

**Paulo Caliendo
João Ricardo Nüske
Orgs.**

I Tax Moot CARF: tributação incidente na incorporação de ações



Editora Fundação Fênix

O presente livro é resultado de esforços de pessoas sonhadoras e inovadoras, dentre as quais se destacam os membros da Comissão Organizadora do incrível evento que foi o I Tax Moot CARF, composta por mim, pelo Prof. João Ricardo Nüske; Prof. Alexandre Evaristo; Prof. Laércio Cruz Uliana Junior e Prof. Wesley Rocha. O esforço dessa Comissão uniu os esforços do Instituto Tax Moot (ITM) e da Associação de Conselheiros representantes de Contribuintes no CARF (ACONCARF), na realização de um evento que tinha como primeiro objetivo disseminar a cultura CARF e valorizar a importância desse importante órgão administrativo de julgamento tributário. O ITM é uma instituição sem fins lucrativos e com propósito acadêmico de refletir, divulgar e aplicar a metodologia ativa nos estudos de Direito Tributário, composta por uma diretoria dedicada à divulgação e pesquisa do Direito Tributário, mediante o uso de metodologias ativas de ensino jurídico. Desse modo, convidamos a todos à leitura desse magnífico trabalho, composto pelos memoriais das equipes do histórico I Tax Moot CARF, que se dedicaram ao importante tema da incorporação de ações e sua tributação federal. Desejamos uma excelente leitura, que os trabalhos auxiliem a reflexão e convencimento dos julgadores do CARF e estimulem a formação de novas equipes para as futuras edições do Tax CARF.



Editora Fundação Fênix



I Tax Moot CARF

Tributação incidente na incorporação de ações

Série Direito

Conselho Editorial

Editor

Ingo Wolfgang Sarlet

Conselho Científico – PPG Direito PUCRS

Gilberto Stürmer – Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim – Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro – Ricardo Lupion Garcia

Conselho Editorial Nacional

Adalberto de Souza Pasqualotto -PUCRS

Amanda Costa Thomé Travincas - Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Maria DÁvila Lopes - UNIFOR

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos - UERJ

Angélica Luciá Carlini – UNIP

Augusto Jaeger Júnior – UFRGS

Carlos Bolonha – UFRJ

Claudia Mansani Queda de Toledo – Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru

Cláudia Lima Marques – UFRGS

Clara Iglesias Keller – WZB Berlin Social Sciences Center e Instituto Brasileiro de Ensino

Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmiento - UERJ

Daniel Wunder Hachem - PUCPR e UFPR

Daniel Mitidiero - UFRGS

Denise Pires Fincato - PUCRS

Draiton Gonzaga de Souza - PUCRS

Eugênio Facchini Neto - PUCRS

Fabio Siebeneichler de Andrade - PUCRS

Fabiano Menke – UFRGS

Flavia Cristina Piovesan - PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet - PUCRS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor aposentado da UNB

Gisele Cittadino - PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra - Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massaú – UFPel

Gustavo Osna – PUCRS

Hermes Zaneti Jr

Hermilio Pereira dos Santos Filho - PUCRS

Ivar Alberto Martins Hartmann – FGV Direito Rio

Jane Reis Gonçalves Pereira – UERJ
Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ
Laura Schertel Mendes
Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub
Luis Alberto Reichelt – PUCRS
Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School
Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC
Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP
Patryck de Araújo Ayala – UFMT
Paulo Ricardo Schier - Unibrasil
Phillip Gil França - UNIVEL – PR
Richard Pae Kim – UNISA
Teresa Arruda Alvim – PUC-SP
Thadeu Weber – PUCRS

Conselho Editorial Internacional

Alexandra dos Santos Aragão - Universidade de Coimbra
Alvaro Avelino Sanchez Bravo - Universidade de Sevilha
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho - Universidade Católica Portuguesa
Carlos Blanco de Moraes – Universidade de Lisboa
Clara Iglesias Keller – WZB Berlin Social Sciences Center e Instituto Brasileiro de Ensino Desenvolvimento e Pesquisa - IDP
Cristina Maria de Gouveia Caldeira - Universidade Europeia
César Landa Arroyo - PUC de Lima, Peru
Elena Cecilia Alvites Alvites - Pontifícia Universidade Católica do Peru
Francisco Pereira Coutinho - Universidade NOVA de Lisboa
Francisco Ballaguer Callejón - Universidade de Granada - Espanha
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca
Jorge Pereira da Silva - Universidade Católica Portuguesa
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa
José Maria Porrás Ramirez - Universidade de Granada – Espanha
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra
Pedro Paulino Grandez Castro - Pontificia Universidad Católica del Peru
Richard Pae Kim – Professor do Curso de Mestrado em Direito Médico da UNSA
Víctor Bazán - Universidade Católica de Cuyo

Paulo Caliendo
João Ricardo Nüske
Organizadores

I TAX MOOT CARF
Tributação incidente na incorporação de ações



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2023

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Concepção da Capa: Editora Fundação Fênix

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –
http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Série Direito – 69

Catálogo na Fonte

T235 I TAX MOOT CARF [recurso eletrônico] : tributação incidente na incorporação de ações / Paulo Caliendo, João Ricardo Nüske Organizadores. – Porto Alegre : Editora Fundação Fênix, 2023. 369 p. : il. (Série Direito ; 69)

Disponível em: <<http://www.fundarfenix.com.br>>

ISBN 978-65-5460-025-5

DOI <https://doi.org/10.36592/9786554600255>

1. Tributação – Ganho de capital . 2. Direito tributário. 3. Jurisprudência. 4. Custo do investimento alienado. 5. Valor do investimento adquirido. I. Caliendo, Paulon(org.). II. Nüske, João Ricardo (org.).

CDD:340

Responsável pela catalogação: Lidiane Corrêa Souza Morschel CRB10/1721

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Paulo Caliendo.....15

INTRODUÇÃO

Alexandre Evaristo Pinto.....19

TAX MOOT - INCORPORAÇÃO DE AÇÕES..... 25

PARTE 1 - MEMORIAIS FAZENDA.....37

Equipe n. 01

Taina Fernandes de Carvalho Lemos

Wellington Antunes da Maia

Matheus Peixoto Behrends

Gustavo Alano Moretti

Paulo Roberto Zavascki Smania

Julia Garjulli

Gabriela Cavalcanti Bueno

Bianca de Oliveira Santos Colnago

Aline Frota Parente Arrais de Moura

Gabriel Santiago Gonçalves Silva39

Equipe n. 02

Rayanne Ribeiro Gomes

Jorge Mussa Guerra Demes

Vinícius Rabello Dias de Almeida

João Marcos da Cunha Rocha

Fernanda Passos Oppermann Iizuka

Davi da Silva Filho

João Gabriel Costa dos Santos

Daniela de Sousa Teixeira

Rafael Peres Peres Nunes

Lya Brandão Cavallari de Oliveira63

Equipe n. 03

Luken Pena Martins

Paloma Galvão

Sofia Carvalho

João Vitor Barros de Souza

Isabella Oliveira Lima

Gianluca Pereira

Maurício Pimenta

Leandro Jacobina Lima Prudêncio

Pedro Mitre

Arthur Schaefer Debarry Santana83

Equipe n. 04

Stefanie Turatti

Bruno Machado

Nayara Abdala

Andrei Cassiano

Guilherme Tessari

Lucas Maciel Bernardes

Artur Zanon103

Equipe n. 05

Gustavo Teixeira Domingues

Luiz Fernando Alves

Marcos Orind de Oliveira

Jhonathan Cleber Mayer

Stefan Lopes

Vitor Roldão Costa de Barro

Emily Anchieta Teischmann

André Luiz Hermenegildo123

Equipe n. 06

Matheus Monteiro Morosini

Alexandre Tortato

Brunna Regina Picote

Camilla De Almeida Olegario

Joao Fernando Bassil Miranda

Nathallia dos Santos

Ana Leticia Kroetz De Oliveira139

Equipe n. 07

Fernando Gomes Favacho

Gabrielle Couto Ramalho

Rafael Coutinho Alves

Victoria Cascaes Brito

Rodrigo César França de Oliveira

Luhana Helena Botinelly do Amaral e Silva

Thiago Nobre Maia

Ana Beatriz Santana Pinto

Mylena Ogawa Furtado Rodrigues

João Pedro Pereira Cruz157

Equipe n. 09

Maria Clara Da Silva Castro

Andre Da Costa Ericeira

Bianca Lorrane Noronha da costa

Carlos Alberto Schenato Junior

Giovanna Brandao Da Silva

Leonardo Costa Norat

Matheus Miranda De Medeiros

Mayara Pantoja Pombo

Fabricio De Moraes

João Paulo Mendes Neto

Luis Corecha173

PARTE 2 - MEMORIAIS CONTRIBUINTE195

Equipe n. 01

Taina Fernandes de Carvalho Lemos

Wellington Antunes da Maia

Matheus Peixoto Behrends

Gustavo Alano Moretti

Paulo Roberto Zavascki Smania

Julia Garjulli

Gabriela Cavalcanti Bueno

Bianca de Oliveira Santos Colnago

Aline Frota Parente Arrais de Moura

Gabriel Santiago Gonçalves Silva197

Equipe n. 02

Rayanne Ribeiro Gomes

Jorge Mussa Guerra Demes

Vinícius Rabello Dias de Almeida

*João Marcos da Cunha Rocha***217**

Fernanda Passos Oppermann Iizuka

Davi da Silva Filho

João Gabriel Costa dos Santos

Daniela de Sousa Teixeira

Rafael Peres Nunes

Lya Brandão Cavallari de Oliveira217

Equipe n. 03

Luken Pena Martins

Paloma Galvão

Sofia Carvalho

João Vitor Barros de Souza

Isabella Oliveira Lima

Gianluca Pereira

Maurício Pimenta

Leandro Jacobina Lima Prudêncio

Pedro Mitre

Arthur Schaefer235

Equipe n. 04

Stefanie Turatti

Bruno Machado

Nayara Abdala

Andrei Cassiano

Guilherme Tessari

Lucas Maciel Bernardes

Artur Zanon251

Equipe n. 05

Gustavo Teixeira Domingues

Luiz Fernando Alves

Marcos Orind de Oliveira

Jhonathan Cleber Mayer

Stefan Lopes

Vitor Roldão Costa de Barro

Emily Anchieta Teischmann

André Luiz Hermenegildo277

Equipe n. 06

Matheus Monteiro Morosini

Alexandre Tortato

Brunna Regina Picote

Camilla De Almeida Olegario

Joao Fernando Bassil Miranda

Nathallia dos Santos

Ana Leticia Kroetz De Oliveira307

Equipe n. 07

Fernando Gomes Favacho

Gabrielle Couto Ramalho

Rafael Coutinho Alves

Victoria Cascaes Brito

Rodrigo César França de Oliveira

Luhana Helena Botinelly do Amaral e Silva

Thiago Nobre Maia

Ana Beatriz Santana Pinto

Mylena Ogawa Furtado Rodrigues

João Pedro Pereira Cruz327

Equipe n. 09

Maria Clara Da Silva Castro

Andre Da Costa Ericeira

Bianca Lorrane Noronha Da Costa

Carlos Alberto Schenato Junior

Giovanna Brandao Da Silva

Leonardo Costa Norat

Matheus Miranda De Medeiros

Mayara Pantoja Pombo

Fabricio De Moraes

João Paulo Mendes Neto

Luis Corecha351

APRESENTAÇÃO

O presente livro é resultado de esforços de pessoas sonhadoras e inovadoras, dentre as quais se destacam os membros da Comissão Organizadora do incrível evento que foi o I Tax Moot CARF, composta por mim, pelo Prof. João Ricardo Nüske; Prof. Alexandre Evaristo; Prof. Laércio Cruz Uliana Junior e Prof. Wesley Rocha.

O esforço dessa Comissão uniu os esforços do Instituto Tax Moot (ITM) e da Associação de Conselheiros representantes de Contribuintes no CARF (ACONCARF), na realização de um evento que tinha como primeiro objetivo disseminar a cultura CARF e valorizar a importância desse importante órgão administrativo de julgamento tributário.

O ITM é uma instituição sem fins lucrativos e com propósito acadêmico de refletir, divulgar e aplicar a metodologia ativa nos estudos de Direito Tributário, composta por uma diretoria dedicada à divulgação e pesquisa do Direito Tributário, mediante o uso de metodologias ativas de ensino jurídico.

Nesse sentido, idealizamos, em conjunto com a ACONFCARF, de forma pioneira, a implementação do I Tax Moot CARF, que possui o propósito produzir e disseminar conhecimento, auxiliando na preparação de estudantes de graduação, mestrado, doutorado, especializados e profissionais do Direito tributária no debate e solução de casos jurídicos hipotéticos na seara tributária apresentados perante um corpo de julgadores compostos por profissionais convidados, em sua maioria ex-Conselheiros do CARF.

O I Tax Moot CARF consiste em uma competição acadêmica, voltado a alunos de pós-graduação em direito, na qual é simulado um caso tributário a ser julgado pelo CARF. Como etapas da competição as equipes devem representar tanto a Fazenda Nacional, quanto o contribuinte, na apresentação de memoriais e em sustentação oral. Estes memoriais e as sustentações orais serão avaliadas por ex-Conselheiros do CARF, tanto representantes do contribuinte, quanto da Fazenda, que analisarão tão somente a argumentação e aspectos técnicos, não sendo avaliado o mérito em si do caso fictício. Assim, a equipe vencedora não representa aquela com a melhor tese tributária em termos de mérito, mas sim aquela que melhor foi capaz de apresentar seus argumentos e responder aos questionamentos.

A inspiração do evento remonta diretamente ao primeiro Tax Moot Brazil, que surgiu com a ideia de docentes e discentes do Rio Grande do Sul, e que já se encontra na sétima edição anual a ser realizada nesse ano de 2023.

Os simulados são uma forma de ensino inovadora, que substitui as aulas meramente expositivas para uma metodologia ativa de ensino jurídico. A palavra "moot" deriva do escandinavo que significa "encontro" (to meet), mas que passou a significar "debater e argumentar a favor e contra".

Rapidamente os moots conquistaram os corações e mentes dos estudantes e se institucionalizaram em eventos cada vez mais bem organizados. A lista de eventos significativos é longa e relevante: Philip C Jessup (1960), The European Law Moot Court Competition (1988), Willem C Vis (1993), Stetson Environmental Law (1997), John Jackson WTO (2002), Oxford Intellectual Property Law (2003), International Criminal Court (2005), Frankfurt Investment Arbitration (2007), Price Media Law (2007), Fletcher Insolvency (2016), Foreign Direct Investment International Arbitration (2008), Nuremberg (2014), dentre outros.

Os moots foram incorporados à tradição nacional e coube a um grupo de estudantes, pesquisadores e Professores idealistas organizar o primeiro Moot no Brasil em matéria tributária, na PUCRS, em 2017 (I Tax Moot Brazil). O modelo rapidamente se espalhou pelo país e encantou por seu modelo inovador.

Cabe ressaltar que o Tax Moot CARF é uma metodologia ativa de ensino do Direito Tributário, mas também uma homenagem ao CARF. Uma ode aos bravos julgadores e julgadoras, que construíram com sua dedicação ímpar, conhecimento profundo e elevado senso republicano, uma sólida jurisprudência administrativa e uma instituição que enobrece e exalta a prática tributária no seu nível mais sofisticado.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) deita suas origens em valorosos propósitos. O surgimento do Conselho de Contribuintes no Brasil, em 1925, antecessor do CARF, criado em 2009, nasce sob o duplo signo da modernização da legislação tributária e da proteção aos direitos fundamentais do Contribuinte. Seu surgimento dá-se em meio aos embates na criação de um Imposto Geral sobre a Renda no país, proposta pelo deputado *Antônio Carlos de Andrada*. Ele seria cobrado em 1924 sobre os fatos praticados no exercício de 1923. Assim, este livro tem a

distinção de ser publicado no centenário da Legislação do Imposto sobre a Renda, datada de 1922.

Será em meio à suspeita da sociedade sobre os possíveis abusos na cobrança desse novel imposto, que o governo agirá sob necessária cautela. Assim, com muita sabedoria, o redator do Regulamento do Imposto sobre a Renda, o tributarista *Francisco Tito de Souza Reis*, adotaria uma sábia medida, a criação de um conselho superior para os recursos relacionados à cobrança do novo imposto. Este teria a distinta participação paritária. Ele seria composto por representantes do Fisco e dos Contribuintes, que de modo imparcial iriam lapidar e aperfeiçoar a tributação nacional, corrigindo abusos, erros de interpretação e contribuindo para a formação de uma importante jurisprudência administrativa.

Desse modo, convidamos a todos à leitura desse magnífico trabalho, composto pelos memoriais das equipes do histórico I Tax Moot CARF, que se dedicaram ao importante tema da incorporação de ações e sua tributação federal. Desejamos uma excelente leitura, que os trabalhos auxiliem a reflexão e convencimento dos julgadores do CARF e estimulem a formação de novas equipes para as futuras edições do Tax CARF.

Porto Alegre, 09 de março de 2023.

Prof. Dr. Paulo Caliendo.

Titular em Direito Tributário da PUCRS.

Presidente do Instituto Tax Moot.

Membro da Comissão Organizadora do I Tax Moot CARF.

INTRODUÇÃO

Em 31 de dezembro de 1922, foi publicada a Lei n. 4.625/1922, que instituiu o imposto sobre a renda no Brasil. Até houve tributos sobre rendimentos específicos anteriormente, mas um imposto de renda que abrangesse os rendimentos em geral somente surgiu com a referida lei.

Como decorrência da maior complexidade de tal tributação frente aos tributos então existentes, houve necessidade de um maior aparelhamento dos órgãos de arrecadação, de modo que o imposto sobre a renda somente passou a ser aplicado a partir do ano de 1924¹.

Ainda em 1924, durante o governo do Presidente Artur Bernardes, foi criado um Conselho de Contribuintes com o objetivo de julgar os recursos relacionados ao Imposto de Renda².

Vale notar que deveria existir um conselho em cada Estado, sendo que os conselhos seriam formados por cinco membros, que seriam selecionados entre contribuintes do comércio, indústria, profissões liberais e funcionários públicos³.

O Conselho de Contribuintes do então Distrito Federal iniciou as suas operações no final de 1925, tendo tido como seu primeiro presidente o ex-ministro da Fazenda José Leopoldo Bulhões Jardim⁴.

Desde então, já são quase 100 anos de julgamentos acerca do controle de legalidade do lançamento tributário, fazendo do atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), sucessor do Conselho de Contribuintes, uma das instituições mais tradicionais da república brasileira.

O CARF tem se mostrado uma excelente forma de solução de controvérsias tributárias, garantindo o controle de legalidade dos atos de

¹ NÓBREGA, Cristóvão Barcelos. História do Imposto de Renda no Brasil: um enfoque da pessoa física (1922-2013). Brasília: Receita Federal, 2014. p. 41-45.

² MARTINS, Ana Luísa. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução dos litígios fiscais. Rio de Janeiro: Capivara, 2010. p. 46..

³ MARTINS, Ana Luísa. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução dos litígios fiscais. Rio de Janeiro: Capivara, 2010. p. 46..

⁴ MARTINS, Ana Luísa. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução dos litígios fiscais. Rio de Janeiro: Capivara, 2010. p. 46..

lançamento tributário. Mas além disso, em relação a uma discussão tributária no âmbito judicial, o CARF proporciona um julgamento mais célere, menos custoso e mais especializado.

O julgamento é mais célere, uma vez que o número de instâncias e recursos é menor. O menor custo do julgamento se dá em virtude da não necessidade de garantia do juízo para que haja a discussão administrativa. E o julgamento especializado decorre da experiência e formação dos julgadores, que possuem anos de atuação prática com Direito Tributário e processo tributário, muitos dos quais com mais de uma graduação, além de serem comuns conselheiros com títulos de especialização, mestrado e doutorado.

A realização de um Tax Moot específico do CARF é uma oportunidade para disseminação da importância do órgão, ao mesmo tempo em que permite que jovens profissionais possam conhecer um pouco do funcionamento do processo administrativo tributário federal.

Para tanto, cada etapa do Tax Moot CARF foi planejada com extremo cuidado com o intuito de fornecer uma experiência bastante similar à realidade para todos os membros das equipes participantes.

A escolha do caso do I Tax Moot CARF se fundamentou em um tema que fosse relevante e controverso. Além disso, preferencialmente seria importante ter um tema que tangenciasse as mais diferentes seções de julgamento do CARF, uma vez que o CARF é dividido em três seções, cada qual com tributos de sua competência para julgamento.

Após discussões, o tema escolhido foi "incorporação de ações". Embora seja uma operação típica de reorganização societária prevista expressamente no artigo 252 da Lei n. 6.404/1976, há diferentes consequências tributárias a depender da interpretação dada aos dispositivos de ordem tributária.

A relevância do tema pode ser medida pelos valores envolvidos nas autuações fiscais, mas ela também pode ser notada pela existência de diferentes livros e artigos acadêmicos tratando do tema⁵.

⁵ A título de exemplo, podem ser citadas as seguintes obras: (i) SCHOUERI, Luís Eduardo, ANDRADE JR., Luiz Carlos de. Incorporação de Ações: Natureza Societária e Efeitos Tributários. Revista Dialética de Direito Tributário. Vol. 200. São Paulo: Dialética, maio de 2012; (ii) XAVIER, Alberto. Incorporação de ações: natureza jurídica e regime tributário. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro

Ainda para ressaltar a relevância do tema, vale destacar que ele tem o mérito de ser discutido em maior ou menor grau nas três diferentes seções do CARF. No âmbito da 1ª Seção, o tema é discutido sob a ótica da realização ou não da renda da pessoa jurídica que é sócia da empresa incorporada e que receberá as ações da incorporadora em substituição das ações entregues da incorporada, ao passo que na 2ª Seção, o tema é discutido sob a ótica da realização ou não da renda da pessoa física que é sócia da empresa incorporada.

Por fim, na seara da 3ª Seção, discute-se se o eventual ganho em uma operação de incorporação de ações se enquadraria ou não como uma receita tributável pelas contribuições sociais PIS e COFINS.

Além de relevante, o tema se mostra bastante controverso, uma vez que há uma quantidade razoável de acórdãos com conclusões distintas⁶.

Quanto mais controverso o tema, mais adequado ele é para ser discutido no Tax Moot, visto que as equipes têm o dever construir argumentos tanto para a tese da Fazenda Nacional quanto para a tese dos contribuintes.

Feita a escolha do tema "incorporação de ações", a elaboração do caso ficou a cargo dos professores João Francisco Bianco e Ramon Tomazela Santos, que puderam compartilhar de suas experiências acadêmicas e profissionais com temas julgados no âmbito do CARF por meio da redação do caso.

Tivemos a alegria de contar com a inscrição de equipes de todo o Brasil, que se dispuseram a estudar o caso com afinco e preparar os seus memoriais.

Considerando o objetivo de tornar o ambiente do Tax Moot CARF o mais próximo possível de um julgamento do CARF, entendemos por bem realizar alguns workshops visando compartilhar a experiência de profissionais que atuam frequentemente no órgão.

Santos de. Sociedade Anônima: 30 anos da lei 6.404/76. São Paulo: Quartier Latin, 2007; e (iii) OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Incorporação de. Ações no Direito Tributário: Conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

⁶ A título exemplificativo, entendeu-se que há um ganho tributável nas operações de incorporação de ações nos Acórdãos 2202-002.980, 2202-003.486, 2202-003.486, 2401-001.607, 2401-004.344, 2401-004.822, 2202-003.962, 2402-005.889, 2401-005.023, 2401-005.876, 2401-005.877, 2402-006.871 e 2301-005.847. Em sentido contrário, o entendimento de que não há ganho de capital tributável nas operações de incorporação de ações prevaleceu nos Acórdãos 2202-002.187, 2201-003.254 e 9202-003.579.

O I Workshop do Tax Moot CARF foi realizado no dia 07/07/2022 e teve a presença do ilustre procurador da Fazenda Nacional Rodrigo Moreira Lopes e da advogada Vivian Casanova. No presente Workshop foram apresentados os principais argumentos dos contribuintes e da Fazenda Nacional acerca da realização ou não do ganho em virtude de uma operação de incorporação de ações.

No dia 08/07/2022, foi realizado o II Workshop do Tax Moot CARF, cujo tema foi “como fazer um bom memorial”. Para tanto, tivemos as ilustres presenças dos Drs. Giancarlo Chamma Matarazzo e Diana Piatti Lobo, advogados atuantes no CARF.

Em 04/08/2022, foi realizado o III Workshop do Tax Moot CARF, cujo tema foi “como fazer uma boa sustentação oral” e que contou com a ilustre presença dos advogados Ricardo Krakowiak e Roberto Quiroga Mosquera, e do procurador da Fazenda Nacional Moisés de Sousa Carvalho Pereira.

Os referidos workshops foram um sucesso de público, servindo não somente para que as equipes pudessem ouvir as dicas de profissionais experientes na atuação do CARF, mas também sendo vistos pelo público em geral, uma vez que estão disponíveis no canal do Youtube do Tax Moot CARF.

Não poderíamos de registrar que o corpo dos árbitros do Tax Moot CARF foi formado em sua ampla maioria por profissionais que são ex-conselheiros do CARF, exatamente para conferir a maior proximidade possível com o formato de um julgamento do CARF. Assim, deixamos registrados aqui o nome dos árbitros do Tax Moot CARF: Alexandre Evaristo Pinto, Alice Grecchi, Bárbara Melo Carneiro, Carlos Augusto Daniel Neto, Cleucio Santos Nunes, Demetrius Macei, Diego Diniz Ribeiro, Fábio Piovesan Bozza, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Leticia Domingues Costa Braga, Letícia Lacerda de castro, Lucas Esteves Borges, Luis Flávio neto, Ronaldo Apelbaum , Salvador Cândido Brandão Junior, Sidney Stahl e Tatiana Josefovicz Belisário.

Diante de todo o exposto, a experiência de organização e execução do I Tax Moot CARF foi extremamente gratificante ao disseminar a cultura “CARF” aos jovens profissionais do Direito e o resultado dos memoriais e das sustentações orais das equipes superaram as nossas expectativas,

demonstrando a qualidade técnica dos jovens profissionais do Direito Tributário no Brasil.

Vida longa ao Tax Moot CARF!

Alexandre Evaristo Pinto.

Presidente da ACONCARF no ano de 2022.

Conselheiro da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do
CARF.

TAX MOOT

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

1. O contexto das sociedades envolvidas no caso

A Transmissora Azul de Energia Elétrica S/A ("Transmissora Azul") é uma sociedade anônima de capital fechado que atua no setor de energia. O seu objeto social compreende a construção, operação e manutenção de ativos de transmissão de energia elétrica, com 10.432 km de linhas e 940 subestações, em diferentes regiões do Brasil.

A Energia Forte Renovável S/A ("Energia Forte") é uma sociedade anônima de capital fechado que atua no setor de energia, com negócios complementares em geração de energia elétrica e exploração e produção de hidrocarbonetos no Brasil.

O objeto social da Energia Forte compreende (i) a geração, distribuição e comercialização de energia elétrica; (ii) a exploração, o desenvolvimento e a produção de hidrocarbonetos; e (iii) a participação, como sócio ou acionista, no capital social de outras sociedades, no Brasil ou no exterior, qualquer que seja o objeto social.

Além da sua atuação direta no setor de energia, a Energia Forte que concentra um amplo portfólio de negócios, por meio de participações societárias detidas em diversas pessoas jurídicas do setor de energia e de exploração e produção de hidrocarbonetos.

Ao longo do ano de 2019, os Conselhos de Administração da Transmissora Azul e da Energia Forte discutiram a possibilidade de realização de uma combinação de negócios, que, após a aprovação pelo Agência Nacional de Energia Elétrica ("ANEEL"), culminaria com a incorporação das ações da Transmissora Azul pela Energia Forte.

A combinação de negócios entre as duas companhias possibilitaria a concentração de fontes complementares de geração de energia, resultando, assim, em uma plataforma diversificada e equilibrada, apta a permitir o desenvolvimento de novos projetos competitivos, para atender à demanda de energia no País. Além disso, a combinação de negócios amplia a competitividade das empresas no setor de energia

elétrica, possibilitando ganhos de escala e sinergias, aumentando a capacidade de investimentos em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia e promovendo um intercâmbio de melhores práticas e procedimentos nas áreas financeiras, operacional e comercial, o que resultará em benefícios para seus acionistas.

2. Os dados das sociedades envolvidas

Os balanços patrimoniais auditados das sociedades, com data-base 31 de dezembro de 2019, apresentavam a composição a seguir:

Balanco Patrimonial Energia Forte			
Ativo		Passivo	
Caixa	200	Fornecedores	100
Estoque	300	Empréstimos	200
Imobilizado	500		
		Patrimônio Líquido	
		Capital	450
		Lucros acumulados	250
Total	1000	Total	1000

Composição societária da Energia Forte	
Holding EFR S/A	80%
Não controladores	20%
Número de ações	100
Valor nominal das ações	R\$ 4,50
Valor patrimonial contábil	R\$ 10,00

Balanço Patrimonial Transmissora Azul			
Ativo		Passivo	
Caixa	100	Fornecedores	50
Estoque	150	Empréstimos	100
Imobilizado	250		
		Patrimônio Líquido	
		Capital	270
		Lucros acumulados	80
Total	500	Total	500

Composição societária da EFR	
Holding Azul S/A	70%
Não controladores	30%
Número de ações	10
Valor nominal das ações	R\$ 27,00
Valor patrimonial contábil	R\$ 50,00

3. A operação de incorporação de ações

Em 08.01.2020, as Diretorias de ambas as companhias submeteram aos Conselhos de Administração proposta de incorporação da totalidade das ações da Transmissora Azul pela Energia Forte. Em decorrência da incorporação de ações, a Transmissora Azul se tornou subsidiária integral da Energia Forte, seguindo os termos e condições estabelecidos no Protocolo e Justificação de Incorporação das Ações, negociados pelas respectivas Diretorias.

A incorporação de ações teve como data-base 31 de dezembro de 2019.

Para efeito de definição da relação de troca, os Conselhos de Administração de ambas as sociedades decidiram utilizar como parâmetro o valor patrimonial, por entenderem que esse critério seria adequado para preservar os direitos econômicos e políticos dos acionistas das suas sociedades envolvidas.

Assim, dividindo-se o valor patrimonial das ações da Transmissora Azul (R\$ 50,00) pelo valor patrimonial das ações da Energia Forte (R\$ 10,00), chegou-se à conclusão de que cada ação da Transmissora Azul era equivalente a 5 ações da Energia Forte. Conseqüentemente, para a incorporação ao seu patrimônio de 10 ações emitidas pela Transmissora Azul, a Energia Forte emitiu 50 novas ações, que serão atribuídas aos acionistas da Transmissora Azul. Desse modo, após a efetiva implementação da incorporação das ações, a Holding Azul recebeu 35 ações da Energia Forte, equivalente à participação de 70% anteriormente mantida na Transmissora Azul.

A Holding Azul, ao receber 35% das ações da Energia Forte, considerou que seu investimento na Energia Forte era relevante, devendo ser avaliado pelo MEP.

Ao registrar o investimento com base no método da aquisição, a Energia Forte, seguindo as disposições do Pronunciamento CPC n. 15, avaliou a valor justo tanto a contraprestação transferida (7 ações da Transmissora Azul), quanto a participação societária recebida (35 ações recebidas da Energia Forte).

Para tanto, a Holding Azul contratou uma empresa de auditoria independente, que chegou à seguinte avaliação das suas sociedades:

Balanco Patrimonial Energia Forte							
Ativo				Passivo			
	Valor contábil	Varição	Valor econômico		Valor contábil	Varição	Valor econômico
Caixa	200		200	Fornecedores	100		100
Estoque	300	+ 30	330	Empréstimos	200		200
Ativos	500	+ 170	670	Passivo fiscal diferido		68	68 (*)
				Patrimônio Líquido			
				Capital	450		450
				Lucros acumulados	250		250
				AVP		132	132 (**)
Total	1000	200	1200	Total	1000	200	1200

(*) Para fins de simplificação, o passivo fiscal diferido foi calculado à alíquota de 34% sobre o valor do aumento econômico.

(**) Para fins de simplificação, a conta de AVP registra apenas o efeito líquido (ou seja, valor justo, menos passivo fiscal diferido).

Resumo da avaliação econômica	
Quantidade de ações	100
Valor nominal por ação	4,50
Valor patrimonial por ação [(ativo – passivo) / número de ações]	10,00
Valor econômico por ação [(ativo – passivo) / número de ações]	12,00

Balço Patrimonial Transmissora Azul							
Ativo				Passivo			
	Valor contábil	Varição	Valor econômico		Valor contábil	Varição	Valor econômico
Caixa	100		100	Fornecedores	50		50
Estoque	150	20	170	Empréstimos	100		100
Ativos	250	30	280	Passivo fiscal diferido		17	17(*)
				Patrimônio Líquido			
				Capital	270		270
				Lucros acumulados	80		80
				AVP		33	33 (**)
Total	500	50	550	Total	500	50	50

(*) Para fins de simplificação, o passivo fiscal diferido foi calculado à alíquota de 34% sobre o valor do aumento econômico.

(**) Para fins de simplificação, a conta de AVP registra apenas o efeito líquido (ou seja, valor justo, menos passivo fiscal diferido).

Resumo da avaliação econômica	
Quantidade de ações	10
Valor nominal por ação	R\$ 27,00
Valor patrimonial por ação [(ativo – passivo) / número de ações]	R\$ 50,00
Valor econômico por ação [(ativo – passivo) / número de ações]	R\$ 55,00

Com base na avaliação econômica acima, a Holding Azul concluiu que a contraprestação transferida (7 ações da Transmissora Azul), avaliada a valor justo, totalizaria R\$ 385,00, ao passo que a participação societária recebida (35 ações da Energia Forte), em virtude da incorporação de ações, montaria em R\$ 420,00.

A Holding Azul S/A, ao reconhecer pelo MEP o investimento na Energia Forte, efetuou os seguintes lançamentos contábeis:

- Baixa do investimento na Transmissora Azul => Ativo: R\$ 350 (C) (custo do investimento avaliado pelo MEP);

- Reconhecimento do investimento na Energia Forte => Ativo: R\$ 420
- o Valor patrimonial => R\$ 350 (D)
- o Mais-valia de ativos => R\$ 70 (D)
- IRPJ/CSLL diferidos => R\$ 23,80 (C)¹
- Ganho por compra vantajosa => Resultado: R\$ 46,20 (C)²

Assim, a diferença entre o valor patrimonial proporcional da Transmissora Azul, reconhecido via equivalência patrimonial (R\$ 350), e o valor das novas ações da Energia Forte (R\$ 420), foi reconhecido como um ganho por compra vantajosa. Os efeitos do IRPJ e CSLL diferidos foram reconhecidos, afetando o ganho por compra vantajosa, nos termos do Pronunciamento Técnico CPC n. 32.

O ganho por compra vantajosa, que impactou o resultado da Holding Azul, foi excluído para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, bem como para efeito de apuração das bases de cálculo do PIS e da COFINS.

4. Da autuação fiscal

Em 2021, a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) iniciou procedimento de fiscalização para verificar o cumprimento das obrigações tributárias relativas ao IRPJ, à CSLL, ao PIS e à COFINS pela Holding Azul S/A.

Indagados pelas autoridades fiscais a respeito da não tributação da diferença de R\$ 70 gerada em decorrência da incorporação de ações (i.e., R\$ 420 - R\$ 350), os representantes da Holding Azul S/A informaram o seguinte:

- o custo de aquisição do investimento na Energia Forte corresponde ao valor das ações da Transmissora Azul objeto de incorporação;
- a operação de incorporação de ações foi realizada a valor contábil, não tendo gerado ganho de capital;
- o ganho por compra vantajosa, correspondente à diferença entre o valor das ações da Transmissora Azul e o valor das ações recebidas da Energia Forte, no

¹ Para fins de simplificação, o valor foi determinado com base nas alíquotas nominais de IRPJ e CSLL.

² O ganho por compra vantajosa sido reconhecido pelo valor líquido no resultado.

valor de R\$ 46,20, somente deverá ser tributado em eventual alienação ou baixa do investimento, nos termos do art. 23 da Lei n. 12.973/2014.

As autoridades fiscais, insatisfeitas com os esclarecimentos prestados pelo contribuinte, efetuaram o lançamento de ofício para exigir IRPJ e CSLL sobre o ganho de capital apurado na operação de incorporação de ações.

No Termo de Verificação Fiscal, as autoridades fiscais sustentaram que a incorporação de ações constitui hipótese de alienação, na qual os acionistas da sociedade cujas ações foram incorporadas (Transmissora Azul) transferem todas as suas ações para a sociedade adquirente/incorporadora (Energia Forte) e, em contraprestação, recebem não pagamento em dinheiro, mas ações da sociedade adquirente/incorporadora (Energia), emitidas em aumento de capital social.

Logo, havendo alienação de bens, a diferença de R\$ 70 constituiria ganho de capital sujeito à incidência de IRPJ e CSLL.

Ainda segundo o Termo de Verificação Fiscal, a diferença de R\$ 70 não constituiria ganho por compra vantajosa, mas autêntico ganho de capital, que decorre da diferença entre o valor das ações da Transmissora Azul entregues e o valor das ações da Energia Forte recebidas pela Holding Azul S/A. Para as autoridades fiscais, a relação de troca na incorporação de ações deve ser realizada a valor de mercado, de modo a refletir a verdadeira equivalência econômica entre as duas participações societárias.

Os representantes da Holding Azul S/A esclareceram que a Lei das S/A não exige que a relação de troca seja feita a valor de mercado, de modo que as duas companhias poderiam ser avaliadas pelo valor contábil, pelo valor patrimonial, pelo valor de mercado e pelo fluxo de caixa descontado. Desse modo, não existindo exigência na Lei das S/A, a relação de troca adotada pelas empresas seria válida.

Na visão das autoridades fiscais, a elaboração da relação de substituição com base no valor de mercado seria essencial para preservar os direitos dos acionistas minoritários, bem como para evitar comportamentos oportunistas e discricionários dos contribuintes, que podem utilizar a relação de troca como um campo fecundo para o cometimento de infrações contra a arrecadação tributária, visando a evitar a tributação do ganho de capital frequentemente apurado em tais operações.

A maior prova disso estaria no fato de que, logo após a incorporação de ações, a Holding Azul S/A avaliou o investimento a valor justo. Assim, para as autoridades fiscais, a avaliação a valor contábil da relação de troca não seria oponível ao Fisco, sendo necessário proceder ao cálculo do ganho de capital com base no valor econômico da participação societária recebida.

Além de qualificar o valor registrado como ganho por compra vantajosa como ganho de capital, as autoridades fiscais sustentaram que o valor do ganho de capital a ser tributado seria superior à diferença de R\$ 70, em virtude da necessidade de desconsideração

dos efeitos dos tributos diferidos. Isso porque, segundo a fiscalização, os impactos tributos diferidos apenas surgiriam se se estivesse diante de autêntico ganho por compra vantajosa, o que não seria o caso. Além disso, para as autoridades fiscais, os tributos diferidos representam uma consequência da diferença temporária entre a base fiscal e a base contábil na sociedade investidora, de modo que o seu desdobramento não seria admitido pelo art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/1977, que faz alusão ao patrimônio líquido da sociedade investida para efeito de desdobramento do custo da aquisição.

Subsidiariamente, as autoridades fiscais também alegaram que, ainda que houvesse ganho por compra vantajosa, o seu valor seria de apenas R\$ 35,00, pois seria necessário reconhecer, no resultado do exercício, para efeito de incidência do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS, o ganho decorrente da avaliação a valor justo da contraprestação transferida, que equivaleria a R\$ 35,00. Assim, na visão das autoridades fiscais, estaria incorreto o desdobramento contábil feito pelo contribuinte, que deixou de reconhecer os efeitos da avaliação a valor justo da contraprestação transferida.

Método da Aquisição	
Valor do investimento avaliado pelo MEP	R\$ 350,00
Contraprestação transferida (investimento a valor justo)	R\$ 385,00
Diferença – ganho do AVJ da contraprestação transferida	R\$ 35,00
Valor justo dos ativos líquidos da Energia Forte	R\$ 420,00
Ganho por compra vantajosa	R\$ 35,00

A respeito desse ponto, os representantes da Holding Azul S/A alegaram que o art. 20 do Decreto-lei n. 1598/1977 determina que “o contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o **custo de aquisição** em (...)”. O custo de aquisição seria o valor do investimento avaliado pelo MEP, por força do art. 33 do Decreto-lei n. 1598/1977, não havendo previsão legal para que seja feito o desdobramento da contraprestação avaliada a valor justo. Desse modo, essa prescrição contábil, que deveria ser seguida no balanço consolidado, não teria efeito para fins de descobrimento do custo de aquisição pelo art. 20 do Decreto-lei n. 1598/1977, estando correto, portanto, o procedimento contábil e fiscal adotado.

Por não ter concordado com os esclarecimentos prestados pelo contribuinte, as autoridades fiscais efetuaram o lançamento de ofício para a cobrança do IRPJ e da CSLL sobre o ganho de capital de R\$ 70,00, com a ressalva de que, ainda que se entenda que haveria ganho por compra vantajosa, o seu valor seria de apenas R\$ 35,00, de modo que, no cenário subsidiário, o lançamento de ofício deveria ser mantido sobre a parcela remanescente (os R\$ 35,00 restantes, decorrentes da avaliação a valor justo da contraprestação transferida).

As infrações foram capituladas nos seguintes dispositivos legais:

– **IRPJ**: art. 254 Lei n. 6.404/1976; arts. 6º, 7º e 31 do Decreto-Lei n. 1598/1977; art. 51 da Lei n. 7.450/1985; art. 32 da Lei n. 8.981/1995; e art. 3º da Lei n. 9.249/1995.

– **CSLL**: art. 254 Lei n. 6.404/1976; art. 2º da Lei n. 7.689/1988; art. 57 da Lei n. 8.981/1995; art. 2º da Lei n. 9.249/1995; e art. 1º da Lei n. 9.316/1996.

As autoridades fiscais ainda exigiram multa isolada de 50% sobre as estimativas de IRPJ e CSLL recolhidas a menor em janeiro de 2020, em virtude da ausência de cômputo do ganho de capital nas estimativas mensais, com fundamento no art. 44, inciso II, da Lei n. 9430/1996.

A multa de ofício foi qualificada para 150%, sob o argumento de que a Holding Azul, dolosamente, utilizou de um artifício contábil para transformar o ganho de capital em um ganho por compra vantajosa, de forma a impedir que as autoridades fiscais tivessem pleno conhecimento dos fatos ocorridos na realidade social. Assim, com fulcro no art. 44, parágrafo 1º, da Lei n. 9430/1996, as autoridades fiscais alegaram que teria ficado caracterizada a prática de sonegação, consistente na ação ou omissão dolosa que impeça o conhecimento, por parte da autoridade fiscal, da ocorrência do fato gerador dos tributos devidos pelo contribuinte.

Com relação à contribuição ao PIS e à COFINS, os representantes da Holding Azul S/A afirmaram que, embora o seu objeto social envolvesse a administração de participações societárias, as receitas auferidas com a alienação de bens integrantes do ativo não-circulante não estão sujeitos à incidência de tais contribuições.

Além disso, segundo os representantes da Holding Azul S/A, os ganhos por compra vantajosa não constituem receitas realizadas, motivo pelo qual não podem ser computados nas bases de cálculo das citadas contribuições (art. 1, § 3º, inciso VI, da Lei n. 10.637/2002 e art. 1, § 3º, inciso II, da Lei n. 10.833/2003).

As autoridades fiscais não concordaram com a justificativa apresentada, por entenderem que a alienação de participação societária, ainda que via incorporação de ações, constitui uma operação usual e título de uma sociedade holding, como era o caso da Holding Azul S/A, motivo pelo qual o ganho de capital não estaria sujeito à

isenção de PIS e COFINS prevista para a alienação de bens integrantes do ativo não-circulante.

Ainda segundo as autoridades fiscais, mesmo que estivesse correto o procedimento adotado pela Holding Azul S/A, não haveria base legal para a exclusão do ganho por compra vantajosa das bases de cálculo do PIS e da COFINS. Assim, mesmo que o ganho de capital de R\$ 70,00 não seja considerado sujeito à incidência de tais contribuintes, o lançamento de ofício deveria ser mantido sobre o ganho por compra vantajosa de R\$ 46,20

ou, residualmente, sobre o valor de R\$ 35,00 decorrente da avaliação a valor justo da contraprestação transferida.

Diante disso, as autoridades fiscais exigiram o PIS a COFINS sobre o ganho de capital que teria sido auferido na incorporação de ações, com fulcro no artigo 1º, parágrafo 3º, inciso IX, da Lei n. 10.637/2002, bem como o artigo 1º, parágrafo 3º, inciso VIII, da Lei n. 10.833/2003, ambos alterados pela Lei n. 12.973/2014.

5. Observações finais

Observações finais para a preparação:

- Os representantes do Fisco e do contribuinte devem considerar todos os argumentos capazes de aperfeiçoar os fundamentos jurídicos da sua posição;
- Para os representantes do contribuinte, é possível utilizar argumentos para cancelar integralmente o crédito tributário ou reduzi-lo na maior extensão possível. Para os representantes do Fisco, os argumentos devem ser utilizados para manter na maior extensão possível a autuação fiscal;
- Os aspectos societários e contábeis que interferem na quantificação da exigência fiscal devem ser considerados pelas duas partes.
- Não é permitido introduzir novos fatos no caso descrito.

I Tax Moot CARF 2022



INSTITUTO
TAX MOOT

BRAZIL

PARTE 1 MEMORIAIS FAZENDA

Equipe n. 01

Taina Fernandes de Carvalho Lemos

Wellington Antunes da Maia

Matheus Peixoto Behrends

Gustavo Alano Moretti

Paulo Roberto Zavascki Smania

Julia Garjulli

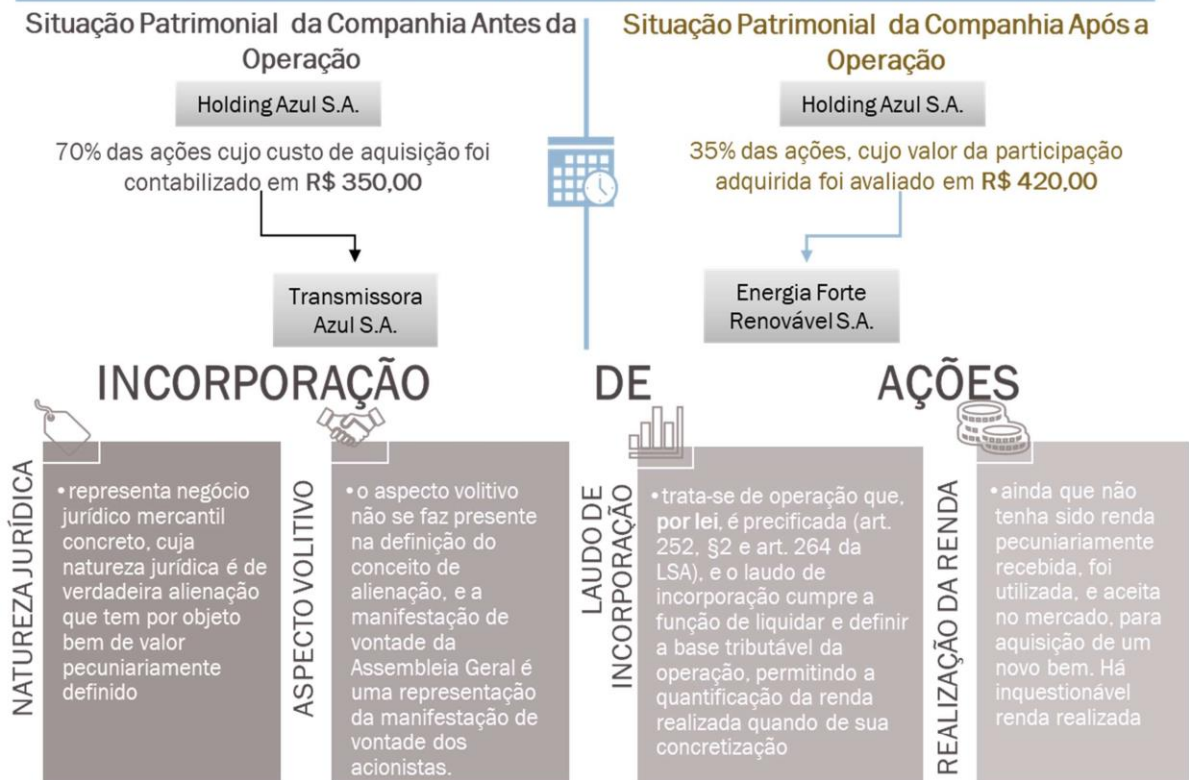
Gabriela Cavalcanti Bueno

Bianca de Oliveira Santos Colnago

Aline Frota Parente Arrais de Moura

Gabriel Santiago Gonçalves Silva

Reflexos Tributários da Operação de Incorporação de Ações



A DIFERENÇA POSITIVA ENTRE O CUSTO DE AQUISIÇÃO E O VALOR DA PARTICIPAÇÃO ADQUIRIDA CONFIGURA GANHO DE CAPITAL

Compra Vantajosa

ganho por compra vantajosa é uma classificação, por definição, não aplicável ao presente caso, no qual a diferença apurada entre custo de aquisição e preço de venda representa efetivo ganho de capital

Avaliação a Valor Justo

registrar uma operação concreta (efetivamente ocorrida) e pretender classificar eventual mais-valia como AVJ é uma contradição interna do próprio registro contábil

Equiparação à Permuta

Segundo jurisprudência do CARF, além de equivocada a tentativa de aproximação entre incorporação de ações e permuta, tal expediente tampouco afastaria a tributação da operação dado ambas serem operações tributáveis

RESUMO DO AUTO DE INFRAÇÃO:

IRPJ

Cobrança do Imposto de Renda sobre a diferença de R\$ 70,00, calculada entre o custo de aquisição da participação alienada e o valor da participação adquirida, uma vez que esta configura ganho de capital sujeito a incidência tributária.

Subsidiariamente, cobrança sobre o ganho de capital de R\$35,00, referente à diferença entre o valor de alienação da participação societária detida e seu custo de aquisição.

PIS/COFINS

Cobrança de PIS/Cofins sobre o ganho de capital apurado, vez que apesar da criação do regime não cumulativo das contribuições, as receitas decorrentes de alienação de participações societárias seguem sendo apuradas no regime cumulativo

MULTAS

multa de ofício em seu percentual qualificado de 150%, em razão da existência de fraude e simulação, bem como da multa pelo não recolhimento dos tributos devidos, calculada em 50%

1 AFINAL, DO QUE SE TRATA?

O processo discute a tributação do ganho de capital apurado em operações de incorporação de ações, em linha com a jurisprudência do CARF¹.

No caso, a despeito de reconhecer a diferença entre o custo do investimento alienado e o valor do investimento adquirido, a Holding S.A ("Autuada"), valendo-se de artifícios contábeis, pretendeu transmutar o ganho de capital apurado em ganho por compra vantajosa. Com isso, a autuada esquivou-se integralmente do cumprimento de suas obrigações tributárias e tentou impedir o conhecimento, pelo Fisco, de aspectos determinantes quanto à tributação da operação realizada.

2 FATOS: A OPERAÇÃO E O LANÇAMENTO

O Auto de Infração tem como objeto a tributação do ganho de capital auferido pela Autuada em operação de incorporação de ações, levada a cabo em 08/01/2020, que resultou na **alienação** de sua participação societária em uma empresa controlada, cujo custo de aquisição era inferior ao valor da nova participação societária adquirida. Por meio desta operação, a empresa *Transmissora Azul de Energia Elétrica S/A ("TRANSMISSORA")*, na qual a Autuada detinha 70% de participação, teve suas ações incorporadas pela *Energia Forte Renovável S/A ("Energia Forte")*, tornando-se subsidiária integral desta. Em contrapartida, foram emitidos novos títulos referentes à empresa incorporadora, na qual a Autuada passou a ter participação societária de 35% (não se adquire controle).

Ainda, **quando do registro da operação**, a Autuada contabilizou (i) a baixa de participação societária alienada, com base em seu valor patrimonial de R\$ 350, em contrapartida ao (ii) recebimento do novo investimento avaliado em R\$ 420, valor obtido a partir de laudo elaborado por empresa de auditoria independente.

A Autuada sustentou ter havido combinação de negócios, que exigiria que o registro da operação fosse feito nos moldes do Pronunciamento Técnico CPC

¹ Precedentes da CSRF: Ac. 9101-006.007, j. 08/03/2022; Ac. 9101-005.691, j. 11/08/2021; Ac. 9101-005.792 –05/10/2021; Ac. 9202-010.047, j. 28/10/2021; Ac. 9202-009.948, j. 24/09/2021; Ac. 9202-010.324 – 16/12/2021

("CPC") n. 15,a despeito da aplicabilidade de tal pronunciamento ser restrita a casos de aquisição de controle, o que não se verificou no caso ora analisado, e registrou a diferença entre o valor patrimonial da participação alienada (R\$ 350) e o valor das ações adquiridas (R\$ 420) como ganho por compra vantajosa, nos termos do art. art. 23 da Lei n.12.973/2014, reconhecendo também os efeitos do IRPJ e CSLL diferidos, nos termos do CPC n. 32.

Isto posto, considerando (i) a existência de uma efetiva operação de mercado, por meio da qual (ii) se verifica diferença entre custo de aquisição e valor de alienação, a fiscalização indagou a Autuada a respeito da não tributação da operação.

Em resposta, a Autuada defendeu a equivalência entre o custo de aquisição da sociedade alienada e valor das ações adquiridas, tendo a incorporação sido realizada a valor contábil, afirmação que contraria seus próprios registros contábeis.

Verificados diversos equívocos cometidos pela Autuada, esta Fiscalização lavrou o presente auto de infração que constitui créditos de IRPJ e CSLL sobre o ganho de capital apurado na operação de incorporação de ações (art. 31 do DL 1598/1977) no montante de R\$ 70, além de PIS e COFINS em decorrência da alienação de bens que constituem o ativo circulante da Autuada, dada sua condição de empresa holding (art. 1º, § 3º, inciso IX, da Lei n. 10.637/2002, e art. 1º, parágrafo 3º, inciso VIII, da Lei n. 10.833/2003).

Foi aplicada multa isolada de 50% sobre as estimativas de IRPJ e CSLL recolhidas a menor em janeiro de 2020 (art. 44, inciso II, da Lei n. 9.430/1996), além de multa de ofício qualificada para 150%, com fulcro no art. 44, §1º, da Lei n. 9430/1996, em razão da utilização de artifícios contábeis cuja manipulação teve objetivo de impedir o conhecimento do Fisco a respeito da ocorrência do fato gerador do tributo devido.

O lançamento foi impugnado, tendo sido debatidos dois pontos principais: (i) a intributabilidade da incorporação de ações, argumento que contraria jurisprudência pacífica deste CARF; (ii) a ocorrência, no caso, de mero ganho por compra vantajosa. Levada a julgamento, a Impugnação foi integralmente rechaçada, sendo que a Autuada, descontente com a decisão, apresentou o Recurso Voluntário ora analisado. Isto posto, neste memorial se evidenciará a improcedência do pleito recursal, em

duas partes: **a primeira parte** demonstrará a tributabilidade do ganho de capital apurado em operações de incorporação de ações; **e a segunda parte** analisará a efetiva tributação da operação, evidenciando a efetiva existência de ganho de capital nos exatos termos apontados pelo lançamento.

3 DA TRIBUTABILIDADE DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

3.1 Introdução

Trata-se, a incorporação de ações, de **negócio jurídico** típico (art. 252, da LSA), por meio do qual a participação societária da sociedade incorporada é **alienada** à empresa incorporadora – por **valor determinado previamente** em laudo de avaliação. Em contrapartida, são recebidas novas ações da incorporadora, também submetidas à avaliação, em valor proporcional.

Os destaques feitos indicam os pontos principais da operação sob a perspectiva tributária: a incorporação de ações **(i)** representa negócio jurídico mercantil concreto, não meramente potencial ou hipotético, **(ii)** cuja natureza jurídica é de verdadeira alienação e **(iii)** que tem por objeto bem de valor pecuniariamente definido. Tais elementos fazem da incorporação de ações *evento crítico* apto a, havendo diferença positiva entre custo de aquisição da participação societária incorporada e seu respectivo valor de alienação, **realizar a renda** e disparar a imediata tributação.

3.2 Incorporação e sua natureza jurídica de alienação

O exame da matéria – que não é inédita neste e. CARF – tem como pressupostos a definição sobre qual é a natureza jurídica do instituto da incorporação de ações (art. 252, LSA) ponto que determina os efeitos tributários dela decorrentes.

Referida operação tem natureza jurídica de efetiva alienação, como atesta a melhor doutrina². Tal caracterização jurídica afasta a pretensão da Autuada, cujas premissas são também diametralmente opostas àquelas adotadas pelo CARF em casos análogos. Assim, equivocou-se a Autuada em sustentar que, na incorporação de ações, não haveria alienação, mas mera sub-rogação real legal, espécie particular de substituição de bens.

A existência de sub-rogação real decorreria, segundo o pleito recursal, do fato de o acionista, na incorporação, supostamente ter sua participação societária na incorporada substituída por ações da incorporadora, mantendo-se a identidade da situação jurídica original. É dizer, aos olhos do contribuinte, a incorporação de ações em nada alteraria as relações jurídicas do acionista.

A fragilidade de tal afirmação é evidente sendo inegável que referida operação acarreta diversas e significativas modificações nas posições jurídicas de seus sócios. Um simples exercício de comparação dos cenários pré e pós incorporação é suficiente para, sem grande esforço, constatarem-se diversas alterações: **a um**, tratam-se de empresas diferentes, que contam com estatutos diferentes, submetidas, por vezes, a regimes diferentes; **a dois**, o sócio passa a ver sua participação e poder deliberativo diluídos (passa de 70%, controle, na TRANSMISSORA, para a 35% ENERGIA)³. Olvida-se, a Autuada, que ações são títulos representativos do **status jurídico desócio**, com direitos e obrigações dela decorrentes e que lhes são próprios. Alterando-se a sociedade, tais direitos e obrigações são naturalmente alterados. Nada, portanto, respalda a pretensa manutenção da base jurídica original e, sendo esta característica essencial da *sub-rogação real*, prova-se sua inaplicabilidade à incorporação de ações. Não parece menos importante observar que, quando o legislador pretendeu instituir uma *sub-rogação real*, ele o fez expressamente (art. 1.659, inciso II do CC/02). No caso da incorporação de ações, no entanto, não há previsão legal que permita defender sua

² SCHOEURI, Luis Eduardo; ANDRADE JR. Luiz Carlos. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 200. São Paulo: Dialética, 2012, p. 72.

