso especial provido. (Câmara Superior de Recursos Fiscais CSRF Segunda Turma Acórdão CSRF/920200.662 Data da Decisão: 12/04/2010 Data de Publicação: 11/06/2010)”

O CARF também apreciou a operação de incorporação de ações envolvendo as pessoas jurídicas HFF PARTICIPAÇÕES e a BRF FOODS. Trata-se de julgamento proferido pela 2ª turma da 4ª câmara da 1ª Seção, no processo 10880.720212/2013-55, no qual a turma concluiu pela existência de ganho de capital tributável.

E finalmente nesta mesma turma foi julgado um caso semelhante da Bradesco SA, através do Acórdão 1401-001.682, de 09 de agosto de 2016, com a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA JURÍDICA. GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO.

A incorporação de ações por envolver uma transferência de titularidade das ações da incorporada, dadas em pagamento em uma conferência de aumento de capital, para a incorporadora, caracteriza-se como uma espécie do gênero alienação. No caso concreto, como houve a valorização a preço de mercado das ações dadas em pagamento, gerou-se um acréscimo patrimonial tributável pelo ganho de capital.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ACIONISTA. DIREITO DE RECESSO.

A incorporação de ações seguirá os ditames das deliberações das assembleias gerais das companhias incorporadora e incorporada. Os acionistas da incorporada, que não concordarem com o evento de incorporação de ações, tem a opção de se retirar da sociedade, podendo se reembolsar do valor de suas ações.

Por todo o exposto, concluo que a incorporação de ações de fato importa uma alienação que é tributável, pois no caso concreto, com a valorização à preço de mercado gerou uma forma de acréscimo patrimonial, ensejando assim a tributação do ganho de capital.

MULTA ISOLADA – ESTIMATIVAS NÃO PAGAS

A recorrente pleiteia o cancelamento da multa isolada de 50% apurada em face de falta de recolhimento da estimativa do tributo devido, feito sob argumento de impossibilidade de cumulação com a multa de ofício de 75%.

Quadro de composição das multas isolada lançada referente à agosto de 2007, por consequência da falta de declaração do ganho de capital, conforme consta do TVF:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO APURADO

TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÃO	VALOR ORIGINAL	MULTA DE OFÍCIO	JUROS	TOTAL
IRPJ	6.389.319,38	4.791.989,54	2.784.465,39	13.965.774,31
CSLL	3.833.597,70	2.875.198,28	1.670.681,88	8.379.477,86

MULTA EXIGIDA ISOLADAMENTE	
IRPJ	3.194.659,69
CSLL	1.916.798,85

Cabe de início esclarecer que não se confundem as duas infrações, pois são distintas. Uma coisa é o descumprimento da obrigação de recolher, até o último dia útil do mês subsequente àquele a que se referir, o imposto apurado por estimativa; outra, completamente diferente é a caracterização de declaração inexata e da falta de recolhimento do imposto apurado no final do ano, com base no lucro real.

Tais infrações são passíveis de penalidades distintas, previstas em diferentes dispositivos da legislação uma incidindo isoladamente, sobre as estimativas obrigatórias não recolhidas durante o ano-calendário e outra cobrada juntamente com o imposto devido (declaração inexata). A lei em sua redação original, coincidentemente, tinha adotado o mesmo percentual de 75% para ambos os casos. Mas, esse dispositivo foi alterado pela lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, dando-lhe nova redação, reduzindo a multa isolada para 50%; bem assim deixando bem claro, se dúvidas haviam, de que a referida multa isolada era cabível no caso de estimativa mensal não paga e não de tributo final não pago.

Assim, em virtude da legislação referida, ao optar pela apuração dos lucros com base no real anual a contribuinte ficou obrigada a antecipar o pagamento do imposto de renda e da contribuição social, recolhendo-os mensalmente, por estimativa.

A multa isolada recebe essa denominação apenas por ser exigida separada e independentemente do tributo, tanto que se impõe ainda quando nenhum tributo ao final do período de apuração seja devido, apenas porque o contribuinte deixou de satisfazer o recolhimento por estimativa que lhe tocava efetuar. A multa aplica-se ainda que, no final do período de apuração, venha a ser apurado prejuízo fiscal.

Se a multa é cabível mesmo na hipótese de se verificar prejuízo ao final do período de apuração 2(duas) ilações estão aí pressupostas que precisam ser desveladas:

- a) a penalidade é imposta não em razão do pagamento insuficiente do tributo devido ao final da apuração, mas sim pelo falta de cumprimento de outra obrigação distinta, que é o recolhimento antecipado da estimativa mensal;
- b) descabido é também o argumento de que a multa isolada só se aplica para período não encerrado.

Portanto, importa verificar que a exigência da multa isolada independe de se apurar resultado anual tributável, decorre do descumprimento da obrigação de recolher a estimativa apurada no mês-calendário.

Também não se pode conceber que a aplicação da multa seja de caráter condicional. Explico melhor. O descumprimento da norma enseja a aplicação da penalidade, não tendo lógica a lei determinar que se proceda de certa maneira e se venha a ter

procedimento em sentido oposto. É, pois, inadmissível que paralelamente com o dever-ser do comportamento, coexista o pretenso direito ao livre arbítrio de agir, vulnerando-se o conteúdo das determinações legais.