³ Tais diferenças, vale observar, já foram reconhecidas na jurisprudência do CARF, a exemplo do Ac. 9101- 006.007, 08.03.2022 no qual se afirma que "a substituição de ações da companhia "A" por ações da companhia "B" acarreta alteração de relação jurídica, pois os títulos mobiliários se referem a sociedades diferentes, com valores patrimoniais diferentes e submetidos a Estatutos Sociais diversos".

ocorrência, expressa ou implicitamente. Assim, classificar a incorporação de ações como hipótese de sub-rogação real sem que a lei assim o pretendesse é postura não só inválida, como ilegal.

3.3 Alienação Como Ato de Vontade

Outro aspecto a ser criticado no pleito do contribuinte é o tratamento por ele atribuído ao elemento volitivo da incorporação. O acionista, por adotar postura meramente passiva, submissa à deliberação Assembleia Geral, teria na “tomada de suas ações” vera expropriação de seu patrimônio, com posterior recomposição patrimonial, o que impediria a verificação de efetiva alienação a justificar a intributabilidade operação.

A refutação deste argumento não exige maiores esforços, pelo simples fato de que a Autuada, na condição de controladora da TRANSMISSORA, inequivocamente manifestou sua vontade de forma expressa aprovando a incorporação de ações. Aliás, sua participação era condicionante da concretização da operação, aspecto que, de pronto, permite afastar a alegação da Autuada.

Vale, ainda assim, apontar que tal argumento não é inédito na jurisprudência deste Conselho e vem sendo repetidas vezes afastado⁴. A justificativa para tanto é bastante simples: o elemento volitivo não compõe a definição de alienação, que designa “*todo e qualquer ato que tem o efeito de transferir o domínio de uma coisa para outra pessoa*”⁵. A prova de tal afirmação se extrai da própria legislação, a exemplo do art. 31 do DL 1.578/77, e, inclusive, do próprio CPC 15, do qual se valeu a Autuada, que reconhece, em seu ponto 35, a possibilidade da ocorrência de “venda forçada”, o que retira qualquer margem para questionamentos no sentido de que a existência de manifestação de vontade seria necessária à ocorrência de alienação.

Por fim, não se pode olvidar o fato de que o acionista efetivamente declara sua vontade de se submeter às deliberações assembleares, regidas pelo *princípio da*

⁴ A exemplo dos Ac. 9101-003.536, j. 30/07/2018; 9101-005.691, j. 11/08/2021.

⁵ Definição que firmou entendimento, por exemplo, do Acórdão 9202-010.324, j. 16/12/2021, extraída do dicionário Vocabulário Jurídico de De Plácido e Silva.

*maioria*⁶ e, portanto, ter na Assembleia uma verdadeira representante legal cujas manifestações de vontade, por lei, repercutem em sua esfera jurídica (art. 116, CC/02). Tal declaração se dá tanto de forma positiva, quando assume a condição de acionista, como de forma negativa, quando não exerce seu direito de retirada, existente e disponível no caso da deliberação de incorporação de ações, elemento que já foi destacado em precedentes do CARF e da CSRF⁷.

3.4 Avaliação e Precificação

A incorporação de ações guarda também característica importante a permitir sua tributabilidade: **trata-se de operação que, por lei, é precificada** (art. 252, §2 e art. 264 da LSA). Sobre o tema, são frequentes as manifestações que buscam, sem base normativa, reduzir a relevância da exigência legal de avaliação pericial do valor das ações a serem transacionadas. Fala-se que representariam condição meramente societária⁸, ou requisito puramente contábil. Nada mais impróprio.

É de se destacar que, apesar de haver autores que menosprezam a avaliação exigida pela falta de determinação de critérios a serem levados em consideração – como se fazia, por exemplo, com a avaliação do ágio, em relação ao qual a legislação indicava três hipóteses de enquadramento – a avaliação exigida no caso de incorporação de ações é igualmente rigorosa, conforme se observa do art. 264 da LSA, que exige avaliação por três peritos, define métricas específicas de avaliação de ações etc.

Ademais, cumpre também observar que a avaliação exigida legalmente cumpre relevantes funções tanto em termos societárias, já que **(i)** protege acionistas da incorporada em relação aos acionistas da incorporadora, garantindo a aquisição de participação equivalente em termos patrimoniais, **(ii)** resguarda minoritários em relação aos majoritários da incorporada⁹, **(iii)** respalda administradores, que

⁶ SCHOEURI, Luis Eduardo; ANDRADE JR. Luiz Carlos. Incorporação de ações: natureza societária e efeito tributários. Revista Dialética de Direito Tributário, n° 200. São Paulo: Dialética, 2012, p. 54.

⁷ Ac. 1401-001.682, j. 14.12.2016, e Ac. 9101-005.691, j. 11.08.2021.

⁸ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Incorporação de ações no Direito Tributário: conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos*. São Paulo: Quartir Latin, 2014, p. 97.

⁹ Mesmo autores que defendem inexistir de acréscimo patrimonial reconhecem que a avaliação das participações societárias envolvidas serviria como critério para o cálculo do reembolso devido a

devem sempre prestar contas de seus atos, como também atende à importante função tributária de (iv) assegurar a arrecadação tributária, impedindo comportamentos oportunistas e discricionários de contribuintes, que, não fosse tal exigência, poderiam utilizar a operação como um campo fecundo para o cometimento de infrações contra a arrecadação tributária, visando evitar a tributação do ganho de capital frequentemente apurado em tais operações, conforme apontado no TVF.

É dizer que a tentativa de redução da importância do laudo de avaliação não só é equivocada, é também ardilosa. **Primeiro**, porque tratar avaliações como mero atendimento à imposição societária implica esvaziar completamente o sentido da exigência; **segundo**, porque, fosse mera aproximação, sem nenhuma correlação com a realidade mercantil, sua função de proteção aos acionistas restaria prejudicada; **terceiro**, porque muito mais do que mera aproximação hipotética, trata-se de mensuração que serviu de base para uma operação mercantil concreta.

Para fins tributários, o laudo é uma imposição legal que cumpre a importante função de liquidar e definir a base tributável da incorporação, permitindo a quantificação da renda realizada quando da concretização da operação.

3.5 Realização da Renda na Incorporação de Ações

A Autuada ainda alega que, por mais que se acate a natureza de alienação, e que se verifique a existência de verdadeiro ganho de capital, este ganho não seria tributável por inexistir, na incorporação de ações, evento crítico que tornasse realizada a renda. Esta permaneceria meramente potencial, o que impediria sua tributação imediata.

Ora, é indiscutível que a realização do ganho é uma condição da tributação por exigência do ordenamento jurídico. Isso, no entanto, em nada prejudica a tributação da operação ora analisada. O contribuinte se equivoca na interpretação do art. 43 do CTN, compreendendo a menção à "disponibilidade econômica ou jurídica"

eventuais acionistas dissidentes e possibilitaria a comparação com os parâmetros que servem de base para fixação das relações de troca na incorporação. Neste sentido EIZERIL, Nelson. Incorporação de ações: aspectos polêmicos. In: Fusão, Cisão, Incorporação de Ações e Temas Correlatos, coord. Walfrido Jorge Warde Jr. São Paulo: Quartir Latin, 2009, p. 90.

de renda como sendo “disponibilidade necessariamente financeira” de renda. Há equivocada associação entre realização da renda e obrigatoriedade de transferência pecuniária¹⁰.

Vale apontar que o princípio da realização da renda tem por função limitar a incidência dos impostos sobre a renda às situações nas quais a percepção desta renda decorra de operação comercial que torne concreta e segura sua percepção com certo grau de objetividade em sua mensuração¹¹. Ratificando tal entendimento, é frequente na jurisprudência deste Conselho que o “teste” de verificação de efetiva realização de renda decorra da observância de quatro condições.

Em primeiro lugar, verifica-se se há **conversão em direitos que acresçam ao patrimônio**, que, no caso, é evidente, vez que as ações da incorporadora (Energia Forte) integram o patrimônio do acionista que as recebe (Autuada), assim como o ganho dela decorrente. Em segundo lugar, checa-se **o processamento da conversão mediante troca no mercado**, se a avaliação reflete valores consistentes com a prática de mercado, requisito que também se faz presente. Em terceiro lugar, tem-se o **cumprimento das obrigações que decorrem da troca**, já que para os acionistas da sociedade 'incorporada', a obrigação que se contrapõe ao recebimento das ações da sociedade 'incorporadora' é a entrega das suas ações. Como isso é efetivado por força do artigo 252 da Lei nº 6.404/1976, mediante aprovação direta da Autuada, controladora da incorporada, tal requisito também é atendido. Por fim, verifica-se a **mensurabilidade e liquidez dos direitos recebidos na troca**, requisito este que é preenchido pela exigência legal de valoração (precificação) das participações societárias transacionadas¹².

Isto posto, não parece haver margem para dúvidas em relação à efetiva realização da renda. Na incorporação da TRANSMISSORA pela ENERGIA FORTE, tem-

¹⁰ Tal equívoco é o que torna tão frequente questionamentos relacionados à apuração de ganho de capital de pessoas físicas quando decorrente de operações de incorporação de ações (Ac. 9202-009.948, j. 19.01.2022 e Ac. 9202-010.324, j. 17.01.2022, 9202-010.047, 28.10.2021), casos em que a CSRF tem apontado que “o contribuinte confunde regime de caixa e regime de competência com pagamento em pecúnia ou não o que denota uma compreensão equivocada desses conceitos”

¹¹ POLIZELLI, Victor Borges. *Princípio da realização da renda e sua aplicação no imposto de renda de pessoas jurídicas*. Tese de doutorado: Universidade de São Paulo, 2009, p. 157.

¹² Neste sentido: Ac.9101-005.792, j. 05/10/2021; Ac.9101-006.007, j. 08/03/2022; Ac.9101-005.691, j. 11/08/2021.

se (i) um bem efetiva e concretamente¹³ alienado (ii) em uma operação mercantil (iii) como contraprestação da aquisição de uma nova participação societária (iv) em valor maior do que o custo de aquisição e devidamente quantificado, conforme legalmente exigido. Não se trata de renda potencial (virtual)¹⁴, ou mera aparência de riqueza¹⁵, mas efetivamente concretizada/realizada ao dar ensejo a uma operação de mercado. Ou seja, a defesa do contribuinte pleiteia a não tributação da operação afirmando tratar-se de evento econômico incompleto ou incerto¹⁶, que daria ensejo à renda ainda não definitivamente adquirida, na medida em que a mais-valia apurada era apenas estimada, prestando-se a atender a exigências societárias e contábeis, mas não representando preço convencionado entre as partes; essa mais-valia poderia não ser posteriormente praticada, efetivada, em operações de mercado (daí sua suposta potencial). Tal afirmação é evidentemente equivocada já que a aceitação no mercado **já ocorreu**, havendo, sim, preço na transação, como declara a própria lei societária. Assim, muito mais do que um direito definitivamente adquirido, trata-se de um direito efetivamente utilizado (verbo conjugado no pretérito perfeito) para aquisição de novo bem. Portanto, ainda que não tenha sido renda pecuniariamente recebida, foi utilizada, e aceita no mercado, realização de nova operação. Há inquestionável renda realizada.

3.6 Tributabilidade de Permuta

Para o contribuinte, por mais que se reconheça alienação em incorporação de ações – entendimento constante em precedentes deste Conselho – ainda assim a operação não seria tributável porque representaria mera permuta, que, por se tratar de troca de *res por res*, não contaria com o elemento preço. Trata-se de outro deslize

¹³ ZILVETI, Fernando Aurélio, *Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 290

¹⁴ COSTA, Alcides Jorge. *Anais das XI Jornadas do Instituto Latino Americano de Derecho Tributário*. Rio de Janeiro, 1983, p. 166.

¹⁵ ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cleber. *Imposto de renda – capacidade contributiva – aparência de riqueza – Riqueza Ficta – Renda Escritural – Intributabilidade de correções monetárias*. In: *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, 1986, p. 140.

¹⁶ POLIZELLI, Victor Borges. *Princípio da realização da renda e sua aplicação no imposto de renda de pessoas jurídicas*. Tese de doutorado: Universidade de São Paulo, 2009, p. 235.

da Autuada. Defender a intributabilidade da permuta é erro frequente que decorre de uma generalização incorreta: o fato de haver permutas não tributadas não quer dizer que estas operações são *per se* não tributáveis.

Via de regra, só não são tributadas operações de troca de bens quando verificada inexistência de liquidez em relação aos valores dos bens permutados. Assim, a não tributação de certas permutas decorre da indeterminação quanto ao valor da operação, essencial para a configuração do tributo em seu aspecto quantitativo. É dizer, ao não se saber o valor da operação, resta prejudicada a determinação da base de cálculo do imposto, sendo esta a justificativa de sua não tributação.

Portanto, nada há na permuta, que impeça sua efetiva tributação. A grande questão é que a incidência tributária, como ocorre em qualquer outro negócio jurídico, fica condicionada à determinação do valor da operação. A iliquidez, no entanto, não é característica essencial da permuta. Daí a impropriedade do contribuinte que toma a não tributação de algumas permutas (as ilíquidas) e conclui equivocadamente que todas as permutas são *per se* não tributáveis.

A iliquidez, frequente em permutas, no entanto, não se faz presente na incorporação de ações, operação na qual as partes são, por determinação legal (art. 252 e 264 da LSA), obrigadas a valorar as participações societárias alienada e recebida¹⁷.

Vale, por fim, indicar que a tributabilidade de operações de permuta foi já afirmada expressamente por este Conselho¹⁸, e é reforçada em precedentes que tratam de incorporação de ações, nos quais se afirma que além de equivocada a tentativa de aproximação entre incorporação de ações e permuta, tal expediente tampouco afastaria a tributação da operação dado ambas serem operações tributáveis¹⁹.

¹⁷ É da plena liquidez da operação – cujo valor é respaldado pela exigência legal de avaliação pericial, que se faz presente neste caso –, questionamentos fundados no Parecer PGFN nº 454, de 6 de maio de 1992, que tratam de permutas nas quais não se aponte o “valor monetário ou, em outras palavras, preço dos bens envolvidos”, não afastam a tributação da operação ora autuada.

¹⁸ A título exemplificativo, citamos ac. 1302-003.719, j. 16/07/2019.

¹⁹ Neste sentido, citamos: Ac. 9101-006.007, j. 08/03/2022; Ac. 2301-007.183, j. 06/03/2020.

4 DA EFETIVA TRIBUTAÇÃO DA OPERAÇÃO

Demonstrada a tributabilidade da operação, cumpre agora detalhar a apuração do ganho de capital nos exatos termos apontados no lançamento.

4.1 Do ganho da capital tributável

De pronto, ressalte-se: a Autuada reconheceu a diferença entre o custo de aquisição da participação alienada (R\$ 350) e o valor da participação adquirida (R\$ 420). Com isso, a discussão, ao fim e ao cabo, passa a limitar-se à qualificação jurídica de tal diferença: se ganho de capital, como apontado no lançamento, ou ganho por compra vantajosa, conforme defendido pela autuada com base no CPC n° 15.

Pois bem, a improcedência da posição da Autuada tem uma razão bastante evidente: a classificação pretendida tem por fundamento o CPC n° 15, cuja aplicabilidade é limitada a situações de *aquisição de controle*, o que não ocorre no presente caso, em que a Autuada detém apenas 35% da participação em Energia Forte.

A circunscrição às hipóteses de aquisição de controle, é explicitada na própria definição de compra vantajosa apresentada no Pronunciamento²⁰, o que torna completamente descabido cogitar seu desconhecimento por parte do Contribuinte.

Daí ser possível concluir que o pleito da Autuada parte de verdadeira manipulação de pressupostos de aplicação do CPC n° 15 que é indevidamente manejado com a finalidade exclusiva de escapar à tributação a partir da classificação artificial da diferença entre custo de aquisição da participação alienada e o valor da participação adquirida como ganho por compra vantajosa. Afastando-se tal regime, errônea e intencionalmente elegido pela Autuada, tem-

²⁰ "(...) compra vantajosa, assim entendida como sendo uma combinação de negócios cujo valor determinado pelo valor líquido, na data da aquisição, dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos, mensurados de acordo com este Pronunciamento é maior que a contraprestação **transferida em troca do controle da adquirida**".

se a classificação indicada pela autuação, que enxerga em tal diferença típica hipótese de ganho de capital, tributável por força do art. 31 do DL 1598/1977.

O tema já parece ter sido devidamente endereçado, inclusive pela própria Autuada, que aponta em sua contabilidade (i) a baixa de participação societária alienada, com base em seu valor patrimonial de R\$ 350, em contrapartida ao (ii) recebimento do novo investimento avaliado em R\$ 420, valor obtido a partir de laudo elaborado por empresa de auditoria independente, sendo (iii) a diferença de R\$70 o valor autuado. A Autuada contradiz a posição por ela própria adotada em seus registros contábeis ao afirmar em fiscalização que, na verdade, "*o custo de aquisição do investimento na Energia Forte corresponde ao valor das ações da TRANSMISSORA objeto de incorporação*" e que "*a operação de incorporação de ações foi realizada a valor contábil, não tendo gerado ganho de capital*". Ora, que o custo de aquisição da participação societária (R\$ 350) **não é equivalente** ao preço pela qual foi alienada (R\$ 420), isto é evidente. Aqui é possível verificar mais uma artimanha da qual se valeu a Autuada para escapar à tributação: ao registrar a operação, pretendeu conferir à valorização efetivamente concretizada da participação societária feição de *Valor Justo*, sabidamente não tributável.

Registrar uma operação efetivamente ocorrida e pretender classificar eventual mais- valia como AVJ é uma contradição interna do próprio registro contábil. Por definição, só se pode falar em AVJ quando da inexistência de qualquer operação concreta²¹. Trata-se, portanto, de uma avaliação que pressupõe um juízo hipotético. O presente caso, no entanto, nada tem de hipotético. As ações não **seriam alienadas**; elas **foram alienadas**; o preço não **seria pago**, ele efetivamente **foi pago**. Conclui-se, portanto, que a Autuada intencionalmente se valeu do instituto da AVJ, apesar de incompatível com a presente operação, sabendo de sua intributabilidade (quando adequadamente aplicado), única e exclusivamente para se esquivar da tributação que se impõe. Passando agora à afirmação de que "*a operação de incorporação de*

²¹ Valor justo é um conceito trazido pelo CPC n° 46 e representa "*preço que seria recebido pela venda de um ativo ou que seria pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada entre participantes do mercado na data de mensuração*".

ações foi realizada a valor contábil, não tendo gerado ganho de capital", duas são as fragilidades que demonstram a incorreção da afirmação da Autuada.

Em primeiro lugar, permitir que operações de incorporação fossem feitas a valor contábil conflitaria diretamente com a exigência legal de avaliação das participações societárias envolvidas na operação de incorporação de ações, cujo papel seria completamente inutilizado. Faz-se aqui referência às importantes funções já apontadas no item 3.4 deste Memorial, como proteção dos acionistas, especialmente minoritários, proteção de administradores e, por fim, proteção ao próprio Erário.

Em segundo lugar, independentemente de ser ou não permitido ao contribuinte realizar operações de incorporação de ações a valor contábil, fato é que não foi este o expediente adotado pela própria Autuada, que registrou a operação com em valores obtidos a partir de laudo específico. Ou seja, o registro da operação, feito pela própria Autuada, não se pautou pelo custo contábil.

Por fim, cabe ressaltar que o valor de R\$ 70 a título de ganho de capital também engloba o valor que foi contabilizado como passivo diferido de IRPJ pela Autuada (cf. esclarecimento n° 2). Isso porque, no presente caso, inexistente diferença temporal entre a receita para fins contábeis e receita para fins fiscais que justifique a contabilização de IRPJ diferido, já que houve ganho de capital e não ganho por compra vantajosa. O ganho por compra vantajosa e os tributos diferidos contabilizados, na realidade, correspondem a ganho de capital de R\$ 70 (R\$46,20+R\$23,80) tributável de imediato.

4.2 Subsidiariamente: valor justo da contraprestação transferida

Ainda que se entenda que não houve ganho de capital na operação de incorporação de ações realizadas entre as empresas no valor de R\$ 70, e se aceite (i) a classificação técnica de ganho por compra vantajosa e (ii) contabilização de AVJ, também inaplicável ao caso, ainda assim, caberia a tributação de R\$ 35, decorrente do ganho de capital aferido na diferença entre o valor justo da contraprestação transferida e seu valor de custo. Explica-se.

No caso concreto, ao realizar a operação de incorporação de ações, conforme já relatado, a Autuada trocou uma participação na empresa TRANSMISSORA em R\$ 350, que, avaliada a valor justo totalizava R\$ 385, por uma participação na empresa Energia Forte em R\$ 420, também avaliada a valor justo.

Ocorre que a Autuada reconheceu custo de aquisição de R\$ 350 ao invés de R\$ 385, desconsiderando-se o AVJ de R\$ 35 da antiga participação, que deveria ter sido tributado, em virtude da alienação do antigo investimento quando da operação.

A utilização de um custo de aquisição de R\$ 350 pela Autuada ocorreu tão somente para esconder um ganho de capital da participação anteriormente detida (TRANSMISSORA), com a operação de incorporação de ações, também em R\$ 35, que corresponde à diferença entre R\$ 350 (participação antes do AVJ) e R\$ 385 (participação com AVJ).

Quanto a esse ponto, o CPC 15, no item 37, dispõe que a contraprestação transferida deve ser avaliada a valor justo, na hipótese de aquisição de controle em combinação de negócios²². No caso, a Autuada detinha uma participação em empresa investida em R\$ 350, que avaliada a valor justo valia R\$ 385 (AVJ= R\$ 35). Esse investimento, conforme informado pelo contribuinte, foi baixado na contabilidade da empresa para, quando da incorporação de ações da empresa Energia Forte, fosse registrada sua nova participação societária em R\$ 420.

Na operação, houve a **alienação** da antiga participação societária e a aquisição de novo investimento sendo justamente este evento, a alienação do investimento na TRANSMISSORA em decorrência da incorporação de ações, que deveria ter ensejado a tributação pelo IRPJ e pela CSLL do valor R\$ 35 – diferença entre o valor de alienação (385) e o custo de aquisição (350) – conforme dispõe o já mencionado art. 31, do DL 1.598/77, que trata da tributação do ganho de capital.

Dessa forma, caberia à Autuada, no mínimo, **(i)** reconhecer ganho de capital na alienação da antiga participação na TRANSMISSORA, em R\$ 35 (R\$ 385-350), relativo ao AVJ, em virtude da incorporação de ações, oferecendo tais valores à tributação, **(ii)** adotar como custo de aquisição da nova participação societária o

²² **A contraprestação transferida em troca do controle da adquirida em combinação de negócios deve ser mensurada pelo seu valor justo**, o qual deve ser calculado pela soma dos valores justos na data da aquisição(...).

valor efetivamente sacrificado, que foi de R\$ 385, correspondente à sua antiga participação na TRANSMISSORA, avaliada a valor justo; (iii) registrar ganho por compra vantajosa também em R\$ 35, resultante da diferença entre o custo de aquisição de R\$ 385 e valor da nova empresa investida (Energia Forte) em R\$ 420, considerando seu valor justo, nos termos do art. 20, §6º, do DL 1.598/77.

Assim, ainda que afastado o ganho de capital na operação de incorporação de ações efetuada em relação ao valor de R\$ 70, deve-se considerar que a empresa Holding Azul deixou de oferecer à tributação os valores referentes à alienação de sua antiga participação societária na empresa TRANSMISSORA no valor de R\$ 35.

5 PIS/COFINS SOBRE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

Esclarece-se que o ganho de capital decorrente da alienação de participações societárias na operação realizada pela TRANSMISSORA está sujeito à incidência de PIS/Cofins, pois as receitas decorrentes de alienação de participações societárias seguem apuradas no regime cumulativo (art. 8º, XIII, Lei 10.637/2002 e art. 10, XXX, Lei 10.833/2003), sendo consideradas receitas operacionais tributáveis (art. 2º e art. 3º, Lei 9.718/1998; art. 12, DL 1.598/1977).

Ainda, a aquisição, negociação e alienação das participações societárias são operações usuais da Autuada, uma vez que tais bens são conservados com o objetivo definido de comercialização e alienação, e claramente compõem as disponibilidades do ativo circulante (art. 179, I, Lei 6.404/1976). Ora, vez que tais participações estão mantidas com o propósito de serem negociadas, **atendendo aos requisitos da definição de ativo circulante do item 66 do CPC 26**, depreende-se a inaplicabilidade da isenção de PIS/Cofins em relação às receitas decorrentes da venda de bens do **ativo não circulante** (art. 3º, § 2º, inciso IV, Lei 9.718/1998).

Nem mesmo o afastamento da natureza de alienação da incorporação afastaria a incidência de PIS/Cofins, dada a inaplicabilidade da isenção de receitas decorrentes da venda de bens do ativo não circulante (art. 1, §3º, VI, Lei 10.637/2002; art. 1, §3º, II, Lei 10.833/2003). Além disso, não há norma de isenção para receitas auferidas em ganho por compra vantajosa (art. 1, § 3º, Lei 10.637/2002 e Lei 10.833/2003).

Vale apontar que o legislador tributário se preocupou em vedar a realização de interpretações elásticas de hipóteses de isenção, que deve ser objeto de interpretação literal, elemento que inspira o art. 111, III, do CTN. Nesse contexto, não merece ser acolhido o argumento adotado pela Autuada de que a utilização da metodologia contábil da Avaliação a Valor Justo ("AVJ"), cuja adoção já se mostrou artificial e incorreta, influenciaria na apuração das receitas auferidas por ganho em compravantajosa, para atrair a isenção desta última hipótese quando há AVJ (art. 1, § 3º, VI, Lei 10.637/2002 e art. 1, § 3º, II, Lei 10.833/2003). Até porque, insista-se, não ocorreu compra vantajosa no presente caso, vez que não há aquisição de controle.

Vejam, julgadores, que a argumentação da Autuada é, em si, contraditória, na medida em que compra vantajosa não é hipótese de AVJ, mas resulta da diferença entre valor patrimonial e valor justo de ativos e passivos quando da aquisição de controle, insista-se. Trata-se de montante residual, que não se confunde com AVJ.

No mais, dada a diferença acima apontada, e considerando que não há norma que isente das contribuições sociais o ganho por compra vantajosa, ainda assim não se poderia afastar a incidência tributária. Isso porque a RFB tem entendimento consolidado de que, ainda que haja previsão de neutralização de efeitos de certos institutos contábeis na legislação de IRPJ/CSLL, inexistem regras similares para fins de PIS/Cofins. Deve-se aplicar aqui o mesmo racional que inspira, por exemplo, a SC Cosit 672: não havendo norma de neutralidade fiscal das regras de Redução ao Valor Recuperável de Ativos em relação ao PIS/Cofins, estas produzem efeito no crédito relativo a encargos de depreciação na sistemática das contribuições.

Diante do exposto, requer-se a manutenção da cobrança a título de PIS/Cofins, de modo que as contribuições incidam sobre a receita apurada em decorrência da incorporação de ações (R\$ 70,00). E ainda que se entende-se pelo contrário, não seria possível afastar integralmente a exigência, que deve ser mantida sobre o ganho por compra vantajosa (R\$ 46,20) ou, residualmente, sobre o valor decorrente da AVJ da contraprestação transferida (de R\$ 35,00), a qual constitui receita realizada.

6 MULTAS

6.1 Qualificação da multa de ofício

Diante das considerações supra, resta evidente que a Autuada se utilizou de um artifício contábil para transmutar ganho de capital auferido por meio de incorporação de ações em suposto ganho por compra vantajosa, com o intuito de impedir que o Fisco tivesse pleno conhecimento dos fatos ocorridos, para fins de aplicação da normatributária. Tal conduta demonstra a intenção de causar dano à Fazenda Pública, com o propósito de escapar, no todo ou em parte, de uma obrigação tributária.

A intenção de ludibriar o Fisco, no presente caso, revela-se pela ocultação do fato gerador do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, inexistindo dúvida quanto à ocorrência de sonegação fiscal. Aplica-se, portanto, a multa de ofício em seu percentual majorado, conforme disposição do art. 44, §1º da Lei nº 9.430/96.

Frise-se que em 2019 já vigorava a Interpretação Técnica nº 22 (ICPC 22), que passou a exigir registro e divulgação de eventuais incertezas relacionadas à interpretação da legislação tributária sobre determinada transação ou circunstância, o que jamais foi feito pela Autuada, o que reafirma a sua intenção de ludibriar o Fisco a justificar a qualificação da multa aplicada.

6.2 Concomitância da multa de ofício com a multa isolada por não recolhimento de estimativas

Ao optar pela apuração do Lucro Real anual, impõe-se ao contribuinte a antecipação do pagamento do IRPJ e da CSLL devidos mensalmente. Nos casos em que tal obrigação não é cumprida, o art. 44, II da Lei nº 9.430/96 prevê a incidência de multa isolada de 50% do valor do pagamento mensal, penalidade aplicável ainda que nenhum valor seja devido a título de IRPJ ou CSLL (alínea *b* do inciso II do art. 44). Importa ressaltar que, a partir da edição da Medida Provisória nº 351/07, as multas de ofício e isolada têm suportes fáticos distintos e autônomos, com diferenças na temporalidade da apuração, o que resulta em bases de cálculo distintas. Assim,

enquanto (i) a multa de ofício é aplicada pela falta de recolhimento de tributos sobre resultado apurado anualmente (fato gerador ao final do ano-calendário); (ii) a multa isolada é apurada conforme balancetes elaborados mês a mês ou receita bruta acumulada mensalmente (fato gerador mensal). Não há que se falar, portanto, em concomitância entre ambas as penalidades, nem mesmo de consunção, tendo em vista a autonomia das infrações cometidas.

Isto posto, impõe-se afastar aplicabilidade da Súmula 105, uma vez que sua hipótese dispõe exclusivamente sobre fatos anteriormente à edição da MP 351/07, que conferiu completa autonomia entre as sanções, em consonância com precedentes da CSRF²³. Mais pertinente é a aplicação da súmula CARF nº 82 que, em consonância com a redação do art. 44º, II da Lei nº 9.430/96, confirma a possibilidade de incidência conjunta ao estabelecer que após o encerramento do ano-calendário não cabe lançamento de IRPJ e CSLL de estimativas não recolhidas e, ao mesmo tempo, silencia quanto à incidência de multa isolada por falta de recolhimento das estimativas.

1. PEDIDO

Ante o exposto, requer-se a manutenção do Auto de Infração em sua integralidade.

Local, data Advogado, OAB.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cleber. Imposto de renda – capacidade contributiva – aparência de riqueza – Riqueza Ficta – Renda Escritural – Intributabilidade de correções monetárias. In: Revista de Direito Tributário, São Paulo, 1986.

CARF. 1ª Seção, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária. Processo nº 16561.720093/2017-23. Relator: Paulo Henrique Silva Figueiredo, Acórdão 1302-003.719, Julgado em: 16/07/2019, Publicado em: 01/08/2019.

²³ Neste sentido, citamos precedentes recentes: Ac. 9101-006.162, j. 28/06/2022; Ac. 9101-006.100, j. 30/05/2022.

_____. 2ª Seção, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária. Processo nº 10183.722586/2016-95. Relator: Paulo César Macedo Pessoa, Acórdão 2301-007.183, Julgado em: 06/03/2020, Publicado em: 24/03/2020.

_____. 1ª Seção, 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária. Processo nº 16327.721008/2012-11. Relator: Antonio Bezerra Neto, Acórdão 1401-001.682, Julgado em: 09/08/2016, Publicado em: 16/11/2016.

COSTA, Alcides Jorge. Anais das XI Jornadas do Instituto Latino Americano de Derecho Tributário. Rio de Janeiro, 1983.

CSRF. 1ª Turma. Processo nº 10480.723979/2013-19. Relatora: Livia De Carli Germano, Acórdão 9101-006.162, Julgado em: 06/03/2020, Publicado em: 28/06/2022.

_____. 1ª Turma. Processo nº 15868.720074/2016-17. Relatora: Edeli Pereira Bessa, Acórdão 9101-006.100, Julgado em: 11/05/2022, Publicado em: 30/05/2022.

_____. 1ª Turma. Processo nº 10880.721439/2014-79. Relatora: Livia De Carli Germano, Acórdão 9101-006.007, Julgado em: 08/03/2022, Publicado em: 13/04/2022.

_____. 1ª Turma. Processo nº 16327.721732/2011-55. Relator: Alexandre Evaristo Pinto, Acórdão 9101-005.792, Julgado em: 05/10/2021, Publicado em: 31/12/2021.

_____. 1ª Turma. Processo nº 16327.721008/2012-11. Relator: Luiz Tadeu Matosinho Machado, Acórdão 9101-005.691, Julgado em: 11/08/2021, Publicado em: 24/09/2021.

_____. 1ª Turma. Processo nº 16327.720302/2012-05. Relator: Luís Flávio Neto, Acórdão 9101-003.536, Julgado em: 04/04/2018, Publicado em: 30/07/2018.

_____. 2ª Turma. Processo nº 10183.722663/2016-15. Relator: Pedro Paulo Pereira Barbosa, Acórdão 9202-010.324, Julgado em: 16/12/2021, Publicado em: 19/01/2022.

_____. 2ª Turma. Processo nº 10437.720962/2015-05. Relatora: Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Acórdão 9202-009.948, Julgado em: 29/09/2021, Publicado em: 17/01/2022.

_____. 2ª Turma. Processo nº 16561.720130/2015-31. Relator: Marcelo Milton da SilvaRisso, Acórdão 9202-010.047, Julgado em: 28/10/2021, Publicado em: 07/12/2021. EIZERIL, Nelson. Incorporação de ações: aspectos polêmicos. In: Fusão, Cisão, Incorporação de Ações e Temas Correlatos, coord. Walfrido Jorge Warde Jr. São Paulo: Quartir Latin, 2009.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Incorporação de ações no Direito Tributário: conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos. São Paulo: Quartir Latin, 2014.

POLIZELLI, Víctor Borges. Princípio da realização da renda e sua aplicação no imposto de renda de pessoas jurídicas. Tese de doutorado: Universidade de São Paulo, 2009.

SCHOEURI, Luis Eduardo; ANDRADE JR. Luiz Carlos. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. Revista Dialética de Direito Tributário, n° 200. São Paulo: Dialética, 2012.

ZILVETI, Fernando Aurélio, Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

Equipe n. 02

Rayanne Ribeiro Gomes

Jorge Mussa Guerra Demes

Vinícius Rabello Dias de Almeida

João Marcos da Cunha Rocha

Fernanda Passos Oppermann Iizuka

Davi da Silva Filho

João Gabriel Costa dos Santos

Daniela de Sousa Teixeira

Rafael Peres Peres Nunes

Lya Brandão Cavallari de Oliveira

À EGRÉGIA X TURMA ORDINÁRIA DA X CÂMARA DA X SEÇÃO DO CARF

UNIÃO FEDERAL, já devidamente qualificada nos autos do presente PTA, vem, respeitosamente, apresentar **MEMORIAL**, conforme fatos e fundamentos a seguir expostos.

1. DOS FATOS

Trata-se de autuação fiscal lavrada em face da **HOLDING AZUL S/A**, para a exigência de recolhimento de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS incidentes sobre ganho de capital aferido em operação de alienação de ações para a empresa **ENERGIA FORTE RENOVÁVEL S/A** em 31/12/2019.

A operação é uma forma de conversão de uma empresa (incorporada) em subsidiária integral de outra (incorporadora), pela incorporação de todas as ações da incorporada ao patrimônio da incorporadora, mediante o aumento do capital social da incorporadora, que é então subscrito com a totalidade das ações da incorporada, de modo que os sócios da incorporada recebem ações da incorporadora nos termos dos arts. 9^o, 227² e 252³ da Lei das S/A.

No caso concreto, a pessoa jurídica autuada, ora Recorrente, era a detentora majoritária das ações da empresa Transmissora Azul de Energia Elétrica S/A (incorporada), que foi integralmente incorporada pela empresa Energia Forte Renovável S/A (incorporadora), recebendo, na operação, 35 ações da incorporadora em troca da transferência por contraprestação de 7 novas ações da incorporada, como forma de subscrição do aumento do capital social da incorporadora com a totalidade das ações da incorporada, calculadas proporcionalmente a partir da equivalência do valor patrimonial de suas ações.

¹ Art. 9º Na falta de declaração expressa em contrário, os bens transferem-se à companhia a título de propriedade.

² Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

³ Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembleia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.

As ações da sociedade incorporada (a contraprestação entregue, avaliada a valor patrimonial) foram alienadas pelo valor de R\$ 350,00, enquanto a cotação das ações da incorporadora recebidas, avaliada a valor justo (conforme registrado pela Energia Forte),

foi de R\$ 420,00, de modo que a subtração dos valores gerou ganho de capital de R\$ 70,00.

Ocorre que o valor diferença resultado da alienação consignada na incorporação das ações, foi equivocadamente considerada pela contribuinte como "ganho por compra vantajosa" em sua contabilidade, de modo que foi excluída da determinação do lucro real das bases de cálculo da CSLL, bem como para efeito de apuração das bases de cálculos do PIS e da COFINS, reconhecendo ainda o diferimento dos efeitos do IRPJ e CSLL.

É de rigor destacar ainda que a alienação de participação societária, ainda que via incorporação de ações como foi realizada, constitui operação típica de uma sociedade holding tal qual a contribuinte, de modo que a isenção de PIS e COFINS prevista para a alienação de bens integrantes do ativo não-circulante não se aplica ao seu ganho de capital (ou mesmo de ganho por compra vantajosa pois inexistente base legal para a sua exclusão da base de cálculo).

Portanto, é patente a ocorrência da incidência de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, sobre o ganho de capital de R\$70,00 auferido na incorporação de ações, nos termos do art. 254 da Lei n. 6.404/76, arts. 6º, 7º e 31 do Decreto-Lei n. 1598/77, art. 51 da Lei n. 7.450/85, art. 32 da Lei 8.981/95, arts. 2º e 3º da Lei n. 9.249/95, art. 1º da Lei n. 9.316/96, art. 1º, § 3º, IX, da Lei n. 10.637/2002 e art. 1º, § 3º, VIII, da Lei n. 10.833/2003.

Outrossim, o valor recolhível deve ainda serem acrescidos de multa isolada de 50% pela ausência de cômputo do ganho de capital nas estimativas mensais, e multa de ofício qualificada no percentual de 150%, em razão da atitude dolosa da Recorrente de sonegação e dissimulação da operação autuada no presente PTA, conforme o art. 44, II e

§ 1º, da Lei n. 9.430/96 pelas razões as quais se passa a demonstrar.

2. DA LEGALIDADE DA AUTUAÇÃO

2.1.A NATUREZA JURÍDICA DA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES: ALIENAÇÃO PELA RECORRENTE E A AFERIÇÃO DE GANHO DE CAPITAL

O Auto de Infração lavrado em face da Recorrente é revestido de legalidade e não merece qualquer reparo. Isso porque a fiscalização, na mais estrita observância ao art. 3 e 142 do CTN, cumpriu com o seu dever de ofício de exigir o IRPJ e a CSLL incidentes sobre ganho de capital advindo de alienação de ações pela Recorrente para a empresa

ENERGIA FORTE quando da incorporação por esta empresa da TRANSMISSORA AZUL Senão vejamos.

A autuação observou as normas gerais de incidência do IR que constam no art. 43do CTN e a regulamentação da sua incidência, prevista na Lei nº 7.713/88 que traça balizas aos conceitos de renda e proventos de qualquer natureza e pelo Decreto nº 9.580

/2018 (RIR/2018), em seu art. 210, §§ 1º e 2º, que ratifica a disposição do art. 43, §1º, do CTN de que a incidência do imposto independe da denominação do rendimento auferido.

Com efeito, a disposição do art. 210 do RIR/2018 e seus parágrafos é clara no sentido de que integra a base de cálculo do imposto de renda **todo e qualquer rendimento auferido decorrente de ato ou negócio que tenha os mesmos efeitos do previsto em legislação que prevê a incidência do imposto.**⁴

No caso em tela, verifica-se que a incorporação integral das ações da Energia Forte pela Transmissora Azul consiste em modalidade de alienação via incorporação

⁴ Art. 210 (...) § 1º Integram a base de cálculo todos os ganhos e os rendimentos de capital, independentemente da denominação que lhes seja dada, da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de ato ou negócio que, pela sua finalidade, tenha os mesmos efeitos daquele previsto na norma específica de incidência do imposto sobre a renda (Lei nº 7.450, de 1985, art. 51 ; Lei nº 8.981, de 1995, art. 76, § 2º ; e Lei nº 9.430, de 1996, art. 25, caput, inciso II , e art. 27, caput, inciso II). § 2º A incidência do imposto sobre a renda independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, da condição jurídica ou da nacionalidade da fonte, da sua origem e da sua forma de percepção. (Lei nº 5.172, de 1966 - Código Tributário Nacional, art. 43, § 1º)

de ações, sujeita à apuração do ganho de capital, com o consequente recolhimento do IRPJ, CSLL, devidos.

Conforme apurado no Termo de Verificação Fiscal, é evidente a caracterização de alienação nas etapas da operação em direta observância ao previsto no art. 227 e art. 252 da Lei nº 6.404/1976. Veja-se:

- (i) os acionistas de ambas as sociedades se reuniram por meio de suas diretorias e submeteram ao Conselho das Administrações proposta de incorporação da integralidade das ações da Transmissora Azul pela Energia Forte;
- (ii) com a intenção de realizar a incorporação, houve aumento de capital das ações emitidas pela Transmissora Azul, que seria incorporada pela Energia Forte; e as ações da Transmissora Azul foram recebidas pela Energia Forte como contraprestação.

Nota-se que, no que diz respeito **à natureza jurídica da operação de incorporação, é possível evidenciar que se trata de um negócio jurídico que apresentou como efeitos a alienação das ações** da Transmissora Azul e o aumento de capital da Energia Forte.

Depreende-se dos fatos, ser impossível qualquer outra conclusão da Recorrente na tentativa de se esquivar de sua obrigação tributária, não havendo que se falar em sub-rogação das ações.

Em sede doutrinária, LUÍS EDUARDO SCHOUERI e LUIZ CARLOS DE ANDRADE JR. demonstram a implausibilidade da tese da empreendida pela Recorrente, uma vez que *"ainda que houvesse sub-rogação real na operação, haveria transferências das ações. O bem substituído deve, para que possa ceder lugar ao substituto, deixar a posição que ocupa inicialmente"*.⁵

Assim, os fatos demonstram que é nítida a intenção de ambas as sociedades de alienação, na medida que há autorização legal para que a Transmissora Azul, na qualidade de incorporada, dispusesse sobre as ações dos seus acionistas, o que ocorreu dentro dos ditames do art. 9º, art. 227 e art. 252 da Lei das S/A, visto que

⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo Schoueri. DE ANDRADE JR., Luiz Carlos. Incorporação de Ações: Natureza Societária e Efeitos Tributários. **Revista Dialética de Direito Tributário n. 200**. p.58

caso houvesse declaração expressa em contrário, os bens da companhia não teriam sido transferidos.

Ademais, o conceito jurídico de ganho de capital encontra-se insculpido no art. 3º, §§ 2º e 3º da Lei nº 7.713/88⁶, os quais consignam que ganho de capital é a diferença positiva entre o valor de aquisição de um bem ou direito e o valor de sua transferência, bem como os valores apurados na alienação, a qualquer título, de bens ou direitos.

Como se vê, está sujeita à tributação a diferença entre o valor das novas ações recebidas da Energia Forte no montante de R\$ 420,00 e o valor patrimonial da contraprestação da Transmissora Azul de R\$ 350,00, isto é, R\$ 70,00 constitui ganho decapital sujeito a tributação, nos termos dos arts. 148 e 153 do RIR/2018.

É exatamente nesse sentido o entendimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) deste d. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), conforme jurisprudência reiterada segundo a qual a **operação de incorporação de ações, como ocorreu no caso em tela, caracteriza-se como alienação e está sujeita à apuração e tributação do ganho de capital.** Veja:

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. TRIBUTAÇÃO O GANHO DE CAPITAL.

Os negócios jurídicos que se integram na incorporação de ações ocorrem em razão de manifesta deliberação dos sócios ou acionistas das sociedades envolvidas mediante assembleias, nos termos do artigo 252 da Lei 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**

⁶ Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.

§ 2º Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei.

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

valor superior ao valor contábil, haverá apuração de ganho de capital tributável. (Processo nº 16327.720302/201205, Recurso Especial do Contribuinte, Acórdão nº 9101003.536, Relator Luís Flávio Neto, 1ª Turmada CSRF, Sessão de 4 de abril de 2018).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2009 INCORPORAÇÃO DE AÇÕES PARA CONVERSÃO DA EMPRESA **INCORPORADA EM SUBSIDIÁRIA INTEGRAL. SUBSTITUIÇÃO DAS AÇÕES PELA INCORPORADORA. ALIENAÇÃO CARACTERIZADA. GANHO DE CAPITAL.**

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação à matéria "ganho de capital na incorporação de ações". **No mérito**, na parte conhecida, **por maioria de votos, acordam em negar provimento**, vencidos os conselheiros Livia De Carli Germano (relatora) e Alexandre Evaristo Pinto que votaram por dar-lhe provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado (Processo nº 10880.721439/2014-79, Recurso Especial do Contribuinte, Acórdão nº 9101-006.007, 1ª Turma da CSRF, Sessão de 08 de março de 2022)

No mesmo sentido da ementa colacionada acima, são os acórdãos nº 9101-005.792, nº 9101-005.777 e nº 9101-005.691, todos da 1ª Turma da CSRF.

Tampouco há que se falar em diferimento da tributação, visto que este o CARF já se manifestou ressaltando que a mera incorporação de ações constitui fato gerador para incidência do IR sobre o ganho de capital, sendo que a tributação incidirá a partir do momento em que ocorrer a disponibilidade financeira do rendimento **apenas em relação às pessoas físicas.** Veja os destaques da I. Conselheira Relatora Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri:

(...) É impossível afirmar que não há uma variação do patrimônio da pessoa física que teve suas cotas incorporadas ao patrimônio da sociedade incorporadora, como bem destacado pela fiscalização o ágio amortizado pela incorporadora é mais uma prova dessa valoração **(destaca-se que o ágio integra o custo do ativo da pessoa jurídica, que pelo regime de competência, pode ser tratada como despesa dedutível na medida da sua realização por depreciação, amortização ou exaustão). Entretanto – na pessoa física - o que deve ser analisado é em qual momento, esse ganho é realizado para fins de incidência do imposto de renda relativo ao ganho de capital da pessoa física.** (grifos originais). (Processo nº 10437.720962/2015-05, Recurso Especial do Contribuinte, Acórdão nº 9202-009.948, 2ª Turma da CSRF, Relatora Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Sessão de 24 de setembro de 2021).

Isso porque, no caso das pessoas jurídicas, **o critério material da regra matriz de incidência do imposto de renda é justamente o acréscimo ao seu patrimônio**, por meio das ações incorporadas que passaram a integrar o ativo da Recorrente como despesa dedutível.

Subsidiariamente, há de se destacar que mesmo que a operação não fosse considerada uma alienação, mas apenas uma relação de troca, a devida caracterização seria de permuta, conforme equiparação disposta no art. 533 do Código Civil.⁷

Assim, ainda que se pudesse supor a ocorrência de uma relação de troca de ações entre a Transmissora Azul e Energia Forte, sem um pagamento propriamente dito, é preciso verificar se há um aumento de patrimônio e um consequente ganho de capital a ser tributado, nos termos do art. 3º, § 3º da Lei nº 7.713/88.

Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.

⁷ Art. 533. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações: I - salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca; II - é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.

§ 3º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins. Ademais, no que diz respeito à CSLL, enfatiza-se que há a previsão de tributação reflexa, ou seja, são aplicadas as mesmas normas de apuração e de pagamento do IRPJ, nos termos do no art. 57 da Lei nº 8.981/95.⁸

Em suma, resta evidente a concretização da hipótese legal de incidência de IRPJ e CSLL sobre ganho de capital aferido pela fiscalização decorrente da operação de incorporação em epígrafe, independentemente de consideração de que a operação se deu por meio de incorporação de ações revestida de alienação ou de permuta, o que demonstra manifesta legalidade da autuação.

2.2 DA IMPOSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO COMO GANHO COMPRA VANTAJOSA

É totalmente equivocado e não merece prosperar o argumento da Recorrente de que a natureza do valor resultante da diferença entre as ações emitidas e as ações adquiridas na operação de incorporação de sociedades em epígrafe seria configurada como ganho por compra vantajosa.

O bojo de sua argumentação está sedimentada na alegação de inexistência de alienação, buscando descaracterizar, assim, o investimento ao considerar que a diferença de R\$ 70,00 se trata de mero excesso do valor justo dos ativos líquidos da sociedade investida (R\$ 420,00), em relação ao custo de aquisição do investimento (R\$ 350,00), tencionando pelo afastamento de sua tributação, haja vista que o

⁸ Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei.

montante apenas seria computado na determinação do lucro real no período de apuração da alienação ou baixa do investimento na hipótese.

Ocorre que a operação, enquanto forma de conversão de uma empresa em subsidiária integral de outra, se dá por meio de incorporação de todas as ações da incorporada ao patrimônio da incorporadora, mediante a subscrição do capital social aumentado com a totalidade de suas ações da incorporada, de modo que os sócios da incorporada recebem ações da incorporadora.

É inegável, pois, que quando a sociedade incorporadora recebe participação social na incorporada entregando em contrapartida, novas ações suas, ocorre o ato de *"transferir gratuita ou onerosamente a outrem um direito ou a propriedade de uma coisa, que, então, passará a integrar o patrimônio alheio"*, que, nas lições de Maria Helena Diniz⁹, é o próprio conceito de alienação.

A alienação, por definição, é o ato que tem o efeito de transferir o domínio de uma coisa para outra pessoa, seja por venda, por troca ou por doação¹⁰. É um ato de disposição no qual ocorre a transferência de domínio, tal como é verificado na incorporação de ações: a operação provoca uma transferência de propriedade, pois os sócios deixam de ser acionistas da empresa convertida em subsidiária integral e passam a possuir ações da empresa cujo capital foi aumentado.

Assim, uma vez que se está diante de alienação, os resultados positivos advindos (a diferença de R\$70,00 em debate) são classificados como ganhos de capital, tributáveis na pessoa jurídica e, como tal, não podem ser ganhos por compra vantajosa, de natureza e efeitos fundamentalmente distintos.

O valor do investimento do contribuinte avaliado pelo MEP, a partir da equivalência do valor patrimonial base da emissão das novas ações, importou o total de R\$350,00. Ao serem avaliados a valor justo, os ativos líquidos da Energia Forte totalizaram R\$420,00. Percebe-se, portanto, que os R\$70,00 referentes ao ganho de capital equivalem a diferença entre estes dois valores.

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. Vol. 1. p. 164

¹⁰ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. vols. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 132.

Portanto, visto que não é o caso de ganho por compra vantajosa, mas ganho de capital, este valor não pode ser excluído da determinação do lucro real ou das bases de cálculo da CSLL, ou mesmo do PIS e da COFINS.

Nada obstante, ainda que ganho por compra vantajosa o fosse, seu valor sequer poderia corresponder a este montante, uma vez que, enquanto tal, seria necessário ainda levar em consideração o valor da contraprestação transferida (investimento avaliado a valor justo) de R\$385,00.

É manifesto o erro do tratamento contábil adotado ao não reconhecer os efeitos da avaliação a valor justo da contraprestação recebida, em observância aos Pronunciamentos Técnico Contábeis nº 15, item 37¹¹.

Desta forma, considerando-se a diferença do ganho da contraprestação transferida avaliada a valor justo, de R\$ 35,00, o suposto ganho por compra vantajosa sobre os R\$ 420,00 referentes ao valor justo dos ativos líquidos da Energia Forte seria, na verdade, no total de R\$ 35,00.

Assim, urge a manutenção da autuação fiscal sobre o ganho de capital, diante da inofismável presença da alienação na incorporação de ações, não há se falar em ganho por compra vantajosa, e, subsidiariamente, ainda que fosse, seu valor seria de apenas R\$35,00, de modo que o lançamento deve ser mantido ao menos sobre a parcela remanescente de R\$ 35,00 decorrente da avaliação a valor justo (AVJ) da contraprestação transferida.

3 DA INCIDÊNCIA DE PIS E COFINS – A tributação exclusiva do ganho de capital

Ademais, também é devido o pagamento de PIS e COFINS sobre o valor auferido a partir da operação de incorporação de ações, com fulcro no art. 1º, § 3º, inciso IX, da Lei n. 10.637/2002, bem como o art. 1º, § 3º, inciso VIII, da Lei n. 10.833/2003, ambos alterados pela Lei n. 12.973/2014.

Isso porque o que se tem como decorrência da operação de incorporação das ações da Transportadora Azul pela Energia Forte é **o aumento de capital da sociedade**

¹¹ “A contraprestação transferida em troca do controle da adquirida em combinação de negócios deve ser mensurada pelo seu valor justo (...)”.

que seconfigura como receita, tendo em vista que impacta diretamente o patrimônio da Energia Forte, o que atrai a aplicação do art. 43 do CTN.

Enfatiza-se que não prospera qualquer argumentação da Recorrente no sentido de que não incide PIS/COFINS no caso em tela. Ora, o caso não se enquadra **nas hipóteses das legislações supramencionadas de isenção prevista sobre vendas de bens que integram o ativo imobilizado,** mas sim de receita decorrente das ações da que foram valoradas e alienadas.

Ora, é possível perceber, portanto, que a fiscalização observou as disposições legais e autuou somente a diferença de R\$ 70,00 **percebida como ganho de capital decorrente da própria operação de incorporação, valor que nunca integrou o ativo imobilizado da Recorrente e que não corresponde puramente a ganho de capital decorrente de venda de bens que manterão a atividade desenvolvida pela Recorrente,** assim como disposto no art. 179, inciso VI, da Lei n. 6.404/1976:

Art. 179. As contas serão classificadas do seguinte modo:

IV – no ativo imobilizado: os direitos que tenham por objeto bens corpóreos destinados à **manutenção das atividades da companhia ou da empresa ou exercidos com essa finalidade,** inclusive os decorrentes de operações que transfiram à companhia os benefícios, riscos e controle desses bens;

É de suma importância destacar que após a Lei nº 9.718/98 ampliar a base de cálculo da COFINS e do PIS, em seu art. 3º, § 1º, definindo o conceito de faturamento como *“a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas”*, o STF se pronunciou sobre a matéria.

Ao declarar a inconstitucionalidade do dispositivo em epígrafe, no entanto, o STF não alterou o critério definidor da base de incidência do PIS e da COFINS, qual seja o resultado da atividade econômica vinculada ao objeto social do contribuinte.

Nesse diapasão, é possível perceber que a receita segue a regra geral de incidência do PIS/COFINS, se enquadrando no conceito de faturamento, uma vez que

foi realizada operação que constitui o objeto social da Energia Forte que compreende, além da atividade relacionada à energia elétrica, a participação como sócio, acionista, no capital social de outras sociedades, no Brasil ou exterior, sendo legal e devendo ser mantida a atuação.

3. DA LEGALIDADE DA COBRANÇAS DAS MULTAS

O Fisco observou estritamente com o seu dever perante a Administração Tributária de fiscalizar o cumprimento das obrigações tributárias, lavrar o auto de infração para a cobrança dos débitos não pagos pela contribuinte e, ainda, de aplicar as multas legais, em estrita observância ao art. 3, art. 97, inciso V e 142 do CTN.

No caso em tela, enfatiza-se ainda que este d. Conselho não possui competência para se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei tributária, nos termos exatos a súmula CARF nº 02, devendo se ater à observância da legalidade da cobrança realizada pelo Fisco.

Observando o disposto no art. 44, inciso II e § 1º da Lei n. 9430/1996, o auto de infração acertadamente aplicou multa isolada de 50% e multa de ofício qualificada em 150%.

A multa isolada de 50% foi exigida sobre as estimativas de IRPJ e CSLL recolhidas a menor em janeiro de 2020, em virtude da ausência de cômputo do ganho decapital nas estimativas mensais, com fundamento no art. 44, inciso II, da Lei n. 9430/1996.¹²

Por sua vez, a multa de ofício foi qualificada para 150%, tendo em vista que a Recorrente dolosamente, utilizou de um artifício contábil para transformar o ganho de capital em um ganho por compra vantajosa e dissimulou a alienação das ações, restando evidenciado pelos fatos a intenção de impedir o conhecimento das

¹² Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

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

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

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

autoridades fiscais dos fatos envolvendo a incorporação da integralidade das ações da Transmissora Azul.

3.1. DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MULTA ISOLADA DE FORMA CONCOMITANTE À MULTA DE OFÍCIO

A possibilidade de punibilidade de condutas diversas por meio das multas derivado texto do *caput* do referido artigo, que não prevê restrição ou determinação de imposição alternativa das multas, mas apenas a permissão para que elas sejam aplicadas nos casos de lançamento de ofício.

Recorda-se a figura do legislador racional, ao qual se reporta nos casos nos quais é necessário analisar qual foi a intenção deste na elaboração da norma. A interpretação dos dispositivos deve considerar a vontade racional do legislador, que, dentre seus atributos, tem vontade completa, solucionando todos os casos por ele reputados como relevantes.¹³

Portanto, no caso em apreço, o legislador elaborou a norma sem qualquer restrição à aplicação cumulativa das duas multas uma vez que cada uma é relevante por si só para a solução de condutas diversas, cada uma com a sua motivação de imposição.

Dessa forma, a multa isolada é prevista para desestimular os contribuintes a cumprir com suas obrigações tributárias em destempo e não conferir tratamento desigual aos contribuintes que honram com suas obrigações tributárias de forma tempestiva, por exemplo.

Essa conduta não se confunde com a atitude intencional e dolosa de sonegar o pagamento de tributo ou dissimular operação com intenção de economizar no cumprimento da obrigação tributária ou, ainda, deixar de cumprir com a obrigação.

Nesse diapasão é o entendimento do CARF que, em sua jurisprudência reiterada, apresenta entendimento **de que as multas decorrem de fatos distintos e autônomos e devem ser aplicadas de forma independente, mesmo que cumuladas,**

¹³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 235

inclusive na hipótese de autuação envolvendo ganho de capital tributável decorrente de incorporação de ações, como na ementa colacionada abaixo:

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL TRIBUTÁVEL.

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

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAS.

CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas".

(...)

No caso em apreço, não tem aplicação a Súmula CARF nº 105, eis que a penalidade isolada foi exigida após alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996. (Processo nº 10880.720212/2013-25, Recurso Especial do Contribuinte, Recurso Especial do Procurador, Acórdão nº 9101-002.735 - 1ª Turma, Relatora Adriana Gomes Rego, Sessão de 04 de abril de 2017)

(...)

MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO. LEI. NOVA REDAÇÃO. FATOS GERADORES A PARTIR DE 2007.

Tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 de suportes fáticos distintos e autônomos com diferenças claras na temporalidade da apuração, que tem por consequência a aplicação das penalidades sobre bases de cálculo diferentes. A multa de ofício aplica-se sobre o resultado apurado anualmente, cujo fato gerador aperfeiçoa-se ao final do ano-calendário, e a multa isolada sobre insuficiência de recolhimento de estimativa apurada conforme balancetes

elaborados mês a mês ou ainda sobre base presumida de receita bruta mensal. O disposto na Súmula nº 105 do CARF aplica-se aos fatos geradores pretéritos ao ano de 2007, vez que sedimentada com precedentes da antiga redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que foi alterada pela MP nº 351, de 22/01/2007, convertida na Lei nº 11.489, de 15/07/2007. (...) (Processo nº 16327.721300/2013-14, Recurso Especial do Contribuinte, Acórdão nº 9101-003.605 - 1ª Turma, Relator Gerson Macedo Guerra, Sessão de 05 de junho de 2018)

Por fim, destaca-se que a aplicação das multas de forma concomitante não atrai a incidência da Súmula nº 105 do CARF¹⁴, uma vez que o art. 44 da Lei n. 9430/96 foi revogado pela Lei nº 11.488/2017, revogou o artigo 44 da Lei nº 9.430/96, que era expressamente citado na súmula. O caso concreto versava sobre amortização de ágio interno, mas somente a parte da concomitância de multa isolada com multa de ofício foi conhecida. Ademais, o auto de infração, em razão da incorporação de ações teve como data-base 31 de dezembro de 2019, ou seja, após a edição da Medida Provisória nº 351, de 2007. Evidente, desse modo, a legalidade da aplicação conjunta das referidas multas.

3.2. DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

Superado qualquer questionamento que possa ser apontado acerca da concomitância de multas, reitera-se a devida aplicação da qualificação da multa de ofício no auto de infração lavrado em face da Recorrente.

Conforme é possível perceber dos fatos que ensejaram a autuação, a Recorrente tentou dissimular o ganho de capital decorrente da incorporação de ações da TransmissoraAzul pela Energia Forte como se fosse valor decorrente de compra vantajosa, com o objetivo de inadimplir o cumprimento de suas obrigações tributárias.

¹⁴ Súmula CARF nº 105 Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 08/12/2014 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.

Ocorre que é possível perceber que as informações prestadas pela Recorrente, após questionamento das autoridades fiscalizadoras, foram suficientes para demonstrar tentativa de dissimulação da operação de alienação da integralidade das ações da Transmissora Azul por meio da incorporação das ações.

Ademais, houve ainda a sonegação do ganho de capital auferido decorrente da operação, o que enseja a qualificação da multa no percentual de 150%, nos termos do art.71 da Lei nº 4.502/1964. É nesse sentido o entendimento do CARF:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 31/01/2010 a 31/12/2013 SIMULAÇÃO. MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO.

A multa de ofício, de 75 %, será duplicada no caso de fraude, suficientemente comprovada pela caracterização de simulação com a **intenção de impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária das condições do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou de conluio praticado no mesmo desiderato**. (Processo nº 12571.720330/2014- 33, Recurso Especial do Procurador, Acórdão nº 9303-012.657, Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício e Relator, Data da sessão: 08/12/2021)

(...)

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO. SIMULAÇÃO. DOLO.

Estando comprovada a prática deliberada de simulação, portanto, estando caracterizados o dolo e sonegação, cabe a qualificação da multa de ofício.

(Processo nº 10380.724638/2017•12, Recurso Voluntário, Acórdão nº 2301•005.930 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Relatora Juliana Marteli Fais Feriato, Sessão de 14 de março de 2019)

Portanto, tendo em vista o dolo, depreendido dos próprios fatos narrados no caso de prestação de informações falsas à autoridade fiscal pela Recorrente na tentativa de dissimular a alienação ocorrida, é legal a aplicação da multa de ofício qualificada em 150% levada a cabo pela fiscalização.

4 PEDIDOS

Diante do exposto, requer seja negado provimento ao recurso da contribuinte, mantendo-se integralmente o auto de infração lavrado para a cobrança de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS sobre o ganho de capital de R\$ 70,00 auferido na incorporação de ações.

Subsidiariamente, na remota hipótese de reconhecimento como ganho por compra vantajosa, da parcela remanescente da avaliação a valor justo da contraprestação transferida de R\$ 35,00 decorrente da avaliação a valor justo (AVJ) da contraprestação transferida.

Requer, ainda, seja mantida a aplicação da multa isolada em 50% exigida sobre as estimativas de IRPJ e CSLL recolhidas a menor em janeiro de 2020, em razão da ausência de cômputo do ganho de capital nas estimativas mensais, com fundamento no art. 44, inciso II, da Lei n. 9430/1996 e da multa de ofício qualificada em 150%, tendo em vista as condutas dolosas da Recorrente acima mencionadas, nos termos do art. 71 da Lei 4.502/1964, que devem ser aplicadas de forma concomitante, conforme jurisprudência do CARF.

Termos em que pede deferimento.

Local, Data.

Equipe n. 03

Luken Pena Martins

Paloma Galvão

Sofia Carvalho

João Vitor Barros de Souza

Isabella Oliveira Lima

Gianluca Pereira

Maurício Pimenta

Leandro Jacobina Lima Prudêncio

Pedro Mitre

Arthur Schaefer Debarry Santana

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

COMO OCORREU A OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES



Holding Azul

Transmissora Azul de Energia Elétrica S/A (incorporada)

35 ações da incorporadora
R\$ 420,00, a valor justo



7 ações da incorporada
R\$ 350,00, a valor patrimonial



Desse modo, **houve alienação e ganho de capital de R\$ 70,00**

Energia Forte Renovável S/A (incorporadora)

JURISPRUDÊNCIA FAVORÁVEL DO CARF

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

Ano-calendário: 2009 INCORPORAÇÃO DE AÇÕES PARA CONVERSÃO

DA EMPRESA INCORPORADA EM SUBSIDIÁRIA INTEGRAL.

SUBSTITUIÇÃO DAS AÇÕES PELA INCORPORADORA.

ALIENAÇÃO CARACTERIZADA. GANHO DE CAPITAL.

OCORRÊNCIA. A operação de entrega de ações para incorporação, nos moldes previstos no art. 252 da Lei das S/A, mediante o recebimento de novas ações emitidas pela empresa incorporadora, ambas avaliadas a valor de mercado, caracteriza-se como alienação e está sujeita a apuração de ganho de capital. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação à matéria "ganho de capital na incorporação de ações". No mérito, na parte conhecida, por maioria de votos, acordam em negar provimento, vencidos os conselheiros Livia De Carli Germano (relatora) e Alexandre Evaristo Pinto que votaram por dar-lhe provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado (Processo no 10880.721439/2014-79, Recurso Especial do Contribuinte, Acórdão no 9101-006.007, 1a Turma da CSRF, Sessão de 08 de março de 2022)

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL TRIBUTÁVEL.

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

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória no 351, de 2007, no art. 44, da Lei no 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas".

Caracterização de alienação nas etapas da operação (art. 227 e 252 da Lei nº 6.404/1976)

- os acionistas de ambas as sociedades se reuniram por meio de suas diretorias e submeteram ao **Conselho das Administrações** proposta de incorporação da integralidade das ações da Transmissora Azul pela Energia Forte;
- com a intenção de realizar a incorporação, houve **aumento de capital** das ações emitidas pela Transmissora Azul, que seriam incorporadas pela Energia Forte;
- as ações da Transmissora Azul foram recebidas pela Energia Forte como **contraprestação**; e

(...)

No caso em apreço, não tem aplicação a Súmula CARF no 105, eis que a penalidade isolada foi exigida após alterações promovidas pela Medida Provisória no 351, de 2007, no art. 44 da Lei no 9.430, de 1996. (Processo nº 10880.720212/2013-25, Recurso Especial do Contribuinte, Recurso Especial do Procurador, Acórdão nº 9101-002.735 - 1a Turma, Relatora Adriana Gomes Rego, Sessão de 04 de abril de 2017)

CONCLUSÕES

✓ A natureza jurídica da operação é a de incorporação de ações: alienação pela Recorrente e o ganho de capital

✓ É impossível a caracterização da operação como ganho por compra vantajosa

✓ Incide PIS e COFINS exclusivamente sobre o ganho de capital

✓ É possível a aplicação da multa isolada de forma concomitante à multa de ofício

✓ É devida a aplicação da multa de ofício

1 DOS FATOS

Tratam os autos de autuação lavrada contra a Holding Azul S/A., para exigir-lhe o crédito tributário de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS, e penalidades, em razão do ganho de capital auferido na operação de incorporação de ações da Transmissora Azul pela Energia Forte.

A atuada, na qualidade de acionista da Transmissora Azul (*incorporada*), após a concretização da operação recebeu novas ações emitidas pela Energia Forte (*incorporadora*). Ocorre que, antes da referida operação, o valor das ações da Holding Azul (*atuada*) correspondia a R\$ 350,00, ao ponto que, após a incorporação, passou a corresponder a R\$ 420,00.

Dessa forma, tem-se que atuada obteve autêntico ganho de capital, que deveria ter sido oferecido à tributação. Entretanto, em procedimento de fiscalização, a atuada informou ao Fisco que não reconhecia o ganho de capital, mas sim o ganho por compra vantajosa, motivo pelo qual não procedeu com pagamento dos tributos.

Equivoca-se a atuada, pelo que foi lavrado o Auto de Infração para exigir os tributos devidos. É o que se passa a demonstrar, com minúcias, nos tópicos abaixo.

2 DA CORRETA AUTUAÇÃO FISCAL

2.1 Do negócio jurídico da incorporação de ações

Antes de prosseguir com a discussão de mérito da incidência dos tributos exigidos, é preciso destacar que o negócio jurídico da incorporação de ações trata-se de uma operação típica, regulada pelo art. 252 da Lei nº 6.404/76, e que não se confunde com a incorporação de sociedades.

Nesse sentido, Fernando Daniel de Moura Fonseca ¹ explica que a incorporação de ações tem o propósito de transformar uma sociedade anônima em subsidiária integral de outra. Para tanto, o capital social da empresa incorporadora é aumentado pelos próprios titulares das ações da empresa incorporada, que

¹ FONSECA, Fernando Daniel de Moura Fonseca. Imposto sobre a renda: uma proposta de diálogo com a contabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 270.

posteriormente, receberão ações da empresa incorporadora. Em apertada síntese, o resultado final é uma substituição de ações, em que os acionistas da empresa incorporada mudam de posição, passando a ser acionistas da empresa que agora detém a integralidade das ações incorporadas.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a incorporação de ações implica em efetiva alienação das ações incorporadas, na medida em que estas são utilizadas como forma de pagamento pelas novas ações emitidas pela empresa incorporadora.

Isso porque, nos termos do art. 9º da Lei nº 6.404/76, via de regra, todos os bens são transferidos a uma companhia a título de propriedade, e considerando que o art. 252 da mesma lei – *que regula a incorporação de ações* – nada dispõe acerca do título em que as ações incorporadas são transferidas à incorporadora, tem-se que, por força legal, há a transferência da propriedade destas ações. Dito de outra forma, há a alienação das ações.

Além disso, apenas por conveniência, a palavra "*alienação*", segundo o dicionário Vocabulário Jurídico de De Plácido e Silva significa "*transferir o domínio de uma coisa para outra pessoa, seja por venda, por troca ou por doação*". Logo, por qualquer aspecto que se examine, a incorporação de ações é tida como uma efetiva alienação.

Até porque não se vislumbra razões para entendimento diverso, ao ponto que a transferência de ações decorrente da incorporação não pode ser tratada como uma mera sub-rogação real. Luís Eduardo Schoueri² leciona que a sub-rogação real pressupõe uma substituição de coisas que mantenha a mesma relação originária. Ao adotar essa premissa, não é razoável compreender pela sua aplicação a incorporação de ações, sobretudo porque nessa operação não há manutenção da relação originária.

No presente caso, evidentemente não houve a manutenção da relação originária. A começar pelo fato de que o laudo de avaliação realizado após a incorporação demonstrou que a autuada recebeu participações societárias em valor superior ao que detinha inicialmente.

² SCHOUERI, Luís Eduardo; ANDRADE JR., Luiz Carlos de. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT). v. 200. São Paulo, 2012. p. 48.

Ademais, antes de concretizada a incorporação, a autuada era acionista Transmissora Azul, ao ponto que passou a ser acionista da Energia Forte, pelo que se demonstra que também não há manutenção das relações jurídicas originárias. Não se trata de mera distinção formal, sem consequências para o mundo jurídico, afinal, agora a autuada receberá dividendos da Energia Forte, e não da Transmissora Azul, bem como participará das Assembleias desta, e eventualmente, alienará ações desta. Inclusive, os Estatutos das sociedades podem ser totalmente diferentes. Ou seja, resta claro que não se manteve a relação originária, o que justifica tratar a operação como uma alienação, e não uma sub-rogação real.

Não se trata de uma mera substituição de ações, o regime jurídico da incorporação de ações não permite que seja apenas uma substituição, é uma operação bem mais complexa do que isso. Essa mera troca de ativos, caso exista, se encerra na contabilidade. Os efeitos jurídicos vão além.

Apesar da juridicidade dos argumentos acima expostos, para se evitar distorções acerca do negócio jurídico realizado nos autos, a Fazenda Pública ressalta que, não obstante a incorporação de ações ser celebrada entre as sociedades envolvidas, a teor do art. 252 da Lei nº 6.404/76, **os seus efeitos alcançam o patrimônio de terceiros**, quais sejam: os titulares das ações incorporadas.

Modesto Carvalhosa³ explica que a vontade destes – *cuja patrimônio é atingido* –, é manifestada pela Assembleia Geral da sociedade que participam, a fim de que, em observância ao princípio majoritário, seja formada a vontade social. Significa dizer que, embora os acionistas não participem ativamente no negócio jurídico celebrado, a sua vontade é manifestada pela Assembleia Geral, afinal, a incorporação de ações é um negócio celebrado **apenas entre as sociedades envolvidas**, e não entre os acionistas, que nem sequer são partes na operação.

Sendo uma operação que envolve **o interesse das sociedades**, a vontade dos acionistas é exteriorizada na Assembleia, órgão competente para manifestar **a vontade da sociedade**.

³ CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. Parecer Jurídico: operação de incorporação de ações de Bovespa Holding S/A ("Bovespa Holding") por Nova Bolsa S/A ("Nova Bolsa"), de 30 de outubro de 2013, em São Paulo/SP.

De qualquer forma, não estamos aqui a falar de minoritários, mas sim de acionista majoritária da sociedade incorporada, de modo que não há dúvidas de que sua vontade tenha sido considerada para efetivação da operação. Ou seja, na verdade, no cenário em questão, a autuada figura como protagonista.

Ora, se a incorporação de ações é aprovada mediante Assembleia Geral, é por consequência lógica que o acionista majoritário, que no presente caso, detinha 70% da sociedade incorporada, concordou da operação. Ademais, ainda que este restasse vencido – *o que é impossível no presente caso* –, lhe seria facultado exercer o direito de retirada da sociedade, nos termos do art. 252, §1º, da Lei nº 6.404/76. Portanto, na verdade, tem-se que o acionista manifesta sua vontade na incorporação de ações vezes: **(i)** na Assembleia Geral; **(ii)** eventualmente, caso seja vencido, optando por continuar na sociedade.

Essa concordância significa que o acionista concorda em abrir mão de um ativo, para receber outro. Não é uma compra e venda em sentido estrito, mas deve ser considerado como uma alienação em sentido amplo, conforme entendido pela CSRF no acórdão nº 9202-000.662, com relatoria do Elias Sampaio Freire, em que muito se apega a jurisprudência administrativa.

2.2 Da incidência do IRPJ e da CSLL

Pois bem, superada a questão da natureza jurídica da incorporação de ações, concluindo-se que restou configurada uma efetiva alienação das ações incorporadas, passamos a analisar o tratamento tributário que deve ser atribuído à operação.

Conforme brevemente narrado nos fatos, trata-se de autuação contra a Holding Azul, visando a cobrança de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS, bem como de penalidades, em decorrência da operação de incorporação de ações, em que esta recebeu ações da Energia Forte. O presente tópico abordará, exclusivamente, o acerto da autuação fiscal relativo à exigência do IRPJ e da CSLL.

Sabe-se que o ganho ou a perda de capital exerce influência direta para fins de apuração do IRPJ e da CSLL. Sabe-se também que o evento deflagrador do ganho ou da perda de capital é a alienação de bens, como ocorrido na incorporação de

ações. Ricardo Mariz de Oliveira⁴ salienta que, seja qual for o ato ou negócio jurídico de que decorra uma alienação, é imprescindível verificar se dela decorre aumento patrimonial.

Importante destacar que o Brasil adota um critério bem abrangente para tributação da renda, de modo que qualquer acréscimo patrimonial poderá se sujeitar à tributação. A legislação brasileira nem sequer estabelece a necessidade de um efetivo ingresso de recursos. Basta que exista um acréscimo, econômico ou jurídico. É o que se depreende do art. 43 do CTN.

Nesse sentido, a teor do que é disposto no CTN, Rubens Gomes de Sousa⁵ explica que o acréscimo econômico é entendido como o efetivo ingresso de recursos, ao ponto que o acréscimo jurídico é entendido como a possibilidade de se dispor do acréscimo econômico. Fato é que, ambos os acréscimos devem ser oferecidos à tributação.

Na mesma esteira, André Mendes Moreira e Fernando Daniel de Moura Fonseca⁶ discorrem que o acréscimo econômico está vinculado ao "*regime de caixa*", tributada na medida de sua realização em moeda, enquanto o acréscimo jurídico está atrelado ao "*regime de competência*", em que é suficiente a ocorrência da operação que altere a titularidade do bem para que exista a tributação, mesmo que a realização financeira não se dê por elementos prontamente conversíveis em dinheiro.

Nenhum raciocínio em contrário merece prosperar. É bom esclarecer que, poder-se-ia alegar que o eventual acréscimo patrimonial não seria passível de aferição segura, uma vez que somente seria mensurável na ocasião de alienação das novas ações recebidas. Ocorre que, considerando a efetiva incorporação de ações realizada, com a emissão de novas ações pela Energia Forte, e com o recebimento destas pela Holding Azul, tem-se que a operação se concretizou sob todos os aspectos. Em outras palavras, não restou capital a realizar.

⁴ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Incorporação de Ações no Direito Tributário: Conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 73.

⁵ SOUSA, Rubens Gomes de. A evolução do conceito de rendimento tributável. Revista de direito público, ano IV, v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez 1970, p. 341.

⁶ MOREIRA, André Mendes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Imposto de renda sobre ganho de capital: necessidade de realização e disponibilidade do acréscimo patrimonial – Estudo de caso. Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT), São Paulo, n. 238, 2015. p. 28/40.

Isso porque, sabe-se que a regra para os efeitos de transações é o regime de competência, admitindo-se o regime de caixa apenas excepcionalmente. Significa que os efeitos de transações devem ser reconhecidos no momento da efetivação da operação, independentemente do recebimento ou pagamento, nos termos do art. 9º, da Resolução CFC nº 750/93 – *no caso dos autos, tem-se que a transação se realiza no momento da efetivação da incorporação, e não em posterior alienação*. Esse o entendimento pacífico e recente da CSRF, como se depreende dos acórdãos nº 9202-010.324 e nº 9202-010.045, relatados Sr. Pedro Paulo Pereira Barbosa.

Ademais, também é equivocado entender o recebimento de rendimentos e ganho de capital como recebimentos em dinheiro, pois, como se sabe, o conceito de renda compreende acréscimos patrimoniais, independentemente da forma de realização.

Logo, adotando essas premissas, é preciso verificar se no caso dos autos houve a existência de algum ganho tributável. Pois bem, a conclusão é de que houve um ganho de **R\$ 70,00** pela Holding Azul. É o que se passa a demonstrar.

2.2.1 Do efetivo acréscimo patrimonial da autuada. Laudo de avaliação que demonstra o ganho

A fim de demonstrar o acréscimo patrimonial auferido pela autuada, é imprescindível que se discorra acerca da prévia avaliação das sociedades envolvidas na operação.

É incontroverso nos autos o fato de que a incorporação de ações objeto da discussão foi realizada com base no valor contábil das sociedades, o que até pode ser admitido, mas não no caso dos autos, sobretudo porque *(i)* o método de avaliação das sociedades deve ser eleito por terceiros (*peritos ou empresa especializada*), e não pelo Conselho de Administração das sociedades, como foi feito; *(ii)* sendo o caso de uma combinação de negócios, as sociedades deveriam ser avaliadas, a priori, pelo valor de mercado.

Isso porque, nos termos do art. 252, §1º, da Lei nº 6.404/76, na oportunidade de se aprovar pela Assembleia Geral a incorporação de ações, **deve-se nomear os peritos para avaliar as sociedades**. Ora, a legislação não atribui ao Conselho das

sociedades a faculdade de escolher qual o método de avaliação, mas determina expressamente que o perito nomeado assim o faça. No caso dos autos, a avaliação pretérita à incorporação não se deu por um terceiro, mas por simples convenção das partes em utilizar os balanços contábeis.

O perito nomeado é quem deveria apresentar laudo fundamentado, com a indicação dos critérios de avaliação e dos elementos de comparação adotados e instruídos com os documentos relativos à avaliação.

A legislação do Imposto de Renda, por sua vez, não estabelece norma específica sobre laudo de avaliação. Em razão disso, sempre que há necessidade de se vincular determinado ato a uma avaliação, os dispositivos remetem a questão ao art. 8º da Lei nº 6.404/76, que também prevê que a avaliação deve ser feita por peritos ou empresa especializada.

Durante o procedimento fiscalizatório, a autuada ainda esclarece que a avaliação das sociedades poderia ser pelo valor contábil, patrimonial, mercado, ou até mesmo pelo fluxo de caixa, ao ponto que a Lei nº 6.404/76 não teria fixado um único método, ficando a cargo das sociedades eleger qual utilizar. Entendimento este totalmente equivocado, sobretudo porque **(i)** a Lei nº 6.404/76 determina que a avaliação das sociedades fique a cargo de um terceiro, qual seja: perito nomeado em Assembleia Geral; e **(ii)** uma interpretação sistemática da referida lei nos revela que a avaliação deve ocorrer a valor de mercado.

Sobre isso, destaca-se o disposto no art. 264, §1º e §4º, da Lei nº 6.404/76, que, em apertada síntese, estabelece que na combinação de negócios mediante a incorporação de ações – *como é o presente caso* –, os bens serão avaliados por três peritos ou por uma empresa especializada, elegendo prioritariamente o critério do valor de mercado.

Nessa perspectiva, Alberto Xavier⁷ explica que se a avaliação das sociedades devesse observar exclusivamente o valor contábil, não seria necessário a elaboração de um "*laudo de avaliação*", como determina a Lei nº 6.404/76. Bastava uma mecânica e elementar constatação dos valores registrados nos livros. Se a lei impõe

⁷ XAVIER, Alberto. Incorporação de Ações: Natureza Jurídica e Regime Tributário. In: Sociedade Anônima: 30 anos da Lei 6.404/76. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

um "*laudo de avaliação*", é porque, no mínimo, o que se pretende é fixar valores reais, de mercado, que envolvem juízos técnicos complexos, a cargo de peritos.

Ora, em razão da tipicidade do negócio jurídico realizado, é preciso levar em conta que a incorporação de ações não é o resultado de uma série de atos isolados, mas sim de uma operação regulada pela lei societária, o que impõe o devido respeito ao seu regime jurídico, pelo que as disposições acima mencionadas devem ser observadas.

Afinal, de acordo com Ricardo Mariz de Oliveira⁸, a razão econômica por trás da incorporação de ações é viabilizar combinações de negócios entre empresas de grande porte, o que reforça a ideia de estrita observância aos dispositivos específicos da Lei nº 6.404/76.

O que se revela no presente caso, é que as sociedades envolvidas, sabendo que a operação é devidamente tributada quando há ganho de capital, tentaram simular uma operação com resultado zero.

Isso porque, considerando que o balanço patrimonial das sociedades apresentava o mesmo valor, não haveria que se falar em eventual tributação, em razão de não haver ganho. Dito de outra forma, apenas estaria substituindo o título do acionista da incorporada, mas com o mesmo valor anterior.

No entanto, a tentativa das partes restou frustrada. Destaca-se que, logo após a concretização da incorporação de ações, a Energia Forte cuidou de elaborar um novo laudo das sociedades, mas dessa vez, a valor a mercado, certamente porque já se esperava um valor mais elevado na avaliação.

Ora, se as próprias sociedades não acreditam na avaliação contábil, tanto é que contrataram uma avaliação a valor de mercado num lapso temporal curtíssimo, porque o Fisco deveria aceitar os valores contábeis? O que se pretende demonstrar é que o próprio contribuinte confessa que a avaliação realizada a valor contábil não reflete a realidade da operação – *tanto é que o novo laudo elaborado mostra que o resultado não foi zero*.

Além disso, a legislação que rege a incorporação de ações, que vale lembrar se tratar de uma operação típica, estabelece que o laudo de avaliação será elaborado

⁸ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Incorporação de Ações no Direito Tributário: Conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

por um terceiro, perito ou empresa especializada. Portanto, somente este laudo, para fins fiscais, está apto a produzir efeitos, motivo pelo qual deve ser considerado como parâmetro da incidência tributária, ao invés dos balanços patrimoniais, que jamais poderiam ter sido utilizados como foram – *por convenção dos Conselhos*.

Importante destacar que o laudo elaborado por um terceiro é importante não somente para se chegar ao valor da relação de troca entre as ações, mas também porque é este que será utilizado para identificar eventual ganho de capital.

Ao proceder com a avaliação das sociedades por um terceiro, o laudo produzido revelou um acréscimo patrimonial para a atuada, no valor histórico de **R\$ 70,00**. Isso porque, foram entregues 07 ações da Transmissora Azul, no valor total de R\$ 350,00, ao ponto que foram recebidas 35 novas ações da Energia Forte, no valor de R\$ 420,00.

Assim, em conclusão, no caso dos autos, tem-se que o valor das ações que foram entregues à atuada de modo a substituir as ações da empresa incorporada, é maior do que o valor destas. Logo, a diferença apurada configura acréscimo patrimonial, sujeito à tributação.

2.3 Da não caracterização do ganho por compra vantajosa. Atuada que não figura como adquirente na operação

No procedimento fiscalizatório, a atuada alegou que reconheceu a diferença de valores entre as ações alienadas e as ações recebidas como um ganho por compra vantajosa, de modo que os efeitos do IRPJ e da CSLL foram diferidos. Todavia, o raciocínio da atuada não merece razão. É o que se demonstra no presente tópico.

O ganho por compra vantajosa, também conhecido como "*deságio*", tem origem na atribuição de um valor justo ao patrimônio adquirido, que acaba se revelando superior ao preço efetivamente dispendido para a sua aquisição⁹. Nesse contexto, o CPC 15 exemplifica que o ganho por compra vantajosa, acontece, por

⁹ FONSECA, Fernando Daniel de Moura Fonseca. Imposto sobre a renda: uma proposta de diálogo com a contabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 269.

exemplo, em uma venda forçada, na qual o vendedor é compelido a agir dessa forma, vendendo os bens abaixo do valor justo.

Contudo, o ganho por compra vantajosa não deve ser reconhecido no caso dos autos, porque *(i)* não se trata de uma transação forçada ou com razão semelhante; *(ii)* na essência, a compra vantajosa deve ser reconhecida pelo adquirente, e não pelo alienante – *que é o caso da autuada*. Explica-se.

No caso em questão, embora se trate de uma combinação de negócios, a transação se deu entre partes interessadas, conhecedoras do negócio e independentes entre si, com ausência de quaisquer fatores que pudessem pressionar a liquidação da transação, ou que a caracterizarem como uma transação compulsória. Logo, de acordo com as disposições do CPC 15, não há que se falar em ganho por compra vantajosa no caso em tela.

Ademais, o CPC 15 estabelece que a compra vantajosa eventualmente pode ser realizada pelo adquirente. Ou seja, o suposto ganho é uma consequência da aquisição. Frisa-se que, no presente caso, sob qualquer aspecto que se possa analisar, a autuada não pode ser considerada como adquirente.

Isso porque, a aquisição de uma empresa ocorre quando o comprador adquire todas as ações ou quotas de capital da adquirida, assumindo, assim, seu controle total¹⁰. Ocorre que, na operação objeto de autuação, a autuada figura como alienante, e não como adquirente, na medida em que alienou as suas ações da Transmissora Azul e, como pagamento, recebeu novas ações da Energia Forte.

Segundo o CPC 15, o conceito de combinação de negócios abrange a *"operação ou outro evento por meio do qual um adquirente obtém o controle de um ou mais negócios, independentemente da forma jurídica da operação"*. Nota-se que o conceito adotado alcança quaisquer operações que impliquem **a transferência do controle de um negócio**.

Na eventualidade de ser reconhecida a compra vantajosa no caso dos autos, esta só pode ser feita pela sociedade que adquiriu o controle total de outra empresa, conforme claramente prevê o CPC 15. Portanto, hipoteticamente no caso dos autos, somente a Energia Forte faria *jus* ao reconhecimento.

¹⁰ FABRETTI, Lúdio Camargo. Fusões, aquisições, participações e outros instrumentos de gestão de negócios. São Paulo: Atlas, 2005.

Ora, sob qualquer aspecto que se possa analisar, a atuada não figura como adquirente na operação, e ainda que figurasse, não teria adquirido o controle da sociedade, uma vez que as novas ações que recebeu representam aproximadamente 24% da sociedade incorporadora.

Portanto, considerando que eventual ganho por compra vantajosa só pode ser reconhecido pelo adquirente, que no caso dos autos, é a Energia Forte, tem-se que atuada jamais poderia ter se valido de tal raciocínio para afastar o pagamento dos tributos, na medida em que sua participação na operação é como alienante.

Dessa forma, se mostra adequado o posicionamento do Fisco em não considerar a diferença de **R\$ 70,00** como ganho por compra vantajosa, mas sim como autêntico ganho de capital, sujeito à tributação.

2.3.1 Subsidiariamente. Do reconhecimento do ganho decorrente da AVJ

Na remota possibilidade de se entender que restou caracterizado um ganho por compra vantajosa no caso dos autos, é preciso considerar que o seu valor é de apenas **R\$ 35,00**. Isso porque a atuada não pode se olvidar da avaliação a valor justo das ações entregues à sociedade incorporadora.

No presente caso, a avaliação das ações pelo valor contábil revelou o valor de R\$ 350,00, enquanto a avaliação das mesmas ações a valor justo, revelou o valor de R\$ 385,00. Logo, caso se considere que houve um efetivo ganho por compra vantajosa, também se deve considerar o acréscimo patrimonial decorrente da avaliação em valor justo das ações originárias.

Em outras palavras, a avaliação a valor justo realizada pela atuada revelou que seu patrimônio teve um acréscimo, ainda antes da incorporação, de **R\$ 35,00**, que deve ser oferecido à tributação.

2.4 Da incidência do PIS e da COFINS

Nos termos das Lei nº 10.637/02 e nº 10.833/03, as contribuições para o PIS e a COFINS são devidas pelas pessoas jurídicas, calculadas com base na receita bruta

destas. Compreende-se como receita bruta, dentre outras, as receitas oriundas da atividade ou objeto principal da empresa.

No caso em tela, a autuada é sociedade empresária que se dedica à administração e participações societárias, dito de outra forma, trata-se de uma Holding. Por ser uma Holding, a sua atividade principal é deter participação acionária em uma ou mais empresas, a fim de controlar a administração e política destas.

Logo, os resultados obtidos na operação de venda dessa participação societária compõem o seu resultado oriundo da atividade principal, sujeito à incidência das contribuições do PIS e da COFINS, pois o objeto social da empresa, contempla esse tipo de operação.

A autuada não se insurge contra isso, portanto, é um fato incontroverso. No entanto, sustenta que a incidência das contribuições seria afastada em razão do bem alienado ser integrante do seu ativo permanente. Isso porque para fins de determinação da base de cálculo do PIS e da COFINS são permitidas algumas exclusões da receita bruta, que estão prescritas no art. 3º, §2º, da Lei nº 9.718/98.

Nesse contexto, vale destacar que o ativo não-circulante de uma empresa são todos os ativos utilizados em sua atividade, com a principal característica que durante o período superior de 12 meses, os bens não sejam facilmente convertidos em unidade monetária. Portanto, o que determina esse tipo de ativo é, basicamente, a sua liquidez.

Logo, sabendo que as ações alienadas pela autuada são de alta liquidez, não é razoável considerá-las como ativo não-circulante, ao ponto que, pela essência, estas se revelam bens do ativo circulante da empresa, a teor do que dispõe o art. 179, I, da Lei nº 6.404/76.

Em apertada síntese, a lei dispõe que o ativo circulante representa as disponibilidades financeiras, os bens e direitos, que podem ser realizáveis no curso do exercício social subsequente. Dito de outra forma, são bens que podem ser transformados em dinheiro em pouco tempo, como por exemplo, as ações de uma empresa.

Sabe-se ainda que, costumeiramente, os investimentos em geral, sobretudo as ações e quotas, são classificadas pelas empresas como ativo não-permanente, o que é autorizado pelo art. 178, II, da Lei nº 6.404/76. Entretanto, no presente caso, há

uma peculiaridade: as ações alienadas pela atuada representam papéis negociáveis, que poderiam ser alienadas a qualquer momento sem inviabilizar a manutenção do empreendimento, motivo pelo qual devem ser enquadradas como ativo circulante.

Conclui-se, portanto, que as receitas geradas pelas atividades típicas de uma Holding incluem-se na receita bruta ou faturamento definido como base de cálculo do PIS e da COFINS pela Lei nº 9.718/98. Assim, ao vender as ações da Transmissora Azul, a atuada efetivamente exerceu uma atividade típica de seu ramo de atuação e prevista em seu objeto social, obtendo receitas operacionais tributadas. Ademais, pela essência dos bens alienados, estes devem ser classificados contabilmente como circulantes, pelo que se mostra devida a exação fiscal.

2.4.1 Subsidiariamente. Da incidência do PIS e da COFINS sobre o ganho por compra vantajosa

Conforme demonstrado no tópico 2.3, no presente caso, não restou configurado um ganho por compra vantajosa. Entretanto, na eventualidade de se considerar a existência do ganho por compra vantajosa, ainda sim deve ser mantida a exigência do PIS e da COFINS.

Isso porque a legislação determina que somente não integram as bases de cálculo das contribuições as receitas decorrentes da venda de bens do ativo não circulante, classificados como investimento, imobilizado ou intangível, nada dispondo acerca do ganho por compra vantajosa.

Portanto, mesmo que se afaste a existência de um ganho por capital, entendendo pela existência de um ganho por compra vantajosa, o lançamento deve ser mantido sobre o valor de **R\$ 46,20**, resultado da mais-valia de ativos (R\$ 70,00) subtraído o IRPJ e CSLL diferidos (R\$ 23,80), em razão da ausência de previsão legal para tal exclusão.

Ademais, sabe-se que o PIS e a COFINS incidem sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. É por isso que os Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki, na ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 541.090, adotaram uma

interpretação bastante ampla para o regime de competência, defendendo que os valores registrados na escrituração contábil estão economicamente disponíveis para a pessoa jurídica – *o que ocorre no caso do ganho por compra vantajosa*.

Significa que, o registro no balanço contábil, para fins tributários, manifesta a evidente disponibilidade econômica, motivo pelo qual não é preciso que receita tributada pelo PIS e pela COFINS seja efetivamente auferida, bastando o seu registro contábil. Em outras palavras, para fins de tributação pelo PIS e pela COFINS, é suficiente a aquisição definitiva e incondicional do direito à receita – *como é o caso do ganho por compra vantajosa*.

Ainda subsidiariamente, o lançamento deve ser mantido sobre o valor de R\$ **35,00**, decorrente da avaliação positiva da contraprestação transferida, pelas mesmas razões expostas no tópico 2.3.1.

2.5 Da legalidade das penalidades aplicadas.

Considerando que a atuada não incluiu na base de cálculo das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL os valores decorrentes da alienação em discussão, o Fisco concluiu que seria devida a multa isolada de 50% sobre tais valores, com fundamento no art. 44, II, da Lei nº 9.430/96.

Além da multa isolada, também foi aplicada a multa de ofício, qualificada para 150%, uma vez que verificada a ocorrência de uma conduta tipificada na Lei nº 4.502/64, em especial, a sonegação, nos termos do art. 44, §1º, da Lei nº 9.430/96.

Primeiramente, é importante destacar que o enquadramento das penalidades foi feito de forma primorosa, não se tratando de duplicidade de pena sobre os mesmos valores, como será demonstrado a seguir.

Verifica-se que a atuada optou por regime de tributação que lhe obriga a promover antecipações mensais. Nesse sentido, o fato de excluir o referido ganho de capital do cálculo da estimativa, enseja a multa isolada. Essa é a essência do art. 44, II, da Lei nº 9.430/96.

Logo, a aplicação da multa isolada decorre especificamente do fato da atuada não ter efetuado o correto recolhimento da estimativa mensal.

Por sua vez, a multa de ofício é aplicada não pela ausência do recolhimento mensal, mas pela falta de recolhimento no ajuste anual. Portanto, essencialmente, trata-se de penalidades distintas, sendo devidas cumulativamente.

É importante esclarecer que o teor da Súmula CARF nº 105 não se aplica ao presente caso, uma vez que a vedação cumulativa entre as multas só é vedada pela referida Súmula em relação às autuações relativas a períodos anteriores a 22/01/2007, data em que a MP nº 351/07 entrou em vigor, sendo posteriormente convertida na Lei nº 11.488/07, promovendo alterações significativas no art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Após a alteração legislativa, restou claro e evidente que a multa isolada seria cabível no caso de estimativa mensal não paga, e não do tributo final não pago – *caso em que se aplica a multa de ofício*.

Perceba-se que as multas são aplicadas em bases de cálculo e infrações distintas, o que não caracteriza o *bis in idem*. Destaca-se que, a base de cálculo da multa isolada consiste no valor do pagamento mensal, no percentual de 50%, enquanto a base de cálculo da multa de ofício consiste na totalidade ou diferença do tributo final não pago, no percentual de 75%.

Logo, as condutas punidas são distintas: *(i)* o dever de antecipar o tributo mensalmente; *(ii)* o dever de recolher o tributo devido ao final do ano-calendário. Sendo certo que a Lei nº 11.488/07 não excetuou a aplicação simultânea das penalidades.

Nesse sentido, acerca da cobrança concomitante das multas, cabe registrar que tanto o CARF quanto a CSRF já se pronunciaram no sentido de ser possível a cobrança, como se verifica no acórdão CARF nº 1402-003.853, com relatoria do Sr. Evandro Corrêa Dias, e no acórdão CSRF nº 9101-02.438, com relatoria da Sra. Adriana Gomes Rego, bem como no acórdão CSRF nº 9101-004.553, com relatoria da Sra. Edeli Pereira Bessa.

Pois bem, superada a questão da cumulatividade das multas, passa-se a discorrer sobre a qualificação da multa de ofício. Conforme amplamente demonstrado nos tópicos anteriores, a autuada obteve ganho de capital na operação de incorporação de ações e, propositalmente, não ofereceu os valores à tributação.

De acordo com a autuada, os valores não foram levados à tributação porque foram considerados como ganho por compra vantajosa. Entretanto, na verdade, tem-se que a autuada se valeu de artifícios contábeis para se esquivar do dever fundamental de pagar tributos. É evidente que houve conduta dolosa do contribuinte visando à supressão dos tributos devidos.

Não obstante, caso o objetivo fraudulento da autuada não esteja claro, é válido lembrar o que já foi exposto nos tópicos anteriores que atestam a sonegação fiscal e justificam a qualificação da multa de ofício:

(i) Ilegalmente, a autuada promoveu uma incorporação de ações sem a elaboração de um prévio laudo de avaliação das sociedades, adotando como base, por mera vontade, os valores contábeis;

(ii) Embora a autuada não figure como adquirente na operação, ao identificar uma diferença positiva entre as ações entregues e as ações recebidas, declarou que o ganho seria decorrente de uma compra vantajosa;

Portanto, os elementos acima indicados demonstram suficientemente que a autuada utilizou artifícios contábeis para (i) simular uma operação com resultado zero; (ii) transformar o ganho de capital em um ganho por compra vantajosa.

A sonegação ocorre na medida em que as condutas da autuada se prestam para impedir o Fisco de tomar pleno conhecimento da ocorrência do fato gerador dos tributos. O contribuinte agiu dolosamente com claro intuito de mascarar a natureza de seus rendimentos, criou-se um artifício para parecer que a operação estaria sujeita a uma tributação menos onerosa, motivo pelo qual foi aplicada multa de ofício qualificada.

Essa tentativa de ludibriar o Fisco provoca uma grave lesão aos cofres públicos, que não pode ser tolerada, uma vez que o Estado carece de recursos para a promoção de políticas públicas e o bem comum¹¹. Dessa forma, legalmente, é aplicada a multa de 150%.

¹¹ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de direito tributário. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 29.

3 DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer seja a autuação em questão julgada integralmente procedente, ou subsidiariamente, nos termos em que aduzido nos tópicos 2.3.1. e 2.4.1. da presente manifestação.

Equipe n. 04

Stefanie Turatti

Bruno Machado

Nayara Abdala

Andrei Cassiano

Guilherme Tessari

Lucas Maciel Bernardes

Artur Zanon

EXMO(A). SR(A). RELATOR(A). DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO Nº _

RECORRENTE: HOLDING AZUL S/A

RECORRIDO: UNIÃO – FAZENDA NACIONAL

A União – Fazenda Nacional, já qualificada nos autos, vem, à presença de Vossas Senhorias, por intermédio de seus procuradores, apresentar MEMORIAIS, o que faz pelos fundamentos de fato e de direito adiante alinhados.

I – DO RESUMO DOS FATOS E DA AUTUAÇÃO

Em apertada síntese, a ora Recorrente, Holding Azul S/A, recebeu, em decorrência de operação de incorporação de ações realizada entre as sociedades Transmissora Azul de Energia Elétrica e Energia Forte Renovável, o correspondente a 35 ações da sociedade incorporadora (Energia Forte). A razão de tal recebimento se deu diante do fato de que a Recorrente detinha 70% da totalidade das ações da sociedade incorporada (Transmissora Azul).

A operação realizada entre as sociedades teve como parâmetro da relação de troca das ações o valor patrimonial contábil. Conforme se extrai dos balanços patrimoniais de cada sociedade, com data-base de 31 de dezembro de 2019, a sociedade Transmissora Azul (incorporada) possuía um total de 10 ações com valor patrimonial contábil de R\$ 50,00, já a sociedade Energia Forte (incorporadora) possuía um total de 100 ações com valor patrimonial contábil de R\$ 10,00. Assim, diante da conclusão de que cada ação da Transmissora Azul era equivalente a 05 ações da Energia Forte, emitiu-se, para efetuar a incorporação integral da primeira sociedade, mediante subscrição do aumento de capital social, o total de 50 ações da segunda sociedade, as quais foram atribuídas aos acionistas da Transmissora Azul, dentre eles a Recorrente, que recebeu o total de 35 ações da Energia Forte, as quais são equivalentes à sua participação de 70% da sociedade incorporada.

Ademais, a Holding Azul relata ter contratado uma empresa independente de auditoria que, através do Método de Equivalência Patrimonial (MEP), chegou ao valor

econômico por ação, avaliada a valor justo, de R\$ 12,00 para as ações da Energia Forte e R\$ 55,00 para as ações da Transmissora Azul, correspondendo, assim, sua participação acionária anterior na sociedade incorporada, a um total de R\$ 385,00 e, agora na sociedade incorporadora num montante de R\$ 420,00. Diante disso, a Holding Azul, ora recorrente, efetuou os seguintes lançamentos contábeis: (i) baixa do investimento na Transmissora Azul, no montante de R\$ 350,00; (ii) reconhecimento do investimento na Energia Forte, no montante de R\$ 420,00 sendo R\$ 350,00 referente ao valor patrimonial e R\$ 70,00 referente a mais-valia de ativos; (iii) IRPJ/CSLL diferidos, no montante de R\$ 23,80; e (iv) ganho por compra vantajosa, no montante de R\$ 46,20.

Entretanto, conforme se demonstrará, não há que falar em ganho por compra vantajosa. A operação de incorporação de ações constitui verdadeira hipótese de alienação, na qual, ao invés de receber o montante em dinheiro, os acionistas recebem as ações da sociedade adquirente, o que constitui, em verdade, autêntico ganho de capital, devendo, por consequência, incidir sobre tais valores IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, bem como a exigência da multa isolada de 50% e multa de ofício qualificada de 150%, haja vista a ocorrência de dolo.

II - DA NATUREZA JURÍDICA DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

Como se sabe a incorporação de ações é instituto jurídico *sui generis* do direito societário, previsto no art. 252, da Lei 6.404/76, em que a sociedade incorporada não se extingue, mantendo personalidade jurídica autônoma, patrimônio próprio e administração distinta da incorporadora, passando a primeira a ser subsidiária integral da segunda. Ou seja, a incorporada transfere a totalidade de suas ações à incorporadora, passando esta a ser a sua única acionista.

E assim, concretizada a operação entre as sociedades, todos os acionistas, inclusive os minoritários, deverão compulsoriamente transferir suas ações para a sociedade incorporadora, que, em contrapartida, emitirá novas ações para estes como moeda de pagamento, que agora passarão a ser acionistas da nova controladora, surgindo, assim, uma nova relação jurídica societária.

Nesse sentido, lecionam Schoueri e Andrade Jr. que “os sócios da companhia cujas ações foram incorporadas recebem, diretamente, as novas ações emitidas pela companhia incorporadora”. Em síntese, tal fato nos coloca diante de um claro caso de alienação da participação acionária, visto que os antigos titulares recebem, ao invés de dinheiro, ações da companhia incorporadora como pagamento pelo investimento. Este, inclusive, é o entendimento deste Egrégio Conselho.

A Recorrente alega, erroneamente, que a operação realizada se traduz em uma subrogação real, onde o que ocorreria seria uma mera substituição de um bem (as ações da sociedade incorporada) por um outro bem semelhante (as ações da sociedade incorporadora). Em verdade, de acordo com essa teoria, a sub-rogação nada mais é do que uma coisa vir a ocupar o lugar de outra em uma relação jurídica, conservando, entretanto, sua identidade própria.

No entanto, a relação existente entre o acionista e a sociedade incorporada se finda e o acionista passa a ter uma nova relação jurídica com a sociedade incorporadora, razão pela qual é impossível sustentar a existência de uma sub-rogação, pois esta necessitaria que a relação originária se mantivesse.

Tal argumentação trazida pela Recorrente deve, em verdade, ser rechaçada, visto que, conforme entendimento desta própria Corte Administrativa, a sub-rogação exige a substituição do objeto da relação jurídica, entretanto, mantendo-se os aspectos da relação originária. Contudo, após a incorporação das ações, a relação se extinguiu e deu origem a uma nova relação, só que agora, com a nova companhia (Energia Forte) e, conforme leciona Schoueri, não existe identidade entre as relações jurídicas existentes antes e depois da incorporação das ações.

A alienação é a transferência de algo entre indivíduos ou entidades, oriunda de um negócio jurídico bilateral, sendo este gratuito ou oneroso, justamente o que ocorreu no presente caso: um negócio firmado entre as sociedades Transmissora Azul S/A e Energia Forte S/A que culminou na transferência da participação acionária da primeira à segunda, a qual emitiu novas ações que passaram à titularidade dos acionistas da Transmissora Azul S/A.

É imperioso ter em mente que a alienação pressupõe que aquele bem transferido seja passível de mensuração ou conversão em dinheiro. E as ações de uma sociedade, como sabemos, representam o valor mobiliário do seu capital social,

razão pela qual a compreensão da operação de incorporação de ações como uma alienação, e não uma sub-rogação, demonstra se mais acertada.

Toda essa explanação é imprescindível pois, na operação de incorporação, quando da transferência das ações, se o valor das ações recebidas pelos acionistas da incorporadora for superior ao das ações que estes detinham da incorporada, como no caso, é evidente o de ganho de capital, o qual deve produzir efeitos a título de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

Assim, não restam dúvidas de que, ao voltarmos à análise do caso em debate, iremos observar que a operação de incorporação das ações da Transmissora Azul pela Energia Forte está claramente enquadrada, como se demonstrou, em hipótese de alienação e, portanto a diferença positiva de R\$ 70 que a Holding Azul obteve com o recebimento das ações da sociedade incorporadora se caracteriza como ganho de capital, o qual fica sujeito à tributação do IRPJ e da CSLL, bem como à incidência da contribuição ao PIS e da COFINS, devendo serem, tais tributos, exigidos.

Ainda, sendo o ganho de capital obtido pela Holding Azul decorrente da alienação das ações, deve ser observado o disposto no art. 31 do Decreto-lei nº 1.598/71, que determina os ganhos que devem ser computados na determinação do lucro real, entre eles a própria alienação e traz um rol, em seu § 4º, das situações em que se autoriza o diferimento da tributação do ganho de capital.

Desse modo, em observância ao dispositivo está claramente perceptível que o diferimento realizado pelo Recorrente não está englobado nas possibilidades previstas no rol do § 4º e, portanto, é devida a exação tributária.

Assim sendo, estamos diante de um evidente caso de alienação que culminou em um ganho de capital para a Recorrente e, portanto, toda argumentação que a Contribuinte desenvolve, apresenta-se como uma tentativa de se eximir da tributação devida. Contudo, esta

Corte Administrativa possui entendimento firmado reconhecendo o dever de recolhimento do tributo quando, na incorporação de ações, ocorrer o ganho de capital.

III - DA OBRIGATORIEDADE EM ADOTAR O VALOR DE MERCADO PARA REALIZAR AVALIAÇÃO DAS COMPANHIAS

Restando comprovado que a operação realizada consiste em uma alienação e antes de passar à análise da incidência do imposto de renda, necessário discorrer acerca do correto método de avaliação a ser utilizado para encontrar o valor justo das ações objeto da incorporação realizada.

A operação realizada pelo contribuinte utilizou para a valoração das ações o método contábil, conforme se pode extrair dos autos. Entretanto, tal valoração deveria ter ocorrido a valor de mercado, conforme se passa a demonstrar.

O método contábil utiliza como parâmetro os dados contábeis do negócio presentes no balancete da empresa para averiguar o seu patrimônio líquido. Todavia, este procedimento é ineficaz, pois não importa o quão detalhado seja este balancete, só será analisado o próprio patrimônio líquido do empreendimento e, conseqüentemente, se excluirá variáveis importantes para a aferição do real valor da ação como marca, o número de franquias, ganhos patrimoniais, patentes, bem como os demais bens intangíveis que compõem o real valuation de uma empresa.

Assim, é evidente que a utilização do método contábil realizado pela recorrente gera uma distorção do real valor das ações e isso acarreta um enorme prejuízo ao acionista minoritário que, insatisfeito com a operação realizada, busque se retirar da sociedade. Conforme é de conhecimento, a Lei 6.404/76 confere ao acionista minoritário o direito de retirada da sociedade quando não concordar com a operação. Trata-se de direito potestativo do acionista.

Dessa forma, caso os acionistas minoritários discordem da operação a ser realizada, permite-se, ao invés da troca compulsória de suas ações (resultado da operação de incorporação de ações), conforme explanado no parágrafo anterior, o direito de retirar-se da companhia com o devido reembolso dos valores correspondentes (art. 252, § 2, da Lei 6.404/76).

Ademais, o acionista que se retira da sociedade possuindo, nos termos do art. 230 da Lei 6.404/76, o direito ao reembolso do valor de suas ações quando a operação vier a se efetivar, deve receber o valor justo das ações que detém propriedade. Caros Conselheiros, "a proteção conferida pela lei aos minoritários

dissidentes tem, portanto, outra natureza, cifrando-se fundamentalmente na fixação de um valor justo para implementar a retirada" (grifou-se). E justamente em razão de tal fato é que deve ser utilizado o método de avaliação do valor de mercado para encontrar o valor justo da ação e não lesar o acionista minoritário.

O valor de mercado é o método correto a ser utilizado pois ele consiste na avaliação da empresa mediante a equiparação de dados entre duas empresas que atuam num mesmo setor específico. Esta análise se dá de forma coesa, pois utiliza de dados como o EBITDA, o qual determina os lucros de uma empresa antes que ocorra incidência de impostos, depreciações e amortizações em face de seus ganhos.

Diante disso, é de fácil percepção que o procedimento adotado possui eficácia absoluta ao ser aplicado neste caso, pois podemos comparar as empresas com suas equivalentes de mercado e, após, é possível a comparação de ambas envolvidas na incorporação.

Utilizando deste procedimento de comparação, se torna possível a atribuição exata do valor da empresa e, conseqüentemente, de suas ações, pois será analisada a real condição da empresa em seu ramo de atuação no mercado.

O valor justo, por sua vez, nos termos do CPC 46 significa "o preço que seria recebido pela venda de um ativo ou que seria pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada entre participantes do mercado na data de mensuração". Este valor, portanto, resulta no montante que se espera receber pelo ativo em condições normais, sendo o preço de cotação num mercado ativo a melhor evidência para defini-lo. O CPC 46 ainda define que:

A entidade deve mensurar o valor justo de um ativo ou passivo utilizando as premissas que os participantes do mercado utilizariam ao precificar o ativo ou o passivo, presumindo-se que os participantes do mercado ajam em seu melhor interesse econômico.

Portanto, Nobres Conselheiros, é indiscutível a necessidade de realizar a avaliação das ações envolvidas na operação concretizada a valor de mercado, a fim de garantir a proteção dos sócios minoritários que a Lei 6.404/76 tanto se preocupou em preservar.

Logo, tendo em vista o acima exposto, a única conclusão lógica que se pode chegar é que o valor justo, que nada mais é do que o montante que se espera receber pela venda do ativo em condições normais, deve ser buscado pelo método de avaliação de mercado, pois o preço de cotação em um mercado ativo será a melhor evidência do valor justo. E este é importante, não só para garantir o melhor negócio entre as partes, como também para proteger o patrimônio do sócio minoritário que queira exercer o seu direito de retirada.

IV DOS TRIBUTOS INCIDENTES SOBRE A OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

IV.1 IRPJ E CSLL

Não havendo dúvidas de que a natureza jurídica da operação de incorporação de ações consiste em uma espécie de alienação e que – por sua natureza – acarretará ganho ou perda de capital, a depender dos valores apurados nos termos dos critérios delimitados anteriormente, o que gera reflexos tributários, impende analisar a incontroversa incidência do IRPJ e da CSLL.

No caso em apreço, verifica-se que as ações da sociedade incorporadora foram adquiridas pela empresa autuada – tendo-se como “moeda” de pagamento as ações que a recorrente detinha na sociedade incorporada – por valor inferior ao correspondente ingresso em seu patrimônio, que decorreu da valoração mais expressiva das ações recebidas frente a contrapartida entregue na operação de incorporação.

Assim, tendo sido verificado diferença positiva entre o valor da alienação das ações e o custo da operação (contrapartida entregue), não há conclusão outra que não pela ocorrência de verdadeiro ganho de capital, à luz do disposto no art. 31 do Decreto-Lei nº 1.598/71, in verbis:

Art. 31. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo não circulante, classificados como investimentos, imobilizado ou intangível.

Como se denota do referido dispositivo legal, o resultado da operação de alienação será tido como ganho – se este positivo – ou como perda de capital – sendo este negativo. E conforme se demonstrou anteriormente, a operação de incorporação de ações é verdadeira alienação das ações da sociedade incorporada, não podendo tal ganho passar despercebido à luz da incidência tributária, sob risco de abrir pretexto para inúmeras operações de incorporação simuladas, buscando esconder o verdadeiro propósito alienatório da operação.

Não pairam dúvidas, portanto, que na modalidade de negócio jurídico como o que embasa a presente autuação, claramente revestido das características típicas de uma alienação, se verificado resultado positivo entre o valor investido (ações entregues) e o valor das ações recebidas, este irá configurar ganho de capital passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL. Esse inclusive, é o entendimento exarado pelo C. CSRF, senão vejamos:

CSRF – Acórdão nº 9101-002.735

Data da Sessão: 04/04/2017

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2009

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL TRIBUTÁVEL.

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

Como se denota, acertadamente o CSRF tem firmado o entendimento de que a verificação de resultado positivo entre a participação acionária recebida na sociedade incorporadora, em comparação à participação acionária que se detinha na sociedade incorporada, como ocorreu no caso em apreço, representa ganho de capital tributável.

Outrossim, cumpre salientar que, à luz do disposto ao art. 43 do CTN, o imposto incidente sobre a renda ou proventos de qualquer natureza terá como fato gerador a aquisição de disponibilidade de renda, seja essa econômica ou jurídica. Veja-se que a disponibilidade econômica – notadamente mais restrita – irá ocorrer quando a renda auferida já tiver se integrado ao patrimônio do contribuinte, podendo o titular do recurso usufruir livremente enquanto a disponibilidade jurídica – conceito mais abrangente – será verificada simplesmente com o nascimento do direito incontestável à renda ou provento de qualquer natureza, por mais que não lhe esteja disponível, ainda, economicamente, ou não tenha integrado seu patrimônio.

Ou seja, o conceito de “renda” como fato gerador do imposto é bastante amplo, tal como destacam Schoueri e Andrade Jr., no sentido de que o legislador complementar trouxe definição abrangente de renda e proventos de qualquer natureza, sendo que qualquer acréscimo patrimonial poderá ser atingido pelo imposto e, mesmo que não se demonstre acréscimo, será possível a tributação pela teoria da renda-produto, sem deixar de apontar, sobretudo, que é necessária que a renda tenha sido, efetivamente, adquirida .

É exatamente sobre essa “aquisição” da renda que entram os citados conceitos de disponibilidade econômica ou jurídica. Dessa forma, explica Ricardo Mariz de Oliveira que:

o patrimônio não é formado somente pelo caixa, pois dele participam, além do direito de propriedade sobre o caixa, todos os outros direitos com valor econômico, mesmo não materializados em posse de moeda, inclusive de créditos a receber, todos eles desde que já definitivamente adquiridos, inclusive sem estar submetidos a qualquer condição suspensiva.

Assim, há disponibilidade das rendas plenamente adquiridas, ainda que não haja disponibilidade financeira delas, podendo haver, mesmo sem esta, disponibilidade econômica ou jurídica (...). Neste caso, é até possível afirmar que uma renda a receber a termo não esteja realizada no mais alto grau de sua realização, mas não se pode negar que já haja realização, porque ela já está disponível para uso, gozo, disposição (isto é alienação) e proteção.