Da inaplicabilidade da Súmula CARF nº 105

Ressalvo o meu entendimento que sempre foi pela manutenção das multas isoladas, porém o modifico em função de regramento vinculante superveniente (Súmula CARF n; 105), que possui o seguinte teor:

Súmula CARF n. 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.

Porém, cabe salientar que a asserção contida na súmula só é válida para os anos-calendários anteriores a 2007, pois com fundamento em dispositivo legal (no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996) que foi posteriormente modificado.

Portanto a Súmula nº105 só aplica-se aos anos-calendários anteriores a 2007, eis que o lançamento dela deve se lastrear no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, alterado pela art. 14 da Lei nº 11.488/07, bem assim que haja imposto devido e não apuração de prejuízos fiscais ou bases negativas da CSLL.

Como o caso que se cuida refere-se ao ano-calendário de 2009, não há que se falar em aplicação da súmula ao caso concreto.

Portanto, mantenho as multas isoladas sobre as estimativas.

Juros sobre multa de ofício

Não procede a alegação da recorrente no sentido de ser indevida a cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício .

Como é sabido, a multa de ofício, *ex vi* art. 44 da Lei nº 9.430/96, deverá incidir sobre o crédito tributário não pago (diferença entre o tributo devido e o recolhido).

A partir da leitura do Código Tributário Nacional, conclui-se que a multa, apesar de não ter a natureza de tributo, faz parte do crédito tributário. É a inteligência dos artigos 3º e 113 do CTN, conjugado com art. 139 que assim dispõe “O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta”

Ou seja, enquanto o art. 3º exclui as multas da definição de tributo, os dispositivos seguintes (art. 113, §1º, e art. 139) trazem-nas para compor o crédito tributário. Por conseguinte, a cobrança das multas lançadas de ofício deve receber o mesmo tratamento dispensado pelo CTN ao crédito tributário.

Por sua vez, o art. 161 do Código Tributário Nacional dispõe que os juros de mora passam a integrar o crédito tributário não pago, de forma a que a incidência da multa alcança tanto o crédito tributário principal quanto os juros de mora sobre ele incidentes.

Em resumo, é cabível a aplicação de juros de mora sobre multa de ofício, pois a teor do art. 161 do Código Tributário Nacional sobre o crédito tributário não pago correm juros de mora, como a multa de ofício também constitui o crédito tributário sobre ela também necessariamente incide os juros de mora na medida em que também não é paga no vencimento.

Assim, não procede o argumento no sentido de afirmar que apenas a partir da existência do parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96 é que poderá incidir juros de mora sobre a multa aplicada. Ora, tal previsão diz respeito à aplicação de multa isolada sem crédito tributário. Assim, a teleologia de tal dispositivo legal vem a reboque de se ratificar a incidência dos juros sobre a multa que não toma como base de incidência valores de crédito tributário sujeitos à incidência ordinária da multa de ofício.

Assim, mantenho os juros sobre a multa de ofício.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

As normas fiscais que disciplinam a exigência com respeito ao IRPJ aplicam-se à CSLL reflexa, no que cabíveis.

Por todo o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.**

(assinado digitalmente)
Antonio Bezerra Neto

Voto Vencedor

Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Redator Designado

É de longa data meu posicionamento acerca da aplicação da multa isolada em concomitância com a multa proporcional.

Abaixo, reproduzo meu voto, relativo à situação idêntica à presente neste feito, que conduziu o Acórdão nº 1201-00.235, de 07 de abril de 2010:

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 a cessação da vigência de leis extraordinárias e certo, em relação às temporárias, 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.

Nada obstante, também entendo que as duas sanções (a decorrente do descumprimento do dever de antecipar e a do dever de pagar em definitivo) não devam ser aplicadas conjuntamente pelas mesmas razões de me valer, por terem a mesma função, dos institutos do Direito Penal.

Nesta seara mais desenvolvida da Dogmática Jurídica, aplica-se o Princípio da Consunção. Na lição de Oscar Stevenson, “pelo princípio da consunção ou absorção, a norma definidora de um crime, cuja execução atravessa fases em si representativas desta, bem como de outras que incriminem fatos anteriores e posteriores do agente, efetuados pelo mesmo fim prático”. Para Delmanto, “a norma incriminadora de fato que é meio necessário, fase normal de preparação ou execução, ou conduta anterior ou posterior de outro crime, é excluída pela norma deste”. Como exemplo, os crimes de dano, absorvem os de perigo. De igual sorte, o crime de estelionato absorve o de falso. Nada obstante, se o crime de estelionato não chega a ser executado, pune-se o falso.

No presente processo, as multas isoladas foram aplicadas sobre valor que integrou completamente a base para a autuação de sanções punitivas proporcionais. A autoridade, assim, puniu conjuntamente o descumprimento do dever de antecipar e o de pagar em definitivo sobre idênticas bases. A sanção mais grave, contudo, absorve a outra.

Dessarte, voto pela improcedência do lançamento relativo às multas isoladas. No mais, sigo o voto do eminente relator.

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Redator Designado