Ora, no presente se tem perfeitamente verificada a disponibilidade – ao menos jurídica – do ganho de capital proveniente da alienação das ações por parte da

empresa recorrente, notadamente porque possui o produto da operação – qual seja, a participação acionária na sociedade incorporadora – em plena disposição para uso e gozo. Afinal, como nos lecionam Schoueri e Andrade Jr., “o conceito de disponibilidade não exige a ocorrência de um ingresso financeiro. Basta que haja o direito incontestável a este ingresso, ainda que ele não ocorra”.

Notadamente porque: (i) possui valor econômico, mesmo que não materializados em posse de moeda, o que fica claro com a valoração das ações envolvidas na operação, cuja avaliação precisou ser aprovada em assembleia da sociedade incorporada; (ii) já definitivamente adquiridos, visto que já se compõem o ativo da empresa recorrente, não havendo dúvidas quanto à titularidade das novas ações expedidas e (iii) conforme nos leciona Ricardo Mariz, “já está disponível para uso, gozo, disposição (isto é, alienação) e proteção”, ou seja, a qualquer momento as ações podem ser alienadas pela empresa recorrente que, inclusive, já colhe os frutos provenientes de sua nova participação acionária, o que torna ainda mais cristalina a ocorrência de disponibilidade.

Tal disponibilidade não é somente jurídica, como também econômica, visto que as ações adquiridas, e seu valor agregado, podem ser livremente usufruídos pelos acionistas desde o momento da concretização da operação. É neste sentido que nos ensinam Schoueri e Andrade Jr: (...) não há dúvidas de que surge, para o acionista da sociedade “incorporada”, disponibilidade sobre ações recebidas da companhia “incorporadora”. Tais ações passam a integrar o patrimônio deste, tanto sob a perspectiva jurídica - direito real - como econômica - uma vez que o acionista se posta em posição de livremente fruir do valor agregado às referidas ações.

Não diferente, este C. CARF compreende que, na operação de incorporação de ações, passe-se a ter a disponibilidade econômica dessas no momento em que se perfectibiliza a operação e as ações passam a integrar o patrimônio do contribuinte. Veja-se:

CARF – Acórdão nº 2402-006.871

Data da Sessão: 16/01/2019

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF

Ano-calendário: 2010

GANHO DE CAPITAL. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL. FATO GERADOR. MOMENTO

Na operação de incorporação de ações, a transferência das ações para o capital social da companhia incorporadora é espécie de alienação de bens e direitos. A diferença positiva entre o preço efetivo da operação e o respectivo custo de aquisição das ações constitui ganho de capital passível de tributação pelo imposto sobre a renda. Há a efetiva realização de renda no momento em que a pessoa física recebe as novas participações emitidas pela companhia incorporadora, tornando-se proprietário das ações.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. CLÁUSULA LOCK UP

A existência de cláusula contratual de restrição temporária à faculdade de disposição do direito de propriedade do acionais, consistente na obrigação de não alienar os ativos por determinado tempo, não tem eficácia de desconstituir a transferência de domínio por ocasião da incorporação das ações. A situação jurídica que representa a disponibilidade econômica pela realização de renda passível de tributação foi definitivamente constituída no momento da transferência da propriedade das ações, quando restou configurado o acréscimo patrimonial da pessoa física.

In casu, resta claro o ganho de capital de R\$ 70,00 auferido pelo contribuinte, porquanto registrou baixa de investimento na sociedade incorporada no valor de R\$ 350,00, bem como o lançamento do investimento de R\$ 420,00 na empresa Energia Forte S/A, de onde torna cristalino o acréscimo patrimonial ocorrido. Subsidiariamente, caso assim não entenda este Conselho, há que ser reconhecido, ao menos, a incidência imediata dos tributos sobre o ganho por compra vantajosa apurado pelo contribuinte, este no valor de R\$ 35,00. Seja qual for o entendimento deste Conselho quanto ao valor obtido como acréscimo de patrimônio, fato é que ocorrerá a incidência do IRPJ e CSLL.

Portanto, não pairam dúvidas quanto à ocorrência de ganho de capital, o que decorre da típica natureza de alienação da operação em tela, verificada pela

diferença positiva entre o valor das ações recebidas em comparação ao preço pago, o que implica em disponibilidade econômica da renda desde o momento em que passa a integrar o patrimônio do contribuinte, do que decorre a incidência tanto do IRPJ quanto da CSLL, devendo a autuação ser mantida em seus exatos termos, negando-se provimento ao recurso do contribuinte.

Assim, medida que se impõe é a manutenção da autuação, relativamente a incidência do IRPJ e da CSLL, com fulcro no art. 252 Lei nº 6.404/1976, arts. 6º, 7º e 31 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, art. 51 da Lei nº 7.450/1985, art. 32 da Lei n. 8.981/1995 e art. 3º da Lei n. 9.249/1995, os quais devem incidir, nos termos delimitados alhures, sobre o ganho de capital – realizado e disponível – proveniente do investimento realizado pela autuada na sociedade incorporadora, apurado a partir da avaliação entre o custo da aquisição e o valor do investimento que passou a compor o ativo da empresa.

IV.2 – PIS E COFINS

Na forma do art. 1º das Lei nº 10.637/2002 e 10.833/2003, as contribuições ao PIS e COFINS incidem sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. E os parágrafos primeiros dos mesmos arts. afirmam que o total das receitas compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica com os seus respectivos valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Nesse sentido, entendeu este Conselho de Recursos Fiscais:

PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. VENDA. ATIVO CIRCULANTE. QUALIFICAÇÃO COMO RECEITA TRIBUTÁVEL.

A venda de participações societárias registradas no Ativo Circulante, ante o objeto social da pessoa jurídica, qualifica-se como receita sujeita à incidência da

contribuição à COFINS, sendo irrelevante que aludidas participações estivessem, anteriormente, registradas no Ativo Permanente.

(...). (Acórdão n. 3401-003.113; Relator: Conselheiro Waltamir Barreiros; Redator designado: Conselheiro Elias Fernandes Eufrásio; julgado em 15.03.2016.).

Assim sendo, para ser legítima a incidência do PIS e da COFINS é necessário que haja nova entrada, de forma positiva, efetivamente incorporada ao patrimônio do contribuinte, com caráter de permanência.

Tendo isso em conta, assim como a existência de alienação quando da incorporação de ações que, de fato, aumentou a receita da recorrente (diferença entre o valor pago e o valor registrado/recebido) não há como afastar a incidência de PIS e COFINS, devendo a autuação ser mantida em seus exatos termos.

V – DA INCIDÊNCIA DE MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

Conforme se depreende dos autos, a empresa autuada não computou o ganho de capital auferido na operação de incorporação de ações nas estimativas mensais, conforme determinado no art. 39, I, da IN RFB nº 1.700/2017.

Nesse sentido, sendo inegável que a Recorrente deixou de recolher as estimativas devidas a título de IRPJ e CSLL sobre o ganho de capital auferido na operação em questão, deve, desse modo, ser submetida à multa de 50% estabelecida no art. 44, inciso II, b, da Lei nº 9.430/1996.

Além disso, é também cabível a multa de ofício qualificada sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, conforme art. 44, inciso I e § 1º da Lei nº 9.430/96.

É que, diante da prática de sonegação da Recorrente através de artifício contábil para encobrir ganho de capital auferido, tentando caracterizá-lo por ganho por compra vantajosa, pela utilização do método contábil quando deveria ter se utilizado do método a valor de mercado, conclui-se que ela praticara intencionalmente conduta com o único propósito de suprimir e reduzir os tributos devidos.

Dito isso, demonstra-se, punível o ato de sonegação quando praticado com manifesta consciência e livre vontade do Contribuinte de cometer ações fraudulentas com a clara intenção de suprimir ou reduzir os tributos devidos. Ou seja, eis que demonstrado o dolo do Recorrente que qualifica sua conduta à prática de sonegação, critério determinante à qualificação da multa de ofício.

Ora, qual seria o real intuito do Recorrente em se utilizar de artifício contábil como tentativa de descaracterização de ganho de capital a não ser sua manifesta vontade de suprimir e reduzir os tributos devidos?

De outra parte, ao contrário do alegado pela Recorrente, não há que se falar em ilegalidade da concomitância das multas, pois, além delas possuírem bases de cálculos e motivos de imputação diferentes, não haveria razão para que o legislador determinasse em artigos legais distintos dois gêneros de multas se eles não dissessem respeito a situações e razões diferentes.

Nessa linha inclusive é trecho do voto do conselheiro Jorge Olmiro Lock Freire no acórdão de nº 9303-012.829 em que este destaca os intuitos distintos das multas e que os bens jurídicos tutelados são diferentes, senão vejamos:

A conduta reprimida é a inobservância do dever de antecipar, mora que prejudica a União durante o período verificado entre data em que a estimativa deveria ser paga e o encerramento do ano-calendário. A falta de recolhimento do tributo em si, que se perfaz a partir da ocorrência do fato gerador ao final do ano-calendário, sujeita-se a outra penalidade e a juros de mora incorridos apenas a partir de 1º de fevereiro do ano subsequente.

Diferentes, portanto, são os bens jurídicos tutelados, e limitar a penalidade àquela aplicada em razão da falta de recolhimento do ajuste anual é um incentivo ao descumprimento do dever de antecipação ao qual o sujeito passivo voluntariamente se vinculou, ao optar pelas vantagens decorrentes da apuração do lucro tributável apenas ao final do ano-calendário.

Portanto, rechaça-se a aplicação do princípio da consunção por não se aplicar ao caso em comento, onde estamos diante de duas normas penais tributárias distintas em relação a dois fatos jurídicos que não se imiscuem. Assim, não há que se falar em "penalidade meio" para execução de penalidade fim.

Deveras, a Súmula CARF nº 105 tem aplicação, apenas, em face de multas lançadas com fundamento na redação original do art. 44, §1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, ou seja, tendo por referência infrações cometidas antes da alteração promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, publicada em 22 de janeiro de 2007.

Ainda, o Acórdão acima destacado demonstra o entendimento deste E. CARF de que, tendo em vista as decisões sobre infrações cometidas depois das alterações realizadas pela

Medida Provisória nº 352, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430/96, essa que fundamenta a imputação das multas deste caso, não devem ser observados os preceitos da Súmula CARF nº 105. Ou seja, frisando que a imputação das multas de ofício e isoladas ao Recorrente ocorreram após a MP nº 352, não há que se falar em observância da Súmula nº 105.

Dessarte, as multas possuem a natureza punitiva sancionatória, ou seja, elas buscam sancionar o descumprimento das obrigações e deveres jurídicos do Contribuinte, ainda mais tendo em vista que, em se tratando de matéria tributária, os descumprimentos causam efeito direto ao erário público ao qual deveria ser destinado à manutenção das necessidades da população.

Pelos motivos expostos, resta evidenciado não apenas a obrigatoriedade de imputação da multa isolada sobre as estimativas de IRPJ e CSLL recolhidas a menor pela Recorrente, mas também o cabimento de multa de ofício qualificada, com base no art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/1996, tendo em vista o intuito do Recorrente de impedir que as autoridades fiscais obtivessem conhecimento dos fatos ocorridos, caracterizando-se, dessa forma, a prática de sonegação.

VI – DOS PEDIDOS

Diante do todo exposto, requer seja negado provimento ao recurso interposto pela Recorrente e seja mantida a autuação fiscal em seus exatos termos, tornando exigível a incidência de: IRPJ e CSLL apurados sobre o ganho de capital de R\$ 70,00 decorrente da operação ou, subsidiariamente, sobre o valor da diferença de R\$ 35,00 decorrente da avaliação a valor justo da contraprestação transferida, caso se

entenda pela existência de ganho por compra vantajosa; bem como, PIS e COFINS apurados sobre o ganho de capital de R\$ 70,00, ou, subsidiariamente, sobre o ganho por compra vantajosa de R\$ 46,20, ou, residualmente, sobre o valor de R\$ 35,00, decorrente da avaliação a valor justo da contraprestação recebida; além da incidência de multa isolada de 50% sobre as estimativas de IRPJ e CSLL recolhidas a menor e multa de ofício qualificada de R\$ 150%, em razão da existência de fraude.

Termos em que pede deferimento. UNIÃO – FAZENDA NACIONAL

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria geral da relação jurídica. Vol. I, Almedina, Coimbra, 1997.

BRASIL, Acórdão nº 9303-012.829 – CSRF / 3ª Turma, Recurso nº Especial do Contribuinte, Processo nº 10166.731074/2014-66, Sessão de 15 de fevereiro de 2022.

BRASIL, Acórdão nº 9303-012.829 – CSRF / 3ª Turma, Recurso nº Especial do Contribuinte, Processo nº 10166.731074/2014-66, Sessão de 15 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Comitê De Pronunciamentos Contábeis. CPC 46. Disponível em: https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/regulados/normascontabeis/cpc/CPC_46_rev_12.pdf. Acesso em: 12/07/2022.

BRASIL. Lei Nº 5.172, De 25 De Outubro De 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm . Acesso em: 12/07/2022.

BRASIL. Lei nº 6.404/1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 12/07/2022.

BRASIL. Lei nº 9.430/1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm. Acesso em: 12/07/2022.

BRASIL. Lei nº 10.637/2002. Dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), nos casos que especifica; sobre o

pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inaptidão de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10637.htm. Acesso em: 12/07/2022.

BRASIL. Lei nº 10.833/2003. Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.833.htm. Acesso em: 12/07/2022.

BRASIL, Recurso Especial do Contribuinte nº 10880.721781/2014-79, Rel. Caio Cesar Nader Quintella, 1ª Turma, julgado em 09/09/2021, publicação em 06/12/2021.

BRASIL, Recurso de Ofício e Voluntário nº 15586.720086/2016--08, Rel. Roberto Silva Junior, 1ª Turma, julgado em 18/09/2018.

BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. Imposto sobre a renda: pessoas jurídicas. Rio de Janeiro: Justec, 1979.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas. 4 v. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Imposto sobre a renda e incorporação de ações da sociedade "holding", Revista Dialética de Direito Tributário, n. 77, fev. 2002.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes Contra a Ordem Tributária. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras; MARTINS, Eliseu. Manual de Contabilidade Societária: aplicável a todas as sociedades. Editora Atlas. 2ª Ed. São Paulo. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Incorporação da totalidade das ações de companhias, Direito empresarial: sociedades anônimas, v. 3 / Arnold Wald, organizador. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Pareceres. São Paulo: Editora Singular, 2004. MARTINS, Fran. Comentários à lei das Sociedades anônimas. V 3. Rio de Janeiro, Forense. 1975.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Reconhecimento de Receitas: Questões Tributárias Importantes (uma Nova Noção de Disponibilidade Econômica?). Controvérsias Jurídico-Contábeis. v. 3. São Paulo: Dialética, 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo; ANDRADE JR., Luiz Carlos de. "Incorporação de Ações: Natureza Societária e Efeitos Tributários". Revista Dialética de Direito Tributário nº 200. São Paulo: Dialética, 2012.

Equipe n. 05

Gustavo Teixeira Domingues

Luiz Fernando Alves

Marcos Orind de Oliveira

Jhonathan Cleber Mayer

Stefan Lopes

Vitor Roldão Costa de Barro

Emily Anchieta Teischmann

André Luiz Hermenegildo

AO DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE JULGAMENTO

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Nº _____

AUTUADA: HOLDING AZUL S/A

AUTUANTE: RECEITA FEDERAL DO BRASIL

RECEITA FEDERAL DO BRASIL, já qualificada nos autos em epígrafe, vem, respeitosamente, à presença de V. Senhoria, apresentar o presente memorial, demonstrando as razões de fato e de direito que ensejam a manutenção do lançamento realizado, objeto de impugnação da empresa autuada.

I - Síntese dos Fatos

Para embasar o julgamento de V. S^a., cumpre reforçar os fatos que levaram à lavratura do Auto de Infração em desfavor da Empresa Holding Azul S/A, objeto da presente discussão.

A Holding Azul S/A era, até 31 de dezembro de 2019, detentora de 70% da Transmissora Azul de Energia Elétrica S/A, sociedade anônima de capital fechado do setor de energia. Em 08 de janeiro de 2019, a Diretoria da Transmissora Azul S/A, em conjunto com os representantes da Energia Forte Renovável S/A, outra empresa do setor de energia, submeteram aos respectivos Conselhos de Administração proposta de incorporação da totalidade das ações da Transmissora Azul S/A pela Energia Forte, transformando a primeira em subsidiária integral da segunda.

Em 2021, foi iniciado procedimento de fiscalização para averiguar o efetivo cumprimento das obrigações relativas à CSLL, IRPJ, PIS e COFINS, pela Holding Azul S/A.

Durante a fiscalização, a Holding Azul S/A foi intimada a se manifestar sobre a não tributação do ganho patrimonial obtido na incorporação de ações acima descrita. Na medida em que os esclarecimentos fornecidos pela Holding Azul S/A não foram suficientes para justificar a falta de recolhimento, foi realizado o lançamento de ofício do crédito de IRPJ e CSLL sobre o ganho de capital apurado.

No TVF, fora sustentado que a incorporação de ações é, de fato, uma espécie de alienação, e que o ganho resultante da operação está sujeito a incidência de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS. Ainda, a Holding Azul S/A foi submetida à multa isolada de 50% sobre as estimativas de IRPJ e CSLL recolhidas a menor em janeiro de 2020, por conta da ausência de cômputo do ganho auferido nas estimativas mensais. De outro modo, aplicou-se multa qualificada de 150% pois a Holding Azul S/A agiu de forma dolosa, utilizando-se de artifício contábil para tentar transformar o ganho auferido em ganho por compra vantajosa, de forma a frustrar a autuação fiscal e impedir o conhecimento, pelas autoridades fiscais, da situação fática verificada na operação.

Dessa forma, conforme verificar-se-á a seguir, o lançamento deve ser mantido na sua integralidade, com a incidência do IRPJ e CSLL sobre o ganho de capital, bem como contribuições do PIS e da COFINS sobre as receitas auferidas sobre o ganho de capital. Ainda, a multa isolada de 50% e a multa qualificada de 150% devem ser mantidas em seus patamares originais.

II – Do Mérito

II.1 - Manutenção da Incidência do IRPJ e CSLL sobre o ganho de capital

A Holding Azul S/A busca excluir o crédito de IRPJ e CSLL decorrente da operação de incorporação de ações objeto da autuação fiscal. Tal pretensão não merece provimento. Senão vejamos.

Inicialmente, cumpre destacar que a operação de incorporação de ações encontra-se disciplinada no art. 252 e ss. da Lei de Sociedades por Ações, que prevê:

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

Este rito fora seguido integralmente. pelas empresas envolvidas na incorporação objeto da Autuação Fiscal, razão pela qual não há dúvidas que a operação tratou de uma incorporação de ações.

Para melhor elucidar, o Manual de Contabilidade Societária – FIPECAFI traz a seguinte definição de incorporação de ações:

É chamada de incorporação de ações (art. 252 da Lei das S.A.) a situação em que, por exemplo, a Cia. "A" adquire as ações (ou quotas) de todos os demais acionistas da Cia. "B", a qual se torna uma subsidiária integral da Cia. "A", mediante emissão e entrega de ações (ou quotas) de "A" para os ex-sócios de "B".

Note-se que, nesse caso, não há incorporações de sociedades, já que continuam a existir, normalmente, tanto "A" quanto "B". Em resumo, o que ocorre é que os antigos sócios de "B" passam a ser sócios de "A", empresa que agora passa a ter 100% do capital social de "B". Portanto, na empresa "B" não há lançamento contábil algum, enquanto que na empresa "A" haverá um débito em Investimento em "B" e um crédito em Capital Social.

Esta operação resulta, em essência, em um aumento de capital. Isto porque, há a aquisição das ações de uma empresa por outra, sendo aquela convertida em subsidiária integral da companhia adquirente. Desta forma, a operação ocorrida é uma verdadeira alienação de ações, pois não resulta em mera substituição por sub-rogação.

Nesse sentido, Modesto Carvalhosa entende que na incorporação por ações ocorre uma alienação ficta de ações pelos acionistas da incorporada, em contrapartida a uma aquisição ficta pela incorporadora:

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

[...]

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

Da mesma forma, Edmar Oliveira Andrade Filho afirma que a incorporação de ações tem natureza jurídica de alienação pelos acionistas da incorporada de seus ativos:

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

Luiz Carlos de Andrade Júnior e Luís Eduardo Schoueri , embora não adotem integralmente o posicionamento acima, entendem que a incorporação por ações é um negócio típico do Direito Societário, realizado entre as companhias, que se opera “mediante um aumento de capital da sociedade incorporadora das ações (parágrafo 1º), o qual é subscrito, pela diretoria da sociedade cujas ações serão incorporadas, 'por conta' dos sócios desta (parágrafo 2º)”.

Nesta seara, os autores concluem que os efeitos da operação de incorporação de ações resultam na alienação das ações da “incorporada”, a título de integração do capital da “incorporadora”, a transformação dos sócios da “incorporada” em sócios da “incorporadora” e conversão da “incorporada” em subsidiária integral da “incorporadora.

Dessa forma, os autores alcançam as seguintes conclusões acerca da incorporação de ações:

“Ante o exposto, se pode concluir que a incorporação de ações é:

- i) um negócio típico do Direito Societário, voltado à concentração empresarial;
- ii) que se operacionaliza mediante:
 - a) o aumento de capital da sociedade “incorporadora”, em regime extraordinário, porquanto ausente o direito de preferência dos acionistas desta;
 - b) a subscrição e a integralização deste por meio da transferência das ações da sociedade “incorporada”, também sob regime extraordinário, uma vez que a lei atribui à diretoria desta sociedade uma autorização para fazê-lo no lugar dos acionistas;

iii) que apresenta os seguintes efeitos:

- a) alienação das ações da "incorporada", a título de integralização do capital da "incorporadora";
- b) transformação dos sócios da "incorporada" em sócios da "incorporadora"; e
- c) conversão da "incorporada" em subsidiária integral da "incorporadora".

In casu, fora realizada a alienação das ações da Transmissora Azul S.A, a título de integração do capital da Energia Forte S.A, sendo os sócios da Transmissora Azul transformados em sócios da Energia Forte S.A., mediante emissão de ações e distribuição aos sócios, e resultou na conversão da Transmissora Azul S.A em subsidiária integral da Energia Forte S.A.

Portanto, diante da natureza da operação, considera-se plenamente cabível haver uma diferença entre o valor da aquisição e o valor avaliado das ações. Essa diferença representa, evidentemente, um ganho de capital passível de incidência do IRPJ e da CSLL, conforme dispõe o art. 31, §1º, do Decreto-Lei n. 1.598/1971:

Art. 31. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4o), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo não circulante, classificados como investimentos, imobilizado ou intangível.

§ 1o Ressalvadas as disposições especiais, a determinação do ganho ou perda de capital terá por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte, diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada e das perdas estimadas no valor de ativos.

Esse é o posicionamento de Luiz Carlos de Andrade Júnior e Luís Eduardo Schoueri, senão vejamos:

Como acima evidenciado, na incorporação de ações, existe uma verdadeira alienação (disposição do direito de propriedade) das ações da sociedade "incorporada". Logo, eventuais diferenças entre o valor de alienação de tais ações e o respectivo custo poderiam gerar a apuração de ganho (se positiva a diferença) ou perda (se negativa a diferença) de capital. O ganho de capital seria tributável para ambas as espécies de acionistas; a perda de capital seria

dedutível na apuração do IRPJ devido pela pessoa jurídica tributada com base no lucro real. (grifos nossos)

Uma vez que há ganho de capital tributável, é plenamente cabível a incidência de IRPJ e CSLL sobre o acréscimo patrimonial percebido pela Empresa, por força do disposto no art. 31 do Decreto-Lei n. 1.598/1971, o que, por si só, confirma a necessidade da manutenção da exação em discussão.

Nesse sentido, em caso análogo, no qual era discutida a incidência de IRPJ na incorporação de ações em que uma empresa se transformou em subsidiária integral de outra, decidiu o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais se tratar de verdadeira operação de alienação e, portanto, sujeita à apuração de ganho de capital:

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

Ano-calendário: 2007, 2008

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

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

Dessa forma, resta claro que a operação realizada pela Empresa ora autuada resultou numa alienação e, portanto, sujeita a incidência de IRPJ e CSLL sobre os ganhos tributáveis.

II.2 - Manutenção da Incidência das contribuições do PIS e da Cofins sobre as receitas auferidas sobre o ganho de capital:

Não obstante a robustez dos argumentos apresentados acerca da incidência do IRPJ e CSLL sobre as operações ora analisadas, os lançamentos para cobrança

das contribuições ao PIS e a Cofins devem ser integralmente mantidos.

Como é sabido, as contribuições ao PIS e a Cofins têm como critério material "a receita bruta", por força do disposto no art. 1º, § 1º, das Leis n.s 10.637/2002 e 10.833/2003.

Ademais, foram fixadas as premissas, em linhas anteriores, de que a incorporação de ações consubstancia verdadeira operação de alienação, a título de integralização do capital da incorporadora.

Pois bem. Isso posto, as operações de incorporação de ações configuram atividades habituais com finalidade lucrativa de instituições financeiras como a empresa autuada, motivo pelo qual devem ser contabilizados como receitas operacionais e, portanto, integram o ativo circulante da empresa.

Dessarte, imperioso reconhecer a ocorrência do fato gerador da contribuição ao PIS e da Cofins sobre as operações, porquanto o ganho de capital oriundo da incorporação das ações representa receita realizável operacional da empresa, que inclusive possui, em seu objeto social, administração de participações societárias.

Por conta disso, incabível cogitar na hipótese de isenção prevista no art. 1, § 3º, inciso VI, da Lei n. 10.637/2002 e art. 1, § 3º, inciso II, da Lei n. 10.833/2003, referente à alienação de bens integrantes do ativo não circulante.

Nesse sentido, o CARF já decidiu que a receita oriunda da alienação de ações, por configurar atividade habitual das instituições financeiras, deve compor a base de cálculo do PIS e da Cofins. Confira-se:

PIS/COFINS. FATO GERADOR. VENDA DE AÇÕES

A venda de ações integra a receita oriunda do exercício da atividade empresarial típica da instituição financeira, compondo o faturamento da contribuinte, fato gerador da Cofins e do PIS.

Do corpo do v. acórdão se extrai a exata similitude e os fundamentos que conduziram a essa conclusão:

Por ser sociedade corretora, os resultados obtidos nas operações de venda das ações PN resgatáveis da Nova Bolsa e alienação das ações da Bovespa Holding

no processo de incorporação de ações pela Nova Bolsa, comporiam o resultado operacional, sujeito à incidência das contribuições do PIS e da COFINS, pois o objeto social da empresa, previsto em seu estatuto contemplava a compra e venda de títulos e valores mobiliários, por conta de terceiros ou por conta própria, e o artigo 11 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, estabeleceu que fosse classificado como lucro operacional o resultado das atividades, principais e acessórias, que constituísse objeto da pessoa jurídica. Portanto devem ser adicionadas na base de cálculo do PIS e da COFINS o montante de R\$13.785.367,59 (receita referente ao resgate de ações preferenciais) em junho de 2008.

[...]

Analisados os registros da fiscalização, os fundamentos do acórdão recorrido e as razões de recurso voluntário, cujos pontos principais retro foram citados, entendo como correta a conclusão da DRJ no sentido de que as receitas em questão decorreram da atividade operacional da recorrente, sendo correta a classificação contábil no ativo circulante e devida a incidência do PIS e da COFINS. (Grifo nosso)

Portanto, devem ser mantidas integralmente as exações de PIS e Cofins, pois as operações caracterizam auferimento de receita bruta pelo sujeito passivo e, portanto, estão sujeitas à incidência dessas contribuições.

II.3 - Manutenção da multa isolada de 50% sobre as estimativas mensais de IRPJ e CSLL recolhidas a menor:

Além da cristalina incidência de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins sobre as operações ora auditadas, deve ser aplicada e mantida a multa isolada de 50% decorrente do recolhimento a menor das estimativas mensais de IRPJ e CSLL durante o período.

Referida multa isolada encontra fundamento legal no art. 44, inciso II, da Lei n. 9.430/1996, verbis:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:
II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

- a) na forma do art. 8o da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;
- b) na forma do art. 2o desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

Por outro lado, a multa proporcional do lançamento de ofício tem previsão no art. 44, inciso I, da Lei n. 9.430/1996, e incide sobre a totalidade ou a diferença do tributo não recolhido e/ou não declarado:

Art. 44. [...]:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

Ou seja, denota-se que o fato gerador da multa de ofício decorrente do recolhimento insuficiente do IRPJ e da CSLL relativa ao exercício anual é completamente distinta e não se confunde com o fato gerador da multa isolada pelo recolhimento a menor das estimativas mensais.

In casu, a empresa autuada era optante pelo regime de antecipações mensais de IRPJ e CSLL. Por conta disso, deveria se submeter e cumprir integralmente os requisitos que regime lhe condiciona, por meio do recolhimento integral das estimativas mensais devidas, sob pena de sofrer a imposição da multa isolada de 50%, que poderá ser cumulada com a multa de ofício.

Ademais, o entendimento que tem prevalecido atualmente no e. CARF é o seguinte:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2009, 2011

MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE OFÍCIO SOBRE O TRIBUTOS DEVIDO NO FINAL DO ANO. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM

A multa pela falta de estimativas não se confunde com a multa pela falta de recolhimento do tributo apurado em 31 de dezembro. Elas configuram penalidades distintas previstas para diferentes situações, e com a finalidade de compensar prejuízos financeiros também distintos, não havendo, portanto, que se falar em bis in idem. A multa de 75% pune o não recolhimento de obrigação vencida em março do ano subsequente ao de apuração, enquanto que a multa isolada de 50% pune o atraso no ingresso dos recursos, atraso esse verificado desde o mês de fevereiro do próprio ano de apuração (estimativa de janeiro), e seguintes, até o mês de março do ano subsequente.

A partir do advento da MP nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, que alterou a redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, não há mais dúvida interpretativa acerca da inexistência de impedimento legal para a incidência da multa isolada cominada pela falta de pagamentos das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, concomitantemente com a multa de ofício decorrente da falta de pagamento do imposto e da contribuição devidos ao final do ano-calendário. (Grifo nosso)

Portanto, plenamente cabível a imposição da multa isolada de 50% pelo recolhimento a menor das estimativas mensais de IRPJ e CSLL, cumulativamente com a multa de ofício pelo recolhimento a menor referente à apuração anual, nos termos da fundamentação.

II.4 - Manutenção da multa qualificada por sonegação:

Por fim, demonstrar-se-á os argumentos para a manutenção da multa qualificada pela sonegação.

Senhores Julgadores, é cediço que qualificação da multa de ofício, com a aplicação do percentual de 150%, é exceção que depende não só da intenção do agente, como também da prova fiscal da ocorrência da sonegação, fraude e/ou conluio, ou do evidente intuito desta, caracterizada pela prática de ação ou omissão dolosa com esse fim.

Via de regra, nos lançamentos de ofício para constituição de diferenças de tributos devidos, não pagos ou não declarados, é aplicada a multa proporcional de 75%, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei 9.430/1996 e art. 35-A da Lei n. 8.212/91.

A exceção para aplicação de multa qualificada (150%) é prevista no § 1º do diploma legal acima mencionado, o qual traz a previsão de que serão duplicados os percentuais de multa nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502/64, in verbis:

Lei nº 9.430/96:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:
I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;
[...] § 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Lei nº 4.502/64:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:
I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

No presente caso, é inegável que a empresa autuada não incorreu em mero equívoco de interpretação da legislação tributária, mas sim em conduta com intuítos de sonegação, a fim de impedir o conhecimento dos fatos geradores dos tributos à autoridade fiscal.

Trata-se de típica hipótese de elisão fiscal, conforme leciona Heleno Taveira Torres, na qual o sujeito passivo simula um negócio jurídico que, embora lícito, o faz com o intuito de dissimular a ocorrência dos fatos geradores.

Isso porque restou demonstrado, à exaustão, que as operações societárias, conquanto tenham ocorrido efetivamente, foram escrituradas com vistas a transformar o ganho de capital em um suposto ganho por compra vantajosa, mediante um subterfúgio contábil intencional e doloso por parte da autuada.

Assim, constatada a sonegação, correto o lançamento da multa qualificada de 150%.

III – Dos pedidos

Ante o exposto, requer-se:

- (I) A manutenção do lançamento realizado para exigência de IRPJ e CSLL sobre os ganhos tributáveis verificados na operação realizada pela empresa Autuada;
- (II) A manutenção da exação fiscal de PIS e COFINS, em razão do auferimento de receita bruta pelo sujeito passivo na operação de incorporação de ações realizada;

- (III) A conservação da multa isolada no patamar de 50%, pelo recolhimento a menor das estimativas mensais de IRPJ e CSLL;
- (IV) A conservação da multa qualificada no patamar de 150%, em razão da conduta dolosa da Holding Azul S/A visando frustrar a autuação fiscal.

Equipe n. 06

Matheus Monteiro Morosini

Alexandre Tortato

Brunna Regina Picote

Camilla De Almeida Olegario

Joao Fernando Bassil Miranda

Nathallia dos Santos

Ana Leticia Kroetz De Oliveira

COLETA TURMA JULGADORA

A UNIÃO FEDERAL, neste ato representada pela PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL, vem neste apresentar memoriais no intuito de destacar pontos relevantes relacionados à contravérsia.

1. RESUMO DOS FATOS

Trata-se de controvérsia relacionada à tributação de manobra de incorporação de ações, envolvendo as empresas TRANSMISSORA AZUL DE ENERGIA ELÉTRICA, a qual atua no ramo de construção, operação e manutenção de ativos de energia elétrica e ENERGIA FORTE RENOVÁVEL, com mercado na área de geração de energia elétrica.

Em 2019 se iniciou as tratativas referentes à incorporação de ações da Transmissora Azul pela Energia Forte Sustentável, com os objetivos, segundo as diretorias das empresas, de:

I – Concentrar fontes complementares de geração de energia;

II – Combinar negócios ampliando a competitividade das empresas no setor de energia elétrica, possibilitando ganhos de escala e sinergias;

III - Desenvolvimento de tecnologias e melhoramento dos setores financeiros, comerciais e operacionais.

A organização societária estava da seguinte forma:

Em 08/01/2020, as Diretorias apresentam aos Conselhos de Administração das companhias proposta de incorporação das ações da Transmissora Azul pela Energia Forte Sustentável, a qual ocorreu da seguinte maneira:

De acordo com o Método de Equivalência Patrimonial – MEP, foi reconhecido o custo de aquisição do investimento pela Energia Forte em R\$ 350,00 (35 ações = R\$ 10,00), porém, ao registrar o investimento de acordo com o Pronunciamento CPC nº 15, avaliou-se o valor da participação societária recebida em R\$ 420,00 (35 ações = R\$ 12,00).

Assim, houve autuação fiscal com base no ganho de capital, pela Holding Azul, na operação de incorporação das ações da Transmissora Azul pela Energia Forte, em

virtude da diferença do valor das ações entregues - R\$ 350,00 - e o valor das ações recebidas R\$ 420,00.

A autuação analisou a incorporação das ações e observou a existência de alienação com pagamento EM AÇÕES, portanto, houve ganho de capital e assim, os correspondentes débitos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS sobre o valor de R\$ 70,00, correspondente à diferença da operação.

Por fim, atribui-se multa isolada de 50% pelo não recolhimento da estimativa mensal e multa de ofício qualificada de 150%, em virtude "da deliberada intenção" de sonegação.

1. Da incorporação de ações

1.2. Conceito e natureza jurídica

No presente caso, visando a concentração de fontes complementares de fonte de geração de energia, houve a transferência da totalidade das ações da sociedade Transmissora Azul para a sociedade Energia Forte, tornando-se aquela subsidiária integral desta, por meio do negócio típico de direito societário denominado incorporação de ações.

A incorporação de ações é uma reorganização societária que ocorre na forma determinada pelo art. 252, da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976), em que haverá a incorporação de todas as ações do capital social de uma sociedade anônima, transformando esta em subsidiária integral da sociedade incorporadora.

Assim, o patrimônio da sociedade incorporada passa a integrar o patrimônio da sociedade incorporadora, sem que desapareça a pessoa jurídica da sociedade incorporada e a autonomia patrimonial de ambas as sociedades.

Conforme entendimento de Fran Martins, a conversão da sociedade anônima em uma subsidiária integral por intermédio da incorporação de ações se trata de um aumento de capital na sociedade controladora, com a subscrição das ações desse aumento, de forma que o pagamento se dá por meio de ações, e não em dinheiro.

Modesto Carvalhosa também teceu considerações nesse sentido, de modo que a incorporação de ações resulta em uma incorporação e uma alienação fictas,

com o aumento do capital da sociedade incorporadora, por meio da emissão de ações pela incorporada.

O Eg. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais da mesma maneira já concluiu que a integralização do capital da companhia incorporadora importa em uma verdadeira alienação das ações da sociedade incorporada, por meio da disposição do direito de propriedade.

Estabelecidas as premissas acima, não há como se negar que no negócio jurídico realizado entre as empresas ocorreu uma transferência de ações, que acarretou uma efetiva alienação de bens, nas definições do direito civil.

E, na linha do que perfilha o art. 110, do Código Tributário Nacional, não pode a lei tributária alterar as definições e os conceitos de direito privado, não havendo como se defender que a operação jurídica em questão se caracterizaria como mera substituição ou permuta.

Por isso, não há como se entender que a operação jurídica realizada entre as empresas Transmissora Azul e Energia Forte se caracterizaria como uma sub-rogação real.

A sub-rogação é uma ficção jurídica, em que, como ensinam os professores Luís Eduardo Schoueri e Luiz Carlos de Andrade Jr., "implica que o bem sub-rogado desempenhe a mesma função que o substituído, em vista da manutenção da relação originária" .

Nesse contexto, os autores não vislumbram a ocorrência de sub-rogação real no negócio previsto no art. 252, da Lei das Sociedades Anônimas, em vista das seguintes conclusões:

a) Não há manutenção da relação originária, uma vez que o sócio da sociedade incorporada, que antes era titular de participação na sociedade incorporada, passa a ser titular de participação na sociedade

incorporadora, sem identidade entre as relações jurídicas existentes antes e depois do negócio.

b) Não há identidade entre as funções desempenhadas pelo bem substituído e o bem sub-rogado, uma vez que o bem substituído permitia o sócio exercer os direitos em relação à sociedade incorporada, e o bem sub-rogado permite o sócio exercer os direitos em relação à sociedade incorporadora.

Como prevê o § 1º, do art. 252, da Lei nº 6.404/1976, por meio de deliberação da assembleia-geral da sociedade incorporadora, haverá autorização para o aumento do capital, que será efetivado com a incorporação das ações da sociedade incorporada, por meio da avaliação de peritos nomeados.

O acionista da sociedade incorporada irá transferir suas ações à sociedade incorporadora, tendo como consequência, em troca, o recebimento das ações da sociedade incorporadora.

E isso ocorre por meio de um procedimento de avaliação prévio em que há precificação das ações, que será relevante para a determinação da quantidade de participação que o acionista da sociedade incorporada terá na sociedade incorporadora.

É nesse sentido que a dação em pagamento por meio de ações pelo valor avaliado “corresponde ao valor patrimonial proporcional ao investimento que passa a deter diretamente na empresa incorporadora” .

Aqui, mais uma vez, estabelecida a importância da valoração das ações da companhia incorporadora no procedimento de incorporação de ações, não há como se afastar a natureza jurídica de alienação do negócio jurídico realizado entre as empresas Transmissora Azul e Energia Forte.

1.2. Da manifestação de vontade dos sócios

Também não é possível o afastamento da caracterização do negócio jurídico realizado como alienação pela suposta ausência de manifestação de vontade dos sócios no ato da incorporação das ações.

Não se pode dizer que não houve concordância do sócio minoritário na transferência da titularidade das suas ações da companhia incorporada para a companhia incorporadora.

Isso porque, no âmbito do direito societário, adota-se o chamado princípio majoritário, em que os atos praticados pela sociedade são determinados a partir de decisões da maioria dos sócios, levando-se em consideração um interesse coletivo, e não os interesses individuais.

Conforme ensinamentos de Modesto Carvalhosa , nas sociedades anônimas, a opção pelo regime majoritário se justifica na impossibilidade teórica da unanimidade nas assembleias gerais, em razão da incompatibilidade entre a sociedade anônima e a estrutura das relações próprias do contrato bilateral, derivadas do consentimento entre as partes.

Nas palavras do autor, “a decisão unânime, de caráter eminentemente contratualista, não se coaduna com a estrutura da sociedade anônima. Por isso, a Lei sujeita os acionistas a regras de obediência e de vinculação à vontade social manifestada pelos votos majoritários regularmente declarados em assembleia geral.”

Na hipótese dos autos, se está diante de uma transferência da titularidade das ações da sociedade Transmissora Azul para a sociedade Energia Forte, por meio da incorporação de ações disciplinada pelo caput do art. 252, da Lei nº 6.404/1976.

Na linha do que dispõe o § 1º do artigo antes mencionado, haverá uma assembleia geral na companhia incorporadora, a qual deve aprovar a operação e autorizar o aumento de capital com as ações a serem incorporadas.

Além disso, também haverá a assembleia na companhia que será incorporada, conforme prevê o § 2º, do mesmo artigo, e, com a decisão da maioria da assembleia, a diretoria poderá subscrever o aumento do capital da sociedade incorporadora, por conta de seus acionistas.

Tudo isso a demonstrar que todas as decisões tomadas tanto pela empresa incorporadora e pela empresa incorporada passarão por prévias deliberações submetidas às respectivas assembleias.

Luís Eduardo Schoueri , tendo como base lições da doutrina civilista, interpreta o § 2º do art. 252 entendendo que a lei estabelece uma espécie de autorização, atribuída à diretoria da assembleia, para negociar as ações em nome próprio.

O autor antes citado traz também considerações no sentido de que, ao entrar na sociedade, o acionista concorda com as “regras do jogo”, as quais “contemplam a substituição, no dia a dia da companhia, da vontade dos sócios, pela vontade da maioria” .

Nesse sentido, no momento da incorporação de ações, será exercida a manifestação de vontade da companhia, formada pela maioria, por meio da

autorização que lhe foi atribuída, pouco importando a vontade individual dos acionistas.

Ressalte que, ainda que se levasse em consideração a vontade dos acionistas, como forma de preservar os interesses de uma eventual minoria dissidente, o § 1º, do art. 252, da Lei nº 6.404/1976, prevê a possibilidade da sua retirada da companhia, em que haverá o reembolso do valor das suas ações, na forma determinada pela legislação.

Dessa forma, caso o acionista não exerça o direito de retirada, considera-se que exerceu a aceitação tácita da transferência das suas ações para a sociedade incorporadora.

2. DA TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE INCORPORAÇÃO

2.1. Do ganho de capital tributável

Estabelecida a premissa que a incorporação de ações se trata de alienação, a transferência da titularidade das ações nos moldes da incorporação de ações do art. 252 da Lei nº 6.404/1976 pode ter duas consequências: a perda ou o ganho de capital.

E essa substituição do investimento, transferência de ações de uma empresa para a outra, conforme ensinamentos de Edmar de Oliveira Andrade Filho, terá um resultado onde, o valor atribuído à operação será maior ou menor que o valor contábil primitivo das ações. Ou seja, trata-se da diferença entre o valor contábil originalmente dado e o valor que as ações foram alienadas.

O § 1º do artigo antes mencionado determina ainda que, para que seja efetivada a relação de troca das ações, é necessário que seja feita uma avaliação do valor das ações por um perito.

Quando se fala em incorporação de ações, é mister que a transferência das ações se dê de acordo com o valor de mercado, uma vez que se possa ser devidamente aferida a equivalência econômica entre as ações de ambas as sociedades.

Isso se dá, inclusive, para fins de proteção dos direitos do sócio minoritário, bem como para evitar que os contribuintes estabeleçam parâmetros discricionários visando afastar a caracterização do ganho de capital e, conseqüentemente, da tributação incidente.

Como visto, no presente caso, o procedimento de incorporação das ações da companhia Transmissora Azul pela companhia Energia Forte foi realizado de acordo com o método de equivalência patrimonial (MEP).

Nesse sentido, foi reconhecida uma diferença entre o valor patrimonial proporcional da Transmissora Azul (R\$ 350,00), da qual a contribuinte Holding Azul S/A era acionista e detentora de 70% das ações, e as novas ações da Energia Forte (R\$ 420,00), gerando uma diferença de R\$ 70,00.

Como a diferença apurada foi positiva, e o valor de alienação foi superior ao valor contábil, há a ocorrência de um ganho de capital que deve ser oferecido à tributação.

Tanto é verdade que a contribuinte Holding Azul S/A, após a operação de incorporação de ações, avaliou a preço justo a contraprestação transferida da Transmissora Azul e a participação societária recebida da Energia Forte.

Dessa forma, não há como se afastar o entendimento de que o ganho econômico obtido (R\$ 70,00) pela contribuinte seria tributável como ganho de capital, na forma prevista pelo art. 31 do Decreto-lei nº 1.598/1971.

Ademais, o ganho de capital tributável seria, ainda, superior a R\$ 70,00, uma vez que, não se tratando de ganho por compra vantajosa, como sendo aquela definida no § 6º do art. 20 do Decreto-lei nº 1598/1971 não há como se estender os efeitos dos tributos diferidos.

2.1. Da incidência de IRPJ/CSLL

Antes de se adentrar às premissas da hipótese de incidência, é importante referendar que as câmaras superiores do CARF possuem decisões sobre o tema de incidência de IRPJ nas operações de incorporação e em grande parte, foi acatada a tese do fisco, até o momento apenas uma decisão foi contrária. Nas instâncias ordinárias já somam mais de 30 decisões em que foi mantida a autuação .

Ditas estas palavras, ressalta-se uma vez mais que na incorporação de ações há, em verdade, uma alienação de participação societária, como já amplamente descrito nos presentes autos.

Antes da operação as sociedades estavam assim estruturadas:

Logo após, houve a transmissão de 100 % das ações da Transmissora Azul de Energia Elétrica AS para a Energia Forte Renovável SA, transformando aquela em subsidiária integral.

O Contribuinte tenta descaracterizar o auto de infração, alegando primeiramente que se trata de mera troca de ações entre as sociedades, contudo, a Transmissora de Energia Elétrica SA se tornou uma subsidiária integral, com o pagamento através de ações. Assim, trata-se de uma aquisição na qual o pagamento se deu em bens, pelo que não se pode falar em mera substituição ou permuta, mas alienação. Evidencia-se que esta não é a única forma de se realizar a referida operação, pois após a avaliação da Transmissora de Energia Elétrica SA, a aquisição poderia ter ocorrido mediante pagamento em dinheiro. Todavia, os agentes optaram, pagar por meio de ações da própria companhia incorporadora, o que desencadeou na presente discussão.

Em primeiro lugar foi reconhecido o custo de aquisição do investimento pela Energia Forte em R\$ 350,00 (35 ações = R\$ 10,00), porém, ao registrar o investimento de acordo com o Pronunciamento CPC nº 15, avaliou-se o valor da participação societária recebida em R\$ 420,00 (35 ações = R\$ 12,00). Logo, há nítido aumento de capital, o qual deve ser tributado sobre a diferença de R\$ 70,00.

No que diz respeito à tributação do ganho de capital da pessoa jurídica, cabe também chamar atenção ao art. 36 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977:

“Art. 36 - A contrapartida do aumento do valor de bens do ativo incorporados ao patrimônio de outra pessoa jurídica, na subscrição em bens de capital social, ou de valores mobiliários emitidos por companhia, não será computada na determinação do lucro real enquanto mantida em conta de reserva de reavaliação.”

É dizer: na hipótese de subscrição com bens do capital social de pessoa jurídica, somente não será tributado o aumento de valor do bem dado, caso mantido em reserva de reavaliação. No caso da incorporação de ações, não ocorre a constituição de reserva de realização em razão do aumento de valor das ações dadas/adquiridas. Daí se concluir que o ganho de capital decorrente da incorporação de ações deve ser inserido na determinação do lucro real.

Sobre esta manobra de alienação inclusive este é o entendimento exarado em acórdão recente da 1ª Câmara Superior de Recursos Fiscais:

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2007

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

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

Neste mesmo sentido há manifestação da COSIT através da Solução de Consulta nº 224/2014, a qual defende que:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF EMENTA: INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. TRANSFERÊNCIA. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL. PESSOA FÍSICA. GANHO DE CAPITAL. INCIDÊNCIA. Na operação de incorporação de ações, a transferência destas para o capital social da companhia incorporadora caracteriza alienação cujo valor, se superior ao indicado na declaração de bens da pessoa física que as transfere, é tributável pela diferença a maior, como ganho de capital, na forma da legislação.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei nº 6.404, de 1976, art. 252; Lei nº 7.713,

de 1988, art. 3º; Lei nº 9.249, de 1995, art. 23; e Instrução Normativa SRF nº 84, de 2001, arts. 2º, 3º, 16, 27 e 30.

Outra alegação que não merece prosperar é a indisponibilidade de bens e por isso a não ocorrência do fato gerador do IRPJ/CSLL. Os bens aqui alienados estão plenamente disponíveis, posto que a partir do momento em que a incorporadora se torna proprietária das ações, a sociedade acionista já terá a disponibilidade econômica representada pelas ações que lhe foram dadas, justificando assim a regular tributação do ganho de capital que auferiu.

Tal fato de maneira nenhuma contraria a legislação, que ao definir o fato gerador do imposto de renda, não se reporta à disponibilidade financeira, mas sim à disponibilidade econômica ou jurídica (CTN, art. 43), a qual já existe desde o momento em que o acionista recebe ações da sociedade incorporadora.

Em outras palavras: para que haja a disponibilidade econômica, basta que o patrimônio resulte economicamente acrescido por um direito, ou por um elemento material, identificável como renda ou como proventos de qualquer natureza. O que importa é que possam ser economicamente avaliados e, efetivamente, aumentem o patrimônio .

Se alguma dúvida houvesse, a despeito de ser esta a única conclusão lógica possível, ela estaria desfeita pelo art. 45 do mesmo CTN, segundo o qual o contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o art. 43. Para a ocorrência da obrigação tributária, é suficiente qualquer delas que primeira se manifestar, seja a disponibilidade econômica OU jurídica .

Assim, é plenamente possível a cobrança exarada no auto de infração, baseada no art. 31 do Decreto-lei nº 1.598/1971.

3. DA MULTA

Conforme apurado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, não houve o recolhimento pela Holding Azul S/A relativo à tributação incidente sobre o valor da diferença entre o valor patrimonial proporcional da Transmissora Azul e o valor das novas ações da Energia Forte, em razão da incorporação de ações (R\$ 70,00).

Dessa forma, como foi efetuado o lançamento de ofício dos valores de IRPJ e CSLL que não foram computados como ganho de capital pela Holding Azul S/A, nas estimativas mensais, foi aplicada a multa prevista no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/1996.

Uma vez comprovado que, no presente caso, houve uma efetiva alienação de ações da sociedade Transmissora Azul para a sociedade Energia Forte, que gerou ganho de capital sujeito à incidência de IRPJ e CSLL, é de ser mantida a multa isolada.

Além disso, também é cabível a multa qualificada em 150% prevista no art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/1996, vez que se está diante da existência da prática do ato de sonegação pelo contribuinte, conforme art. 71, I, da Lei nº 4.502/1964.

A sonegação se caracteriza como toda ação ou omissão com o intuito de retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador.

O Eg. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais já tem o entendimento sumulado de que, para fins de aplicação da qualificação da multa de ofício, é necessária a comprovação da conduta dolosa do contribuinte.

Observa-se que a contribuinte Holding Azul S/A equivocadamente caracterizou a diferença entre o valor patrimonial proporcional da Transmissora Azul (R\$ 350) com o valor das novas ações da Energia Forte (R\$ 420) como "ganho por tributação vantajosa".

Dessa forma, o valor referente ao ganho por compra vantajosa (investimento na companhia Energia Forte) não foi considerado no cômputo do lucro real, não incidindo sobre esses valores, portanto, IRPJ e CSLL, tampouco foram apurados como base de cálculo de PIS/COFINS.

Contudo, como demonstrado demasiadas vezes anteriormente, não se trata de ganho por compra vantajosa, e sim de verdadeiro ganho de capital, que não foi informado pela contribuinte em sua declaração anual.

E, ao assim fazer, a contribuinte utilizou manobras ardilosas e se valeu de artifícios contábeis para que o ganho de capital fosse considerado como ganho por compra vantajosa, acarretando, ainda, o diferimento do pagamento do IRPJ e da CSLL.

Ora, trata-se claramente de uma omissão do ganho de capital realizada pela Holding Azul S/A em seus lançamentos contábeis, a qual dolosamente tentou afastar a tributação em questão, criando empecilhos para que a fiscalização aferisse corretamente a ocorrência do fato gerador.

Veja-se que a contribuinte declarou a existência de um fato (investimento na companhia Energia Forte) que, em realidade, nunca ocorreu, visando descaracterizar a ocorrência de ganho de capital.

Não é demais, ainda, se atentar para o fato de que a proposta de incorporação foi trazida pelas diretorias para deliberação em assembleia de ambas as empresas que ocorreu na data de 08.01.2020.

Contudo, na incorporação de ações, realizada após a deliberação em assembleia das sociedades, foi utilizada a data-base dos balanços patrimoniais da Transmissora Azul e da Energia Forte de 31 de dezembro de 2019. Ou seja, data anterior à assembleia e à incorporação.

Dessa forma, mais uma vez a contribuinte se valeu de recursos artificiosos a fim de tentar justificar o suposto ganho por compra vantajosa, utilizando como parâmetro para definição do valor patrimonial das companhias demonstrações contábeis de data retroativa à efetiva incorporação de ações. Tudo isso a demonstrar que a contribuinte agiu com o objetivo de distorcer os fatos e modificar as características do fato gerador, de forma que resta devidamente comprovado o seu intuito de sonegação no caso em tela.

Ademais, ressalte-se ser inaplicável ao caso dos autos o entendimento da Súmula do CARF nº 105, bem como o princípio da consunção, relativamente à cumulação da multa de ofício e a multa qualificada.

Isso porque a Lei nº 11.488/07 (MP nº 351/2007) trouxe nova redação ao art. 44 da Lei nº 9.430/1996, que prevê a aplicação de multa isolada e de ofício, esta última podendo ser qualificada na forma do § 1º, nos casos em que a autoridade procede ao lançamento de ofício do tributo.

Pela leitura do artigo, as hipóteses de incidência da multa isolada e da multa de ofício são distintas e se dão de forma autônoma, especialmente no que tange à base de cálculo e aos critérios de apuração.

Enquanto a multa de ofício ou qualificada incide sobre a totalidade do tributo que não foi declarado ou recolhido, de apuração anual, ao fim do ano- calendário, a multa isolada incide sobre as estimativas mensais, em razão do seu não recolhimento antecipado.

Não se trata, portanto, de bis in idem, uma vez que as multas em comento possuem finalidades distintas. Além do mais, as multas são sanções que se prestam a evitar a recorrência do comportamento pelo contribuinte.

É exatamente nesse sentido que a jurisprudência da Eg. Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, em suas três turmas, vem alterando o seu entendimento e entendendo pela possibilidade da aplicação simultânea das multas, em relação aos fatos geradores ocorridos após 2007.

Assim, resta devidamente demonstrada a necessidade de manutenção da qualificação da multa de ofício, tendo em vista o evidente intuito de sonegação da Holding Azul S/A (art. 44, § 1º, I, Lei nº 9.430/1996), bem como sua a possibilidade de concomitância com a multa exigida isoladamente na forma do art. 44, II, da Lei nº 9.430/1996.

4. DO PEDIDO

Ante ao exposto, a Fazenda Nacional reitera o pedido em sede de contrarrazões para que se negue o provimento do recurso do contribuinte e sejam mantidos os lançamentos.

Termos em que pede deferimento. Cidade, XX de XXX de XXXX. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Imposto de Renda das Empresas. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Recurso Especial nº 16327.721300/2013•14. Recorrente: Itaú Unibanco S/A e Cia E. Johnston de Participações. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Gerson Macedo Guerra. Julgado em 05/06/2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Recurso Especial nº 16004.000990/2009-22. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Frigoestrela S.A. Relatora: Viviane Vidal Wagner. Julgado em 05/03/2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Recurso Especial nº 10880.721059/2013-53. Recorrente: Osório Henrique Furlan Junior e Márcia Regina Passos Furlan. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Luiz Eduardo de Oliveira Santos. Julgado em 27/07/2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Recurso Especial nº 10825.720819/2012-99. Recorrente: Carlos Alberto Branco. Recorrido: Fazenda Nacional. Relatora: Ana Paula Fernandes. Julgado em 28/05/2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária. Recurso Voluntário nº 10880.720343/2014-93. Recorrente: Antígua Administração e Participações LTDA. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Luiz Tadeu Matosinho Machado. Julgado em 22/02/2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Recurso Especial nº 19515.001534/2010-61. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Nacional Mercantil Computadores e Suprimentos de Informática LTDA. Relator: Rodrigo da Costa Pôssas. Julgado em 17/02/2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Recurso Especial nº 16327.001351/2010-75. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Cia Itaú de Capitalização. Relator: Luiz Eduardo de Oliveira Santos. Julgado em 11/04/2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Recurso Especial nº 16327.721008/2012-11. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Banco Bradesco S.A. Relator: Luiz Tadeu Matosinho Machado. Julgado em 04/04/2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 1598, de 26 de dezembro de 1977. Altera a legislação do imposto de renda.

BRASIL. Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007. Altera a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. Dispõe Sobre o Impôsto de Consumo e reorganiza a Diretoria de Rendas Internas.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações.

BRASIL. Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

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

CARVALHOSA, Modesto. KUYVEN, Fernando. Tratado de Direito Empresarial: Sociedades Anônimas, Vol. 3. 2. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2018. Martins, Fran. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CONJUR. Decisões do Carf apontam para incidência de IR sobre incorporação de ações. <https://bityli.com/ZAltgS>. Acesso em: 05/07/2022.

SCHOUERI, Luís Eduardo; ANDRADE JUNIOR, Luiz Carlos de. Incorporação de Ações: Natureza Societária e Efeitos Tributários. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 200, 2012.

FREITAS. Vladimir Passos de. Código tributário nacional comentado [livro eletrônico]: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

OLIVEIRA. Ricardo Mariz de. A incógnita da disponibilidade econômica da renda – novos atropelos da noção de disponibilidade. Revista Direito Tributário Atual – RDTA, São Paulo, V. 38, 2017.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Solução de consulta COSIT nº 224, de 14 de março de 2014. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?naoPublica>.

Equipe n. 07

Fernando Gomes Favacho

Gabrielle Couto Ramalho

Rafael Coutinho Alves

Victoria Cascaes Brito

Rodrigo César França de Oliveira

Luhana Helena Botinelly Do Amaral E Silva

Thiago Nobre Maia

Ana Beatriz Santana Pinto

Mylena Ogawa Furtado Rodrigues

João Pedro Pereira Cruz

INFOGRÁFICO

1. DA BREVE SÍNTESE FÁTICA

Trata-se de uma autuação em face da alienação ocorrida em virtude da incorporação de ações, de modo que a autuada se valeu de artifícios contábeis para encobrir o fato gerador das autoridades fiscais, deixando de recolher IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

A operação de incorporação de ações teve como data-base 31 de dezembro de 2019, em que a Transmissora Azul (incorporada) tornou-se subsidiária integral da Energia Forte (incorporadora). Os acionistas da incorporada transferiram suas ações para a incorporadora, recebendo em contraprestação as ações da própria incorporadora ao invés de receber o pagamento em dinheiro, caracterizando a alienação de bens.

Por se tratar de uma alienação, a autuada considerou a operação como um investimento alto. Sendo assim, avaliou segundo o Método de Equivalência Patrimonial - MEP, mas, contraditoriamente, registrou o investimento com base no Método de Aquisição, avaliando a valor justo, evidenciando ainda mais a existência de artifícios contábeis que tinham por objetivo ocultar o conhecimento do fato gerador.

Visando dissimular a operação, a autuada, de forma dolosa, efetuou um lançamento contábil para caracterizar uma compra vantajosa, valendo-se do efeito diferido do IRPJ e CSLL quando, na verdade, teve um ganho de capital superior a R\$ 70,00 (setenta reais), sujeito à incidência de IRPJ e CSLL. Não obstante, incide PIS e COFINS sobre o ganho de capital auferido na operação de incorporação de ações, com fulcro no artigo 1º, §3º, inciso IX, da Lei n. 10.637/2002, bem como artigo 1º, inciso VIII, da Lei n. 10.833/2003, ambos alterados pela Lei n. 12.973/2014.

Por sua vez, o ganho de capital será superior a R\$ 70,00 em face da desconsideração do efeito diferido do tributo, os quais representam uma consequência da diferença temporária entre a base fiscal e a base contábil na sociedade investidora, de modo que o seu desdobramento não seria admitido pelo

art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598/1977, que faz alusão ao patrimônio líquido da sociedade investida para efeito de desdobramento do custo da aquisição.

Faz-se mister salientar que o valor de R\$ 70,00 decorre da diferença entre o valor das ações da incorporada (Transmissora Azul) entregues e o valor das ações da incorporadora (Energia Forte) recebidas pela autuada (Holding Azul S/A). Tratando-se de alienação, tal operação deverá ser feita a valor de mercado, pois somente desse modo refletirá a verdadeira equivalência econômica entre as duas participações societárias.

Ao ferir os direitos dos acionistas minoritários, resta latente a existência da dissimulação da operação, principalmente pelo fato de que na incorporação de ações mantém-se a autonomia patrimonial das sociedades, cuja operação é feita entre companhias - e não entre sócios, nem entre sócios e companhias. Não obstante, a avaliação do valor contábil da relação de troca não seria oponível ao Fisco, sendo imprescindível proceder ao cálculo do ganho de capital com base no valor econômico da participação societária recebida.

Consequentemente, aplica-se a multa isolada de 50% pelo recolhimento a menor de IRPJ e CSLL em face da ausência de cômputo do ganho de capital nas estimativas mensais, bem como aplica-se a multa de ofício qualificada em 150% em virtude da autuada, dolosamente, se valer de artifícios contábeis que almejavam dissimular a operação - e impedir que o fisco tenha conhecimento da mesma, de modo a querer caracterizar um ganho de capital como compra vantajosa, incidindo na prática de sonegação.

2. DA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE O GANHO DE CAPITAL DECORRENTE DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

A autuada, ao considerar que faria um alto investimento, contratou perito para avaliar seu patrimônio, inclusive o preço de suas ações. Isto porque a avaliação revelará se o valor da ação estará diferente daquele pelo qual os acionistas a adquiriram, tendo em vista que gerará um ganho ou uma perda de capital.

A perda ou ganho de capital terá reflexos tributários quanto à apuração do IRPJ e da CSLL, conforme redação do art. 31 do Decreto-lei nº 1.598/1971, **classifica-**

se como ganho ou perda de capital os resultados **da alienação**. **Portanto**, não restam dúvidas quanto à configuração de um ganho de capital a ser tributado pelo IRPJ e CSLL vez que, caso tivesse figurado uma perda de capital, esta seria dedutível na apuração dos tributos mencionados.

Cabe ao legislador complementar definir o conceito de renda. Assim, o CTN (Código Tributário Nacional) optou por um conceito amplo, frisando a ideia de **realização**, pela disponibilidade econômica ou jurídica, ou seja, tendo disponibilidade: incidirá a tributação. Tendo em vista que, na incorporação de ações, o valor efetivo na transferência foi superior ao custo, classifica-se como ganho de capital.

Faz-se mister salientar que o artigo 5º da Lei 6.404/1976 (Lei das S/A) dispõe que o **capital social** da companhia será expresso em moeda nacional. Desse modo, conforme artigo 252 da Lei das S/A na incorporação das ações, **incorporou-se o capital social** da incorporada

(Transmissora Azul) ao patrimônio da incorporadora (Energia Forte), convertendo a primeira em subsidiária integral. Concluindo-se pela caracterização de alienação que, no presente caso, gerou um ganho de capital.

Contudo, ainda assim a autuada se valeu de artifícios contábeis de maneira ardilosa para mascarar a real natureza das operações que ele realizou. Competindo à autoridade administrativa a desconsideração de atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo, conforme o parágrafo único do art. 116 do CTN¹ c/c artigo 149, VII do CTN, em que a autoridade possui o poder-dever de revisar o procedimento apuratório da autuada .

2.1. DA NATUREZA JURÍDICA DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

Nos termos do artigo 252 da Lei 6.404/1976 (a Lei das S/A), a incorporação de ações é um meio para que todas as ações da Transmissora Azul (incorporada) sejam

¹ Ressalta-se que este dispositivo teve a sua constitucionalidade declarada pelo STF na ADI 2446, julgada já no ano de 2022.

adquiridas pela Energia Forte (incorporadora), o que torna a primeira uma subsidiária integral da última.

Destaca-se que incorporação de sociedades difere-se de incorporação de ações, vez que na última, além de preservar a autonomia patrimonial das sociedades, é um negócio realizado entre companhias - e não entre sócios e nem entre sócios e companhia, transmitindo as ações de uma companhia para a outra sem, contudo, transferir seu patrimônio (SCHOUERI; ANDRADE, 2012).

Já a incorporação de empresas ocorre quando uma absorve todo o patrimônio de outra, trazendo os ativos e passivos para dentro do patrimônio da incorporadora, desaparecendo a incorporada (GELBCKE; SANTOS; IUDÍCIBUS; MARTINS, 2018).

Mediante a transferência das ações de uma sociedade para outra, evidencia-se a alienação destas, em que a moeda de pagamento utilizada foram as próprias ações Energia Forte à Holding Azul, tanto é assim que Edmar Oliveira Andrade Filho dispõe que o detentor das ações as entregas como uma forma de conferência de bens para subscrição de capital, recebendo as ações ou quotas da sociedade que teve seu capital aumentado (2009, p. 484).

Ocorre que as sociedades se valeram de um artifício contábil visando descaracterizar a natureza jurídica da operação, de modo que dissimulam o ganho de capital auferido, em uma tentativa vã de tentar enquadrar como sub-rogação real um nítido caso de alienação.

Conforme os esclarecimentos de Luís Eduardo Schoueri, a incorporação de ações não se caracteriza como permuta, considerando que o valor das ações não são equivalentes entre si (2019, p. 1104). Ressaltando ainda mais a operação fraudulenta realizada entre as sociedades, visando o menor recolhimento de tributos.

Este entendimento é pacificado entre as Câmaras de Julgamento do CARF, corroborado pela 2ª Turma Superior da Câmara Superior de Recursos Fiscais do órgão, através do Acórdão nº 9202-00.662, cujo voto foi no sentido de que as operações que importem alienação a qualquer título, de bens e direitos, estão sujeitos à apuração do ganho de capital. Tal posicionamento é diverso ao alegado pela autuada, derrubando seu anseio de obter uma repercussão jurídica diversa ao caracterizar como compra vantajosa um nítido ganho de capital.

Tanto é assim que a Coordenação-Geral de Tributação da Receita Federal do Brasil, conforme Solução de Consulta 224/2014, aduz que a incorporação de ações é uma 'operação de integralização de capital mediante entrega de bens', vez que a entrega de ações é uma contrapartida da aquisição da participação societária, configurando verdadeira alienação de bens sujeita à apuração de ganho de capital.

2.2. DA MENSURAÇÃO A VALOR JUSTO

No momento de realizar a mensuração da contraprestação e da participação societária, a Energia Forte avaliou a método de valor justo, tendo por fundamento o CPC n° 15, porquanto a Holding Azul realizou a avaliação patrimonial das sociedades envolvidas também a valor justo. Contudo, ao reconhecer o investimento na Energia Forte, o método utilizado foi o de valor contábil, mais um claro artifício para simular um planejamento tributário.

Valor justo é o preço recebido ou pela venda de um ativo ou pago pela transferência de um passivo em transação não forçada entre participantes do mercado na data de mensuração, com previsão no CPC n° 46, baseando-se no valor de mercado, sendo a única forma de realizar a comparação entre ambas as sociedades, pois irá considerar o seu real valor.

Apesar disso, a realidade foi outra. As sociedades fizeram a avaliação por um método e observaram que a contabilização por este não seria tão favorável a elas. Por mais que o método de contabilização fique a encargo das sociedades, as normas e princípios contábeis não poderão ser ignoradas, bem como deverá ser feita a mudança nas

demonstrações financeiras com a modificação do método utilizado, como dispõe o art. 177, §1° da lei n. 6.404/1976. Entretanto, não foi elaborada outra demonstração financeira, prosseguindo com a simulação do levantamento fiscal.

O item n. 18 do CPC 46 estabelece que "se houver mercado principal para o ativo ou passivo, a mensuração do valor justo deve representar o preço nesse mercado", devendo o mercado principal ser considerado do ponto de vista da companhia. Quando existir um mercado principal para o ativo e o passivo, a mensuração, portanto, será baseada no preço praticado no mercado, de modo a

estabelecer uma operação justa aos envolvidos (GELBCKE; SANTOS; IUDÍCIBUS; MARTINS, 2018, p. 141).

No que concerne a utilização do valor justo para a mensuração da operação, a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF entende que a emissão de novas ações avaliadas a valor de mercado, sujeita-se ao ganho de capital, *in verbis*:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2007 INCORPORAÇÃO DE AÇÕES PARA CONVERSÃO DA EMPRESA INCORPORADA EM SUBSIDIÁRIA INTEGRAL. SUBSTITUIÇÃO DAS AÇÕES PELA INCORPORADORA. **ALIENAÇÃO CARACTERIZADA.**

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

É clara a simulação praticada pela autuada, visto que as formas de avaliação são mensuradas de maneiras distintas, bem como os impactos econômico-tributários. Como exposto acima, o valor justo visa a proteger o melhor interesse de todos os envolvidos na incorporação. Luís Eduardo Schoueri e Luiz Carlos de Andrade Jr (2012, p.47) estabelecem que, quanto ao valor pelo qual as ações devam ser incorporadas, deverá ser realizada uma avaliação por perito mediante laudo técnico, a fim de garantir a devida segurança. Contudo, após a análise do caso concreto, chega-se a conclusão que não foi realizada tal avaliação, portanto, a mensuração a valor justo se faz necessário para garantir justamente a segurança jurídica que não foi suprida com o Laudo Técnico, assim como dispõe o art. 20, II, §3º, do Decreto-Lei 1.598/77.

Isto posto, a autuada buscou realizar um planejamento tributário baseado no método de aquisição, contudo, utilizou de meios fraudulentos para tal, realizando uma simulação do levantamento fiscal para reduzir a repercussão tributária, devendo incidir IRPJ e CSLL.

2.3. DO DESCABIMENTO DO DIFERIMENTO DOS TRIBUTOS

A autuada somente teve o efeito diferido dos tributos em razão de ter dissimulado a operação para caracterizá-la como compra vantajosa ao invés de ganho de capital. Por este motivo, torna-se imprescindível que o desconsidere.

Isto porque, nos termos das Normas Brasileiras de Contabilidade (NBC) TG 32, há distinções quanto à caracterização entre o passivo fiscal diferido e o ativo fiscal diferido. Entende-se como passivo fiscal diferido o valor do imposto a ser cobrado sobre o lucro em um futuro, de acordo com as diferenças temporárias tributáveis.

Entende-se como ativo fiscal diferido o valor do tributo que será cobrado de acordo com o lucro recuperável no futuro, correspondendo às diferenças temporárias dedutíveis, considerando também a compensação futura dos prejuízos e/ou créditos fiscais não utilizados.

A existência do tributo diferido pressupõe que existe diferença entre o lucro contábil e o lucro tributável, e que esta diferença será resolvida ao longo do tempo e, embora possam ter tratamentos diferentes na contabilidade e na base de cálculo dos tributos, as operações têm de ter base fática. No caso em questão a operação que se realizou foi a venda de investimento com ganho de capital, ainda que o pagamento não tenha ocorrido em dinheiro, não há que se falar em compra vantajosa

Consequentemente, a autuada não faz jus ao efeito diferido dos tributos, uma vez que não se configura a receita de compra vantajosa e que o ganho de capital foi realizado no momento do negócio, não havendo, portanto, diferenças temporárias para serem resolvidas no futuro.

Destaca-se ainda que o valor do ganho de capital a ser tributado seria superior à diferença de R\$ 70,00 em face do não diferimento, cujo desdobramento não se admite em face do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/1977, que dispõe sobre o patrimônio líquido da sociedade investida para efeito de desdobramento do custo da aquisição.

Visando dissimular a operação, a autuada, de forma dolosa, efetuou um lançamento contábil para caracterizar uma compra vantajosa, valendo-se do efeito diferido do IRPJ e CSLL quando, na verdade, teve um ganho de capital superior a R\$ 70,00, sujeito à incidência de IRPJ e CSLL, PIS e COFINS

Destaca-se ainda que o valor do ganho de capital a ser tributado seria superior à diferença de R\$ 70,00 em face do não diferimento, cujo desdobramento não se admite em face do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/1977, que dispõe sobre o patrimônio líquido da sociedade investida para efeito de desdobramento do custo da aquisição.

3. DA INCIDÊNCIA DO PIS/COFINS

A autuada aduz ser descabida a incidência do PIS e da COFINS em virtude da não incidência sobre receitas decorrentes da alienação de bens integrantes do ativo não-circulante. Alega ainda que os ganhos por compra vantajosa não constituem receitas realizadas, o que igualmente afastaria a incidência das citadas contribuições.

Nos termos do artigo 31 do Decreto-lei nº 1.598/1971, **classifica-se como ganho ou perda de capital os resultados da alienação** e, tendo em vista que não se resta dúvida quanto a configuração de ganho de capital, destaca-se que um dos objetos sociais da incorporadora (Energia Forte) é justamente a participação, como sócio ou acionista, no capital social. Assim, a autuada (Holding Azul), ao alienar suas ações para fins de incorporação, se submeteu ao objeto social da incorporadora. Por esta razão, incide PIS e COFINS.

Cumprido destacar que a não incidência do PIS e da COFINS sobre o mencionado ganho de capital, lastreada pela Lei nº 10.637/2002 em seu art. 1º, §3º, inciso VI, e pela Lei 10.833/2003 em seu art. 1º, §3º, inciso II, somente abarca as receitas provenientes da venda de bens do ativo não circulante. No presente caso, a empresa alvo da autuação é uma *holding*, que passou a ter como objeto social a atividade de administração de participações societárias (p. 1 do Caso).

Como leciona Flávio Couto Bernardes (2010, p. 415), no processo administrativo vigora o princípio da verdade material, sendo papel do ente fiscalizador a apuração rigorosa da realidade dos negócios jurídicos e a subsunção destes à lei, não se resumindo a critérios meramente formais (síntese de contratos ou descrições genéricas de notas fiscais que não comprovam a veracidade dos fatos). Ora, as transações relativas a cotas societárias importam em um verdadeiro

exercício da atividade-fim da empresa por meio de uma operação usual, não havendo, portanto, que se falar em integração do bem ao ativo não-circulante.

Indo adiante, mesmo que o procedimento adotado pela autuada fosse considerado correto, inexistente respaldo legal que fundamente a exclusão do ganho por compra vantajosa das bases de cálculo do PIS e da COFINS, não podendo ser alegado pelo contribuinte como hipótese de base de incidência.

É dizer, mesmo na hipótese de o ganho de capital correspondente a R\$ 70,00 não ser considerado sujeito à incidência de tais contribuições, o lançamento de ofício deve ser mantido tendo como base o ganho por compra vantajosa de R\$ 46,20, ou, residualmente, sobre o valor de R\$ 35,00 decorrente da avaliação a valor justo da contraprestação transferida.

Por todo o exposto, resta inequívoca a responsabilidade da autuada no que se refere à obrigação de recolhimento do PIS e da COFINS sobre o ganho de capital que foi auferido na incorporação de ações.

4. DA INCIDÊNCIA DA MULTA ISOLADA

No âmbito dos tributos discorridos neste parecer, importa salientar que multa isolada, elencada pelo artigo 74, §17, da lei 9.430/96, trata de percentual punitivo pela ausência de recolhimento de tributos cumulado com a tentativa de fraude e simulação realizada pelo contribuinte, incide pelos fundamentos expostos a seguir. Por outro lado, multa qualificada seria a hipótese de incidência de multa de ofício de 75%, podendo ser duplicada no caso de sonegação, disposta no artigo 44, parágrafo 1º, da Lei 9.430/1996.

Isto posto, a utilização da mesma base de cálculo para a multa isolada e qualificada não caracteriza a aplicação de dupla penalidade pelo mesmo fato gerador, considerando que a hipótese de incidência da multa isolada é o não pagamento de tributo, porquanto a hipótese de incidência da multa qualificada é a sonegação.

É indubitável que a autuada agiu com má fé na realização da avaliação patrimonial para se fazer valer de um planejamento tributário, quando na realidade há clara evasão fiscal, não recolhendo, ainda, o IRPJ, CSLL e PIS/COFINS devidos.

Ponto relevante merece a diferenciação de suas materialidades para fins de incidência da sanção, de forma distinta, afastando qualquer hipótese de *bis in idem*. A multa isolada e multa de ofício, possuem materialidades diversas. A multa de ofício diz respeito, tão somente, à falta de pagamento e declaração do IRPJ e da CSLL ao final do período compreendido no ano-calendário, enquanto que a multa isolada se refere ao não pagamento dos valores devidos a título de estimativa de apuração do IRPJ. De fato, a base de cálculo sobre a qual incide a alíquota da multa não é a mesma, logo, não poderia se falar em *bis in idem* punitivo.

Ainda sobre a possibilidade de cumular a aplicação de ambas as penalidades, vencido o argumento da natureza diferida das multas, a duplicidade na cobrança é plenamente cabível para fins de coibir que o contribuinte se use de simulação para se esquivar de suas obrigações tributárias. Tão logo, a multa isolada pelo descumprimento do dever de recolhimento antecipado deve ser aplicada *sobre o total que deixou de ser recolhido*, sendo, em face de sua natureza diferida, afastada a aplicação do princípio da consunção, não cabe argumentar acerca do afastamento da absorção da multa isolada pela multa de ofício.

As estimativas mensais configuram obrigações autônomas da e que não se confundem, sendo, portanto, plenamente cabível a aplicação concomitante, inclusive, considerando a própria finalidade das infrações, sendo uma voltada ao caráter puramente repressivo, e outra com vistas a estimular a reeducação do infrator, evitando que este volte a incidir na conduta combatida.

5. DA INCIDÊNCIA DA MULTA QUALIFICADA

A evasão fiscal ocorre através de ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária (art. 44, §1º da Lei 9.430/1996).

Na Lei das S/A, o artigo 252 deixa nítido que na incorporação das ações, **incorporou-se o capital social** da incorporada (Transmissora Azul) ao patrimônio da incorporadora (Energia Forte), convertendo a primeira em subsidiária integral. Essa alienação gerou um ganho de capital. Todavia, a atuada dissimulou a operação

visando caracterizá-la como uma compra vantajosa. O dolo, como um elemento subjetivo de vontade, restou plenamente configurado, qualificando a multa de ofício e com isso aumentando a alíquota incidente para 150%.

No presente caso, é nítida a manipulação da aparência da operação para descaracterizar o ganho de capital por compra vantajosa, senão vejamos: A Holding Azul buscou dissimular a operação visando não recolher os tributos decorrentes do ganho de capital, valendo-se de artifício contábil para desconstituir o ganho de capital em um ganho por compra vantajosa, de forma a impedir que as autoridades fiscais tivessem pleno conhecimento dos fatos ocorridos.

Outra evidência do elemento subjetivo de vontade é que a atuada, ao avaliar a operação pelo MEP e registrar pelo Valor Justo, identificou a diferença de valores percebidos para fins de tributação.

Mesmo que se entenda que não há previsão legal que determine a utilização específica de um método contábil em prol de outro, ainda que tanto quanto previsto em regras contábeis e regulatórias para avaliação da operação, é certo que o método utilizado pelo contribuinte gerou uma artificialidade dos termos e condições do negócio firmado, não expressando a sua real dimensão econômica, principalmente pelo fato deste ter realizada uma reavaliação posterior sobre o mesmo patrimônio objeto da operação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelas razões acima apresentadas, observou-se que as alegações trazidas pela atuada possuem o condão de dissimular, de forma expressamente dolosa, a devida e regular transação tributária para fins de incorporação.

Dos pontos centrais trazidos pelo contribuinte acerca da tributação sobre o ganho de capital obtido na incorporação de ações, sustenta a atuada ser este, na realidade, o custo de aquisição equivalente ao valor devido das ações, realizada a valor contábil, onde não obteve ganho de capital, afirmando que a diferença passível de tributação seria somente realizada em eventual alienação ou baixa do investimento.

Neste sentido, importa salientar que a atuada se utilizou de artifícios contábeis para dissimular o ganho de capital enquanto compra vantajosa, visando fraudar a operação e impedir que o fisco tenha conhecimento da mesma, praticando, de forma evidente, o crime de sonegação.

Ainda, no ponto em que toca a natureza jurídica, não restando dúvidas quanto à configuração de um ganho de capital a ser tributado pelo IRPJ e CSLL, o artigo 252 da Lei das S/A na incorporação das ações preceitua que a incorporação do capital social da incorporada (Transmissora Azul) ao patrimônio da incorporadora (Energia Forte) a converte em subsidiária integral, tão logo caracterizando alienação, gerando ganho de capital. A reforço do arguido, a análise realizada dos valores segundo o Método de Equivalência Patrimonial e o registro como método de aquisição evidenciam a tentativa de dissimulação por parte da atuada.

Reconhecida a natureza de alienação, ou seja, de incorporação integral entre a incorporada e a incorporadora, há de se reconhecer que a atuada (Holding Azul), ao alienar suas ações para fins de incorporação, se submeteu ao objeto social da incorporadora, incidindo, deste modo, PIS e COFINS. Em outras palavras, as ações transmitidas não fazem parte do ativo não circulante, ao que se afastou a hipótese de isenção de PIS e COFINS.

Por fim, reconhecendo que houve conduta expressamente dolosa eivada de inúmeros vícios, entende-se pela aplicação das multas isolada e qualificada cumulativamente em face sua natureza e base de cálculo de naturezas distintas, haja vista, neste caso, a sanção ganhar caráter punitivo e o papel de coibir a existência de eventos futuros equivalentes, tornando-se imprescindíveis para a correção do feito.

REFERÊNCIAS

BERNARDES, Flávio Couto. **A Prova e o Princípio da Verdade Material na Aplicação da Norma Jurídica Tributária: o Estabelecimento Prestador e a Materialidade do Fato Gerador na Incidência do Imposto sobre Serviços**, In: A Prova no Processo Tributário, Ed. Dialética, 2010.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 451 apud EIZIRIK, Nelson. Incorporação de ações:

Aspectos Polêmicos. In: WARDE JR., Walfrido Jorge (Coord.). Fusão, Cisão, Incorporação e Temas correlatos. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DOS GELBCKE, Ernesto R.; SANTOS, Ariovaldo; IUDÍCIBUS, Sérgio D.; et al. Manual de Contabilidade Societária, 3ª edição. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2018. 9788597016161. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597016161/>. Acesso em: 06 jul. 2022.

OLIVEIRA, G.P. D. Contabilidade Tributária, 4ª Edição. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2013. 9788502204621. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502204621/>. Acesso em: 06 Jul 2022 PADOVEZE, Clóvis L. Manual de Contabilidade Básica - Contabilidade Introdutória e Intermediária, 10ª edição. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2016. 9788597010091. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010091/>. Acesso em: 06 jul. 2022.

SCHOUERI, Luís Eduardo, ANDRADE JR., Luiz Carlos de. **Incorporação de Ações: Natureza Societária e Efeitos Tributários**. Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT). n. 200, mai. 2012.

Equipe n. 09

Maria Clara Da Silva Castro

Andre Da Costa Ericeira

Bianca Lorrane Noronha Da Costa

Carlos Alberto Schenato Junior

Giovanna Brandao Da Silva

Leonardo Costa Norat

Matheus Miranda De Medeiros

Mayara Pantoja Pombo

Fabricio De Moraes

João Paulo Mendes Neto

Luis Corecha

MEMORIAL FISCO

I. DA ALIENAÇÃO NA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO TOTAL

O caso trata de operação de incorporação de ações da empresa Transmissora Azul de Energia Elétrica S/A que incorporou de forma integral as ações da Energia Forte Renovável S/A. O conceito de incorporação de ações encontra previsão no art. 252¹ da Lei das S/A (lei 6.404/76) e consiste na operação através da qual todas as ações de uma sociedade (incorporada) são adquiridas por outra sociedade (incorporadora), que passa a ser sua única acionista.

Observa-se pela norma que a incorporação de ações consiste em transferir ações da empresa incorporada para a empresa incorporadora. Como resultado final desta operação a empresa incorporadora tem um aumento de capital (§ 1º), resultado da adição entre suas próprias ações e as ações da empresa incorporada.

No caso, o resultado da operação de incorporação indica que a Holding Azul recebeu 35 ações da Energia Forte. Isso equivale à participação de 70% anteriormente mantida na Transmissora Azul. Observa-se no balanço patrimonial em tela que:

¹ 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 justificção, 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)

	Número de ações	Critério do Valor	Valor unitário das ações	Total
Investimento da Transmissora Azul (quanto foi pago pelas ações da incorporada)	7	Patrimonial	R\$ 50	350
Recebimento da Holding Azul em forma de ações	35	Econômico	R\$ 12	420

Legenda: Diferença entre o investimento da Holding e a contraprestação em ações da Energia Forte

O aumento de capital indica que houve naquela operação uma alienação, em que no resultado final se identifica que o patrimônio da empresa aumentou.

A incorporação por ações tem natureza de alienação e, por isso, incidirá ali um ganho de capital sobre a diferença positiva entre a primeira e a segunda avaliação patrimonial da S/A. Nesse entendimento, acorda o doutrinador Andrade Júnior:

A incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo. O detentor das ações ou quotas às 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.

De acordo com o Art. 31 do Decreto-lei n. 1.598/1977² determina que o ganho de capital computado na determinação do lucro real é aquele decorrente da alienação. Os requisitos para identificar operação de alienação estão presentes no caso em tela: é uma operação bilateral, em que ambas as empresas decidem pela incorporação, caracterizando uma alienação voluntária (CARVALHOSA, Modesto). Logo, identificada a operação de alienação, se presume o lucro real passível de

² Art. 31: Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4o), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo não circulante, classificados como investimentos, imobilizado ou intangível. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014).

tributação.

É fato que determinados doutrinadores, tais como, argumentam que os acionistas durante a operação de incorporação apontado no artigo não manifestam sua vontade. Isso ocorre pela interpretação do artigo 252³, que define que quem decide sobre as incorporações é a assembleia da S/a, como órgão soberano.

Na doutrina Civilista, a alienação representa um negócio jurídico bilateral em que é necessário que as partes manifestem sua vontade pela alienação.

Por força do artigo 109, CTN, o direito tributário tem autonomia na definição de seus conceitos e diferencia a definição de alienação daquela outrora exposta pelo Direito Civil. A alienação para fins tributários adquire nova percepção, que podem ser identificadas quando se analisa as decisões recentes do CARF⁴.

Ao estabelecer que o ganho de capital decorre da alienação de ativo registrado no não circulante, inclusive quando não há manifestação de vontade nenhuma do

³ Art. 31, § 2º A assembleia geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação por metade, no mínimo, do total de votos conferidos pelas 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, e os dissidentes da deliberação terão direito de se retirar da companhia, observado o disposto no inciso II do caput do art. 137 desta Lei, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.195, de 2021) § 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.

4 IRPF - OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL. A figura da incorporação de ações, prevista no artigo 252 da lei 6.404/76, difere da incorporação de sociedades e da subscrição de capital em bens. Com a incorporação de ações, ocorre a transmissão da totalidade das ações (e não do patrimônio) e a incorporada passa a ser subsidiária integral da incorporadora, sem ser extinta, ou seja, permanecendo com direitos e obrigações. Neste caso, se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação.

Os sócios, pessoas físicas, independentemente de terem ou não aprovado a operação na assembleia de acionistas que a aprovou, devem, apenas, promover tal alteração em suas declarações de ajuste anual. Ademais, nos termos do artigo 38, § único, do RIR/99, a tributação do imposto sobre a renda para as pessoas físicas está sujeita ao regime de caixa, sendo que, no caso, o contribuinte não recebeu nenhum numerário em razão da operação autuada.

Não se aplicam à incorporação de ações o artigo 3º, § 3º, da lei 7.713/88, nem tampouco o artigo 23 da lei 9.249/95. Inexistência de fundamento legal que autorize a exigência de imposto de renda pessoa física por ganho de capital na incorporação de ações em apreço. Recurso especial negado. (ênfases acrescidas). 5 (Acórdão n. 9202-009.948), proferido pela 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais ("CSRF"), a turma entendeu pela não incidência do IRPF na incorporação de ações, porque não há, nessas operações, a realização da renda. Não obstante a decisão favorável, a relatora foi incisiva no sentido de que na incorporação de ações não há sub-rogação real, pois os bens 'permutados' não possuem a mesma relação jurídica originária.

alienante, como ocorre na desapropriação, o legislador deu novos contornos ao termo “alienação” previsto na lei civil, e estabeleceu que o ato de alienar, para fins fiscais, independe da vontade do agente.

É o que acorda Luís Eduardo Schoueri ao afirmar que a troca de ações de uma sociedade por ações de outra não configura sub-rogação real. Para tanto, sustentam que, para ocorrer sub-rogação real, deve ser mantida a relação originária, de forma que o bem substituído e o bem sub-rogado desempenhem o mesmo papel. Não é o que ocorre, para os autores, nas operações de incorporação de ações. Após a incorporação de ações, o acionista passa a deter ações de outra sociedade, e isso impossibilita a manutenção da relação originária⁵.

Destarte, a jurisprudência administrativa vem se firmando no sentido de que há, a incorporação de ações consiste na alienação das ações incorporadas.

II. DO INSTITUTO DE GANHO DE CAPITAL NO CÁLCULO DO VALOR JUSTO

O caso concreto trata de uma incorporação entre empresas de capital fechado, onde o balanço patrimonial é calculado com base no valor justo.

A partir da introdução dos padrões contábeis internacionais (IFRS – International Financial Reporting Standards) no Brasil, entrou em vigor o CPC 46 que mensura o Valor Justo, que corresponde ao IFRS 13 (Fair Value). A definição de Valor Justo é “o preço que seria recebido pela venda de um ativo ou que seria pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada entre participantes do mercado na data da mensuração”, de acordo com o CPC 46.

Valor justo é o preço que seria recebido pela empresa ao vender um ativo, também conceitua o valor pago pela transferência de um passivo por meio de transações voluntárias. O valor justo se baseia no mercado e não em critérios definidos pela entidade e, sendo assim, fica atrelado à data de mensuração da transação. Assim, este valor pode mudar de um período para o outro, haja seu valor acompanha a variação do mercado.

In casu, é utilizado o critério de valor justo para cálculo do balanço patrimonial. Como regra, não há uma obrigação legal em avaliar o valor justo em equidade ao

valor de mercado. Sendo assim, é possível que ela utilize tanto o critério de valor patrimonial como o valor de mercado para avaliar seu capital.

Diante desta brecha legislativa, o argumento da autuada segue o balanço patrimonial realizado utilizando o critério da relação de troca do valor justo, segundo o valor patrimonial. Com isso, a tributação incide no valor de R\$35,00 (trinta e cinco reais) que corresponde à diferença entre o valor da Transmissora Azul (R\$385,00) e da Energia Forte (R\$420,00), de acordo com o balanço patrimonial (fl.4).

Entretanto, existem determinados casos em que a observância dos critérios do laudo pericial devem observar as regras legais (art. 226, §3º, alínea "a", Lei das SA, c/c a Instrução 565 da CVM) : (a) Sociedades anônimas de capital aberto - como forma de proteger os acionistas minoritário; (b) Existência de **alienação na incorporação de ações**, dessa forma, sendo caracterizado ganho de capital, fato gerador do IRPJ e CSLL.

Logo, uma vez comprovada que a incorporação de ação aqui é uma alienação, a diferença positiva no saldo final caracteriza ganho de capital. A 1ª Turma do CARF no julgamento do Processo Res. 10880.721781/2014-79, proferiu acórdão favorável⁵ a esse entendimento.

Além disso, temos que deve ser aplicado o valor de mercado para cálculo contábil, de acordo com o processo 16561.720167/201306 que julgou o Recurso Voluntário, na 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária na data de 19 de fevereiro de 2019⁶:

Não merece prosperar a alegação da autuada (fl.5) de afastar a tributação devido caracterização de ganho por compra vantajosa, (correspondente à diferença entre o valor das ações da Transmissora Azul e o valor das ações recebidas da Energia Forte, no valor de R\$ 46,20 (quarenta e seis reais e vinte centavos) (fl.5).

⁵ 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 à preço de mercado das ações dadas em pagamento, gerou-se um acréscimo patrimonial tributável pelo ganho de capital. (Sessão de 09 de setembro de 2021).

⁶ OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES POR VALOR SUPERIOR AO VALOR CONTÁBIL. ALIENAÇÃO EM SENTIDO AMPLO. GANHO DE CAPITAL. A incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo. A subscrição de ações pelo valor de mercado e superior ao consignado na escrituração contábil, ainda que no bojo da figura da incorporação de ações, caracteriza ganho de capital, devendo incidir a tributação correspondente.

O item 34 do Pronunciamento Técnico CPC n.15, ao tratar do tema, dispõe que o ganho por compra vantajosa ocorrerá quando, na operação de combinação de negócios,⁷ o valor justo dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos for maior do que a contraprestação transferida pelo adquirente. Nesta hipótese, o adquirente deve reconhecer o ganho por compra vantajosa, auferido na data da aquisição, na demonstração de resultado do exercício elaborada para fins contábeis.⁸

O problema concreto surge justamente em razão do reconhecimento do ganho por compra vantajosa no resultado do exercício da sociedade adquirente, conforme preconizado pelo item 34 do Pronunciamento Técnico CPC n. 15.

Diferentemente do que ocorre em outras hipóteses de avaliação de ativos a valor justo (v.g. instrumentos financeiros), o ganho por compra vantajosa não é registrado na conta de ajuste de avaliação patrimonial (AAP), que integra o patrimônio líquido, na qual são contabilizadas as contrapartidas de aumentos ou diminuições de valores atribuídos a elementos do ativo e passivo, em decorrência de sua avaliação a valor justo⁹

A conta de AAP, instituída pela Lei n. 11.638/2007, serve justamente para evitar o trânsito por conta de resultado de valores ainda não realizados, segundo o regime de competência.¹⁰

Porém, em circunstâncias específicas, as regras contábeis determinam que a contrapartida da avaliação de ativos a valor justo seja registrada diretamente na demonstração do resultado do exercício, como ocorre com os ativos biológicos (CPC

⁷ Conceito de Combinação de negócios de acordo com o CPC# n. 15: operação ou outro evento por meio do qual um adquirente obtém o controle de um ou mais negócios, independentemente da forma jurídica da operação.

⁸ Veja-se: "Ocasionalmente, um adquirente pode realizar uma compra vantajosa, assim entendida como sendo uma combinação de negócios cujo valor determinado pelo item 32(b) é maior que a soma dos valores especificados no item 32(a). Caso esse excesso de valor permaneça após a aplicação das exigências contidas no item 36, o adquirente deve reconhecer o ganho resultante, na demonstração de resultado do exercício, na data da aquisição. O ganho deve ser atribuído ao adquirente".

⁹ Artigo 182, parágrafo 3º, da Lei n. 6.404/1976.

¹⁰ Segundo Edison Carlos Fernandes: "[...] a diferença entre o valor contábil e o valor de mercado dos ativos e passivos [...] ao ser registrada em conta do patrimônio líquido, estará postergando o seu reconhecimento no resultado, como ganho ou perda, conforme o caso, para obedecer ao regime de competência" (FERNANDES, Edison Carlos. Impacto da Lei n. 11.638/07 sobre os Tributos e a Contabilidade. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 73).

29), as propriedades para investimento (CPC 28), bem como o ganho por compra vantajosa (CPC 15).

Portanto, pode-se assentar que, para fins contábeis, o ganho por compra vantajosa ocorrerá quando o valor justo dos ativos líquidos adquiridos superar o custo de aquisição pago ou suportado pelo adquirente (I), sendo que a sua contrapartida deverá ser registrada diretamente na demonstração do resultado do exercício (II).

O tratamento tributário para o instituto de ganho por compra vantajosa é definido nos termos do artigo 27 da Lei n. 12.973/2014, editada com o objetivo de adaptar as leis tributárias brasileiras às novas regras contábeis baseadas no padrão internacional do IFRS (International Financial Reporting Standards), disciplinou o tratamento do ganho por compra vantajosa, para fins de determinação do lucro real.

Art. 27: O ganho decorrente do excesso do valor líquido dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos, mensurados pelos respectivos valores justos, em relação à contraprestação transferida, será computado na determinação do lucro real no período de apuração relative à data do evento e posteriores, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

Como se vê, o dispositivo legal transcrito acima prevê que o ganho por compra vantajosa, decorrente do excesso do valor líquido dos ativos adquiridos em relação ao preço pago na sua aquisição, será computado na determinação do lucro real à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

O artigo 50 da Lei n. 12.973/2014 estendeu o mesmo tratamento tributário para a CSLL, por meio de norma jurídica de remissão ("Aplicam-se à apuração da base de cálculo da CSLL as disposições contidas nos arts. 2o a 8o, 10 a 42 e 44 a 49").

No cenário subsidiário, ainda que seja acatado o argumento do contribuinte pelo ganho de compra vantajosa, deverá incidir somente na diferença de valor de R\$ 35,00 (trinta e cinco reais), nos termos do art. 23 da Lei n. 12.973/2014, que dita ser

passível a tributação mesmo diante de ganho por compra vantajosa.

Essa premissa se sustenta na medida em que é necessário reconhecer, no resultado do exercício, para efeito de incidência do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS, o ganho decorrente da avaliação a valor justo da contraprestação transferida, que equivaleria a R\$ 35,00 (fl.7). Assim, estaria incorreto o desdobramento contábil feito pelo contribuinte, que deixou de reconhecer os efeitos da avaliação a valor justo da contraprestação transferida.

Nesse sentido, mesmo que se utilize o valor patrimonial, e fique caracterizado o ganho por compra vantajosa diante dos 35 reais de saldo positivo, os outros 35 reais permanecem caracterizando ganho de capital e devem ser tributados como tal.

III. DA CORRETA BASE DE CÁLCULO PARA TRIBUTAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL

A autuada, utiliza como critério da relação de troca do valor justo o valor patrimonial. Alega que a tributação incide somente no valor de R\$35, que corresponde à diferença entre o valor de mercado da Transmissora Azul (R\$385) e da Energia Forte (R\$420), de acordo com o balanço patrimonial:

	nº de ações emitidas pela Holding Azul (proporção 1x5)	valor econômico das ações	valor total
Energia Forte	35	12	420
Transmissora Azul	7	55	385

Legenda: Diferença de 35 reais diante da transmissão de ações (balanço patrimonial pág. 4)

Este balanço contábil indica a diferença de R\$35,00 (trinta e cinco reais) como saldo positivo passível de tributação.

Como constatado, *in casu* existe uma operação de alienação, que deve ser

realizada a valor de mercado, de modo a refletir a verdadeira equivalência econômica entre as duas participações societárias. Desta forma, temos o seguinte balanço patrimonial:

	Número de ações	Critério do Valor	Valor unitário das ações	Total
Investimento da Transmissora Azul (quanto foi pago pelas ações da incorporada)	7	Patrimonia l	R\$ 50	350
Recebimento da Holding Azul em forma de ações	35	Econômico	R\$ 12	420

Legenda: Diferença entre o investimento da Holding e a contraprestação em ações da Energia Forte

Diante dos lançamentos contábeis, relata-se (veridicamente) que a Transmissora Azul investiu R\$350 e recebeu ações que valem, em soma, R\$420. Deste modo, mesmo que o valor patrimonial seja equivalente, houve um auferimento de renda diante do valor dado e do valor recebido (em forma de ações da Energia Forte).

Logo, sendo a natureza da operação de alienação, a diferença de R\$70 constitui o Ganho de Capital deve ser tributada a valor de mercado.

O Ganho de Capital é Fato Gerador do Imposto de Renda, proveniente da compra ou venda (alienação), dessa forma, auferindo renda ao contribuinte. De acordo com o Decreto Lei 1.598/77 em seu artigo 31.¹¹

Diante de todo o exposto, resta devidamente caracterizada, na operação de incorporação de ações aqui analisada, uma alienação geradora de acréscimo

¹¹ Art. 31: Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4o), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo não circulante, classificados como investimentos, imobilizado ou intangível.

patrimonial, o que impõe a incidência do IRPJ e da CSLL. Por meio do Acórdão no 9101-005.691, de 11 de agosto de 2021, analisa os mesmos aspectos fato-jurídico-tributáveis do negócio, reconhecendo-se o ganho de capital neste tipo de operação¹².

IV. DA MULTA ISOLADA

Uma vez constatada a existência do ganho de capital, inarredável a conclusão de que é procedente o lançamento da multa isolada em 50% sobre as estimativas de IRPJ e CSLL recolhidas indevidamente a menor em janeiro de 2020, tendo em vista a ausência do cômputo daquele ganho nas estimativas mensais, nos termos do art. 44, inciso II da Lei n. 9.430/1996.

Trata-se de violação de obrigação acessória específica e autônoma, não podendo ser confundida com a ausência do cumprimento da obrigação principal quando do recolhimento a menor do imposto, por exemplo, ao final do ano, conforme entendimento pacificado, nos termos da Súmula 178 deste Conselho Administrativo, com força vinculante desde a Portaria ME n. 12.975 de 11 de novembro de 2021¹³:

A inexistência de tributo apurado ao final do ano-calendário não impede a aplicação de multa isolada por falta de recolhimento de estimativa na forma autorizada desde a redação original do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Em caso análogo¹⁴, a 1ª Turma da Câmara Superior, ao apreciar a existência do ganho de capital na incorporação de ações e a consequente aplicação da multa isolada pelo descumprimento do regime de estimativa, definiu:

¹² INCORPORAÇÃO DE AÇÕES PARA CONVERSÃO DA EMPRESA INCORPORADA EM SUBSIDIÁRIA INTEGRAL. SUBSTITUIÇÃO DAS AÇÕES PELA INCORPORADORA. ALIENAÇÃO CARACTERIZADA. GANHO DE CAPITAL. OCORRÊNCIA. A operação de entrega de ações para incorporação, nos moldes previstos no art. 252 da Lei das S/A, mediante o recebimento de novas ações emitidas pela empresa incorporadora, ambas avaliadas a valor de mercado, caracteriza-se como alienação e está sujeita a apuração de ganho de capital.

¹³ Art. 45, inciso VI, arts. 72, caput, ambos do Regimento Interno deste Conselho Administrativo.

¹⁴ Quanto a concomitância das multas, especialmente diante da alteração promovida pela Medida Provisória 351, de 2007, imprescindível para a compreensão a leitura do Acórdão nº 110100.434, também da 1ª Turma da CSRF. alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, quando adotou a redação em que afirma "serão aplicadas as seguintes multas", deixa clara a necessidade de aplicação da multa de ofício isolada, em razão do recolhimento a menor de estimativa mensal, cumulativamente com a multa de ofício proporcional, em razão do pagamento a menor do tributo anual, independentemente de a exigência ter sido realizada após o final do ano em que tornou-se devida a estimativa.

**ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA Ano-calendário: 2008
MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. LANÇAMENTO
APÓS O ENCERRAMENTO DO ANO. A**

A possibilidade de exigência da multa, mesmo após encerrado o exercício fiscal, é consequência da interpretação teleológica e gramatical do próprio art. 44, eis que a redação destaca a sujeição à penalidade "ainda que tenha sido apurado prejuízo", razão pela qual impossível entender pela aplicação da multa exclusivamente no ano em curso. Nesse sentido é o entendimento da Câmara Superior no Acórdão nº 9101002.604¹⁵:

Ainda que não se trate de incidência de multa isolada cumulada com multa de ofício decorrente de ajuste-anual, a *ratio decidendi* merece aplicação, a multa qualificada no caso em questão também deve ser mantida, especialmente diante das peculiaridades do caso concreto que apontam claramente os artifícios contábeis promovidos pelo contribuinte com o objetivo de evasão fiscal, que passamos a aduzir.

O contribuinte deixou de levantar balancetes mensais de suspensão, aptos a evidenciar a inexistência de base de cálculo, tampouco de que teria recolhido as antecipações com todos os encargos legais desde o vencimento, o que viola o art. 373, inciso I do Código de Processo Civil, aplicado ao processo administrativo fiscal com base no art. 15 do mesmo diploma legal.

Logo, uma vez constatado o ganho de capital no caso concreto, deve ser mantido o lançamento da multa isolada pelo descumprimento do regime de estimativa pelo contribuinte, eis que a infração prejudica sobremaneira o fluxo de caixa da União.

¹⁵ MULTA ISOLADA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO APÓS O ENCERRAMENTO DO ANOCALENDÁRIO. Não há dúvida quanto à possibilidade de aplicação da multa isolada após o fim do anocalendário a que corresponde a estimativa faltante. O texto da lei diz que a pessoa jurídica que deixar de recolher estimativa fica sujeita à multa isolada "ainda que tenha sido apurado prejuízo" e não "ainda que venha a ser apurado prejuízo...", numa clara indicação de que a multa deve ser aplicada mesmo com o período já encerrado, e não apenas no ano em curso.

V. DA MANUTENÇÃO DA MULTA QUALIFICADA DE 150% SOBRE O VALOR DA OPERAÇÃO

A aplicação da multa de ofício, qualificada em dobro conforme previsão legal, merece ser mantida, pois a sua aplicação está totalmente de acordo com os entendimentos mais atualizados no tocante à exigência de elementos volitivos da infração.

A Lei nº. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que tem como objeto a regulamentação legal do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, estabelece em seu art. 44, incisos

I e II¹⁶, que, nos casos de lançamento de ofício de IRPJ ou de contribuições, será aplicada multa, a qual pode ter o percentual de 75% ou de 50% sobre a totalidade do tributo apurado ou sobre as diferenças.

A referida multa é aplicada quando há diferenças de tributo a ser apuradas, nos casos de falta de pagamento, falta de declaração e nos casos de declaração inexata (art. 40, inciso I). Tratam-se, portanto, das hipóteses primárias de incidência da multa. O antecedente é haver imposto ou contribuição a pagar, a declarar ou com declaração inexata (critério material) num determinado momento do espaço e a um determinado tempo (critérios temporal e espacial); o consequente é a aplicação da multa no percentual de 75% sobre o valor do imposto ou contribuição que não foi pago ou da diferença apurada pela autoridade fiscal (critério quantitativo).

Entretanto, o dispositivo aplicável ao presente caso concreto é o art. 44, § 1º, a qual a doutrina e os tribunais administrativos e judiciais convencionaram em denominar de "multa qualificada", porque ela é aplicada ao percentual de 150% sobre o valor do imposto lançado ou da diferença apurada.

O parágrafo 1º do art. 44¹⁷ estabelece que a multa do inciso I pode sofrer alteração em seu critério quantitativo, desde que esteja comprovada a ocorrência

¹⁶ Art. 44: Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

¹⁷ § 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

alternativa de três possíveis situações fáticas.

As aludidas situações fáticas são aquelas descritas nos arts. 71, 72 e 73¹⁸ da Lei nº. 4.502, de 30 de novembro de 1964, qual seja, sonegação, fraude e conluio. Para que um determinado contribuinte seja apenado com a “multa qualificada”, é necessário que esteja presente alguma das hipóteses previstas no art. 44, inciso I da Lei nº. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, ou seja, ausência de pagamento, ausência de declaração ou inexatidão na declaração prestada à autoridade fiscal.

Seguidamente, é necessário que haja comprovação de que a ausência de pagamento, declaração ou inexatidão da declaração estejam eivadas de elementos comprobatórios de sonegação, fraude ou conluio.

Neste momento, é necessário fazer uma digressão para que se entenda, em termos práticos, como se classificam, em termos conceituais, os institutos da sonegação, fraude e conluio.

V.I Da conceituação legal da sonegação, fraude e conluio:

A sonegação é um ato comissivo ou omissivo que objetiva impedir ou retardar o conhecimento das autoridades fazendárias sobre fatos qualificados como hipótese de incidência de tributos ou contribuições ou até mesmo circunstâncias de tais fatos, ou qualificações pessoais do contribuinte que possam influenciar na descrição tributária a ser realizada pela autoridade fiscal.

O fato imponível, descrito na hipótese de incidência, já foi praticado, porém o contribuinte deseja que a autoridade fiscal não tenha conhecimento da ocorrência do mencionado fato¹⁹.

¹⁸ Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária: I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais; II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente. Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do impôsto devido a evitar ou diferir o seu pagamento. Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

¹⁹ FONSECA, Lucas Silva Marques da. A prova da fraude na aplicação da multa de ofício qualificada. Revista Direito Tributário Atual, n.46. p. 308-323. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2020. Quadrimestral.

A fraude é um ato comissivo ou omissivo que busca impedir, retardar ou modificar circunstâncias dos fatos descritos na hipótese de incidência. Nesta descrição, o fato não ocorreu e o sujeito ativo da conduta ilícita busca evitar ou retardar que ocorra.

O conluio é quando duas ou mais pessoas concordam voluntariamente em praticar as condutas descritas como sonegação ou fraude.

Estes conceitos foram estipulados pela Lei nº. 4.502, de 30 de novembro de 1964. Entretanto, a legislação sofreu alterações, com a incorporação ao ordenamento jurídico da Lei nº. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, a qual passou a descrever, de maneira mais pormenorizada, as condutas tendentes a impedir conhecimento de fatos descritos na hipótese de incidência já realizados (sonegação) ou impedir a ocorrência dos tais fatos (fraude). Os ts.

1º e 2º²⁰ da Lei de Crimes contra a Ordem Tributária determinam os crimes contra a ordem tributária.

Qualquer que seja a legislação aplicada e qualquer que seja a conduta, há necessidade de estar presente um elemento crucial: o dolo, a vontade consciente de executar a conduta descrita na norma punitiva, seja ela penal ou administrativa (como ocorre no caso da "multa qualificada").

²⁰ Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000) I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V. Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000) I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal; IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento; V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

O dolo, conforme a lição doutrinária de Marco Aurélio Greco²¹, é essencial que o dolo esteja presente na descrição da conduta que a autoridade fiscal utiliza como base para aplicação da “multa qualificada”, devendo ser devidamente comprovado pelo ente estatal como critério de validade da exação punitiva.

Entendidos os conceitos de sonegação, fraude e conluio, já é possível seguir na análise do caso ora apresentado. Será necessário analisar se estão presentes todas as condutas descritas no critério material da “multa qualificada” e, essencialmente, se há dolo na conduta do contribuinte ora autuado.

V.3. Da necessidade de dolo genérico para configuração da conduta delitiva de sonegação ou fraude

É incontestável e já foi exaustivamente demonstrado que a hipótese de incidência da “multa qualificada” descreve a conduta do tipo dolosa para que seja configurada a sonegação, a fraude ou o conluio.

Igualmente é incontestável que a sonegação e a fraude estão descritas de maneira mais pormenorizada na Lei nº. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que trata de crimes contra a ordem tributária.

Portanto, a autoridade fiscal tem o dever jurídico de demonstrar que a conduta passível de sanção pecuniária está eivada de dolo. Apesar de os atos administrativos gozarem do requisito da presunção de legalidade, deve ser calcado em elementos probatórios capazes de demonstrar que o sujeito passivo da obrigação agiu com intenção de lesar os cofres públicos.

Entretanto, o agente público é posto em posição extremamente delicada: como comprovar, com elementos concretos, a intenção de um sujeito passivo, ou seja, a atividade cerebral interna do sujeito passivo, que esteja apenas no consciente da referida pessoa?

A solução mais adequada foi desenvolvida por Maria Rita Ferragut ao estabelecer que a prova se dá por meio dos “fatos adjacentes à fraude” ou “dinâmica

²¹ GRECO, Marco Aurélio. Planejamento tributário. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 272.

da fraude”²², posto que são estes os fatos que podem ser comprovados empiricamente.

Indo além, os tribunais superiores, em especial o Superior Tribunal de Justiça, tem adotado o posicionamento de que as condutas da Lei nº. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, em especial do art. 1º, exigem o chamado “dolo genérico”²³, entendido como aquele dolo que não possui nenhuma finalidade ou resultado esperado pelo agente²⁴. Comprova-se tal alegação por meio dos julgados abaixo descritos.

Deste modo, o atual entendimento jurisprudencial é de que o dolo que a autoridade fiscal precisa levantar para concretizar a hipótese de incidência da “multa qualificada” é apenas aquele consistente na prática intencional do delito, sem a necessidade de se comprovar que havia interesse específico de causar prejuízos financeiros ao erário.

No presente caso, analisando os fatos que permeiam a relação jurídico-tributária, é possível identificar que o contribuinte realizou uma série de atos contábeis complexos que impediram que os agentes fiscais tomassem conhecimento dos ganhos de capital disfarçados de compra vantajosa. Ou seja, as comprovações contábeis exibidas no decorrer do processo são capazes de demonstrar, empiricamente, que o sujeito passivo tributário autuado percorreu caminho longo e intenso para mostrar ao Fisco a face de compra vantajosa, quando se tratava de operação com valorização das ações adquiridas, sujeitos à tributação pertinente. A análise fiscal, executada com rigor técnico e dotada de conhecimento contábil complexo, utilizou a técnica interpretativa descrita por Maria Rita Ferragut: sem adentrar nas intenções propriamente ditas, as quais não há necessidade de demonstrar, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o intérprete fiscal se baseou nos fatos concretos adjacentes e correlatos (atos contábeis),

²² 23 FERRAGUT, Maria Rita. As provas e o direito tributário: teoria e prática como instrumento para a construção da verdade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 234.

²³ 24 STJ - AgRg no REsp: 1849734 SC 2019/0347386-3, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 12/05/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/05/2020. AgRg no REsp n. 1.640.083/RN, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 12/6/2018, DJe de 25/6/2018.

²⁴ 25 NUCCI. Guilherme Souza. Manual de Direito Penal. Ed. Forense. 16ª ed. Rio de Janeiro, 2020, p. 304-05.

concluindo que, em verdade, o sujeito passivo, percebendo que haveria valorização das ações adquiridas na operação societária, modificou a escrituração fiscal de modo a parecer uma compra vantajosa. Portanto, estaria comprovado o dolo genérico de reduzir a carga tributária por meio da desvirtuação da visão fiscal.

Deste modo, há uma inexatidão da declaração (art.44, inciso I da Lei nº. 9.430, de 27 de dezembro de 1996), cometido com a ocorrência de sonegação (art. 44, § 1º da Lei nº. 9.430, de 27 de dezembro de 1996 c/c art. 71 da Lei nº. 4.502, de 30 de novembro de 1964) e com a comprovação da ocorrência de dolo genérico pelo fato de a conduta estar descrita no art. 1º da Lei nº. 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Resumindo, a hipótese de incidência da “multa qualificada” está subsumida à situação fática, havendo fundamento para a manutenção de sua aplicação.

VI. DA TRIBUTAÇÃO SUBSIDIÁRIA

Diante do caso exposto, levando em consideração a perspectiva do fisco em face do caso, entende-se que há possibilidade de se realizar a tributação subsidiária, o que se faz baseado nos argumentos que seguem.

Inicialmente, argumentar-se-á em favor da consideração do fenômeno do ganho por compra vantajosa²⁵. Nota-se, diante de todo o exposto, que há posicionamento consolidado²⁶ no sentido de que há alienação no processo de incorporação de ações, sendo cabível, portanto, a tributação por ganho em compra vantajosa, por meio do IRPJ e do CSLL.

Em síntese, a autoridade fiscalizadora alega subsidiariamente que, reconhecido o ganho por compra vantajosa, o seu valor seria apenas de R\$ 35,00, de

²⁵ Segundo Silva e Barbi (2012), de maneira simplificada, pode-se compreender tal fenômeno como uma aquisição por valor inferior ao que o patrimônio em si efetivamente vale. O que ocorre, majoritariamente, em cenários onde há a necessidade de venda forçada de uma empresa ou parte desta, motivada por crises relacionadas ao evidente endividamento em curto prazo.

²⁶ Além do entendimento dos referidos Conselhos, ressalta-se também o posicionamento da Coordenação-Geral de Tributação (COSIT), integrante da Receita Federal, e que possui como uma de suas atribuições a padronização do entendimento a respeito da legislação tributária. Segundo a Solução de Consulta 224 (2014), a incorporação de ações, nos moldes presentes no caso em tela, configuraria alienação, estando, portanto, sujeito à tributação, nos moldes da Legislação pátria abarcada no presente capítulo.

modo que seria necessário reconhecer, no resultado do exercício, para efeitos dos tributos referidos e do PIS/COFINS, o ganho decorrente da avaliação a valor justo da contraprestação transferida, que equivaleria a R\$35,00. Estando incorreto, portanto, o desdobramento contábil que deixou de reconhecer os efeitos da avaliação a valor justo da contraprestação transferida.

No presente caso, representada pelo PIS/COFINS, há respaldo para sua cobrança, tendo em vista a legislação pátria e o entendimento recente dos Conselhos Superiores CARF. No que se refere à legislação, tem-se o inciso IX, §3º, art. 1º, da Lei nº 10.637/2002, que dispõe sobre a não cumulatividade na cobrança do PIS e do PASEP, no qual estabelece que:

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo, as receitas:

IX - relativas aos ganhos decorrentes de avaliação de ativo e passivo com base no valor justo;

De mesma maneira é o art. 1º, § 3º, inciso VIII, da Lei nº 10.833/2003, que dispõe sobre a não cumulatividade da COFINS, senão vejamos:

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo as receitas:

VIII - relativas aos ganhos decorrentes de avaliação do ativo e passivo com base no valor justo;

Evidente, portanto, que tendo a aferição de receita proveniente de ganhos decorrentes de avaliação de ativo e passivo com base no seu valor justo, não devem estas integrarem as bases de cálculo do PIS e da COFINS.

Entretanto, tratou-se de verdadeiro acréscimo patrimonial, que foi omitido pelo contribuinte. Deste modo, ante a ocorrência de aumento patrimonial, estaria configurada a hipótese de incidência do PIS e da COFINS.

Nesse ínterim, baseado tanto no entendimento doutrinário, quanto na perspectiva da autoridade fiscal a respeito da configuração da avaliação a preço justo, entende-se, portanto, que deve haver a cobrança de PIS e COFINS de maneira subsidiária.

REFERÊNCIAS

ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. SCHOUERI, Luís Eduardo. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. In: Revista Dialética de Direito Tributário. n. 200, mai. 2020, p. 44-72. CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei das sociedades anônimas. T. II. V. 4. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 140.

I Tax Moot CARF 2022



INSTITUTO
TAX MOOT

BRAZIL

PARTE 2

MEMORIAIS CONTRIBUINTE

Equipe n. 01

Taina Fernandes de Carvalho Lemos

Wellington Antunes da Maia

Matheus Peixoto Behrends

Gustavo Alano Moretti

Paulo Roberto Zavascki Smania

Julia Garjulli

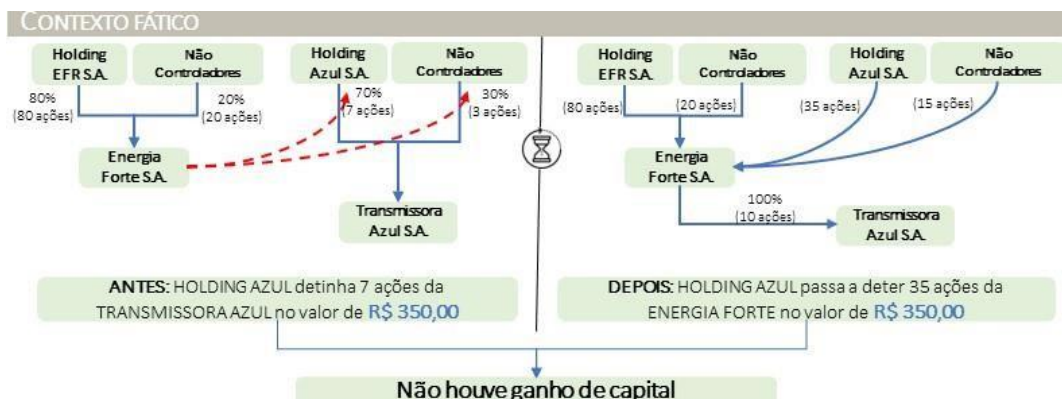
Gabriela Cavalcanti Bueno

Bianca de Oliveira Santos Colnago

Aline Frota Parente Arrais de Moura

Gabriel Santiago Gonçalves Silva

I. INFOGRÁFICO E FUNDAMENTOS DE DEFESA



RAZÕES PARA O CANCELAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO

VÍCIOS DO LANÇAMENTO

- ❖ Lançamento confere mais de um tratamento jurídico à mesma operação
- ❖ Cerceamento de defesa, pois dispositivos legais indicados no AI são incongruentes com PIS/COFINS no regime cumulativo

NATUREZA JURÍDICA DE TROCA

- ❖ Há **substituição de bens** sem renda realizada (art. 31, DL 1.598 e art. 43, CTN)
- ❖ Sócios sequer manifestam vontade na operação
- ❖ Inexistência de ganho afasta incidência de IRPJ e CSLL

NÃO TRIBUTAÇÃO DA AVJ

- ❖ AVJ é estimativa, não renda realizada
- ❖ Não há PIS/COFINS sobre AVJ

NÃO HÁ RECEITA TRIBUTÁVEL POR PIS/COFINS

- ❖ Natureza do investimento é a mesma antes e depois da operação = ativo não circulante
- ❖ Regimes não cumulativo e cumulativo afastam PIS/COFINS sobre venda de ativo não circulante e resultado positivo de MEP
- ❖ Não há compra e venda de participações societárias, mas manutenção de participações societárias (SC Cosit 347/2017)

FISCO ADMITE NÃO HAVER ALIENAÇÃO

- ❖ Se houvesse alienação, deveria exigir PIS/COFINS no regime CUMULATIVO e não com base nas Leis que regulam regime não cumulativo

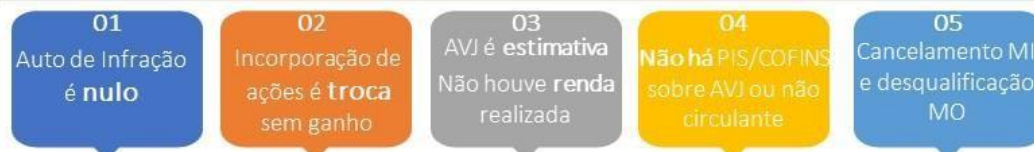
IMPROCEDÊNCIA DA MULTA ISOLADA

- ❖ Lógica da Súmula CARF 105 (princípio da consunção)
- ❖ Subsidiariamente, redução ao que superar a multa de ofício

DESQUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

- ❖ **NÃO** comprovação de dolo específico
- ❖ Existência de cenários subsidiários na autuação
- ❖ Cooperação e transparência do contribuinte
- ❖ Cumprimento das normas contábeis aplicáveis

CONCLUSÃO



Não houve **renda** para ser tributada por IRPJ, CSLL, PIS e COFINS

II. FATOS

Trata-se de autos de infração (“AI”) lavrados em face de HOLDING AZUL S.A. (“AUTUADA”) para exigir valores de Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (“IRPJ”), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (“CSLL”), Contribuição ao PIS/Pasep (“PIS”) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (“COFINS”) devidos sobre suposto ganho de capital que deixou de ser apurado pela contribuinte em 31.12.2019. Além dos juros de mora, foram impostas multa de ofício qualificada de 150% do principal e multa isolada sobre as estimativas de IRPJ e CSLL recolhidas a menor em janeiro de 2020, com fundamento, respectivamente, no art. 44, inciso I, combinado com o §1º, e inciso II, “b”, da Lei 9.430/1996.

De acordo com o Fisco, o ganho de capital seria decorrente da incorporação da totalidade das ações da companhia fechada Transmissora Azul de Energia Elétrica S.A. (“TRANSMISSORA AZUL”), pela companhia fechada Energia Forte Renovável S.A. (“ENERGIA FORTE”).

A incorporação de ações foi devidamente aprovada pelos Conselhos de Administração de TRANSMISSORA AZUL e ENERGIA FORTE em janeiro de 2020, tendo como data-base 31.12.2019. Para preservar os direitos econômicos e políticos dos acionistas, foi adotado como parâmetro para a troca de ações o valor patrimonial.

No momento da incorporação de ações, a AUTUADA detinha 70% das ações representativas de capital da TRANSMISSORA AZUL, as quais foram substituídas por ações da ENERGIA FORTE por conta da operação. Ainda, cumpre esclarecer que:

- 1) considerando o parâmetro adotado para a troca, apurou-se relação de 1 para 5 entre o valor patrimonial das ações da TRANSMISSORA AZUL e da ENERGIA FORTE. Assim, das 50 ações emitidas pela ENERGIA FORTE para substituir as 10 ações incorporadas da TRANSMISSORA AZUL, a AUTUADA recebeu 35 ações da ENERGIA FORTE, equivalentes à participação de 70% anteriormente mantida na TRANSMISSORA AZUL;
- 2) a AUTUADA, cumprindo a legislação e as normas contábeis aplicáveis, em especial o Pronunciamento Técnico CPC 15, contabilizou o investimento em

ENERGIA FORTE pelo Método de Equivalência Patrimonial ("MEP"); apurou-se o valor justo da contraprestação transferida (7 ações da TRANSMISSORA AZUL) em R\$ 385,00, e o valor justo da participação recebida em R\$420,00;

3) a AUTUADA baixou o investimento em TRANSMISSORA AZUL (de R\$350,00, correspondente ao valor patrimonial proporcional reconhecido por equivalência patrimonial) e reconheceu o novo investimento em ENERGIA FORTE por R\$420,00; a diferença de R\$70,00, considerando o IRPJ e CSLL diferidos de R\$23,80 em conformidade com o Pronunciamento Técnico CPC 32, gerou ganho por compra vantajosa de R\$46,20;

Nesse contexto, a AUTUADA corretamente excluiu das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, e não considerou receita para fins da incidência de PIS/COFINS, o valor do ganho por compra vantajosa devidamente apurado na operação de incorporação de ações. É o que se passa a demonstrar.

III. PRELIMINAR DE NULIDADE

A acusação fiscal viola o art. 142 do Código Tributário Nacional ("CTN"), ao não determinar, com precisão, a materialidade que pretende tributar. O vício enseja nulidade absoluta do lançamento, e fica evidente na utilização de teses alternativas (tese principal e tese subsidiária) no Termo de Verificação Fiscal ("TVF"). O exercício de "tentativa-e-erro" efetuado é ilegal, pois incompatível com a certeza e a vinculação da atividade do lançamento tributário.

A imprecisão no lançamento fica ainda mais clara na alegação fiscal de que o "o valor do ganho de capital a ser tributado seria superior à diferença de R\$70", embora a base utilizada tenha sido R\$70, evidenciando que a autoridade fiscal não sabia o que deveria ser tributado, nem quanto deveria tributar. É nulo, portanto, o lançamento.

A nulidade também alcança os lançamentos de PIS e COFINS. Como se detalhará no item **IV.E**, o TVF adota premissas de acusação que incompatíveis com as normas por ela mesma invocadas para suportar a exigência das contribuições sociais.

Subsidiariamente, ainda que não se declare a nulidade dos AI, o que se admite apenas para argumentar, devem eles ser cancelados pelas razões de mérito abaixo expostas.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Em resumo, o presente caso carece de densidade econômica para a incidência do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS, pois se está diante de mera substituição de bens por idêntico valor (troca feita a valor patrimonial), não havendo realização de receita ou renda. O ganho por compra vantajosa apurado só será tributado por ocasião da alienação ou baixa das ações da ENERGIA FORTE. Portanto, é incabível a exigência fiscal que se pretende.

A. Não tributação da incorporação de ações

A autuação tem como pressuposto que ocorreu alienação da participação societária em TRANSMISSORA AZUL na operação de incorporação de ações, em manifesto descompasso com o que determina a legislação societária e tributária. Isso, porque a incorporação de ações não dá ensejo à tributação pelo IRPJ e pela CSLL, já que (i) não existe ganho, mas verdadeira relação de troca; (ii) não há manifestação de vontade dos sócios da sociedade cujas ações foram incorporadas em realizar a operação; e (iii) não existe renda realizada.

A incorporação de ações é um instituto jurídico próprio do direito societário. Nessa operação, se transfere todas as ações do capital social de uma companhia (incorporada) para outra (incorporadora), conforme art. 252 da Lei 6.404/1976 ("LSA").¹ Trata-se de ato jurídico cujo objetivo é a combinação de negócios e concentração empresarial, o que o distingue, por exemplo, da incorporação de empresas². Destaca-se que na incorporação de ações a personalidade jurídica da

¹ SANTOS, Ramon Tomazela. *Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P. 204

² OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Incorporação de ações no Direito Tributário: conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P.48

incorporada é mantida, uma vez que essa se torna subsidiária integral da incorporadora.

Essa transformação da incorporada em subsidiária integral é o que demonstra o primeiro argumento de que **(i) não existe ganho, mas verdadeira relação de troca**. À semelhança do que ocorre na permuta sem torna, na incorporação de ações ocorre mera substituição de uma participação societária por outra, inexistindo ganho e, conseqüentemente, afastando a incidência do IRPJ e da CSLL.

Em ambos os casos, os bens transacionados são equivalentes e a titularidade das ações é transmitida sem pagamento em dinheiro. Os acionistas da companhia incorporada, subscrevem e integralizam o aumento de capital da companhia incorporadora, subscrevendo com as ações da incorporada e, portanto, recebendo participação societária da incorporadora como contrapartida da permuta.

Para demonstrar que não há fato gerador do imposto de renda nessa operação, Ricardo Mariz de Oliveira sustenta que os efeitos tributários da incorporação de ações ocasionam mera substituição de ativos, à semelhança do que acontece na permuta. Em ambos os casos, não há preço e não há revelação de renda, ainda que a incorporação tenha sido feita a valor maior no âmbito da sociedade incorporadora em critérios auferíveis em laudos de avaliação.³

Cabe apontar que a Receita Federal (RFB") admite a substituição de um bem por outro (sub-rogação) conforme estampado no Parecer Normativo CST 39/81, em que se analisou situação de sub-rogação para fins de aplicação da isenção anteriormente prevista no Decreto 85.450/1980.

Acrescenta-se que a CVM, na consulta de participantes de mercado PROC RJ 2014/2584⁴, manifestou-se no sentido de que a incorporação de ações é um fenômeno meramente substitutivo, pois o acionista não transfere bens ou direitos, limitando-se, a ter no seu patrimônio substituídas as ações que previamente detinha, pelas ações emitidas pela companhia incorporadora.

Essa é a situação dos presentes autos. A AUTUADA subscreveu o aumento de capital de ENERGIA FORTE, mediante entrega das ações que detinha na

³ Idem p. 90 -91.

⁴ Disponível em: https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2014/20140617_R1/20140617_D02.html

TRANSMISSORA AZUL, recebendo, como contrapartida, ações da ENERGIA FORTE, na exata proporção das ações entregues.

Ora, se a contrapartida recebida foi na mesma proporção das ações entregues, como haveria de se falar em ganho de capital? A exação fiscal mostra-se em completo descompasso com a legislação e a melhor doutrina sobre o assunto. Manter a presente autuação, inclusive, violaria a jurisprudência deste tribunal, uma vez que a não ocorrência de fato gerador de IR na incorporação de ações tem entendimento seguido pelos acórdãos 2202-002.187 e 9202-003.579. Portanto, não há, nessa operação, alienação apta a desencadear a ocorrência do fato gerador. Isso, porque por meio dela opera-se sub-rogação real e não alienação.

Ato contínuo, o segundo argumento que se levanta é o de que **(ii) na incorporação de ações os sócios não manifestam vontade em realizar a operação**, inexistindo, portanto, elemento volitivo, por parte da AUTUADA.

Conforme mencionado, a incorporação de ações ocorre em razão da convergência de vontades entre duas companhias, consoante determinado pelo art. 252 da LSA, a aprovação se dá mediante assembleia-geral das companhias envolvidas, independente de manifestação dos acionistas ⁴.

A incorporação de ações não decorre de um ato unilateral, tampouco de um ato de vontade, por parte de quem recebe as novas ações. A incorporação de ações decorre da vontade social, tanto da incorporadora, como da incorporada, restando claro que não existe qualquer elemento volitivo por parte dos acionistas. Dessa forma, uma vez que a troca das ações da AUTUADA se dá de forma compulsória, nos ditames da legislação societária, não há que se falar em manifestação de vontade.

Ora, se a manifestação de vontade não se deu pela AUTUADA e, sendo certo que a manifestação de vontade é essencial não só para a caracterização de alienação, mas também do próprio fato gerador do IRPJ e da CSLL, não deve a presente exação fiscal recair sobre a AUTUADA.

Por fim, cabe trazer o argumento de que **(iii) não existe renda realizada na incorporação de ações**. A exigência fiscal sobre esse tema busca tributar valores estimados, decorrentes da diferença de valores utilizados no laudo da incorporação de ações, conforme exigência do §3º do art. 252 da LSA e o laudo, posteriormente

feito pela AUTUADA, no momento de contabilização do investimento recebido, por considerá-lo participação societária relevante, aplicando-se o MEP.

Embora a LSA exija a elaboração de laudo que respalde a operação e a relação de troca de ações, não se trata de preço ajustado entre as partes envolvidas, mas mera relação de troca entre as companhias.

A referência ao “preço de emissão” na lei societária tem por fim manter a integridade do capital social e obstar a diluição injustificada de minoritários e favorecimentos a certos acionistas. Esse entendimento é o mesmo da PGFN 454/92, onde confirmou que o valor acordado referente aos bens substituídos não remete aos seus respectivos preços, pois é uma natureza de permuta e não de compra e venda.

Com efeito, a despeito de a LSA aludir ao “preço de emissão” de ações, a lei societária não quer com isso estabelecer que os acionistas da sociedade incorporada e da sociedade incorporadora definam um preço, à semelhança do que acontece na compra e venda.

O “preço de emissão”, nessas condições, apresenta-se como medida de garantia e proteção. Daí que, a despeito de a lei empregar a expressão “preço de emissão”, genuinamente, não há preço convencionado entre as partes. Na verdade, a referência ao “preço de emissão” tem por fim manter a integridade do capital social, assim como tem por objetivo obstar a diluição injustificada de minoritários e favorecimentos a certos acionistas.

Resta claro que “o valor derivado da avaliação e a quantidade de ações emitidas no ato para os novos acionistas não se confundem com preço de aquisição e alienação”⁵, do que resulta evidente a inexistência de renda realizada.

Segundo a melhor doutrina, a renda será realizada quando o cumprimento da obrigação gera direitos que crescem ao patrimônio, desde que sua troca no mercado seja certa e que tais direitos sejam mensuráveis, líquidos e certos.⁶

⁵ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Incorporação de Ações no Direito Tributário: Conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 91.

⁶ POLIZELLI, Victor Borges. **O Princípio da Realização da Renda – Reconhecimento de Receitas e Despesas para fins do IRPJ**. Série Doutrina Tributária, v. VII. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2012, p. 362.

Na incorporação de ações, dada a ausência de preço e, sendo certo que a troca foi feita observando a paridade de valores entre os ativos, faltaria mensurabilidade ou, chegar-se-ia à situação esdrúxula de admitir a tributação sobre estimativas contábeis.

Para situações análogas a RFB já se manifestou através da resposta n. 556 disponível no perguntas e respostas,⁷ no sentido de que não caracteriza alienação para efeito da incidência do imposto sobre a renda.

A ilegalidade da exigência do IRPJ e da CSLL na incorporação de ações também já foi declarada no âmbito Judicial. Nesse sentido, a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal ("TRF") da 4ª Região, perfilhando-se à doutrina de Ricardo Mariz de Oliveira, entendeu que na incorporação de ações há sub-rogação real, operando-se os efeitos tributários de permuta. Ainda, que *admitir a tributação na incorporação de ações implicaria em tributação sobre o patrimônio e não tributação sobre a renda*.⁸

De forma semelhante a 7ª Vara Cível Federal de São Paulo, ao analisar a operação de incorporação do Unibanco pelo Itaú, entendeu que a subscrição de ações é um instituto associado à concentração empresarial, prescindindo, inclusive, da vontade do acionista, não havendo que se falar em alienação.⁹ Sob a mesma lógica decidiu a 14ª Vara Cível Federal de São Paulo, ao analisar pedido de concessão de tutela de urgência, no sentido de que a incorporação de ações não se confunde com alienação, tratando-se de mera substituição de ações mediante sub-rogação.¹⁰

No presente caso, antes da operação de incorporação de ações, a AUTUADA era titular de 7 ações da TRANSMISSORA AZUL, no valor de R\$350,00, e passou a ser titular de 35 ações da ENERGIA FORTE, no valor de R\$350,00. Ou seja, não há ganho a ser tributado, tendo em vista a equivalência entre os valores societários da operação.

Conforme será explorado nos tópicos sobre ganho por compra vantajosa e da vedação de tributação da reserva de AVJ, ainda que se entendesse haver alienação

⁷ A substituição de ações, na proporção das anteriormente possuídas, ocorrida em virtude de cisão, fusão ou incorporação, pela transferência de parcelas de um patrimônio para o de outro, não caracteriza alienação para efeito da incidência do imposto sobre a renda.

⁸ Apel. 5052793-42.2011.4.04.7000/PR, julgado em 22.09.2015.

⁹ Processo 5026528-67.2018.4.03.6100, julgado em 29.09.2020.

¹⁰ Processo 5002494-57.2020.4.03.6100, julgado em 06.07.2020.

no presente caso, o que se admite apenas por amor à argumentação, ainda assim não haveria qualquer ganho de capital, **exceto se fosse admitida a tributação de estimativas contábeis decorrentes da avaliação por valor justo** ou pelo MEP.

Na incorporação de ações, o contribuinte passa a deter a posição de acionista da sociedade incorporadora cujo patrimônio é integrado pelas ações da sociedade incorporada¹¹. A realização não se completa, quer por haver continuidade da situação patrimonial original, quer porque a coisa representa o objeto predominante da relação estabelecida entre as partes, e não seu valor¹².

B. Violação à legalidade tributária e vedação à analogia

Dada a inexistência de qualquer regra tributária sobre a tributação da incorporação de ações, bem como dada sua natureza permutativa, tem-se que o Fisco busca tributar um ganho inexistente, com base em hipótese de incidência não prevista no art. 31 do Decreto-Lei ("DL") 1.598/1977, aplicando analogia para a exigência de IRPJ e CSLL.

Entretanto, o Direito Tributário não permite a tributação sem previsão legal, consoante art. 150, I, da Constituição Federal ("CF/88"), e art. 97 do CTN, repugnando também o uso de analogia para instituir tributo, por expressa vedação constante do art. 108, §2º, do CTN. Deve, portanto, a presente autuação ser anulada, sob pena de permitir tributação com base em analogia, em manifesta violação à CF/88 e ao CTN.

C. O correto tratamento dado pela AUTUADA à operação

A autuação fiscal pauta-se na apuração de suposto ganho de capital, no entanto, subsidiariamente, busca tributar suposto ganho por avaliação a valor justo da contraprestação transferida.

¹¹ POLIZELLI, Victor Borges. O Princípio da Realização da Renda – Reconhecimento de Receitas e Despesas para fins do IRPJ. Série Doutrina Tributária, v. VII. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2012, p. 329 e 333.

¹² FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Imposto sobre a renda: uma proposta de diálogo com a contabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 273.

Ocorre que a presente autuação fiscal não merece prosperar, pois, ainda que a incorporação de ações representasse genuína alienação, não houve ganho de capital na operação, uma vez que a participação societária da ENERGIA FORTE foi entregue à autuada por seu valor patrimonial, o qual equivale ao valor contábil das ações da TRANSMISSORA AZUL trocadas na operação. Além disso, como restará demonstrado, o CPC 15 possui aplicação obrigatória ao presente caso.

De fato, conforme revelam os documentos e esclarecimentos apresentados, o valor contábil das ações da TRANSMISSORA AZUL correspondia a R\$350 e o valor patrimonial das ações da ENERGIA FORTE correspondia aos mesmos R\$350. Logo, não há ganho de capital tributável nos termos dos arts. 31 e 33 do DL 1.598/1977, dado que a operação foi, no momento de sua conclusão, neutra fiscalmente.

Nem se alegue que, ao contabilizar a participação societária da ENERGIA FORTE recebida em decorrência da incorporação de ações, a AUTUADA teria apurado ganho por compra vantajosa tributável pelo IRPJ e pela CSLL.

A afirmação não é verdadeira. Primeiro, porque, para fins fiscais, é relevante considerar o valor incorporado ao capital social da sociedade incorporadora, isto é, o valor que, do ponto de vista societário, respaldou a operação, independentemente das avaliações econômicas requeridas pelas normas contábeis. Segundo, porque, mesmo que a avaliação econômica realizada na contabilidade produzisse efeitos fiscais, o ganho por compra vantajosa dela decorrente seria tributável somente por ocasião da alienação, pela AUTUADA, ou baixa do investimento da ENERGIA FORTE conforme art. 20, § 6º, do DL 1.598/1977.

Como se vê, são múltiplos os motivos pelos quais não há incidência do IRPJ e da CSLL na hipótese dos autos.

Sobre a tributação diferida do ganho por compra vantajosa apurado após identificação de excesso de valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da participação adquirida, em relação ao custo de aquisição do investimento, cabe assentar que não tem lugar objeção de que o método da aquisição previsto no CPC 15, do qual decorre a apuração do ganho por compra vantajosa, não teria aplicação a situações como a da AUTUADA, em que não há aquisição de controle da investida por se tratar de hipótese de mera coligação.

Nos termos do item B5 do CPC 15, a combinação de negócios é "*a operação ou outro evento em que o adquirente obtém o controle de um ou mais negócios*". Na hipótese vertente, conquanto a AUTUADA tivesse controle da TRANSMISSORA AZUL, após a substituição derivada da incorporação de ações, ela passou a deter somente 35% da ENERGIA FORTE. Apesar de a operação em tela não representar, na perspectiva da AUTUADA, mudança de controle, ainda assim o método da aquisição é mandatário, conforme será demonstrado.

O art. 20 do DL 1.598/1977, com a redação dada pela Lei 12.973/2014, determina o desdobramento do custo de aquisição de investimento, em qualquer aquisição de participação societária avaliada pelo MEP. O art. 21, por sua vez, determina que a avaliação do investimento deverá seguir a legislação comercial, mais precisamente o art. 248 da LSA.

Nos termos do art. 248 da LSA, os investimentos em coligadas ou controladas devem ser avaliados pelo MEP¹³, o qual foi desenvolvido com o objetivo de evidenciar os acréscimos ou decréscimos no patrimônio líquido da empresa investida e seus impactos na empresa investidora. De acordo com o art. 20 do DL 1.598/1977, para os investimentos em coligadas ou controladas avaliados pelo MEP, o contribuinte deve proceder ao desdobramento do custo de aquisição de participação societária, adotando o que se pode chamar de "*método da aquisição*". O mencionado art. 20 determina que qualquer aquisição de participação societária relevante enseja o desdobramento do custo de aquisição, independentemente da aquisição de controle e de sua qualificação como uma operação de combinação de negócio.¹⁴

A rigor, isso não é diferente em matéria contábil. Apesar da definição de combinação de negócios contida no CPC 15 falar em *mudança de controle*, a interpretação Técnica ICPC 09, em seus itens 35 a 37, dispõe que a sociedade que adquirir participação societária em sociedade coligada ou controlada em conjunto deve utilizar a metodologia do CPC 15, reconhecendo os ativos e passivos a valor

¹³ o MEP é definido pelo CPC 18 como o método de contabilização de um investimento, inicialmente reconhecido pelo custo e, posteriormente, ajustado para refletir a alteração pós-aquisição na participação do investidor sobre os ativos líquidos da investida.

¹⁴ SANTOS, Ramon Tomazela. *Ágio na Lei 12.973/2014: aspectos tributários e contábeis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P. 48.

justo, do que, afinal, pode resultar apuração de ganho por compra vantajosa, exatamente como verificado no caso da AUTUADA.

Assim, (i) é mandatório o desdobramento do custo de aquisição da participação societária na ENERGIA FORTE segundo os critérios definidos pelo art. 20 do DL 1.598/1977 e (ii) a apuração de ganho por compra vantajosa não é tributável enquanto não alienada ou baixada a participação societária, nos termos do § 6º do referido dispositivo.

D. Não tributação da AVJ

Também é incabível o argumento das autoridades fiscais pela tributação da Avaliação a Valor Justo ("AVJ")¹⁵. O valor justo não é o preço praticado em uma transação, mas uma espécie de "**estimativa**" do que seria pago numa transação não forçada. Justamente por conta dessas características de **estimativas informacionais** que as receitas decorrentes da avaliação de ativos ou passivos a valor justo não é considerada para fins de tributação, de forma que não há renda ou receita realizadas no momento da incorporação de ações, como requerido pelo art. 43 do CTN. Ressalte-se que o CARF já confirmou que a AVJ não corresponde a renda realizada, de modo que não é tributável mesmo quando não contabilizada em subconta (descumprimento de obrigação acessória), na linha dos Acórdãos 1402-003.589 e 1401-003.873.

Logo, não tem lugar o argumento subsidiário da fiscalização de que deveria haver a tributação de R\$35, correspondente à diferença entre o valor justo da contraprestação transferida (R\$385) e seu valor de custo contábil (R\$350).

O AVJ é uma estimativa, um valor gráfico, uma expectativa, **que não revela renda realizada, mas mera expectativa de renda**. O critério de aferição de ganhos e perdas de capital contido nos arts. 31 e 33 do DL 1.598/1977 considera, de um lado, o valor de alienação do investimento (no caso, o valor patrimonial das ações da ENERGIA FORTE, que respaldou a operação societária) e o custo de aquisição do

¹⁵ O CPC 46 define valor justo como "o preço que seria recebido pela venda de um ativo ou que seria pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada entre participantes do mercado na data de mensuração."

investimento alienado (no caso, o valor patrimonial, registrado na contabilidade pelo MEP, das ações da TRANSMISSORA AZUL). **Não há autorização legal para que se considere, na apuração de ganho ou perda de capital, o valor justo da contraprestação transferida, como quer a fiscalização.**

E. PIS e COFINS

Os autos de infração exigem PIS/COFINS no regime não cumulativo sobre suposto ganho de capital na incorporação de ações (art. 1º, § 3º, IX, Lei 10.637/2002 e art. 1º, § 3º, VIII, Lei 10.833/2003). Ao classificar a autuação no regime cumulativo, o fisco admite que a incorporação de ações **não é uma alienação**, já que se considerasse ter havido receitas decorrentes da alienação de participações societárias, deveria submeter a operação ao regime cumulativo (art. 10, XXX, Lei 10.833/1003 e art. 8º, XIII, Lei 10.637/2002). Esse fato, além do já demonstrado vício de motivação da autuação nesse ponto, mesmo assim a autuação não se sustenta porque, no mérito, a legislação não admite a tributação em situações como a presente.

Com efeito, não estão compreendidas na base de cálculo de PIS/COFINS no regime não cumulativo **(i)** receitas decorrentes da venda de bens do ativo não circulante, **(ii)** ganhos de avaliação de ativo e passivo com base no valor justo ou simplesmente AVJ e **(iii)** resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido (art. 1º, §3º, VI, V, b, IX, Lei 10.637/2002 e art. 1º, §3º, II, V, b, VIII, Lei 10.833/2003).

Sobre o primeiro aspecto, a AUTUADA registrava o investimento na TRANSMISSORA AZUL no ativo não circulante, motivo pelo qual eventual receita, inclusive a decorrente de ganho por compra vantajosa, é isenta daquelas contribuições sociais, como referido acima. Esclareça-se que a incorporação de ações implica uma substituição compulsória de ações e, portanto, deve observar o registro já existente do ativo substituído (Acórdão 3201-009.278), no caso, ativo não circulante. Em função de a incorporação de ações ser mera substituição, a natureza do investimento é a mesma antes e depois da operação.

Com relação ao segundo ponto, o enquadramento das receitas auferidas pela AUTUADA decorreu de compra vantajosa tanto por AVJ e aplicação do MEP. O ganho por compra vantajosa deve ser reconhecido quando o preço pago pela aquisição do controle seja inferior ao valor justo dos ativos e passivos líquidos assumidos. Disposição semelhante consta do art. 20, §6º do DL 1.598. Portanto, não é possível tributar pelo PIS/COFINS suposta receita por compra vantajosa, uma vez que não restou demonstrado que a referida "receita" foi realizada, não havendo nenhum acréscimo no patrimônio da AUTUADA, não ocorrendo o fato gerador das contribuições.

Por outro lado, a título argumentativo, se o fisco entender que a incorporação de ações é uma alienação e deveria se sujeitar ao regime cumulativo das contribuições, a autuação seria nula por erro no enquadramento legal, uma violação ao princípio da motivação dos atos administrativos e um vício material insanável (art. 142, CTN), como já reconheceu a CRSF (Acórdãos 9303-005.461, 9303-005.157, entre outros).

Ainda que a autuação não fosse nula, a tributação também não seria devida, pois a receita auferida está enquadrada em hipótese de isenção de PIS/COFINS cumulativo, os quais incidem somente sobre receita bruta, inclusive a receita oriunda do objeto ou atividade principal da pessoa jurídica. Segundo a legislação, excluem-se da receita bruta as receitas decorrentes da venda de bens do ativo não circulante (art. 3º, §2º, IV, Lei 9.718/1998). A atividade da AUTUADA não consiste na compra e venda de participações societárias, mas na **manutenção** de participações societárias. Por isto, tanto o investimento na TRANSMISSORA AZUL S.A., como aquele na ENERGIA FORTE S.A., são permanentes, devendo integrar, como de fato integraram, o ativo não circulante da AUTUADA. A própria RFB entende que a demonstração de que as participações societárias são permanentes, compondo o ativo não circulante, é suficiente para exclusão da receita bruta e, mais, para a aplicabilidade da norma que impede a tributação de PIS e COFINS sobre bens do ativo não circulante (SC Cosit 347/2017).

Por fim, ainda que a isenção não fosse aplicável, o valor da autuação deveria ser reduzido para aplicação das alíquotas de PIS/COFINS de 4,65% para alienação da

participação societária no regime cumulativo, e não sobre as alíquotas de PIS/COFINS não cumulativo, como ocorreu no caso concreto (art. 8º, I, Lei 9.715/1998 e art. 8º-B, Lei 9.718/1998).

Diante do exposto, requer-se o cancelamento dos AI, pois, se a fiscalização entende que a incorporação de ações está sujeita ao PIS/COFINS não cumulativos, por decorrência, não há incidência tributária, dada a não tributação de receitas oriundas de alienação de bens do ativo não circulante e de AVJ, como no caso em questão. Se a intenção da fiscalização era tributar receitas no regime cumulativo, houve nulidade da autuação por erro de enquadramento legal. Ainda que não houvesse nulidade, os autos de infração deveriam ser cancelados, pois não incidem PIS/COFINS cumulativos sobre alienação de investimento do ativo não circulante. Mesmo que se entendesse que o referido investimento tem natureza de ativo circulante, o que se admite por amor ao debate, a exigência fiscal deveria ser cancelada parcialmente, seja porque as alíquotas aplicadas pela fiscalização são indevidas, seja porque, quando muito, o ganho seria de apenas R\$35.

F. Improcedência das Multas Isolada e Qualificada

O Fisco pretende a cobrança concomitante da multa de ofício prevista no atual art. 44 da Lei 9.430/1996 nas formas dos incisos I ("multa proporcional") e II ("multa isolada"). Ocorre que a cobrança das duas penalidades na mesma autuação é incabível, conforme (i) já reconhecido pela 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais ("CSRF") em acórdãos proferidos recentemente (9101-005.080, 9101-005.692, 9101-005.695 e 9101-005.985), (ii) diversos acórdãos anteriores do CARF, e (iii) o entendimento pacífico e consolidado no âmbito do STJ (REsp 1.496.354/PR, AgRg no REsp 1.499.389/PB, e, mais recentemente, AREsp 1.603.525/RJ, todos da Segunda Turma, e REsp 1.868.200/SE, REsp 1.775.782/RS, REsp 1.503.069/PE, e REsp 1.583.275/SC, no âmbito da Primeira Turma).

Como bem consignado no voto vencedor do Acórdão 9101-005.695, aplica-se às infrações posteriores a 2007 o mesmo raciocínio que embasou a Súmula CARF 105, a qual veda a cobrança concomitante das duas penalidades, mas menciona o

dispositivo da Lei 9.430/1996 antes das alterações promovidas pela Lei 11.488/2007.

Com efeito, ainda que os acórdãos paradigmas da Súmula CARF 105 tenham abordado infrações anteriores às alterações promovidas pela Lei 11.488/2007, a mesma lógica que vedou a concomitância ali se aplica perfeitamente à legislação vigente e ao presente caso: a conduta punida com a multa isolada - deixar de antecipar caixa ao Estado no exercício autuado - é preparatória à infração penalizada com a multa proporcional - deixar de recolher o tributo devido ao final do ano-calendário do mesmo exercício - e, por essa razão, esta absorve aquela (princípio da consunção).

Assim, ainda que se trate de diferentes condutas puníveis, sempre que a falta de recolhimento da estimativa refletir no valor do ajuste anual devido e este também não for recolhido, aplica-se apenas a multa proporcional (75%), sob pena de se admitir dupla repercussão da primeira infração. Por tais razões, caso seja mantida a presente autuação, deve ser cancelada integralmente a multa isolada, ou, subsidiariamente, se for cabível, ser ela reduzida à parcela que supere a multa proporcional (conforme determinado no Acórdão 1402-002.146, entre outros).

A autoridade fiscal ainda aplicou multa qualificada (150%), alegando que a contribuinte utilizou artifício contábil para transformar o ganho de capital em um ganho por compra vantajosa, de forma a impedir que as autoridades fiscais tivessem pleno conhecimento dos fatos ocorridos na realidade social.

A autoridade fiscal olvida que a sonegação é infração que só ocorre na presença de dolo específico, isto é, quando há intenção de sonegar. E o dolo não se presume, há de ser cabalmente comprovado na autuação. Nesse sentido, é firme a posição do CARF, a exemplo dos Acórdãos 9101-005.414, 2202-005.319 e 1301-003.877. Em outras palavras, a autoridade fiscal que acusa de sonegação deve provar que a conduta do contribuinte impediu a apuração do crédito tributário, prejudicando o lançamento (Acórdão 1201-002.479).

No presente caso, a contribuinte colaborou com a RFB durante a fiscalização, disponibilizando documentação e esclarecimentos solicitados. Obviamente, este não é o procedimento adotado por uma empresa que buscou, dolosamente, impedir

o conhecimento do Fisco acerca de eventual fato gerador. Sobretudo, não é o procedimento que se enquadra na hipótese do art. 71 da Lei 4.502/1964. Observe-se também que o CARF reduziu a multa em outros casos de incorporação de ações (por exemplo, nos casos analisados nos Acórdãos 1401-003.037 e 2202-002.187), por entender, em síntese, que a hipótese para qualificação deve ser minuciosamente justificada e comprovada nos autos. Não há dolo específico que justifique a qualificação da pena quando tudo está suportado por diversos documentos entregues à fiscalização, além de informado em declarações apresentadas à RFB.

Sobre os procedimentos contábeis adotados pela AUTUADA, como esclarecido em tópico específico deste memorial, seguiu-se à risca a disciplina do CPC 15, combinado com a ICPC 09. Logo, não há qualquer irregularidade, tampouco “artifício contábil” indevidamente utilizado pela AUTUADA com vistas a esconder das autoridades fiscais a ocorrência do pretense fato gerador.

A ausência de dolo fica ainda mais evidente quando o Fisco admite cenários subsidiários de tributação e a eventual validade do reconhecimento de ganho por compra vantajosa. Ora, o próprio fisco admite a legitimidade dos procedimentos adotados pela AUTUADA! Isso revela que, se não for nula a autuação fiscal, no mínimo, resulta flagrantemente indevida a qualificação da penalidade.

Tudo o que se disse até aqui ainda demonstra não haver qualquer dúvida quanto aos fatos e quanto ao suposto fato gerador dos tributos. Na verdade, a exigência fiscal decorre, não de tentativa da AUTUADA de escamoteamento do fato gerador, mas, sim, de divergência entre fisco e contribuinte sobre a interpretação da legislação tributária. Onde há divergência interpretativa não há dolo, tampouco sonegação.

E nem se alegue que a AUTUADA estava obrigada a registrar e divulgar suposta incerteza sobre a interpretação da legislação tributária referente à incidência de IRPJ e CSLL sobre ganho de capital auferido em incorporação de ações em função ICPC 22. Em seu entendimento, não se tratou de tratamento tributário incerto. Ademais, essa Interpretação não é aplicável enquanto o suposto crédito tributário está em discussão na esfera administrativa.

Assim, inexistindo ação ou omissão dolosa, a conduta do contribuinte não enseja a aplicação da multa qualificada de 150%. Por tais razões, se por absurdo for

mantida a autuação, a multa deve ser reduzida a 75%, sem prejuízo do cancelamento integral ou parcial da multa isolada.

V. PEDIDO

Por todo o exposto, requer-se provimento do recurso voluntário.

VI. BIBLIOGRAFIA

PITMAN, Arthur Leite da Cruz. DA SILVA, Fabio Pereira. Combinação de Negócios e não incidência de PIS e COFINS sobre o ganho por compra vantajosa na aquisição de ativos. In: Contribuições: evolução jurisprudencial no CARF, STJ e STF. 1ª ed. São Paulo: MP Editora, 2022. p. 625-640.

SANTOS, Ramon Tomazela. A NÃO INCIDÊNCIA DE PIS E COFINS SOBRE O GANHO POR COMPRA VANTAJOSA APURADO NA AQUISIÇÃO DE ATIVOS IMOBILIZADOS EM OPERAÇÃO DE COMBINAÇÃO DE NEGÓCIOS. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, ano 15, n. 85, p. 121-141, jan./fev. 2017.

Di Pietro, Maria Sylvia, in Direito Administrativo, Ed. Atlas, 25ª Edição, p. 82.

XAVIER, Alberto. Incorporação de ações: natureza jurídica e regime tributário. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (Coords.) Sociedade Anônima: 30 anos da lei 6.404/76. São Paulo: Quartier Latin, 2007, apud. EIZIRIK op. cit., p. 120 - 143.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Incorporação de Ações no Direito Tributário: Conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CVM - INSTRUÇÃO CVM 361, DE 5 DE MARÇO DE 2002.

PARECER NORMATIVO CST 39, DE 19 DE OUTUBRO DE 1981.

Equipe n. 02

Rayanne Ribeiro Gomes

Jorge Mussa Guerra Demes

Vinícius Rabello Dias de Almeida

João Marcos da Cunha Rocha

Fernanda Passos Oppermann Iizuka

Davi da Silva Filho

João Gabriel Costa dos Santos

Daniela de Sousa Teixeira

Rafael Peres Peres Nunes

Lya Brandão Cavallari de Oliveira

À EGRÉGIA _ TURMA ORDINÁRIA DA _ CÂMARA DA _ SEÇÃO DO CARF

HOLDING AZUL SA, já devidamente qualificada nos autos, vem, respeitosamente, apresentar MEMORIAL, conforme fatos e fundamentos a seguir expostos

I. FATOS

1. Discute-se lançamento de IRPJ/CSLL e PIS/COFINS, referente ao exercício de 2020, a título de suposto ganho de capital auferido em incorporação de ações que substituiu 7 (sete) títulos da incorporada Transmissora Azul, detidas pela Recorrente à época, por 35 (trinta e cinco) ações de valor contábil equivalente na incorporadora, Energia Forte. Também foram lançadas, concomitantemente, multa isolada sobre a estimativa de janeiro/2020 (50%) e multa de ofício qualificada por sonegação (150%).

2. A operação de incorporação de ações que deu origem à autuação, abaixo ilustrada, possui razões mercadológicas, propósito comercial incontroverso e aprovação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), tendo sido devidamente contabilizada pela Recorrente, inclusive com a identificação de ganho por compra vantajosa.

3. O Fisco tem por premissa que na incorporação acima retratada teria ocorrido verdadeira hipótese de alienação de ações de titularidade da Recorrente (da Transmissora Azul), o que autorizaria a tributação de um suposto ganho de capital identificado na variação positiva das novas ações "adquiridas" pela Recorrente (da Energia Forte) em relação aos títulos "alienados". Como essa variação inexistente em termos contábeis, também sustenta a reavaliação da operação a valor justo, para uma suposta proteção de acionistas minoritários. Contudo, como será demonstrado adiante, a operação não retrata alienação alguma, bem como inexistente sustentáculo legal e mesmo base de cálculo tributável a ensejar o crédito.

4. Acresce-se que, não obstante a autoridade fiscal negar o ganho por compra vantajosa reconhecido contabilmente pela Recorrente para requalificar a operação como alienação, ela própria admite esta premissa no desenvolvimento do seu argumento subsidiário – diga-se, desenvolvido em clara violação à necessária

motivação dos atos administrativos – para manter a exigência fiscal, ainda que em montante minorado pela reavaliação a valor justo.

5. Por sua vez, buscando viabilizar a cobrança do PIS e da COFINS sobre transações com bens do ativo não-circulante, em desconformidade com a expressa previsão legal, a fiscalização entende que a alienação de participação societária seria operação usual da Recorrente, como sociedade holding.

6. Por fim, além da exigência concomitante da multa isolada com a multa de ofício, a autuação não traz qualquer fundamento fático da sonegação supostamente identificada para a qualificação da multa de ofício.

II. NULIDADE POR ERRO DE MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO CONTRADITÓRIA

7. De início, cumpre salientar que a Fiscalização se vale de razões subsidiárias como forma de desdobrar uma autuação, na prática, em duas. Como ato vinculado por expressa disposição dos arts. 3º e 142 do CTN, o lançamento não pode ser promovido de modo discricionário, devendo apresentar qualificação jurídica cabal para os fatos. Ao trazer interpretações diametralmente opostas acerca de uma mesma realidade fática, como meras suposições, a autoridade fiscal incorre em comportamento contraditório, maculando de nulidade a autuação.

8. Ora, ou há subsunção do fato à norma, culminando no surgimento e respectiva constituição da obrigação tributária, ou não há. *Tertium non datur*. De fato, as autoridades se utilizaram de um subterfúgio para escamotear uma autuação com razões dúplices e que não podem coexistir, já antevendo o cancelamento de suas razões principais e burlando as disposições do CTN quanto ao novo lançamento e à alteração de critério jurídico, estipuladas pelos arts. 146 e 149, VIII do CTN, em patente violação ao direito constitucional à ampla defesa, insculpido no art. 5º, LV, da CR/88, caracterizando a hipótese de nulidade consubstanciada nos arts. 59 c/c 60 do Decreto n.º 70.235/72 .

9. Importante ressaltar que não se trata de mero erro formal, mas que atinge o cerne das razões do lançamento. É clássica a lição dos votos do I. Cons. Rafael

Vidal no sentido de que o vício que atinge a essência da relação jurídico-tributária imediatamente transborda os limites do vício meramente formal:

LANÇAMENTO CANCELADO. VÍCIO MATERIAL. VÍCIO FORMAL. ASPECTOS QUE ULTRAPASSAM O ÂMBITO DO VÍCIO FORMAL

Vício formal é, via de regra, aquele verificado de plano no próprio instrumento de formalização do crédito, e que não está relacionado à realidade representada (declarada) por meio do ato administrativo de lançamento. Espécie de vício que normalmente não diz respeito aos elementos constitutivos da obrigação tributária, ou seja, ao fato gerador, à base de cálculo, ao sujeito passivo, etc. Se o problema que ensejou o cancelamento do lançamento está situado na própria essência da relação jurídico-tributária, na não comprovação da ocorrência do fato gerador pela glosa de despesas, e no errado dimensionamento da base de cálculo, não há como reconhecer a ocorrência de vício de natureza meramente formal.

Acórdão nº 9101-002.976, de 17.07.2017 (grifamos)

10. Com efeito, competiria à Administração, diante dos fatos ocorridos, interpretá-los na esteira da legalidade, motivando de forma harmônica e coerente a concretização dos alegados fatos geradores. Atuação em sentido contrário equivale à ausência de motivação adequada.

11. Não há, portanto, qualquer margem para que a Fiscalização se utilize de argumentos conflitantes para caracterizar os mesmos fatos de diversas formas, sendo autuação, inequivocamente, nula por vício de natureza material.

III. NULIDADE POR ERRO DE CAPITULAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

12. De igual maneira, é manifestamente NULA a autuação por sua inteira inépcia em apontar a capitulação legal que ensejaria a tributação do suposto ganho de capital na operação de incorporação de ações. A legislação esparsa mencionada, somada à sua fundamentação genérica e quase protocolar, confere ao Auto de Infração ora vergastado contornos de tributação por analogia.

13. Na verdade, a legislação apontada pelo Fisco dispõe o exato oposto do quanto por ele alegado. Cite-se, ad exemplum, a menção aos arts. 1º, § 3º, IX, da Lei nº 10.637/02, e 1º, §3º, VIII, da Lei nº 10.833/03. Ora, esta legislação justamente afasta a incidência das contribuições lançadas:

Art. 1º A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo, as receitas:

IX - relativas aos ganhos decorrentes de avaliação de ativo e passivo com base no valor justo; Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo as receitas:

VIII - relativas aos ganhos decorrentes de avaliação do ativo e passivo com base no valor justo; (grifamos)

14. De igual maneira, o art. 254 da Lei nº 6.404/1976 encontra-se revogado pela Lei nº 9.457/97. Além disso, nada do que ele dispunha alicerçava a autuação, assim como ocorre com os demais dispositivos suscitados na autuação.

15. Nesses casos, há manifesto prejuízo à defesa, como recentemente decidido pela 2ª Turma da CSRF desse E. CARF:

LANÇAMENTO. NULIDADE. ERRO NA CAPITULAÇÃO LEGAL. CONSEQUÊNCIAS NA NORMA INTRODUZIDA. PREJUÍZO PARA DEFESA. VÍCIO MATERIAL.

Erro na capitulação legal que traz consequências diretas para correta caracterização e aplicação da regra matriz de incidência tributária é erro material, pois traz prejuízo ao exercício da ampla defesa do contribuinte.

Acórdão nº 9202-009.777, de 25.08.2021

16. Neste sentido, o único remédio possível para este tipo de inépcia é a declaração da completa nulidade da autuação por erro de capitulação legal, com efeitos ex tunc.

IV. MÉRITO

a. Da impossibilidade de equiparação entre alienação e incorporação de ações

17. Caso não sejam acatadas as nulidades acima apontadas, o que se admite ad argumentadum tantum, também no mérito a autuação fiscal não merece subsistir.

18. Isso porque o instituto da incorporação de ações é, a toda evidência, diverso da alienação, dado que possuem delimitações próprias de conteúdo e alcance. Ora, não é dado ao Fisco escolher o significado de termos regulados pelo direito privado, a teor do que dispõem os arts. 109 e 110 do CTN.

19. A alienação implica na perda da propriedade, conforme art. 1.275, I, do Código Civil, o que não ocorre no caso concreto, tanto assim o é que a Recorrente ainda poderá alienar sua participação a qualquer momento. É dizer, como poderia alienar o direito às ações na incorporação e, logo em seguida, continuar dispondo dele para uma nova alienação? Poderia a propriedade ser alienada duas vezes?

20. Ad argumentandum, caso o Fisco afirmasse se tratar de uma alienação seguida de recompra, precisaria ao menos cumprir as formalidades para autuação, a exemplo da acusação de dissimulação de atos sequenciados, mas nem mesmo isso ocorre. De fato, a Fiscalização finge estar diante do que não está, como forma de legitimar uma cobrança manifestamente ilegal, em uma tentativa esdrúxula de tributação por analogia, violando o art. 108, §1º, do CTN, e o Princípio da Legalidade.

21. A incorporação de ações, a seu turno, está prevista no art. 252 da Lei nº 6.404/76 ("Lei das SA"), que em momento algum menciona alienação ou perda de propriedade. Na realidade, a própria Lei nº 12.973/14, ao tratar do ganho por compra vantajosa, utiliza os dois significantes para distinguir o momento de tributação, o que só demonstra o quão apartados estão.

22. Dessa maneira, a realidade fática dos autos não traduz uma alienação, mas típica incorporação de ações, com legítima substituição de bens de mesma natureza e igual valor patrimonial. Assim, esta operação mais se assemelharia a uma permuta de bens semelhantes, já que "uma das partes se obriga a transferir à outra uma coisa, recebendo em contraprestação coisa diversa, diferente de dinheiro".

23. A importância desta diferenciação é que, justamente por não haver fluxo financeiro, não haver dinheiro propriamente envolvido, também não há preço formado e nem receita para fins de tributação da renda. Este raciocínio é corroborado, inclusive, pelo item 12 do CPC 30, desde que a troca se dê entre bens ou serviços similares:

“12. Quando os bens ou serviços forem objeto de troca ou de permuta, por bens ou serviços que sejam de natureza e valor similares, a troca não é vista como uma transação que gera receita. Exemplificam tais casos as transações envolvendo commodities como petróleo ou leite em que os fornecedores trocam ou realizam permuta de estoques em vários locais para satisfazer a procura, em base tempestiva e em local específico. Por outro lado, quando os bens são vendidos ou os serviços são prestados em troca de bens ou serviços não similares, tais trocas são vistas como transações que geram receita.

24. Como se vê, a Fiscalização confunde os institutos da alienação e da incorporação de ações, o que a faz exigir tributos sobre fatos que não se enquadram em sua hipótese de incidência. Logo, não há outro caminho senão o cancelamento da autuação.

b. Incompatibilidade da regra matriz de incidência do IR com o ganho não realizado

25. Também é preciso observar que inexistente qualquer fluxo financeiro de recursos ao longo de toda a operação aqui discutida. De fato, à luz do art. 43 do CTN, a incidência do IR depende da aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica, hipóteses não configuradas no caso concreto.

26. Na verdade, como bem elucidado pela clássica doutrina de Alberto Xavier (bem como de Ricardo Mariz e Nelson Eizirik) a incorporação de ações tem natureza de sub-rogação real:

“O titular das ações a serem objeto de incorporação nada faz, nada transmite, nada permuta: limita-se “passivamente” a receber da sociedade incorporadora

ações substitutivas das originariamente detidas e que ocupam, no seu patrimônio, lugar equivalente ao das ações substituídas por um fenômeno de sub-rogação real."

27. Neste diapasão, cabe lembrar as lições de Víctor Polizelli ao comentar a inexistência de realização em "situações de continuidade", como a destes autos:

Reconhece-se que a realização não se completa em situações de continuidade. (...) Operações de troca (ou permuta) de bens em que a coisa seja o objeto predominante do contrato (em vez do seu valor em dinheiro) revelam uma situação de continuidade. De maneira semelhante, diversos atos de reorganização societária não geram a mudança da posição patrimonial do contribuinte. Muitas dessas situações equivalem, em verdade, a uma troca de ativos (justificando a aplicação do mesmo tratamento dado às permutas). Em linhas gerais, verifica-se que, em integralizações ou reduções de capital, o sócio troca ativos por participação societária ou vice-versa. Em muitos atos de incorporação, fusão ou cisão, também se pode observar mera troca de ativos representativos de patrimônio que, em essência, não se altera.

28. Assim, por haver apenas aumento patrimonial em potencial, e não realizado, não há que se falar em tributação pelo IR. Ora, o valor de uma companhia pode se alterar repentinamente a qualquer momento a depender de diversos fatores, a exemplo de variações cambiais, risco político, liquidez do mercado, etc. Não há qualquer garantia de que este suposto aumento, repita-se, meramente escritural e não decorrente do mundo fenomênico, irá de fato se refletir em uma eventual alienação futura, podendo inclusive ocorrer alienação com prejuízo.

29. Na realidade, o que ocorre na hipótese tratada nos autos é aquilo que o professor Roberto Quiroga chama de mera reposição de patrimônio, ou seja, o reingresso de uma riqueza antiga, já antes conquistada, e que, portanto, não enseja a tributação pelo IR.

30. Ainda que assim não fosse, e assumindo ter havido realização apenas para argumentar, esta teria ocorrido a valor contábil, não havendo que se falar em qualquer ganho de capital a ser apurado, já que o registro de valor dos bens se equivale, o acarreta base de cálculo inexistente.

31. Neste caso, aplicar-se-ia o PN COSIT nº 504/71:

A alienação de ações pelo valor de sua aquisição. Não gera obrigação tributária. Resultado eventual que possa ocorrer na permuta de ações não será aferido com base no valor nominal dos títulos transacionados, mas no de sua aquisição, quer quanto aos cedidos, quer quanto aos recebidos, observadas as restrições dos arts. 192 e 193 e alíneas a e b do art. 251. do Regulamento do Imposto de Renda. (...) a pessoa jurídica que permutar ações por outras de valor equivalente ao de aquisição das cedidas, por consequência, não alterando quantitativamente o patrimônio social, não estará sujeita à imposição de tributo. (...)

5. Ressalte-se, ainda, quanto à incidência na pessoa jurídica, não ser o valor nominal das ações negociadas a base de apuração do resultado na transação, e sim o valor da aquisição das por ela cedidas (...)

32. Portanto, não havendo realização, não há que se falar em incidência de IRPJ/CSLL, haja vista não estar configurado o cerne da matriz de incidência desses tributos, sendo certa a impossibilidade de subsunção do fato à norma.

c. Da reavaliação a valor justo

33. Quanto à necessidade de reavaliação da operação a valor justo, cumpre apontar não apenas a possibilidade, mas a verdadeira necessidade de valoração pelo MEP, seja em cumprimento de expressa previsão legal ou em observação aos precedentes deste E. CARF.

34. De fato, o art. 248 da já mencionada Lei das SA exige que os investimentos em controladas sejam avaliados pelo MEP. Entende-se por controlada aquela sociedade cujo investidor possui mais de 50% do capital votante, percentual este que, in casu, era de 70%.

35. Ademais, a legislação de regência elegeu o valor contábil como aquele que norteará a determinação de eventual ganho de capital, nos exatos termos do art. 31, § 1º do DL nº 1.598/77:

§ 1. Ressalvadas as disposições especiais, a determinação do ganho ou perda de capital terá por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte e diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada.

36. Neste sentido, cite-se o célebre voto do I. Cons. Luis Fabiano Alves Penteado nos autos do caso de maior valor atualmente em curso no CARF, em que se concluiu ser mandatário o uso do MEP para registro e avaliação de investimentos relevantes:

MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL MEP. INTRIBUTABILIDADE. APLICAÇÃO DOS ART. 389 E 428 DO RIR/99. O MEP consiste na avaliação do investimento de uma sociedade em outra sociedade em função da participação da investidora no patrimônio líquido da investida. No caso de investimentos relevantes, o registro pelo MEP é mandatário. Através do MEP a empresa investidora reflete diretamente em sua contabilidade a variação patrimonial ocorrida na investida. Se a investida apurou lucro, a investidora contabilizará igual resultado de forma proporcional à sua participação na investida. Sendo a receita de MEP na investidora mero reflexo de lucro apurado e tributado na investida, não há que se falar em tributação da receita de MEP, conforme disposto no art. 389 do RIR. Não há que se falar em tributação decorrente de ganho ou perda de capital por variação na percentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada em razão do disposto no art. 428 do RIR/99.

Acórdão nº 1201001.618, de 10.04.2017

37. Como se vê, a Recorrente agiu em estrita observância à legalidade e à jurisprudência desse E. CARF, não havendo fundamento legal para embasar a tese da Fiscalização de reavaliação a valor justo.

d. Do ganho por compra vantajosa

38. O ganho por compra vantajosa decorre da aplicação das regras contábeis estipuladas pelo pronunciamento técnico CPC 15, e consiste no excesso apurado no valor justo dos ativos líquidos da investida em relação ao seu respectivo custo de aquisição, nos termos do §6º do art. 20 do DL nº 1.598/77 .

39. No entanto, o ganho por compra vantajosa possui regime de tributação próprio, diretamente estipulado pelo predito dispositivo, que ordena o seu cômputo na determinação do lucro real apenas “no período de apuração da alienação ou baixa do investimento”.

40. Neste diapasão, a Recorrente invoca as lições do Professor Ricardo Mariz de Oliveira para demonstrar a manifesta violação ao Princípio da Capacidade Contributiva promovida pela tentativa da autuação de tributar imediatamente do ganho por compra vantajosa:

Observe-se por um simples exemplo como a compra vantajosa não pode ser tributada antes da realização do bem: supondo-se que na abertura da pessoa jurídica a totalidade do seu capital social tenha sido integralizada em dinheiro e tenha sido aplicada na aquisição do ativo imobilizado que será empregado na geração dos seus lucros, ou que o capital social tenha sido integralizado com a entrega desse ativo. Supondo-se que o valor de mercado desse ativo seja superior ao valor da aquisição pela pessoa jurídica (ou da sua conferência na integralização), a diferença contabilmente é considerada compra vantajosa, mas, se fosse devido tributo sobre esse ganho meramente potencial e escritural, para pagá-lo, a nova pessoa jurídica teria que vender o ativo, ou parte substancial dele (34% correspondentes ao IRPJ e à CSL), o que significaria a invasão do patrimônio pela tributação, sem ter havido fluxo de renda alguma (portando, sendo tributado o patrimônio, e não alguma renda), além de que possivelmente haveria a diminuição do próprio ganho fictício representado pela compra vantajosa. (...) Neste sentido, a renda tributável não pode ser meramente potencial, precisando estar disponível para o contribuinte, para que, com ela, ele possa recolher o tributo incidente sobre a renda. Vale repetir também que o fisco

não pode dispor do tributo antes de o contribuinte poder dispor da renda.
(grifamos)

41. Resta evidente, portanto, que o ganho por compra vantajosa não pode ser imediatamente tributado, dado que na hipótese a tributação estaria recaindo sobre riqueza ainda não disponível, o que implicaria direta invasão do patrimônio do sujeito passivo.

42. Ademais, ainda que fosse possível a tributação do ganho por compra vantajosa antes da realização do bem, haveria de ser conferido tratamento legal idêntico ao previsto pelo art. 23, Subseção IV, Seção VII, da Lei nº 12.973/14, o qual prevê o cômputo "na determinação do lucro real dos períodos de apuração subsequentes à data do evento, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração".

e. Impossibilidade de tributação pelo PIS/COFINS

43. Como dito em sede de preliminares, nem mesmo o Fisco sabe qual a razão que ensejaria a tributação pelas contribuições no caso concreto, tanto assim que menciona artigos no sentido exatamente oposto, isto é, da não tributação.

44. Assim é que, apenas por dever de ofício, a defesa sustenta a não tributação dos bens do ativo não-circulante, dado que as transações com eles efetuadas não influenciam a receita operacional, nos termos da Lei nº 9.718/98:

Art. 3º O faturamento a que se refere o art. 2º compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977. (...)

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta: (...)

IV - as receitas de que trata o inciso IV do caput do art. 187 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, decorrentes da venda de bens do ativo não circulante, classificado como investimento, imobilizado ou intangível; (...)

45. Neste sentido, pacífica a jurisprudência deste E. CARF sobre o tema:

PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. ALIENAÇÃO ONEROSA DAS AÇÕES RECEBIDAS EM SUBSTITUIÇÃO DOS ANTIGOS TÍTULOS PATRIMONIAIS DAS BOLSAS.

A receita auferida com a venda das ações da BOVESPA HOLDING, recebidas em conversão das ações da CBLC está excluída das bases de cálculo do PIS e da Cofins por se tratar de alienação de patrimônio próprio, amparada pelo art. 3º, § 2º, inc. IV, da Lei nº 9.718/1998. Acórdão nº 3201-009.433, de 24.11.21

No mesmo sentido: 3201-009.278, 3402003.078 e 3402003.819

46. Ademais, como também já afirmado em relação ao IR/CSLL, os bens substituídos possuem natureza e valor idênticos, não havendo receita sobre a qual fazer incidir PIS/COFINS.

f. Necessidade de ajuste da base tributável

47. Subsidiariamente, caso se entenda pela manutenção da autuação combatida, é preciso ao menos ajustar a base de cálculo promovida pela Fiscalização, já que houve indevida majoração do valor imponible.

48. São tantas as contradições da autuação que, a despeito de sustentar a reavaliação de toda a operação a valor justo, utiliza como custo de aquisição o valor contábil fornecido pela Recorrente, de R\$ 350. Não obstante, o valor final de R\$ 420 decorre da reavaliação a valor justo.

49. Como se vê, trata-se de um subterfúgio para majorar ilegalmente a tributação, aumentando a diferença entre os números. Enquanto o aditivo é avaliado a valor justo, o subtrativo é avaliado pelo valor contábil. Ora, o mínimo de coerência exige que ambos sejam avaliados pelo mesmo parâmetro. Se a valor justo, a base de cálculo é de R\$ 420 - R\$ 385 (valor fornecido pela auditoria).

50. Este inclusive é o raciocínio desenvolvido pelo próprio auditor fiscal, na autuação, ao tratar de seu argumento subsidiário para minorar o ganho por compra vantajosa. Se provido, este tópico da defesa implica redução da ordem de 50% do valor da autuação.

51. Portanto, subsidiariamente, caso se entenda pela manutenção da autuação combatida, pugna-se pela redução da base de cálculo autuada, adotando-se como parâmetro de cálculo a reavaliação a valor justo, e não um critério dúplice, por ser questão de coerência.

V. MULTA ISOLADA

52. No que tange à multa isolada, é certo que deve prevalecer o entendimento da Súmula CARF nº 105, segundo a qual a multa isolada não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício. O enunciado se aplica ao presente caso ainda que os fatos geradores aqui discutidos sejam posteriores às alterações promovidas pela Lei 11.488/2007, dado que esta modificou apenas o texto normativo, em nada alterando a norma que lhe é subjacente, nos termos da melhor jurisprudência desta E. Câmara Superior deste Conselho:

Ano-calendário: 2009, 2010 MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. ABSORÇÃO OU CONSUNÇÃO. INFRAÇÃO-MEIO E INFRAÇÃO-FIM. As multas isoladas e de ofício são penalidades aplicadas em razão de infrações diferentes, sendo a hipótese de incidência da multa isolada o não cumprimento da obrigação correspondente ao recolhimento das estimativas mensais, e a hipótese de incidência da multa proporcional o não cumprimento da obrigação referente ao recolhimento do tributo devido no ajuste anual. Não obstante, trata-se de um mesmo tributo devido e, porque uma das condutas funciona como etapa preparatória para a outra, em matéria de penalidades deve-se aplicar o princípio da absorção ou consunção, não sendo possível punir, ao mesmo tempo, a infração meio e a infração-fim.

Acórdão nº 9101-005.991, de 10.2.2022.

No mesmo sentido os acórdãos 9101-005.985, 986 e 987.

53. Neste diapasão, cumpre afastar a imposição da multa isolada no caso concreto, tendo em vista a concomitância com a multa de ofício, devendo prevalecer apenas esta última.

VI. MULTA QUALIFICADA

54. Ainda que se entenda pela validade da autuação, é verdadeiramente inadmissível a qualificação da multa de ofício, dada a manifesta atipicidade da conduta. A sonegação denota significado jurídico fechado, encontrando definição legal no art. 71 da Lei n. 4.502/64:

“Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

- I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;
- II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente”.

55. Como se vê, a sonegação exige dolo em impedir ou retardar o conhecimento de fato ou condição do contribuinte, ou seja, a norma volta-se contra aquele que pretende escamotear, mediante execução ardis e intuito de economia ilegal de tributos, operações ou condições pessoais, sendo que a comprovação deste cenário incumbe às autoridades fiscais.

56. No caso concreto, não há sequer uma tentativa de se comprovar dolo do contribuinte, como se fosse possível presumir esse tipo de conduta. Além do mais, toda a autuação é baseada nas demonstrações contábeis e documentos fornecidos de bom grado pelo sujeito passivo ao Fisco, no estrito cumprimento de suas obrigações acessórias.

57. Aplicável à hipótese, portanto, a Súmula CARF nº 1415, segundo a qual a mera omissão de receitas não enseja a qualificação da multa de ofício. Neste exato sentido a jurisprudência deste E. CARF:

APLICAÇÃO DE MULTA QUALIFICA. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DE CONDUTA DOLOSA

A autoridade fiscal não logrou êxito em comprovar que a contribuinte teria praticado quaisquer das condutas dolosas descritas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. Nos termos da Súmula CARF no 14, o simples fato da existência de omissão de receitas não autoriza a aplicação de multa qualificada prevista no artigo 44, §1º da Lei no 9.430/96.

15 Súmula CARF nº 14 – Aprovada pelo Pleno em 2006 – A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo. Acórdãos Precedentes: Acórdão nº 101-94258, de 01/07/2003 Acórdão nº 101-94351, de 10/09/2003 Acórdão nº 104-19384, de 11/06/2003 Acórdão nº 104-19806, de 18/02/2004 Acórdão nº 104-19855, de 17/03/2004.

Acórdão nº 1201002.479, de 19.09.2018.

MULTA QUALIFICADA. SIMULAÇÃO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA CARF. 14

A simples apuração de omissão de receita, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessário, conforme preconiza o artigo 44, inciso II, da Lei no 9.430/96 e Súmula nº. 14 do CARF, a comprovação do evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no. 4.502/64.

Acórdão nº 1401-004.045, de 10.12.2019.

58. Resta evidente, portanto, que o contribuinte não atuou para que o Fisco desconhecesse qualquer informação, sendo a autuação uma mera decorrência de divergências acerca da correta interpretação da legislação de regência, o que, por óbvio, não pode ensejar a qualificação da multa.

VII. PEDIDO

59. Ante o exposto, requer-se o PROVIMENTO do recurso voluntário, com o consequente cancelamento dos autos de infração combatidos.

Local, Data.

Equipe n. 03

Luken Pena Martins

Paloma Galvão

Sofia Carvalho

João Vitor Barros de Souza

Isabella Oliveira Lima

Gianluca Pereira

Maurício Pimenta

Leandro Jacobina Lima Prudêncio

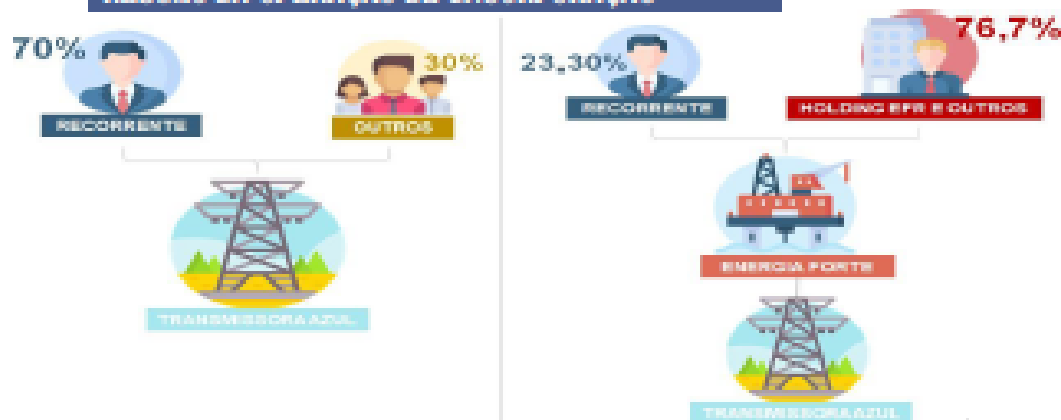
Pedro Mitre

Arthur Schaeffe

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

Inexistência de ganho de capital

RESUMO DA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO



SUBSIDIARIAMENTE – Redução da base de cálculo adotando o valor justo, não critério duplo

Há indevida majoração da base tributária impositiva.

A Fiscalização utiliza como custo de aquisição o valor contábil fornecido pelo Recorrente, de R\$ 350 e, como valor final, de R\$ 420 decorre da reavaliação a valor justo.

Este inclusive é o raciocínio desenvolvido pelo próprio auditor fiscal na autuação ao tratar de seu argumento subsidiário, na tentativa de minorar o ganho por compra vantajosa, e implica redução da ordem de 50% do valor da autuação.

IMPOSSIBILIDADE DE CONCOMITÂNCIA DAS MULTAS

IMPOSSIBILIDADE DE TRIBUTAÇÃO PELO PIS/COFINS

ACÓRDÃO n. 3201-009.433

PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. ALIENAÇÃO ONEROSAS DAS AÇÕES RECEBIDAS EM SUBSTITUIÇÃO DOS ANTIGOS TÍTULOS PATRIMONIAIS DAS BOLSAS.

A receita auferida com a venda das ações da BOVESPA HOLDING, recebidas em conversão das ações da CBLC está excluída das bases de cálculo do PIS e do Cofins por se tratar de alienação de patrimônio próprio, amparada pelo art. 3º, § 2º, inc. IV, da Lei nº 9.718/1998.

AUSÊNCIA DE DOLO OU SONEGAÇÃO

ACÓRDÃO n. 1201002.479

APLICAÇÃO DE MULTA QUALIFICA AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DE CONDUTA DOLOSA A autoridade fiscal não logrou êxito em comprovar que a contribuinte tenha praticado qualquer das condutas dolosas descritas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. Nos termos da Súmula CARF no 14, o simples fato da existência de omissão de receitas não autoriza a aplicação de multa qualificada prevista no artigo 44, §1º da Lei no 9.430/96.

ACÓRDÃO n. 9101-005.991, de 10.2.2022.

Ano-calendário: 2009, 2010 **MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. ABSORÇÃO OU CONSUMÇÃO.**

INFRAÇÃO-MEIO E INFRAÇÃO-FIM. As multas isoladas e de ofício são penalidades aplicadas em razão de infrações diferentes, sendo a hipótese de incidência da multa isolada o não cumprimento de obrigação correspondente ao recolhimento das estimativas mensais, e a hipótese de incidência da multa proporcional o não cumprimento de obrigação referente ao recolhimento do tributo devido no ajusto anual. Não obstante, trata-se de um mesmo tributo devido e, porque uma das condutas funciona como etapa preparatória para a outra, em matéria de penalidades deve-se aplicar o princípio da absorção ou consumo, não sendo possível punir, ao mesmo tempo, a infração meio e a infração-fim.

CONCLUSÕES

VALIDADE POR MOTIVAÇÃO INVÁLIDA
Ira de motivação e fundamentação compositória. O ato de infração é discricionário e falta de argumentos constitutivos para sustentar a decisão.

VALIDADE POR ERRO CAPTULAÇÃO
Início da autuação em posit e legislação que de fato versa a tributação dos fatos geradores.

EXISTÊNCIA DE ALIENAÇÃO OU REALIZAÇÃO DE GANHO TRIBUTÁVEL
Tributação de ganho e realizada pelo direito privado não pelos atos administrativos da Fisco.

IMPOSSIBILIDADE DE TRIBUTAÇÃO PELO PIS/COFINS
Hipótese de não incidência nos termos do art. 3º, § 2º, inc. IV, da Lei nº 9.718/1998.

1. DOS FATOS

Cuida-se de auto de infração lavrado pela Receita Federal com o fito de exigir IRPJ, CSLL, PIS e Cofins da Holding Azul S/A incidentes sobre o suposto ganho de capital de R\$ 70 decorrente da incorporação de ações realizada da Transmissora Azul de Energia Elétrica S/A pela Energia Forte Renovável S/A. *Subsidiariamente*, o Fisco pede que, caso se entenda pela existência de ganho por compra vantajosa, que seja tributado o valor de R\$ 46,20 ou, *residualmente*, de R\$ 30. O Fisco Federal, ainda, cominou multa isolada de 50% sobre as estimativas de IRPJ e CSLL recolhidas a menor e, concomitantemente, multa de ofício qualificada para 150%, por suposta conduta dolosa do contribuinte para ludibriar as autoridades fiscais.

A autuação fiscal é decorrente da incorporação de ações da Transmissora Azul de Energia Elétrica S/A realizada pela Energia Forte S/A, realizada com base no valor patrimonial contábil das ações em 31.12.2019. Na oportunidade, a Transmissora Azul de Energia S/A tinha 10 ações com valor patrimonial contábil de R\$ 50 cada, sendo a Holding Azul S/A detentora de 70% de tais ações. Por sua vez, a Energia Forte possuía 100 ações avaliadas em R\$ 10 cada.

Logo, cada ação da Transmissora Azul S/A seria patrimonialmente equivalente a 5 ações da Energia Forte S/A. Para a concretização da operação, pois, fez-se necessária a emissão de 50 novas ações da Energia Forte S/A, cujo 70% (35 ações – R\$ 350) foi repassado à Holding Azul S/A, mantendo-se, assim, a equivalência patrimonial primária.

Ato contínuo, a Holding Azul S/A, por força do disposto no Pronunciamento Técnico CPC nº 15, avaliou as ações recebidas da Energia Forte S/A, contratando uma empresa de auditoria independente. Na oportunidade, a avaliação a valor justo realizada concluiu que a contraprestação transferida (7 ações da Transmissora Azul) totalizaria R\$ 385, enquanto que a participação societária recebida (35 ações da Energia Forte) perfaria R\$ 420.

Tendo em vista que a operação foi realizada com base no valor patrimonial das ações, que remontava o valor de R\$ 350, a Holding Azul S/A entendeu que a diferença de R\$ 70 configuraria ganho por compra vantajosa, concluindo pela não tributação deste valor.

Discordando do esclarecimento do contribuinte e após o trâmite do procedimento fiscal, a Receita Federal lavrou o auto de infração mencionado. Entretanto, o lançamento fiscal desmerece prosperar. Afinal, referido ato administrativo é manifestamente nulo, tendo em vista a mudança de critério jurídico no ato do lançamento. No mérito, certo é que o lançamento deve ser desconstituído ante (i) a não ocorrência do fato gerador de IRPJ e CSLL em operações de incorporações de ações e (ii) caso se entenda pela sua ocorrência, no presente caso, o resultado da incorporação foi decorrente de ganho por compra vantajosa.

Quanto às contribuições ao PIS e Cofins, a autuação também merece ser desconstituída, tendo em vista a inoocorrência de receita na operação. Já no que tange às multas, certo é que elas devem ser afastadas, ante as razões de mérito expostas e entendimento sumulado deste CARF. É o que se passa a demonstrar.

2. PRELIMINARMENTE: NULIDADE DO LANÇAMENTO POR VIOLAÇÃO AO ART. 146 DO CTN DA ALTERAÇÃO DO CRITÉRIO JURÍDICO DO LANÇAMENTO NO AUTO DE INFRAÇÃO

Ao formular pedidos subsidiários no auto de infração, o Fisco Federal alterou o critério jurídico do lançamento tributário. Tal conduta avilta o previsto no art. 146 do CTN, ensejando, inexoravelmente, a nulidade do ato administrativo. Explica-se.

O auto de infração lavrado pelas autoridades fiscais visa a exigir IRPJ, CSLL, PIS e Cofins da Holding Azul S/A sobre suposto acréscimo patrimonial de R\$ 70 decorrente da incorporação de ações da Transmissora Azul S/A pela Energia Forte S/A. Ocorre que o Fisco apontou que, caso não fosse vislumbrada o ganho de capital de R\$ 70 e se concluísse por ocorrência de ganho por compra vantajosa, deveria ser mantido o lançamento sobre o valor de R\$ 35. Houve pelo Fisco Federal, portanto, escolha dos critérios jurídicos a serem observados no lançamento.

Todavia, o Fisco não pode pretender substituir a conceituação jurídica adotada. Caso a Fazenda pudesse alterar o critério jurídico para definir a ocorrência do fato gerador, a fim de realizar cobrança com fulcro em entendimento **subsidiário** de sua ocorrência, admitir-se-ia que a atividade de lançamento é discricionária, e não

vinculada. Neste caso, até a própria natureza de tributo, prevista no art. 3º do CTN, estaria descaracterizada.

Fica evidente que, diante da mesma legislação vigente (LSA, Decreto-Lei nº 1.598/1977, Lei nº 7.450/1985, Lei nº 8.981/1995, Lei nº 9.249/1995 e Lei nº 9.316/1996) a ser aplicada sobre o mesmo fato (incorporação de ações) no mesmo período, a fiscalização num primeiro momento entendeu que a contribuinte deveria o IRPJ e a CSLL incidiria sobre os R\$ 70 decorrentes da operação, alterando este entendimento por meio do *pedido subsidiário* formulado no auto de infração.

Por isto é que a autuação em apreço contém comportamento contraditório do Fisco, caracterizando verdadeiro *venire contra factum proprium*. A postura inicial da Receita Federal, exigindo IRPJ e CSLL sobre o suposto acréscimo patrimonial de R\$ 70, conflita com o pedido subsidiário de que, em caso se reconheça a ocorrência de ganho por compra vantajosa, fossem tributados R\$ 35, em violação ao princípio da boa-fé.

O pedido subsidiário formulado opera verdadeira revisão do "lançamento principal", aplicando ao mesmo fato novo critério jurídico para agravar a situação do contribuinte. Ocorre que o art. 146 do CTN veda a revisão de lançamento com base na alteração de critério jurídico relativo ao mesmo contribuinte e ao mesmo fato jurídico. Outrossim, eventual mudança de orientação somente poderá efeitos para o **futuro**, não podendo ter efeitos sobre fatos geradores anteriores à introdução de novo critério.

A doutrina de Leandro Paulsen¹ demonstra que o respeito ao art. 146 deve ser observado *a fim de que se preservem a estabilidade das relações jurídicas, a certeza, a segurança e a proteção à confiança do contribuinte*.

Ocorre que a conduta da fiscalização é expressamente rechaçada pelo Código Tributário Nacional. A um porque a revisão do lançamento só é autorizada nas hipóteses taxativas do art. 149 do CTN, sendo que nenhuma delas é a de revisão do lançamento por alteração de entendimento acerca da lei tributária ou por nova compreensão de fatos já conhecidos. A dois porque a norma do art. 146 do CTN,

¹ PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 14 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 1.021.

segundo Misabel Derzi², leciona que *em caso de a mudança de critério jurídico levar à cobrança de tributo ou à sua majoração, em relação àquele mesmo fato jurídico, novo lançamento não poderá ser efetuado, nem mesmo para cobrar o singelo valor do tributo.*

Não se pode admitir, portanto, que o Fisco altere os critérios jurídico do lançamento à sua conveniência e realize “lançamentos subsidiários” em um auto de infração. Caso mantida a autuação, estar-se-á presente de violação ao que prevê o art. 146 do CTN, dada a alteração de critério jurídico já exposta.

Portanto, uma vez que o auto de infração em questão representa mudança nos critérios jurídicos do lançamento, a autuação deve ser anulada.

3. DAS RAZÕES PARA DESCONSTITUIÇÃO DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

3.1. Preliminarmente: Considerações sobre Incorporação de Ações. Do caráter permutativo desta operação

Faz-se necessário, de antemão, conceituar a operação de incorporações de ações (art. 252 da Lei nº 6.404/1976 – LSA). A interpretação correta deste instituto é fundamental para a exata compreensão da controvérsia e, conseqüentemente, a conclusão pela não tributação da operação objeto da autuação no presente caso. Explica-se.

A incorporação de ações é negócio jurídico **típico** e **peculiar** ao Direito Societário, previsto no art. 252 da Lei nº 6.404/1976. Cuida-se de operação societária em que companhias pretendem combinar seus negócios, oportunidade em que todas as ações do capital social de determinada companhia (Incorporada) serão incorporadas ao patrimônio de outra (Incorporadora). Finda a operação, a Incorporada continua a existir e se torna Subsidiária Integral da Incorporadora. Cuida-se, portanto, de operação realizada **entre companhias**.

² DERZI, Misabel. Notas de atualização à obra de BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1.214.

Importa asseverar que um dos procedimentos para a conclusão deste negócio jurídico típico do Direito Societário é a **transferência** das ações da Incorporada à Incorporadora. Isto é, os sócios que detêm ações na Companhia Incorporada passarão a ter a mesma participação que nela tinham na Companhia Incorporadora. Para tal, será necessária a emissão de novas ações pela Incorporadora, que serão objeto desta permuta. Entretanto, certo é que esta operação societária não configura aumento patrimonial dos acionistas das ações da Incorporada, uma vez que a sua participação societária, em termos quantitativos, mantém-se intocável. O que ocorre é, tão somente, a sub-rogação legal destas ações, que em vez de serem atinentes à Incorporada serão, agora, descendentes das quotas da Incorporadora.

Neste diapasão, Ricardo Mariz de Oliveira ³ dispõe que *embora haja transferência das ações incorporadas, contida no ato de conferência das mesmas para a integralização do aumento do capital da incorporadora, não há ocorrência de aumento no patrimônio dos acionistas receptores das ações da incorporadora, em substituição às que foram incorporadas. O autor ainda assevera que a incorporação de ações não aumenta o patrimônio do acionista, porque produz mera troca de ações para ele*⁴.

No mesmo sentido, Fernando Daniel de Moura Fonseca ⁵ dispõe que o resultado final de uma incorporação de ações é *uma substituição de participações, em que os acionistas da companhia incorporadora mudam de posição, passando a ser acionistas da companhia que agora é titular da integralidade das ações incorporadas.*

Ou seja, o patrimônio dos acionistas se mantém **o mesmo** tanto antes quanto depois da concretização da operação. O que ocorre é, tão somente, o recebimento das novas ações emitidas pela Incorporadora que, todavia, não representam acréscimo patrimonial dos acionistas, mas mera contraprestação e parte indissociável da operação de incorporação de ações.

³ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. "Incorporação de Ações no Direito Tributário", São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 53.

⁴ OLIVEIRA, *apud.*, p. 64.

⁵ FONSECA, Fernando Daniel de Moura. "Imposto sobre a Renda: Uma Proposta de Diálogo com a Contabilidade.", Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 271.

Diferentemente da operação objeto da autação, por exemplo, a incorporação de sociedades se trata de negócio jurídico típico do Direito Societário, tipificado no art. 227 da LSA. De acordo com o dispositivo mencionado, quando uma sociedade é absorvida por outra, que lhe sucederá em todos os direitos e obrigações, estar-se-á diante de incorporação de sociedades. Tem-se, quando finalizada a operação, que uma das companhias não existe mais, tendo todos os seus ativos incorporados pela outra sociedade. Tal consequência é distinta da incorporação de ações, em que uma das companhias envolvida (a Incorporada) ainda subsiste como *Subsidiária Integral*, ou seja, não deixa de existir.

Feitas tais considerações e distinções, deve-se atentar à aplicabilidade das normas de direito privado para se definir a correta exação. Afinal, como o Direito Tributário se caracteriza pela subsunção, os aplicadores do Direito deverão observar as minuciosidades expostas.

A Incorporação de ações consiste, basicamente, na absorção das ações de uma companhia por outra, com a mera transferência dos acionistas da empresa incorporada para compor a base acionária da empresa incorporadora. A consequência da incorporação de ações é, portanto, que a sociedade cujas ações foram incorporadas passa a ser *subsidiária integral* da companhia incorporadora, ou seja, terá como único acionista outra pessoa jurídica.

Efetuada a operação, tem-se que a participação dos antigos acionistas da incorporada foi substituída, proporcionalmente, pela participação no capital social da incorporadora. Não há, portanto, qualquer alienação das ações suscetível de apuração de ganho de capital, mas mera substituição proporcional na participação dos acionistas da incorporada.

Como a Incorporação de Ações é um negócio jurídico com procedimento próprio previsto na legislação e completamente distinto da incorporação de sociedades. Neste diapasão, Fernando Daniel de Moura Fonseca⁶ alerta que é preciso se levar em conta que *a incorporação de ações não é o resultado de uma série de atos isolados, mas uma operação regulada pela lei societária, o que impõe o devido respeito ao seu regime jurídico*. Assim, conclui o jurista que não se pode

⁶ FONSECA, *apud.*, p. 270-271.

ignorar o efeito permutativo da operação, em que ações da companhia incorporada são substituídas, no patrimônio dos acionistas, por ações da companhia incorporadora, de quem a companhia incorporada se torna subsidiária integral.

Ao exposto, ante a tipicidade da operação de incorporação de ações, certo é que se trata de mera transferência de ações de uma Companhia para outra e não há que se cogitar o acréscimo patrimonial dos acionistas das Sociedades envolvidas, conforme se demonstrará.

3.2. DA INSUBSISTÊNCIA DA TRIBUTAÇÃO PELO IRPJ E PELA CSLL

3.2.1. Da não incidência de IRPJ e CSLL sobre incorporação de ações

Sob o pressuposto de consideração de validade toda a operação, com base no que foi relatado no tópico anterior, certo é que qualquer pretensão de tributação sobre a Autuada é equivocada. Afinal, a natureza jurídica da incorporação de ações não se sujeita a qualquer tipo ou forma de tributação, seja sob a ótica da Incorporada e da Incorporadora, seja sob o viés da Autuada. Explica-se.

Por se tratar de incorporação de ações, não resta configurada qualquer espécie de alienação ou subscrição das participações que impusesse à Holding Azul S/A reconhecer ganho de capital. Em razão dos atos ocorridos terem sido praticados no âmbito das pessoas jurídicas (*conditio sine qua non* para a incorporação de ações conforme relatado alhures), a obrigação da Autuada apenas **substituiu** a natureza das participações societárias que detinha. Portanto, inexistiu qualquer forma de alienação que gerasse o ganho de capital imaginado pela Fiscalização.

É importante repisar que a incorporação de ações é uma operação societária praticada pelas Assembleias Gerais das pessoas jurídicas, que importa na incorporação de todas as ações de uma companhia (incorporada) por outra companhia (incorporadora). Para os acionistas, o que ocorre, pura e simplesmente, é a substituição das participações que estes detinham em uma companhia (incorporada) e passam a deter em outra (na incorporadora). E só!

Neste contexto, a operação não gera qualquer fluxo financeiro. Isto é, os acionistas não recebem qualquer valor em dinheiro como contrapartida pela incorporação de ações.

Desta forma, não há que se falar em renda do acionista no momento da substituição das ações. A renda tributável *ocorrerá somente quando a participação societária for vendida e os acionistas forem remunerados por isso*. Tal afirmativa decorre do próprio conceito de renda no ordenamento jurídico brasileiro, que pressupõe o acréscimo patrimonial.

Como é cediço, o fato gerador do imposto de renda está previsto no art. 43 do CTN, sendo definido como a aquisição da disponibilidade, econômica ou jurídica, de acréscimos patrimoniais (renda ou proventos de qualquer natureza). Neste diapasão, o ordenamento jurídico brasileiro não pode conceber a tributação sobre um acréscimo patrimonial do qual o contribuinte ainda não tenha a disponibilidade econômica ou jurídica, isto é, sobre renda não realizada.

Quanto ao momento de realização da renda (aspecto temporal da norma de incidência), pela Autuada ser pessoa jurídica, deve-se utilizar o regime de competência. Decorrente do Princípio Contábil da Competência⁷, a renda se considera auferida a partir do momento em que se tem o direito de receber determinado valor (disponibilidade jurídica). Logo, tendo em vista que não se resta configurado o direito de receber o valor das ações no âmbito da incorporação de ações, a própria legislação tributária determina a inexistência de efetivo acréscimo patrimonial a ensejar tributação.

Ao exposto, conclui-se pela não ocorrência do fato gerador do IRPJ e da CSLL no presente caso, pelo que a autuação objurgada deve ser constituída.

⁷ Sobre este regime, atentar-se à lição de Ricardo Mariz de Oliveira: "O chamado 'regime de competência' caracteriza-se por atribuir a determinado período de apuração patrimonial o momento em que determinado acréscimo ao patrimônio deve ser computado como receita ou, ao contrário, o momento em que determinado custo ou despesa deve ser atribuído ao patrimônio." (Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.316).

3.2.2. Subsidiariamente: Da ocorrência de ganho por compra vantajosa no valor de R\$ 70. Impossibilidade de tributação de IRPJ e CSLL neste momento

Caso ainda se entenda que a incorporação de ações objeto da autuação esteja eventualmente sujeito à tributação, a diferença de valores entre as ações entregues e as recebidas pela Holding Azul S/A deve ser configurada como ganho por compra vantajosa. Conseqüentemente, concluir-se-á pelo diferimento do IRPJ e da CSLL. Explica-se.

Primeiramente, deve-se conceituar ganho por compra vantajosa. Prevista no item 34 do Pronunciamento Técnico CPC 15, a compra vantajosa é *resultado de uma combinação de negócios cujo valor da contraprestação recebida é maior do que a contraprestação transferida*. O mesmo dispositivo prevê, ainda, que ao final da operação de combinação de negócios, as partes que tiveram suas participações societárias "afetadas" pela operação deverão avaliar a contraprestação recebida, por meio de um laudo realizado por empresa especializada.

Pois bem. Ao avaliar as ações recebidas pela Energia Forte S/A, a Holding Azul atestou que a contraprestação recebida foi no valor de R\$ 420, enquanto que a entregue foi de R\$ 350. Constatou-se, portanto, uma diferença positiva de R\$ 70

Afinal, deve-se ressaltar que a incorporação de ações da Transmissora Azul S/A pela Energia Forte S/A teve como base o valor patrimonial contábil das ações de ambas as companhias em 31.12.2019. Isto é, tanto as ações da Incorporadora quanto da Incorporada foram avaliadas sob o mesmo critério e na mesma data, não havendo irregularidade na conduta das companhias, nos termos do art. 264 da LSA, tendo constatado que a participação societária da Holding Azul na Transmissora Azul S/A era avaliada R\$ 350.

A diferença positiva de R\$ 70 é, portanto, mera constatação de que a contraprestação recebida na operação foi maior do que a transferida. Está-se diante, pois, de ocorrência de ganho por compra vantajosa, que não está sujeita à tributação pelo IRPJ e pela CSLL neste momento.

Isso porque, ainda que se considere esta diferença positiva, o momento da tributação pelos tributos ora mencionados será apenas quando da efetiva realização

da venda (alienação) destas ações. Afinal, ainda não houve aumento de capital (lê-se ganho financeiro) com a valorização das ações recebidas pela Holding Azul.

Importante ressaltar que, ainda que a Autuada tenha recebido ações da Energia Forte S/A em montante superior ao das ações da Transmissora Azul S/A, não houve qualquer recebimento de recursos monetários por ela. Ou seja, não há, na ocorrência do ganho por compra vantajosa, a disponibilidade jurídica ou econômica desta diferença positiva à Autuada.

Conclui-se, portanto, que, caso se entenda pela ocorrência do ganho por compra vantajosa no presente caso, deve ser *afastada a incidência do IRPJ e da CSLL* da diferença positiva de R\$ 70, ante a ausência de disponibilidade econômica ou jurídica deste valor pela Autuada.

3.3. DA INSUBSISTÊNCIA DA TRIBUTAÇÃO PELO PIS E PELA COFINS

3.3.1. Da não incidência de PIS e Cofins sobre a incorporação de ações. Inexistência de receita

Demonstrada a não incidência de IRPJ e CSLL sobre operações de incorporação de ações, também é certo que não devem incidir a contribuição ao PIS e a Cofins.

Isso porque, conforme já relatado em capítulo anterior, a operação de incorporação de ações sequer resulta em acréscimo patrimonial dos acionistas. O que há, em verdade, é a mera permuta de ações, uma vez que os detentores das ações da Incorporada, quando finda a operação, recebem as ações da incorporadora na quantidade proporcional à que anteriormente detinham.

Ademais, certo é que estas ações recebidas também não configuram receita da contribuinte. Afinal, a doutrina e o próprio STF possuem conceitos definidos sobre o que é **receita**, pelo que se concluirá na não incidência de tais contribuições. Aires Barreto⁸ dispõe que receitas são importes que incrementem o patrimônio da

⁸ BARRETO, Aires F. "A nova Cofins: primeiros apontamentos." Revista Dialética de Direito Tributário, n. 103, p. 7-16, abr. 2004.

empresa. Por sua vez, Ricardo Mariz de Oliveira⁹ define que receita é algo novo, que se incorpora ao patrimônio, agregando um elemento positivo a este. Ramon Tomazela¹⁰ corrobora com o entendimento e afirma que a receita corresponde ao *elemento positivo produzido por fonte proveniente do próprio patrimônio da pessoa jurídica, em caráter definitivo e contraprestacional, como remuneração pela venda de mercadorias, pela prestação de serviços, pela aplicação do capital em investimentos, bem como pela cessão onerosa de bens e direitos a terceiros.*

Neste mesmo sentido, o STF entendeu, ao julgar o RE nº 574.706 – Tema RG nº 69 –, que o ICMS não integra a base de cálculo do PIS e da Cofins exatamente por não se tratar de **receita própria** das pessoas jurídicas. Portanto, tem-se certo que, no ordenamento jurídico e na doutrina brasileiros, para que algo seja considerado receita, este deve incrementar o patrimônio da pessoa jurídica em questão.

Pois bem. No presente caso, as ações recebidas pela Holding Azul S/A foram decorrentes da operação de incorporação de ações da Transmissora Azul S/A pela Energia Forte S/A. Na operação, todas as ações da agora Subsidiária Integral foram **incorporadas** pela Incorporadora, tendo a Holding Azul S/A recebido as ações desta em caráter de permuta e proporcionalmente à sua antiga participação societária.

A simples análise dos fatos enseja a conclusão pela não geração de receita do resultado da operação realizada. Isso porque, conforme mencionado, a incorporação de ações trata de mera sub-rogação real das ações de uma Companhia para outra, sendo o cenário dos acionistas da incorporada mantido proporcionalmente ao final da operação. Logo, não há a ocorrência de receita neste tipo de operação, inexistindo, pois, o fato gerador de PIS e Cofins.

Afinal, o art. 1º das Leis nº 10.633/2002 e 10.833/2002 define que tais contribuições incidirão sobre o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica. Logo, caso não se vislumbre a ocorrência de receita, certo é que não haverá a incidência do PIS e da Cofins sobre incorporação de ações.

⁹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. "A problemática das receitas de terceiros perante as bases de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins – 25.9.2003," In "Direito Tributário Atual, vol. 17, co-edição do Instituto Brasileiro de Direito Tributário e de Editora Dialética.

¹⁰ SANTOS, Ramon Tomazela. "A Não Incidência De Pis E Cofins sobre o Ganho Por Compra Vantajosa Apurado na Aquisição de Ativos Imobilizados em Operação de Combinação de Negócios – fev. 2017", In "Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, ano 15, n. 85

Dessume-se, ao exposto, que as operações de incorporações de ações, pelo seu caráter meramente permutativo, não configuram receita dos acionistas. Consequentemente, certo é que a incidência de PIS e Cofins deve ser afastada.

3.3.2. Subsidiariamente: Da ausência de realização de receita em ganhos por compra vantajosa. Não computação destes valores na base de cálculo do PIS e da Cofins

Caso se entenda que houve ganho por compra vantajosa pela Holding Azul S/A na operação de incorporação de ações objeto da autuação fiscal, certo é que, também, não se deve incluir este valor na base de cálculo do PIS e da Cofins.

Afinal, como relatado em capítulo anterior, os ganhos por compra vantajosa não são passíveis de alterar o cenário jurídico-econômico dos acionistas até a efetiva alienação das ações recebidas. Isto é, não há aumento de capital dos detentores da participação societária até o momento em que estes venderem as ações transferidas ao término da operação.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado ao se tratar da tributação pelo PIS e pela Cofins. Afinal, ainda que tenha havido a diferença positiva de R\$ 70 no presente caso, o referido valor não ingressou no caixa da Holding Azul S/A. Isto é, não se resta configurado, quando se tratar de ganhos por compra vantajosa, o conceito de receita exposto no capítulo anterior.

Repisa-se, inclusive, o art. 1º das Leis nº 10.637/2022 e 10.833/2022, que dispõe sobre a hipótese de incidência do PIS e da Cofins. Os dispositivos afirmam que as contribuições devem incidir sobre a receita das pessoas jurídicas. Logo, não configurada receita, a incidência do PIS e da Cofins deve ser afastada.

Conclui-se, portanto, que os ganhos por compra vantajosa não podem ser considerados receita até o momento da efetiva alienação das ações. Consequentemente, entende-se pelo afastamento da incidência de PIS e Cofins sobre a diferença positiva de R\$ 70 mencionada.

3.4. Do afastamento das multas cominadas. Da impossibilidade de cominação simultânea de multa isolada e multa qualificada, conforme Súmula CARF nº 105. Da inocorrência de recolhimento a menor de IRPJ e CSLL. Inexistência de elemento subjetivo para cominação da multa qualificada

Demonstradas as razões pelas quais não se pode exigir os tributos da Holding Azul S/A, certo é que as multas cominadas devem ser afastadas. Isso porque, não obstante o indevido lançamento tributário ora impugnado, a Receita Federal ainda imputou, simultaneamente, duas multas ao contribuinte: multa isolada de 50% sobre as estimativas de IRPJ e CSLL recolhidas a menor e multa de ofício qualificada para 150% por suposta prática de ato com dolo de ludibriar a atuação fiscal.

De antemão, cumpre-se mencionar que a cominação simultânea destas penalidades é vedada por este Tribunal Administrativo, por força da aplicação da Súmula CARF nº 105. Nos termos do referido enunciado, a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL, pelo que deve ser afastada a penalização simultânea.

Tratando individualmente de cada penalidade imposta, a multa isolada desmerece prosperar ante as razões de mérito expostas. Isso porque, conforme se detalhou pormenorizadamente, não há que se falar em recolhimento a menor de IRPJ e CSLL, pela não ocorrência dos fatos geradores dos tributos. Portanto, referida penalidade deve ser afastada.

Ademais, a multa qualificada também desmerece prosperar pela ausência de dolo pelo contribuinte na sua conduta. A Holding Azul S/A, com fulcro na legislação pertinente e na prática mercadológico-tributária, entendeu que a operação de incorporação de ações não se sujeita à tributação pelo IRPJ e pela CSLL. Afinal, conforme detalhado alhures, este negócio jurídico não acarreta em ganho de capital, mas, tão somente, sub-rogação real de ações. Conseqüentemente, inexistente o fato gerador do Imposto de Renda, qual seja, a disponibilidade econômica ou jurídica de renda.

A multa qualificada deve ser afastada, ainda, caso se entenda que referida operação se caracteriza como ganho por compra vantajosa. Afinal, a legislação

pertinente ao tema permite a realização da operação tendo como base o valor patrimonial contábil das ações, pelo que a conduta do contribuinte não pode ser configurada como tentativa de ludibriar as autoridades fiscais.

Afinal, cuidou-se, no presente caso, de incorporação de ações realizada tendo como base os requisitos legais aplicáveis a este negócio jurídico, pelo que se conclui a inexistência de dolo do contribuinte. Logo, pela ausência do elemento subjetivo do contribuinte em ludibriar as autoridades fiscais, a multa qualificada deve ser afastada.

Ao exposto, conclui-se que todas as multas cominadas ao Contribuinte não se subsistem, pelo que as penalidades não devem ser aplicadas.

4. DOS PEDIDOS

Ao exposto, pugna a Autuada pelo reconhecimento da nulidade apontada e pela declaração de nulidade do auto de infração objurgado. No mérito, pede a Autuada o acolhimento das razões demonstradas e, pois, o afastamento da incidência de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins sobre a combinação de negócios realiza

Equipe n. 04

Stefanie Turatti

Bruno Machado

Nayara Abdala

Andrei Cassiano

Guilherme Tessari

Lucas Maciel Bernardes

Artur Zanon

EXMO(A) SR(A) RELATOR(A) DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

HOLDING AZUL S/A, já qualificada nos autos do processo nº em que é parte contrária a **UNIÃO – FAZENDA NACIONAL** vem, à presença de Vossas Senhorias, por intermédio de seus procuradores, apresentar **memoriais**, o que faz na forma dos fundamentos de fato e de direito adiante alinhados.

I – DO RESUMO DOS FATOS E DA AUTUAÇÃO

A Holding Azul S/A, ora autuada, era acionista majoritária da empresa Transmissora Azul de Energia Elétrica S/A (“Transmissora Azul”), sendo detentora, à época, de 70% de suas ações.

Em 2019, os Conselhos de Administração das empresas Transmissora Azul e Energia Forte Renovável S/A (“Energia Forte”) discutiram a possibilidade de combinação de seus negócios através de uma operação de incorporação de ações, em que todas as ações da Transmissora Azul seriam incorporadas pela Energia Forte, aquela se tornando subsidiária integral desta.

Após seguir todos os trâmites legais, a incorporação das ações foi perfectibilizada. Referida operação não foi tributada pela Holding Azul S/A, uma vez que: (i) o custo de aquisição de investimento na Energia Forte correspondeu ao valor das ações da Transmissora Azul, objeto de incorporação; (ii) a operação de incorporação foi realizada pelo valor contábil, não tendo gerado ganho de capital e (iii) o ganho por compra vantajosa deverá ser considerado em eventual alienação ou baixa dos investimentos na Energia forte, conforme dispõe o artigo 23 da Lei 12.973/2014.

Inobstante isso, entendeu a Autoridade Fiscal que a operação realizada é tributada através do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS em razão de suposto ganho de capital apurado em operação de incorporação de ações, lavrando auto de infração para exigir referidos tributos. Aos valores autuados foram acrescidas multa isolada de 50% sobre as estimativas de IRPJ e CSLL

recolhidas a menor em janeiro de 2020, em virtude da ausência de cômputo do ganho de capital nas estimativas mensais, com fundamento no art. 44, inciso II, da Lei n. 9.430/1996, e multa de ofício qualificada de 150%, na forma do art. 44, § 1º, da Lei n. 9.430/1996, ao argumento de que restou caracterizada a prática de sonegação, consistente na ação ou omissão dolosa que impediu o conhecimento, por parte da autoridade fiscal, da ocorrência do fato gerador dos tributos supostamente devidos pela empresa.

Entretanto, conforme se passa a demonstrar, a autuação não se sustenta, uma vez que a operação realizada se deu ao abrigo da lei, não se caracterizando qualquer infração tributária, quanto mais prática de sonegação.

II – PRELIMINARES

II.1 – NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR INCONSISTÊNCIA DA AUTUAÇÃO

Antes de adentrar ao mérito do presente recurso, é importante reconhecer a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista o descumprimento dos requisitos dispostos no artigo 10 do Decreto nº 70.235/1972, em especial o inciso V, bem como dos artigos 142, 201 e 202 do CTN.

Da análise do caso, verifica-se que o agente fiscal, responsável pela lavratura do Auto de Infração, sequer tem certeza do que está autuando, uma vez que afirma que o ganho de capital, sobre os quais incidiriam os tributos exigidos, seria de R\$ 70,00, mas que seria possível, em um cenário subsidiário, reduzir tal importância para R\$ 35,00, ao argumento que este seria o valor do ganho por compra vantajosa tributável.

Ou seja, o auto de infração não descreve com **determinação** e **clareza** qual operação praticada pelo contribuinte estaria infringindo norma legal e ensejaria a tributação. Ganho de capital de R\$ 70,00? Ganho por compra vantajosa de R\$ 35,00?

Diante disso, observa-se que a autoridade administrativa realiza o lançamento de obrigações tributárias subsidiárias – como se isso fosse possível em Direito Tributário – na intenção de que, se não for acolhida uma tese, então que a outra seja

e o contribuinte seja compelido a pagar algo ao total arrepio da legislação vigente, o que prejudica indelevelmente o direito de defesa, pois não tem o contribuinte a compreensão exata do que lhe está sendo cobrado, restando maculados os princípios do contraditório e da ampla defesa, insculpidos no art. 5º, LV, da Constituição Federal, que são aplicáveis ao processo administrativo.

Nesse sentido, é importante destacar que, na forma do art. 142 do CTN, a correta formatação e delimitação da motivação da exação fiscal é requisito essencial à constituição regular da relação jurídico-tributária material e do próprio lançamento, como já decidido pelo CARF:

REGIMES ADUANEIROS (...) MOTIVAÇÃO. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL. **A correta formatação e delimitação da motivação da exação fiscal é requisito essencial à constituição regular da relação jurídico tributária material, nos termos do art. 142 do CTN, restando, desta forma, nulo, por vício material, o lançamento carente desse requisito.** VÍCIO MATERIAL. NOVO LANÇAMENTO. PRAZO DECADENCIAL. Declarada a nulidade do lançamento de ofício original, por vício material, o prazo decadencial do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário permanece sendo de 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I do CTN). RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO. (Processo nº 10735.003217/2005-53, Acórdão nº 3802-000.465, 2ª Turma Especial da Terceira Seção de Julgamento, Julgado em 01/06/2011)

O julgado acima referido foi recentemente confirmado pela CSRF¹, o que comprova ser imperioso o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração com a

¹ ASSUNTO: REGIMES ADUANEIROS Data do fato gerador: 09/06/1997, 14/06/1997, 15/06/1997, 22/07/1997, 20/08/1997, 12/09/1997, 14/09/1997, 30/09/1997, 22/10/1997, 03/11/1997, 18/11/1997, 03/12/1997, 09/12/1997, 24/12/1997, 30/01/1998 AUTO DE INFRAÇÃO. ERRO OU INSUFICIÊNCIA NA MOTIVAÇÃO. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL. Sendo a descrição dos fatos e a fundamentação legal da autuação elementos substanciais e próprios da obrigação tributária, os equívocos na sua determinação no decorrer da realização do ato administrativo de lançamento ensejam a sua nulidade por vício material, uma vez que o mesmo não poderá ser convalidado ou sanado sem ocorrer um novo ato de lançamento. Por isso, a falta de motivação e indicação das normas de interpretação adotadas na reclassificação fiscal de mercadoria importada alcança a própria substância do crédito tributário, não havendo de se cogitar em vício de ordem formal. A ausência de motivação no Auto de Infração acarreta a sua nulidade, por vício material.

consequente anulação dos lançamentos praticados.

II.2 – DA NULIDADE POR INDICAÇÃO DE LEGISLAÇÃO REVOGADA E INDICAÇÃO EQUIVOCADA DA BASE LEGAL DO PIS/COFINS

O auto de infração ainda é nulo por fundamentar a infração em legislação já revogada. Conforme se depreende da capitulação, a autoridade fiscal sustenta o lançamento no art. 254 da Lei nº 6.404/1976, o qual foi revogado pela Lei nº 9.457/1997.

Ora, o lançamento que indica legislação revogada viola expressamente o disposto no art. 10, IV, do Decreto 70.235/1972 e o art. 142 do CTN, que são claros ao afirmar que o lançamento deve indicar precisamente a disposição legal infringida, bem como a matéria tributável.

Certamente a indicação de legislação revogada não atende a tais dispositivos, razão pela qual deve ser reconhecida a nulidade do lançamento.

Não bastasse isso, ao exigir o PIS e a COFINS o Fisco utiliza como fundamento legal os arts. 1º, § 3º, IX, da Lei nº 10.637/2002 e 1º, § 3º, inciso VIII, da Lei nº 10.833/2003. Todavia, tais dispositivos preveem as situações em que **não** será exigível a exação. Como poderá o contribuinte apresentar defesa sem ter claro qual fundamento a autoridade fiscal entende como fato gerador elegível para a contribuição? O fundamento de validade da autuação do Fisco se consubstancia justamente na causa de exclusão da base de cálculo, impossibilitando a defesa do contribuinte.

O cerceamento de defesa ocorre quando a parte não consegue apresentar defesa ou produzir provas em razão da dificuldade criada pela outra parte, a falta de determinabilidade e clareza linguística projeta sua ausência de cognoscibilidade, acarretando obscuridade e vagueza no uso da base legal, sendo causa de reconhecimento preliminar de nulidade do auto de infração. Esta Corte de Recursos Fiscais, inclusive, já reconheceu a nulidade por vício material quando ausente a

fundamentação².

Diante do exposto, é necessário o reconhecimento preliminar das nulidades supracitadas.

III – MÉRITO

III.1 – DA SUB-ROGAÇÃO NA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

Para o bom deslinde do presente caso, é imprescindível compreendermos a natureza jurídica da operação realizada entre a Transmissora Azul S/A e a Energia Forte S/A, pois esta irá nos demonstrar que a exação exigida pela contraparte não é devida. A incorporação de ações, de acordo com o artigo 252 da Lei das S.A, é operação pela qual uma sociedade incorpora ao seu patrimônio todas as ações do capital social de outra companhia para convertê-la em sua subsidiária integral. A incorporação de ações não extingue nenhuma das sociedades, bem como não é cancelada nenhuma ação da companhia que teve as ações incorporadas, caracterizando se, tão somente, uma transferência de ações de uma companhia à outra. Os acionistas da sociedade incorporada recebem em troca da sua cota parte novas ações da sociedade incorporadora, sendo que as ações da sociedade incorporada são compulsoriamente transferidas para a nova controladora, configurando-se uma modalidade de sub-rogação.³

Observe que se trata de uma substituição, típica de uma sub-rogação, ou seja, substitui se um bem (as ações da incorporada) por outro bem semelhante (as ações da incorporadora). Na verdade, nada mais é do que uma coisa vir a ocupar o lugar de outra em uma relação jurídica, conservando, entretanto, sua identidade própria.⁴

Alberto Xavier leciona nesse sentido ao dispor que:

² Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2004 AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL. A ausência da descrição completa dos motivos que levaram a autoridade fiscal a lavrar o lançamento constitui causa de nulidade, caracterizando-se como vício material. Recurso voluntário provido.

³ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Direito das Companhias. v. I e II. Forense, 2009, p. 1994-1995.

⁴ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria geral da relação jurídica. Vol. I, Almedina, Coimbra, 1997. p. 224

O titular das ações a serem objeto de incorporação nada faz, nada transmite, nada permuta: limita-se 'passivamente' a receber da sociedade incorporadora ações substitutivas das originariamente detidas e que ocupam, no seu patrimônio, lugar equivalente ao das ações substituídas por um fenômeno de sub-rogação real.⁵

Daí porque não se pode aceitar a tese suscitada pelo Fisco Federal de que a operação realizada seria uma alienação e não sub-rogação.

Na mesma linha de raciocínio defende Sacha Calmon Navarro Coelho,⁶ ao dizer que:

Na subscrição de ações por conferência de bens, além da prévia chama de capital, ocorre a manifestação unitária do acionista que se torna parte da relação. Na incorporação de ações, os sócios não praticam nenhum ato de alienação de suas ações, pois apenas as pessoas societárias envolvidas atuam.

Outrossim, cabe frisar que a alienação versa sobre a transferência de algo entre indivíduos ou entidades. Por esta razão, o Código Civil dispõe em seu artigo 1.275, I, que essa se trata da perda de propriedade, oriunda de negócio jurídico bilateral, sendo este gratuito ou oneroso, no qual poderá ser determinado bem direto ao alienatário. Entretanto, na incorporação de ações, como já demonstrado acima, não é isto que ocorre, mas sim uma substituição das ações.

Diferentemente do que ocorre nas incorporações, os processos de compra e venda de ações são negociados, em geral, pelos seus próprios titulares, que não são obrigados a realizar a operação se estiverem insatisfeitos com as suas condições. Na incorporação por ações, no entanto, a troca da participação acionária da incorporada pela incorporadora é obrigatória, o que reafirma a sua natureza de sub-

⁵ XAVIER, Alberto. Incorporação de ações: natureza jurídica e regime tributário. Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76. CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coordenadores). Quartier Latin, 2007.p. 14

⁶ COELHO, Sacha Calmon Navarro. Imposto sobre a renda e incorporação de ações da sociedade "holding", Revista Dialética de Direito Tributário, n. 77, fev. 2002, p. 178-179.

rogação.

Assim sendo, a operação se dá entre as sociedades e não entre os acionistas, os quais, com a concretização da incorporação, deverão transferir suas ações compulsoriamente para a incorporadora, enquanto os acionistas da incorporada, agora, passarão a ser acionistas da incorporadora com a respectiva quantidade de ações equivalentes. Os titulares das ações nada fazem, apenas ficam limitados a receber passivamente as ações da sociedade incorporadora, que substituirão as originariamente detidas e que irão ocupar lugar equivalente às ações anteriores.⁷

Não há, assim, como imputar à ora Recorrente o dever de realizar o recolhimento de IRPJ e CSLL, bem como de PIS e COFINS, quando a operação realizada independe da vontade do Contribuinte, já que foi realizada pelas sociedades – Energia Forte e Transmissora Azul – e não caracteriza fato gerador de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

III.2 – DA CORREÇÃO DO MÉTODO DE AVALIAÇÃO ADOTADO

Imperioso destacar, primordialmente, que a avaliação da participação acionária pelo MEP se trata de uma obrigação legal contábil às sociedades anônimas, à luz do que dispõe o art. 248, da Lei nº 6.404/76, que determina que "*os investimentos em coligadas ou em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum serão avaliados pelo método da equivalência patrimonial*". O registro no balanço contábil pelo MEP se trata de uma obrigação legal, sendo claro que não pode possuir reflexos tributários, notadamente porque o art. 426 do Decreto nº 9.580/2018, traz expresso que o aumento ou redução no valor de patrimônio líquido em razão da avaliação do investimento não será computado para fins de determinação do lucro real. No entanto, é questionado pela Autoridade Fazendária o método de avaliação das sociedades utilizado na ocasião da operação de incorporação de ações, o que de modo nenhum procede, visto não existir nenhuma vinculação legal que obrigue as

⁷ XAVIER, Alberto. Incorporação de ações: natureza jurídica e regime tributário. Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76. CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coordenadores). Quartier Latin, 2007.p. 133

sociedades a adotarem método de *valuation* específico, podendo o Contribuinte livremente escolher aquele que entender mais adequado para a operação.

Neste sentido, percebe-se que, ao utilizar o método contábil nesta operação de incorporação, foi possível tangenciar o valor das ações da empresa incorporadora sem que se alcançassem quantias exorbitantes que pudessem prejudicar os acionistas minoritários e, ainda, viessem a culminar em um compra vantajosa.

Ocorre que o método contábil, utilizado pela Recorrente, visa a calcular o valor da empresa, analisando o seu patrimônio líquido, ou seja, é guiado pelo balanço patrimonial da empresa sofrendo apenas a influência dos ativos e passivos contabilizados.

Em contrapartida, o método de valoração da empresa pelo seu valor de mercado, utilizado pelo ente administrativo, utiliza diversos dados que podem alavancar o real patrimônio da empresa Energia Forte Renovável S/A (“Energia Forte”), afetando a valoração de suas ações e, conseqüentemente, prejudicando o acionista minoritário, bem como deixando de precificar um valor justo na operação consumada.

Este fenômeno de hiper valoração da empresa é usualmente comum no *valuation* por valor de mercado, motivo pelo qual *startups* e empresas em expansão utilizam este método para atrair possíveis investidores, aumentando o seu patrimônio real e mascarando os reais ativos e passivos da sociedade.

Fato é que o método de avaliação de mercado visa comparar os indicadores de duas empresas que atuam dentro de um mesmo segmento de mercado. Por esse motivo, utiliza dados referenciais como valores EBITDA, que expressa os lucros da corporação antes dos juros, impostos, depreciações e amortizações.

Frente aos dados utilizados, o método de valoração por múltiplos de mercado apresenta sérios problemas que prejudicam a exatidão do *valuation* atribuído à empresa, quais sejam, a dificuldade de encontrar uma empresa que atue no mesmo segmento, bem como que utilize as mesmas ferramentas de negócios.

Além dos empecilhos citados acima, outro ponto de extrema relevância a ser destacado, como sendo uma das falhas da valoração de mercado, é o fato de que este método se baseia em valores de faturamento ou lucro. Todavia, empresas em

etapas distintas de sua vida útil irão apresentar dados distintos.

Por este motivo, resta evidenciado que o cálculo utilizado pelo Fisco não apresenta a exatidão nos valores atribuídos às empresas envolvidas, razão pela qual a valoração contábil é a ferramenta correta a ser utilizada nesta operação.

Conforme demonstrado, a Recorrente utilizou das vias adequadas para estimar o real valor de sua empresa, motivo pelo qual se atribuiu o *valuation* pelo valor contábil, a fim de se atribuir o valor justo às ações emitidas, não havendo qualquer discrepância no cálculo efetuado.

Como é de conhecimento deste órgão, o valor justo é determinado pelo CPC 46 como sendo "*o preço que seria recebido pela venda de um ativo ou que seria pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada entre participantes do mercado na data de mensuração*", ou seja, se trata do *quantum* atribuído à ação de uma empresa, o qual poderá ser atribuído pelo valor contábil.

Eméritos julgadores, é evidente, após esta análise, que para se atribuir o valor justo de uma ação é necessário o cálculo do *valuation* da empresa, porém, como já fora discorrido, não há legislação que determine qual deve ser o método de valoração a ser utilizado.

Por esta razão, diante da exatidão conferida pelo método contábil na determinação do *valuation* das empresas, conclui-se que o valor conferido é coerente.

Diante do exposto, tendo em vista que a incorporação fora realizada utilizando o método correto de avaliação das empresas, não há que se falar em ganho de capital nesta operação, sobretudo pelo fato do posterior registro contábil da avaliação dos investimentos pelo MEP não possuir reflexos na incidência do Imposto de Renda, por expressa previsão legal.

III. 3 - DA NÃO INCIDÊNCIA DO IRPJ E DA CSLL NA OPERAÇÃO

A norma de competência que autoriza a União a instituir Imposto de Renda, estabelecida no art. 153, III, da Constituição Federal, dispõe que este incidirá sobre duas materialidades distintas: "*renda e proventos de qualquer natureza*". Todavia, o legislador constituinte não atribuiu um conceito expresso para tais materialidades, o

que vem a afetar o alcance da base de cálculo do tributo de competência da União.

Não obstante, em que pese não ter se estipulado um conceito expresso, o constituinte originário não conferiu um "cheque em branco" ao legislador infraconstitucional, atribuindo-lhe somente a competência de definir o tributo, à luz da disposição do art. 146, III, 'a', devendo observar os princípios específicos à espécie, atentando ao limite do poder de tributar.

Neste sentido, de que há preceitos constitucionais a serem observados pelo legislador complementar, Roque Antônio Carrazza destaca que a regra-matriz constitucional do IRPJ deve ser respeitada, uma vez que o texto constitucional não deu ao legislador ordinário liberdade para assentar o imposto sobre tudo o que considera rendas e proventos, tendo se limitado a "*conferir-lhe a faculdade de, observados os ditames constitucionais, fazê-lo incidir apenas sobre o que, ao lume da Ciência Jurídica, realmente tipifique um destes fatos*"⁸. Assim, é inegável a existência de um **balizamento constitucional** do conceito de renda e proventos de qualquer natureza.

Conforme leciona o professor Paulo de Barros Carvalho, são três as correntes doutrinárias predominantes, quando se fala do conceito de renda: a) teoria da fonte, que entende por "renda" "*produto de uma fonte estável, susceptível de preservar sua reprodução periódica, exigindo que haja riqueza nova (produto) derivada de fonte produtiva durável*"; b) teoria legalista, que entende que o conceito de "renda" deve ser definido por legislação; e c) teoria do acréscimo patrimonial, que entende por "renda" todo o ingresso patrimonial, em dinheiro ou avaliável em dinheiro, que ingressar no patrimônio do sujeito.⁹

Independentemente da teoria que se aproxime melhor do conceito semântico do termo, a teoria do **acrécimo patrimonial** é a que prevalece no ordenamento jurídico tributário brasileiro, sendo esta a que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal de longa data (RE 117887 e RE 582525).

Nos termos do art. 43, I do CTN, tem-se por renda como "*o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos*". Adiante, no inciso II do mesmo dispositivo

⁸ CARRAZZA, Roque Antônio. Imposto Sobre a Renda. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 37-38.

⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: Linguagem e Método. São Paulo: Editora Noeses, 2008. p. 671.

legal, conceituando-se proventos de qualquer natureza, o legislador complementar delimitou estes como *"os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior"*. Assim, têm-se um núcleo conceitual único para renda e proventos, qual seja, o **acréscimo patrimonial**.

Schoueri e Quiroga destacam que a teoria da renda como acréscimo patrimonial adota o conceito de renda a partir da comparação da situação patrimonial em dois momentos distintos e *"Pressupõe, assim, um intervalo, consistindo a renda na diferença positiva entre a situação patrimonial no final e no começo do período"*.¹⁰ Semelhantemente, o professor Eduardo Marcial Ferreira Jardim destaca que *"O conceito de renda, bem como o de proventos, reveste o significado de acréscimo financeiro ou patrimonial líquido apurado periodicamente, assim compreendido aquele resultante do cotejo entre entradas e saídas"*.¹¹

Ou seja, tendo o legislador complementar adotado, com o respaldo na Constituição Federal, a teoria da renda como acréscimo patrimonial, conforme é possível extrair da leitura do art. 43 do CTN, essa se configurará quando ocorrer uma diferença positiva entre a situação patrimonial constatada no início e no final do ano-calendário. Caso contrário, não há que se falar em acréscimo patrimonial e, conseqüentemente, em existência de renda tributável.

Para as pessoas jurídicas, a renda tributável pelo IRPJ é o lucro, que é precisamente o resultado positivo verificado pela contraposição das receitas provenientes da atividade da empresa em determinado período de tempo com os custos/despesas correspondentes e necessários para a obtenção daquelas receitas. O lucro também serve de materialidade e base de cálculo da CSLL, conforme art. 195, I, c, da Constituição Federal.

Outrossim, também da leitura do *caput* do art. 43 do CTN, tem-se que a renda ou proventos de qualquer natureza, para ser tributável pelo imposto, precisa ser disponível, notadamente porque delimita a materialidade do IR como a *"aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica"* (de renda ou proventos de qualquer natureza). Schoueri e Quiroga destacam que *"O que importa – e isso é relevante para*

¹⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. MOSQUERA, Roberto Quiroga. Manual da Tributação Direta da Renda. 2. Ed. São Paulo: IBDT, 2021. p. 14.

¹¹ JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Manual de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 287.

o legislador complementar – é haver alguma disponibilidade. Se não houver disponibilidade, não há tributação".¹²

Ricardo Mariz de Oliveira, citando ensinamentos do célebre José Luiz Bulhões Pedreira, destaca que *"não basta ter direito à renda, pois é preciso ter direito à renda e, também, ter à disposição da mesma"*. Isso porque, conforme destaca, nem sempre a aquisição do direito à renda e de sua disponibilidade irão coincidir, sendo que *"há situações em que tais momentos se destacam e a advertência de Bulhões soa com toda razão"*.¹³

Assim, à luz do conceito de disponibilidade econômica e jurídica da renda – tendo-se a primeira como o efetivo ingresso no patrimônio do sujeito e a segunda como o nascimento do direito ao seu recebimento –, o professor Ricardo Mariz de Oliveira destaca que o patrimônio não será formado somente pelo caixa da empresa. Mariz aponta que o patrimônio é composto, também, por *"todos os outros direitos com valor econômico, mesmo não materializados em posse de moeda, inclusive de créditos a receber, todos eles desde que já definitivamente adquiridos"*. No entanto, diferenciação que, aqui, tem-se por essencial, destaca o autor que (do patrimônio) *"não participa a mais-valia de um bem vendável no mercado e ainda não vendido, eis que não há relação jurídica que atribua direito sobre ela"*.¹⁴

Ora, situação intimamente semelhante tem-se no caso em tela, notadamente porque, uma vez demonstrado alhures se tratar a operação de uma verdadeira espécie de sub-rogação, ainda que a operação de incorporação de ações tenha resultado numa valorização da participação acionária da ora Recorrente, a disponibilidade – seja econômica ou jurídica – da renda proveniente de tal valorização somente se perfectibilizará no momento de sua alienação. **Ou seja, enquanto a renda não for disponível, não se trata de renda realizada.** Daí, portanto, justifica-se o diferimento do imposto, conforme lançado pela Recorrente. Enquanto

¹² SCHOUERI, Luís Eduardo. MOSQUERA, Roberto Quiroga. Manual da Tributação Direta da Renda. 2. Ed. São Paulo: IBDT, 2021. p. 15.

¹³ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Reconhecimento de Receitas: Questões Tributárias Importantes (uma Nova Noção de Disponibilidade Econômica?). Controvérsias Jurídico-Contábeis. v. 3. São Paulo: Dialética, 2012. p. 308.

¹⁴ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Reconhecimento de Receitas: Questões Tributárias Importantes (uma Nova Noção de Disponibilidade Econômica?). Controvérsias Jurídico-Contábeis. v. 3. São Paulo: Dialética, 2012. p. 308.

a renda não for disponível à empresa, não há que se falar na ocorrência da materialidade do imposto sobre a renda. Neste caso, estar-se-ia deturpando a regra-matriz de incidência do tributo, substituindo a tributação sobre a renda por verdadeira **tributação do patrimônio**.

Igualmente, tal como não há disponibilidade de renda, não há acréscimo patrimonial, nos termos do delimitado supra. Somente haverá renda, na acepção delimitada pelo art. 43, do CTN, quando o fruto da futura alienação das ações for percebido pela Recorrente – ocorrendo, aí sim, ganho de capital tributável pelo imposto sobre a renda. Notadamente porque nunca houve, pelos acionistas, a intenção de vender suas quotas sociais à sociedade incorporadora. Tanto que sua participação na sociedade incorporada não se desfez, apenas fora substituída, juridicamente, pela participação acionária na sociedade que, agora, figura como sociedade controladora, tendo a incorporada como sua subsidiária integral.

Ainda que possa ter ocorrido uma valorização da participação acionária da Recorrente, após a realização da operação de incorporação de ações, tal valorização somente possuirá reflexos para fins de incidência tributária quando ocorrer a alienação de tais ativos.

Em resumo, a operação em tela não possui relevância para fins de incidência do Imposto de Renda, tampouco da CSLL, tal como este Conselho já se manifestou em ocasião anterior:

CARF – Acórdão nº 9202-003.579 ata da Sessão: 03/03/2015 IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF Exercício: 2008 IRPF - OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL. A figura da incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76, difere da incorporação de sociedades e da subscrição de capital em bens. **Com a incorporação de ações, ocorre a transmissão da totalidade das ações (e não do patrimônio) e a incorporada passa a ser subsidiária integral da incorporadora, sem ser extinta, ou seja, permanecendo com direitos e obrigações.** Neste caso, se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação.(...) **Inexistência de fundamento legal que autorize a exigência de**

imposto de renda pessoa física por ganho de capital na incorporação de ações em apreço. Recurso especial negado.

Portanto, conclusão outra não há que o lançamento do investimento de R\$ 420,00 na sociedade Energia Forte Renovável S/A se deu por mera obrigação legal, qual seja, a de registrar a avaliação de seus ativos pelo MEP, o que, à luz o art. 426 do Decreto nº 9.580/2018, **não será computado para fins de determinação do lucro real**, razão pela qual resta cristalino que, à Recorrente, somente haverá disponibilidade de renda quando realizar a alienação do investimento (ações recebidas), nos termos da fundamentação supra, devendo o recurso ser julgado procedente, com a consequente desconstituição do auto de infração, notadamente pela completa ausência de ganho de capital sujeito à tributação pelo IRPJ e pela CSLL.

III.4 - DA NÃO INCIDÊNCIA DO PIS E COFINS NA OPERAÇÃO

O conceito de receita e faturamento, eleitos pelo legislador constituinte,¹⁵ sempre causaram alvoroço no meio jurídico em razão da divergência quanto ao real alcance e abrangência de tais institutos, sobretudo para fins de tributação do PIS e COFINS.

Nas lições do professor José Antonio Minatel conseguimos compreender a diferença entre esses dois conceitos:

11. Do cotejo com expressões que podem revelar realidades afins, confirmasse não se confundir os conteúdos materiais da receita e do faturamento. Pode haver convergência ou sobreposição de conceitos no ponto em que faturamento é visto como receita, mas unicamente receita proveniente de vendas de mercadorias e serviços. A recíproca nem sempre é verdadeira, pois nem toda receita caracteriza faturamento, como, por exemplo, os juros ou dividendos recebidos. 12. O ingresso financeiro é um dos atributos que permitem qualificar o conteúdo

¹⁵ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. .Art. 195, inciso I, alínea b, da Constituição da República, incluído pela Emenda Constitucional n. 20/1998;

material da receita, mas nem todo ingresso tem natureza de receita. É preciso caráter de definitividade da quantia ingressada, e que tenha como causa o exercício de atividade empresarial.¹⁶

De todo o modo, independente da distinção existente entre os conceitos de receita e faturamento, fato é que ambos denotam a existência de um novo ingresso que se incorpora positivamente o patrimônio da pessoa jurídica.¹⁷

Assim sendo, para ser legítima a incidência do PIS e da COFINS é necessário que haja nova entrada, de forma positiva, efetivamente incorporada ao patrimônio do contribuinte, com caráter de permanência.

Considerando o exposto, não há como assegurar que a incorporação de ações refletiu na incorporação de receita passível de tributação de PIS e COFINS pelo Contribuinte, visto que o custo de aquisição do investimento da Energia Forte refletiu em idênticos valores aos das ações da Transmissora Azul, objeto de incorporação, e sendo essa operação objeto de mera troca de bens, não há como sustentar a subsistência tributária exigida pelo Fisco.

Como se isso não fosse suficiente, deve ser destacado que os arts. 1º, § 3, IV, da Lei nº 10.637/2002 e 1º, § 3º, II, da Lei nº 10.833/2003, afirmam que não integram a base de cálculo de tais contribuições **os valores decorrentes da venda de bens do ativo não circulante**, classificado como investimento, imobilizado ou intangível.

Como se sabe, integram **o ativo não circulante** aqueles recursos aplicados em bens ou direitos de permanência duradoura, destinados a subsidiar o funcionamento normal da empresa. O ativo não circulante é composto pelas contas ativo realizável a longo prazo, **investimentos**, imobilizado e intangível, conforme art. 178, § 1º, II, da Lei nº 6.404/1976.

Na conta **investimentos**, que compõe o ativo não circulante, são incluídas/classificadas *“as participações permanentes em outras sociedades e os direitos de qualquer natureza, não classificáveis no ativo circulante, e que não se destinem à manutenção da atividade da companhia ou da empresa”*, conforme art.

¹⁶ MINATEL, José Antonio. Conteúdo do conceito de receita e regime jurídico para sua tributação, São Paulo: MP Editora, 2005, p. 254.

¹⁷ GRECO, Marco Aurélio. COFINS na Lei nº 9.718/98 – variações cambiais e regime de alíquota acrescida. Revista Dialética de Direito Tributário n. 50. São Paulo: Dialética, 1999. p. 130.

179, III, da Lei nº 6.404/1976. Ora, o investimento da ora Requerente na empresa Energia Forte através de incorporação de ações, trata-se, precisamente, de uma participação societária permanente em outra sociedade, que não se destina à manutenção da atividade da companhia ou da empresa, razão pela qual trata-se de receitas que, por disposição expressa da lei (arts. 1º, § 3, IV, da Lei nº 10.637/2002 e 1º, § 3º, IX, da Lei nº 10.833/2003), não integram a base de cálculo do PIS/COFINS. Da mesma forma, não integram a base de cálculo do PIS/COFINS as receitas relativas aos ganhos decorrentes de avaliação de ativo e passivo com base no valor justo (arts. 1º, § 3, IV, da Lei nº 10.637/2002 e 1º, § 3º, VIII, da Lei nº 10.833/2003), o que também exclui a possibilidade de tributação de eventuais receitas auferidas na operação em questão. Assim, sob qualquer ângulo que se vislumbre a questão, não incide PIS e COFINS sobre a operação de incorporação de ações objeto dos autos.

III.5 - DA CUMULAÇÃO DA MULTA ISOLADA COM MULTA DE OFÍCIO

As autoridades fiscais imputaram à Recorrente não apenas multa isolada de 50%, sobre as estimativas de IRPJ e CSLL supostamente recolhidas a menor em janeiro de 2020, mas também multa qualificada de 150%, com a alegação de que teria sido caracterizada a prática de sonegação pelo Contribuinte, pela suposta utilização de artifício contábil para transformar o ganho de capital em um ganho por compra vantajosa.

Primeiramente, deve ser destacado que foi imposto ao Contribuinte um apenamento cumulado, sendo ignorado pelo auditor competente o raciocínio análogo de que assim como não se pode imputar dupla tributação sobre o mesmo fato gerador, de mesmo modo, impossível é a aplicação de duas ou mais multas sobre o mesmo fato, **sob pena de configuração de *bis in idem***.

O cerne dessa questão recai sobre a dupla penalização da Recorrente pelo suposto ilícito tributário, que somadas, chegam ao percentual de 200%, destoando, ainda, dos preceitos exarados pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Dito isso, tem-se que este Conselho editou a Súmula 105¹⁸, a qual traz, de forma clara, a impossibilidade de cumulação das multas isoladas, em razão da ausência de recolhimento de estimativas, juntamente com a multa de ofício, exatamente como ocorre neste caso em apreço.

Dessa forma, mesmo que seja prerrogativa do Poder Público a aplicação das multas como ferramenta punitiva para que o Contribuinte se abstenha de perpetuar certa ação ilícita, **não pode ele utilizar-se desse mecanismo como meio de ensejar o duplo sancionamento administrativo do contribuinte, punindo, ao mesmo tempo, uma conduta ilícita e seu meio de execução.**

Ocorre que, com a cumulação de multas, a autoridade administrativa punirá uma **conduta ilícita** (multa isolada sobre as estimativas supostamente recolhidas a menor) e seu **meio de execução** (multa de ofício em razão da falta de recolhimento, falta de declaração ou declaração inexata do tributo). Contudo, a primeira é etapa preparatória para a segunda. **Isto é, uma absorve a outra, ocorrendo, conforme dito anteriormente, a dupla penalização do mesmo ato indissociável.**

Ademais, acerca da impossibilidade de concomitância das multas, destacando-se, ainda, o dever de **observância do instituto da consunção** nestes casos como forma de se evitar o **excesso sancionatório** da concomitância e, conseqüentemente, o afastamento do *bis in idem*.

Segundo o doutrinador Rogério Grecco, citado na obra de Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, o princípio da consunção deve ser aplicado em duas situações: a primeira, quando o crime é fase preparatória ou de execução de outro crime, ou seja, quando um crime é meio necessário para o outro. A segunda, quando se tem casos de antefato e pós-fato impunível¹⁹.

Dessa forma, tendo em vista que a primeira situação se enquadra, perfeitamente, aos moldes desse caso, em que se tem o duplo sancionamento administrativo do Contribuinte em que o auditor pune, ao mesmo tempo, uma

¹⁸ Súmula 105, CARF: 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.

¹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. Parte 16ª ed. São Paulo: Atlas, p.121.

conduta ilícita e seu meio de execução, conforme dito anteriormente.

Ao encontro do raciocínio exarado, tem-se entendimento proferido pela 1ª Turma da CSRF nos termos da seguinte ementa:

CONCOMITÂNCIA DE MULTA ISOLADA COM MULTA DE OFÍCIO. DUPLA PENALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. SUBSISTÊNCIA DO EXCESSO SANCIONATÓRIO. MATÉRIA TRATADA NOS PRECEDENTES DA SÚMULA CARF Nº 105. ADOÇÃO E APLICAÇÃO DO COROLÁRIO DA CONSUNÇÃO. Não é cabível a imposição de multa isolada, referente a estimativas mensais, quando, no mesmo lançamento de ofício, já é aplicada a multa de ofício. É certo que o cerne decisório dos Acórdãos que erigiram a Súmula CARF nº 105 foi precisamente o reconhecimento da ilegitimidade da dinâmica da saturação punitiva percebida pela coexistência de duas penalidades sobre a mesma exação tributária. O instituto da consunção (ou da absorção) deve ser observado, não podendo, assim, ser aplicada penalidade pela violação do dever de antecipar o valor de um determinado tributo concomitantemente com outra pena, imposta pela falta ou insuficiência de recolhimento desse mesmo tributo, verificada após a sua apuração definitiva e vencimento.²⁰

Impõe-se o provimento do recurso, de modo que seja excluída a multa isolada de 50% em concomitância com a multa de ofício, sob pena de configuração de *bis in idem* e violação da Súmula 105 do CARF.

III.6 - DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA QUALIFICADA

Além da necessária exclusão da multa isolada, como acima referido, também não se justifica a aplicação de multa de ofício qualificada, uma vez que não se caracterizou a prática de sonegação. É que o Contribuinte, em nenhum momento, impediu que as autoridades fiscais obtivessem pleno conhecimento dos fatos ocorridos, tendo em vista que, desde o princípio, foram realizados todos os lançamentos contábeis necessários quando da operação de incorporação. Foram

²⁰ Acórdão nº 9101-005.080 CSRF / 1ª Turma, Processo nº: 10665.001731/2010-92, RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE, Data da sessão: 01/09/2020

prestadas todas as informações necessárias ao conhecimento dos fatos por parte do Fisco, às quais foram agregadas vasta documentação comprobatória. A questão é: não seria **contraditória** a alegação da autoridade fiscal de que o Contribuinte impediu o conhecimento dos fatos através da prática de sonegação quando, na verdade, o Contribuinte forneceu todas as informações e documentações a ele? Nesse diapasão, em análise à alegação de prática de sonegação do contribuinte, temos que a Lei nº 8.137/90, que trata sobre os crimes contra a ordem tributária, em seus artigos 1º e 2º, não prevê os crimes na forma culposa. **Logo, são puníveis apenas quando praticados com dolo.**

Isto posto, temos que o artigo 72 da Lei nº 4.502/64 traz a definição exata de fraude/sonegação para fins tributários. Por meio deste conceito legal concluímos que em momento algum o Contribuinte praticou **ação ou omissão dolosa** com o intuito de impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária ou a excluir ou modificar suas características essenciais, conforme demonstrado alhures.

Dito isso, podemos concluir que a sonegação só poderá ser praticada se caracterizado o dolo do Contribuinte, ou seja, que o mesmo manifeste sua livre e consciente vontade de praticar ações fraudulentas com a clara intenção de suprimir ou reduzir os tributos devidos²¹.

À vista disso, a conselheira Livia De Carli Germano ilustra, grandiosamente, em trecho de seu voto no Acórdão nº 9101-006.002 – CSRF:

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2005, 2006 ÁGIO INTERNO. **MULTA QUALIFICADA. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPOSSIBILIDADE.** (...) **Quando o sujeito passivo pratica atos lícitos, mas obtém com eles um resultado ilícito, a consequência possível é tão somente a requalificação para fins fiscais (por exemplo, a glosa da amortização fiscal do ágio), jamais a qualificação da multa. É que, como se verá adiante, a qualificação da multa depende da caracterização de dolo, e não há que se falar em dolo na prática de atos, a princípio, lícitos (mesmo que estes venham a se revelar ilícitos**

²¹ DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes Contra a Ordem Tributária. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.43-45.

diante do resultado fiscal obtido). (...) A intenção de pagar menos tributos motiva os negócios jurídicos praticados no contexto de planejamentos tributários, mas isso não leva necessariamente à conclusão de que há dolo que possa dar ensejo à qualificação da multa de ofício em todo ato que vise à economia de tributos. (...) O dolo é revelado, portanto, não na intenção de economizar tributos, mas na intenção de praticar ilícitos quanto aos meios empregados para a pretendida economia fiscal. (...) é necessário que o que se pretende seja ilícito (elemento objetivo), ou seja, é preciso que tal intenção seja direcionada à prática de ato ou omissão contrários ao direito. E, para que se possa cogitar a qualificação da multa (de 75% para 150%), imprescindível que a autoridade fiscal identifique e comprove a exata conduta do sujeito passivo definida como ilícito que sustente tal exasperação.

Aplicando-se tal entendimento a este caso, verifica-se que há apenas divergência de interpretações quanto ao alcance das normas tributárias entre a Recorrente e o Fisco. Divergência esta demonstrada pela utilização de métodos de *valuation* das quotas incorporadas, e que, no método utilizado pelo Fisco, configurou-se supostamente um ganho de capital, o que não ocorreu no método utilizado pela Recorrente, posto que caracterizada compra vantajosa.

Como mencionado do voto da conselheira acima, a intenção de pagar menos tributos é algo decorrente dos negócios jurídicos, e necessariamente tal prática não enseja a conclusão automática e sem provas de presença do dolo que configuraria o ilícito de sonegar. Assim, tem-se que a Recorrente apenas optou pela utilização de um método de avaliação que entendeu melhor ao seu negócio, sendo de pleno direito a sua opção de escolha.

Por fim, a autoridade fiscal não comprova de forma específica que as ações praticadas pela Recorrente são definidas como um ato ilícito, bem como que o mesmo possuiu o intuito e consciência (dolo) de prática de sonegação, para que, assim, a imputação da multa qualificada se sustente.

Assim, incabível a qualificação da multa de ofício no percentual de 150%, tendo em vista que não restou caracterizado o dolo necessário à configuração da prática de sonegação. Portanto, impõe-se a exclusão da multa qualificada aplicada

ou, ao menos, que seja esta desclassificada para multa de ofício básica (75%), prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430/1996. **VI – DOS PEDIDOS**

Diante de todo o exposto, requer-se, preliminarmente, a extinção do auto de infração por nulidade, em razão da (i) inconsistência da autuação; (ii) fundamentação em legislação revogada e (iii) indicação de base legal errônea. **Quanto ao mérito**, requer a total desconstituição do auto de infração, uma vez que a Recorrente não obteve ganho de capital ou disponibilidade de renda na operação em tela. Alternativamente, sendo mantida a autuação, seja afastada a incidência da multa isolada em razão da impossibilidade de cumulação com a multa ofício, bem como a redução da multa de ofício ao percentual básico de 75%, afastando-se a qualificação, diante da inexistência da prática de sonegação pela ausência de dolo.

Nestes termos, pede deferimento.

HOLDING AZUL S/A.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Vol. I, Almedina, Coimbra, 1997. P. 224.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. 20/1998). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12/07/2022.

BRASIL. **Decreto 70.235/1972**. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm. Acesso em: 12/07/2022.

BRASIL. **Lei Nº 5.172, De 25 De Outubro De 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 12/07/2022.

BRASIL. Conselho de Administração de Recursos Fiscais. Processo nº 10735.003217/2005- 53, Acórdão nº 3802-000.465, 2ª Turma Especial da Terceira Seção de Julgamento, Julgado em 01/06/2011.

BRASIL. Conselho de Administração de Recursos Fiscais. Processo nº 16327.002038/200759, Acórdão nº 3301004.178 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária. Período de apuração: 01/01/2003a 31/12/2004.

BRASIL. **Lei nº 6.404/1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 12/07/2022. BRASIL. **Lei nº 9.457/1997**. Altera dispositivos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações e da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9457.htm. Acesso em: 12/07/2022.

BRASIL. **Lei nº 10.637/2002**. Dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), nos casos que especifica; sobre o pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inaptidão de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10637.htm. Acesso em: 12/07/2022. BRASIL. **Lei nº 10.833/2003**. Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.833.htm. Acesso em: 12/07/2022.

BRASIL. **Decreto nº 9.580/2018**. Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/51525535/do1-2018-11-23-decreto-n-9-580-de-22-de-novembro-de-2018-51525026. Acesso em: 12/07/2022.

BRASIL. **Lei nº 8.137/90**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 12/07/2022.

BRASIL. **Lei nº 4.502/64**. Dispõe Sobre o Imposto de Consumo e reorganiza a Diretoria de Rendas Internas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4502.htm. Acesso em: 12/07/2022.

BRASIL. **Lei nº 9.430/1996**. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm. Acesso em: 12/07/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 117887 SP, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 11/02/1993, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 23-04-1993 PP-06923 EMENT VOL-01700-05 PP-00786 RTJ VOL-00150-02 PP-00578.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 582525 SP, Relator: JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 09/05/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 07/02/2014.

BRASIL. Conselho de Administração de Recursos Fiscais. Acórdão nº 9202-003.579/ 2ª Turma. ata da Sessão: 03/03/2015. Processo nº 10950.721026/201332. Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte.

BRASIL. Conselho de Administração de Recursos Fiscais. **Súmula 105**. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>. Acesso em: 12/07/2022.

BRASIL. Conselho Superior de Recursos Fiscais. Acórdão nº 9101-005.080 CSRF / 1ª Turma, Processo nº: 10665.001731/2010-92, Recurso Especial do Contribuinte, Data da sessão: 01/09/2020.

BRASIL. Conselho Superior de Recursos Fiscais. Acórdão nº 9101-006.002 CSRF / 1ª Turma, Processo nº 16682.720182/2010-27, Recurso Especial do Contribuinte, Data da sessão: 07/03/2022.

BRASIL. Comitê De Pronunciamentos Contábeis. CPC 46. Disponível em: https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/regulados/normascontabeis/cpc/CPC_46_rev_12.pdf. Acesso em: 12/07/2022.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Imposto Sobre a Renda**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. São Paulo: Editora Noeses, 2008.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Imposto sobre a renda e incorporação de ações da sociedade "holding"**, Revista Dialética de Direito Tributário, n. 77, fev. 2002.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GRECO, Marco Aurélio. **COFINS na Lei nº 9.718/98 – variações cambiais e regime de alíquota acrescida**. Revista Dialética de Direito Tributário n. 50. São Paulo: Dialética, 1999. JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2019. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das Companhias**. v. I e II. Forense, 2009.

MINATEL, José Antonio. **Conteúdo do conceito de receita e regime jurídico para sua tributação**. São Paulo: MP Editora, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. Parte 16ª ed. São Paulo: Atlas.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Reconhecimento de Receitas: Questões Tributárias Importantes (uma Nova Noção de Disponibilidade Econômica?). **Controvérsias Jurídico-Contábeis**. v. 3. São Paulo: Dialética, 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo. MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Manual da Tributação Direta da Renda**. 2. Ed. São Paulo: IBDT. 2021.

XAVIER, Alberto. **Incorporação de ações: natureza jurídica e regime tributário. Sociedade anônima – 30 anos da Lei 6.404/76**. CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coordenadores). **Quartier Latin**, 2007.

Equipe n. 05

Gustavo Teixeira Domingues

Luiz Fernando Alves

Marcos Orind de Oliveira

Jhonathan Cleber Mayer

Stefan Lopes

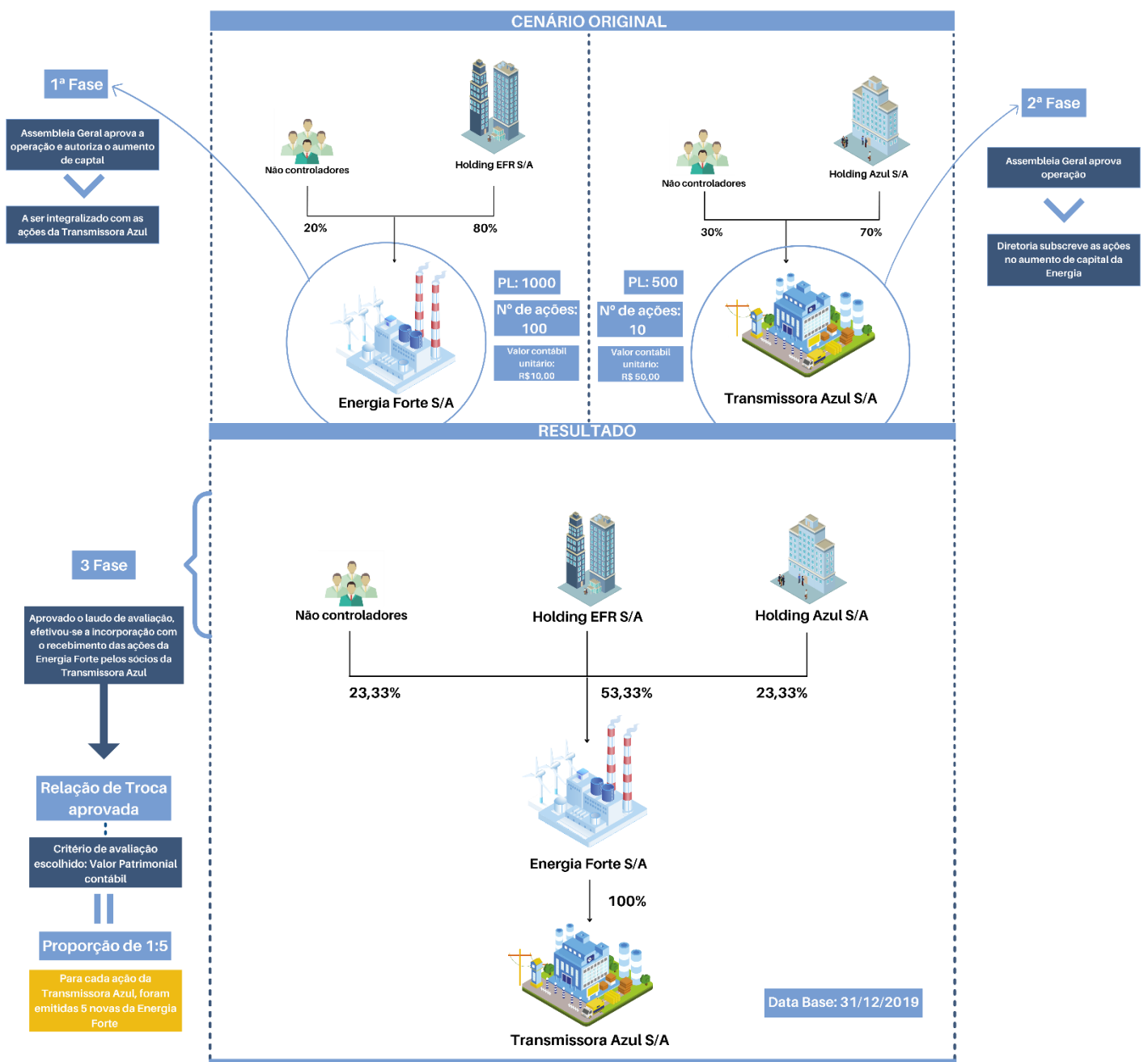
Vitor Roldão Costa de Barro

Emily Anchieta Teischmann

André Luiz Hermenegildo

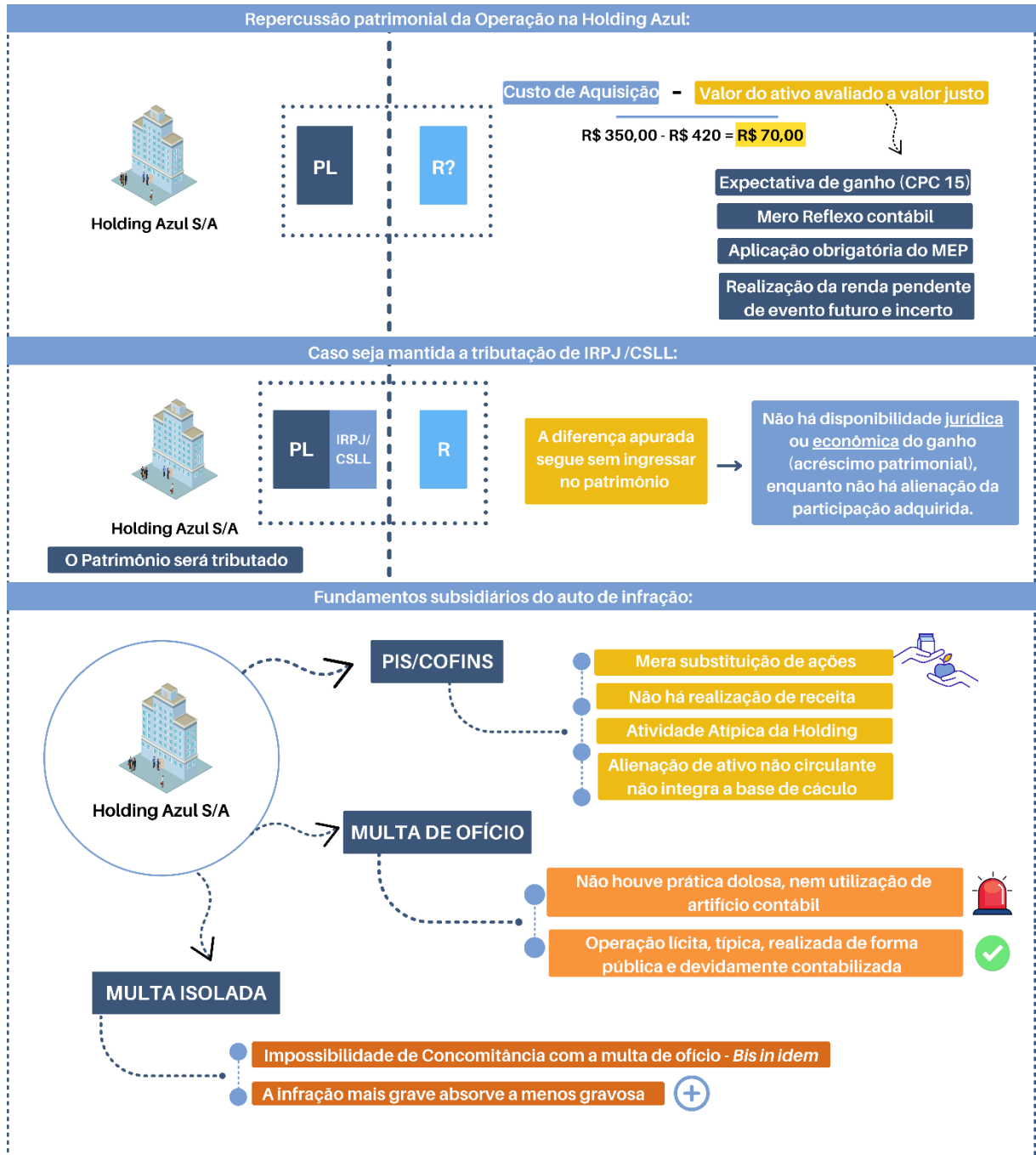
Anexo I

QUADRO 1. INFOGRÁFICO DO CASO



Apenso I

QUADRO 2. FUNDAMENTOS UTILIZADOS



AO DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE JULGAMENTO

A Holding Azul (autuada), neste ato, pede vênia para apresentar **MEMORIAIS DE JULGAMENTO** no intuito de infirmar o lançamento realizado pela Receita Federal e fornecer, nestes moldes, a exata compreensão da matéria sob análise.

Fatos

Em breve síntese, passa-se a expor os eventos que sucederam o lançamento, pelo Fisco, das cobranças de imposto de renda (IRPJ) e contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) sobre o figurado ganho de capital decorrente da operação de incorporação de ações da Transmissora Azul pela Energia Forte, com acréscimos de multa isolada e de ofício, bem como da cobrança das contribuições ao PIS e à COFINS sobre as supostas receitas auferidas com o recebimento dos títulos mobiliários.

À frente do fato figurativo da controvérsia, está a Holding Azul S/A que, até 31 de dezembro de 2019, era detentora de 70% da Transmissora Azul S/A, conforme constata-se das informações contidas no balanço patrimonial desta sociedade.

Com atuação no segmento de transmissão de energia, relacionado ao desenvolvimento de soluções voltadas aos ativos que tais atividades demandam (construção, operação e manutenção de linhas e subestações) em âmbito nacional, a Transmissora Azul, em conjunto com a Energia Forte, empresa esta do ramo de geração de energia, buscaram combinar seus negócios antevendo possíveis sinergias atreladas ao segmento econômico do qual fazem parte.

Há época das discussões entres as companhias tratadas, foi cogitado, dentre os ganhos intangíveis decorrentes da combinação de suas atividades, a diversificação dos projetos por elas desenvolvidos, harmonizados pela complementaridade de suas atividades que se destinam a atender a demanda energética nacional.

À luz da potencialidade dos benefícios citados, aptos a conflagrar maior competitividade no setor que atuam, consumou-se o ato de incorporação das ações

da Transmissora Azul pela Energia Forte no início de 2020¹, cuja data base firmada fora o dia 31 de dezembro de 2019. Imprescindível se faz destacar que, no âmbito regulatório, a ANEEL já havia aprovada a reorganização societária antes de sua perfectibilização.

O valor patrimonial foi definido como critério de avaliação para definição da relação de troca por ambos os Conselhos de Administração. Assim, pela mensuração dos balanços patrimoniais auditados com base na data de fechamento de 31 de dezembro de 2019, a relação de troca firmou-se na proporção de 1:5, verificada pela divisão do patrimônio líquido pelo número de ações emitidas da Energia Forte, resultando no valor patrimonial unitário de R\$ 10,00, enquanto, pelo mesmo cálculo, chegou-se em R\$ 50,00 quanto ao valor das ações da Transmissora Azul, conforme

Anexo I

Assim, para as 10 ações que compunham o capital social da Transmissora Azul, a Energia Forte emitiu 50 novas ações que foram subscritas por Transmissora Azul, ocasião em que foram distribuídas, à Holding Azul, 35 ações da incorporadora (70%). Frente à relevância do investimento ante à normativa contábil, a Holding Azul promoveu o reconhecimento das ações que passou a titularizar pelo método de equivalência patrimonial (MEP).

Para tanto, por meio de auditoria independente contratada, a Holding Azul, a fim de reconhecer o investimento em seu balanço, promoveu a avaliação econômica da Transmissora Azul e da Energia Forte, ocasião em que fora verificada o valor justo das ações da primeira em R\$ 55,00 e da segunda em R\$ 12,00.

Por força da aplicação do MEP, a Holding Azul creditou, no ativo, a baixa do investimento na Transmissora Azul, e, debitou na mesma conta o investimento na Energia Forte em R\$ 420. A este, segregou seu valor patrimonial e registrou como mais valia a diferença positiva do referido valor frente a sua participação avaliada pelo valor justo dos ativos líquidos, o que resultou no computo de R\$ 70,00. Assim,

¹ 08 de janeiro de 2020, ocasião em que as diretorias das companhias envolvidas subterram a proposta aos seus respectivos Conselhos de Administração.

no resultado, reconheceu o ganho por compra vantajosa pelo valor líquido de R\$ 46,20, após deduzir o respectivo passivo fiscal.

Iniciado procedimento fiscalizatório em 2021, instaurado por Termo de Verificação Fiscal, no qual fora sustentado a ocorrência de ganho de capital na operação decorrida, e em face do qual não foram acatados os esclarecimentos prestados pela Holding Azul, a Receita Federal lavrou auto de infração, realizando o lançamento de ofício de:

- a) IRPJ e CSLL, sobre o ganho de capital derivado da incorporação de ações e apurado pela diferença de R\$ 70 entre o custo de aquisição e o valor da participação recebida, com fulcro nos art. art. 254 Lei n. 6.404/1976; arts. 6º, 7º e 31 do Decreto-Lei n. 1598/1977; art. 51 da Lei n. 7.450/1985; arts. 32 e 57 da Lei n. 8.981/1995; arts. 2º e 3º da Lei n. 7.689/1988; art. 3º da Lei n. 9.249/1995 e art. 1º da Lei n. 9.316/1996;
- b) multa isolada de 50%, sobre as estimativas de IRPJ e CSLL recolhidas a menor em janeiro de 2020, com fulcro no art. 44, inciso II, da Lei n. 9430/1996;
- c) multa de ofício, foi qualificada para 150%, por força de compreenderem pela ocorrência de sonegação, sob fundamento no art. 44, parágrafo 1º, da Lei n. 9430/1996;
- d) PIS COFINS, sobre o ganho de capital auferido na incorporação de ações, com fundamento no artigo 1º, parágrafo 3º, inciso IX, da Lei n. 10.637/2002, bem como o artigo 1º, parágrafo 3º, inciso VIII, da Lei n. 10.833/2003, ambos alterados pela Lei n. 12.973/2014.

Direitos

1. Da Não Incidência de IRPJ e CSLL

a. Da Natureza Jurídica da Operação de Incorporação de Ações: Ausência de Alienação

Neste primeiro ponto, importa a compreensão dos deslindes do instituto da incorporação de ações, para então identificar se este ocasiona efeitos aptos a

deflagrar a incidência do IRPJ e CSLL, em compasso ao que define o art. 43 do CTN e sua distintiva natureza funcional², ou seja, se seu efeito acarretou acréscimo patrimonial à Holding Azul, ou se não se comporta possível por sua natureza. Para tanto, merece atenção, *prima facie*, a definição de sua natureza jurídica, a partir dos elementos que a constituem, e que evidenciam sua causa, substância e finalidade, para diluir a constatação apressada do *d. Órgão* ao igualá-lo à alienação.

No caso, a incorporação de ações, cuja previsão normativa está disposta no art. 252 e seguintes da Lei das S/A, foi utilizada pelas sociedades envolvidas sob a forma de uma operação de consolidação de controle³, haja vista tanto a Transmissora Azul, como a Energia Forte, constituírem-se como sociedades independentes e com controladores definidos, sendo estes a Holding EFR e a Holding Azul, ora petionária, respectivamente.

Delimitado o contorno de sua utilização, esclarece-se que o instituto é instrumento hábil para combinar negócios empresariais, sem que haja a desintegração de suas personalidades jurídicas, tampouco desembolso de recursos financeiros.

Entendida como uma inovação⁴, Bulhões Pedreira⁵ alude que a incorporação de ações possui “*a função de unificar duas companhias, com a diferença de que seu efeito é a unificação apenas dos pontos de vista econômico e social*”. Pelo que se depreende ainda do referido ato jurídico, este possui natureza específica⁶, diversa da

² OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Incorporação de Ações no Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 179.

³ PONTES, Evandro Fernandes de. **Incorporação de Ações no Direito Brasileiro** (Teses de Doutorado). Edições Almedina. Edição do Kindle, p. 186.

⁴ Além de inovação, trata-se de um instrumento sem precedentes no direito comparado, como informa Luiz Eduardo Malta Corradini, ao buscar paralelo com institutos aproximados, previstos na legislação de Portugal (Aquisição Potestativa), Alemanha (*Eingliederung*) e Estados Unidos (*Share Exchange*). CORRADINI, Luiz Eduardo Malta. **Relação de Substituição de Ações em Operações de Incorporação e Incorporação de Ações**. Orientador: José Alexandre Tavares Guerreiro. 2014. 287 f. Dissertação de Mestrado. Curso de Direito, Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 28.

⁵ FILHO, Alfredo Lamy; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das Companhias**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1.450

⁶ Neste sentido: MARIZ alude (...) *embora acarrete aumento de capital da sociedade dita incorporadora, não se confunde com o aumento de capital, principalmente porque neste há direito de preferência, que inexistente no art. 252, e também porque no art. 252 há direito de retirada para os dissidentes, normalmente não ocorrente no art. 170, além de que seus objetivos são distintos, eis que a incorporação de ações visa a constituir outra sociedade como subsidiária integral da companhia e o aumento de capital visa apenas o incremento da capitalização de uma única sociedade(...)*. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Incorporação de Ações no Direito Tributário: Conferência**

incorporação de sociedades e do aumento de capital, por possuir como finalidade tornar a sociedade incorporada em subsidiária integral da incorporadora, conforme informa o *caput* do art. 252 da Lei das S/A.

Sob o aspecto da sua forma – que não se confunde com sua finalidade ora discorrida, desvela-se a operação por meio da transferência da totalidade das ações da incorporanda à incorporadora, ao passo que, para possibilitar seu perfazimento, a incorporadora deve realizar, como ato-meio, aumento de capital que será subscrito com as ações incorporada, nos termos do § 1º do art. 252 da Lei Societária.

Observa-se, deste modo, que todo o processo é **derivado da lei**, de forma **una**. Em cada um de seus parágrafos, em atenção a isto, há a correspondente etapa de seu desenvolvimento. De forma apartada, contudo, estas fases perdem o sentido objetivado pelo legislador, ao ponto de não produzir os efeitos legais estabelecidos na legislação privada.

À luz desta dinâmica, verifica-se que a incorporação de ações provoca, ao cabo, o recebimento **direto** pelos sócios da incorporada das ações da incorporadora, na medida em que a Diretoria da incorporada integraliza, **por conta dos sócios**, o aumento de capital da incorporadora com as ações dos acionistas, pelo disposto no art. 252, §4º, da Lei das S/A.

Como condicionante, atenta-se ao fato de ser realizada sob a premissa de uma **relação de troca** das ações, a partir de um **eixo de equivalência**, conforme expressa o art. 264 da Lei Societária, de obrigatória observância à operação aqui tratada pelo que dispõe seu § 4º.

Extraem-se, a partir disto, três elementos da operação que indicam sua substância: (i) **Não se constata solução de continuidade**, no bojo da relação jurídica societária, em relação ao sócio da incorporada, na medida em que não gera a perda da propriedade dos títulos ou a novação destes, descaracterizando sua natureza de

de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 49 e 60. No mesmo passo, XAVIER: *Na figura da incorporação de ações não ocorre nenhum dos traços essenciais da incorporação de sociedades. Não ocorre a transmissão de um patrimônio líquido global, como universalidade, mediante sucessão a título universal, mas simplesmente uma operação que tem por objeto, não a totalidade de um patrimônio, mas tão somente a totalidade das ações do capital de uma companhia pré-existente.* XAVIER, Alberto. **Incorporação de Ações: Natureza Jurídica e Regime Tributário.** São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 122.

alienação; (ii) Há, em virtude de sua *causa jurídica*⁷, uma substituição, por imposição legal, das ações da incorporada pelas ações da incorporadora, encampada sob a natureza de uma **sub-rogação real legal** (iii) Resta **ausente a vontade manifesta dos sócios** da incorporada por ocasião da operação.

Quanto ao primeiro ponto, o que merece ser ressaltado é o fato de a operação produzir os efeitos de mera troca de ações, na qual, por meio da avaliação dos patrimônios das sociedades, e por força de um critério de avaliação adotado, é estabelecida um eixo de equivalência entre os títulos da sociedade incorporada e da incorporadora.

Tal avaliação, que perfará a constatação do valor do título mobiliário de cada sociedade, possui o condão, único e exclusivo, de aferir a proporção desta relação de troca, a fim de estabelecer que sejam iguais o valor das coisas substituídas. O propósito desta, portanto, é que não haja desigualdade no valor dos bens ora trocados. Aliás, como aludido antes, a finalidade da norma é converter uma companhia em subsidiária integral de outra, **resguardando a participação societária dos sócios na exata medida anterior**.

Portanto, na perspectiva do acionista da incorporada, que vêm a ser o foco do presente caso, a operação em nada altera o seu patrimônio. Ademais, em nenhum momento da operação observou seu patrimônio ser dilapidado, com a perda de sua propriedade, haja vista a troca ocorre de ações transcorrer de **forma direta** na medida em que é integralizada suas antigas ações da incorporada na sociedade incorporadora.

Em atenção ao segundo ponto indicado, denota-se ao fato de tal substituição advir de um comando legal, expresso no que toca sua procedimentalização, e que de forma cogente, determina que seja feita a troca em ações – não cabendo aqui, portanto, o pagamento em dinheiro.

⁷ (...) o conceito de causa (...) que é a função prática do ato ou negócio jurídico (chamada no art. 187 do Código Civil de "fim econômico ou social" do direito quando sendo exercido, e no art. 421 de "função social do contrato"), corresponde aos **efeitos dados a ele pela norma jurídica que o disciplina**, ou, mais especificamente, corresponde às prestações e contraprestações que dele emanam. OLIVEIRA, op. cit., p. 57.

Neste ponto, a doutrina é lúcida ao conferir a este instituto a natureza jurídica levando em consideração os pontos tratados acima, e concedendo à incorporação de ações a natureza de **sub-rogação real legal**. Sem se furtar do que foi dito até então, e de modo a incorporar a definição de conceito, merece citar ÁVILA quando endereça a nós, ao reler as lições de Pontes de Miranda, que (...) *a sub-rogação real ocorre quando há substituição de um bem por outro, de mesma ou de outra natureza, que passa a estar submetido ao mesmo regime jurídico do bem substituído.*⁸

Neste passo, malgrado o entendimento diverso, que se atêm às qualidades dos bens substituídos, desconsiderando o fato de que a relação jurídica, a qual as ações estão imbuídas quando da operação da incorporação de ações, é aquela determinada pelos dispositivos que a regem (arts. 252 e seguintes da Lei das S/A), e que solidificam a relação de equivalência dos bens por conta da troca ou substituição destes.

Assim, vale-se novamente da lição de ÁVILA para ratificar que a substituição ocorrida por força da sub-rogação real *“é, na verdade, produto de uma regulação legal, para a qual o que importa não é o bem, mas a sua substituição por outro por outro de valor equivalente.”*⁹ e segue, em compasso com o que foi dito, aduzindo que *“É a **noção de equivalente ou de valor que tem relevância para sub-rogação real** (...)”*¹⁰.

Diferentemente, portanto, do que esposa SCHOEURI¹¹ ao tentar afastar a natureza de sub-rogação deste instituto, o que se observa, na realidade, é que tal natureza está afeta ao que a lei determina ou trata para fins de equivalência, e que, no caso da incorporação diz respeito ao valor dos bens trocados.

Ao aprofundar a natureza de sub-rogação legal da operação, afora o que foi dito, mas especificamente no que toca a **elemento volitivo** deste ato, enquanto

⁸ ÁVILA, Humberto. **Contribuições e imposto sobre a renda: Estudos e Pareceres**. São Paulo: Malheiros, 1ª Edição, 2015. p. 292.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. SCHOUERI, Luís Eduardo. **Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários**. In: Revista Dialética de Direito Tributário. Nº 200, 2012, p. 49.

característica inexistente, EIZIRIK¹² compactua com XAVIER¹³, o qual afirma que “O titular das ações a serem objeto de incorporação nada faz, nada transmite, nada permuta: limita-se “passivamente” a receber da sociedade incorporadora ações substitutivas das originalmente detidas que ocupam, no seu patrimônio, lugar equivalente das ações substituídas por um fenômeno de sub-rogação real.”.

Ao afirmar isto, XAVIER confirma, ao nosso ver, que **não há ato de disposição da propriedade dos títulos mobiliários** pelo acionista, no caso, a Holding Azul. Ao que tudo indica, também não há a perda de propriedade em nenhum momento pela acionista, pois esta é substituída, por força da lei, em propriedade de valor equivalente.

Nas lições de MARIZ quanto ao tema, previamente ao discorrer sobre natureza jurídica da incorporação de ações como uma sub-rogação real legal, este é incisivo ao frisar a **equivalência dos valores das ações substituídas**, de modo a equiparar os efeitos – e não a natureza – do instituto à permuta sem torna,

(...) que, para a incorporadora, os bens recebidos valem o montante que foi determinado pelo laudo de avaliação (...) e que, para ela, representa o valor de emissão das novas ações, pouco importando o valor que as ações tinham no patrimônio do acionista, e isto é o que também se verifica na permuta sem torna, em que as partes aceitam os bens, eles por eles, sem retorno de outro pagamento relativo ao bem que, por qualquer critério de avaliação, possa ter valor maior.¹⁴

No patrimônio do acionista, MARIZ compreende, por vez da consideração da natureza jurídica do instituto, pela sua intributabilidade (não incidência), por conta de que as “novas ações que ele adquire com a incorporação substituem as que foram incorporadas, e, apesar da troca de ações, ele não tem ganho ou perda de capital por que se sub-rogam nas novas ações os direitos existentes nas ações substituídas.”¹⁵.

¹² EIZIRIK, Nelson. **Incorporação de ações: aspectos polêmicos**. In: WARDE JR., Walfrido Jorge (Coord.). Fusão, cisão, incorporação e temas correlatos. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 89

¹³ XAVIER, Alberto. **Incorporação de ações: natureza jurídica e regime tributário**. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. Sociedade Anônima: 30 anos da lei 6.404/76. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 133.

¹⁴ OLIVEIRA. op. cit., p. 138.

¹⁵ Ibidem. p. 139.

Fica claro, portanto, que independe de a qualidade ser idêntica dos bens substituídos para caracterizar a sub-rogação real legal, já que o fato de a **lei determinar a emissão de novas ações da incorporadora, possui como finalidade promover, ao cabo, sua substituição pelas ações da incorporada por idêntico valor,** resguardando a relação jurídica societária primeva.

Pela caracterização discorrida, não se permite que a operação seja tratada como alienação, e, portanto, faz-se necessário repisar que esta última é uma forma de perda da propriedade, prevista no art. 1215, inciso I, do Código Civil de 2002, fato que não se verifica aqui pela **ausência de solução de continuidade** da participação societária dos acionistas, haja a **substituição direta** por força legal, como conclui o § 4º do art. 252 da Lei das S/A. Em continuidade, CALMON procede na mesma linha de raciocínio:

*o sócio substitui o investimento que mantinha na incorporadora, pelo investimento na incorporadora; mas a sociedade incorporada – a subsidiária integral por incorporação – subsiste, com direitos e obrigações. [...] Ora, se inexistente alienação ou solução de continuidade, na hipótese da verdadeira incorporação, em que se extingue a sociedade incorporada, inegavelmente mais se acentua o **caráter de incidibilidade do vínculo social**, na hipótese de incorporação de ações.¹⁶*

Inclusive, a transmissão do domínio **não é a causa jurídica do ato** de incorporação de ações, como estabelecido anteriormente. A função da operação, na verdade, é tornar uma companhia subsidiária integral de outra, **sem que haja repercussão patrimonial nos acionistas da incorporada**. Por imposição da lei, deste modo, a contrapartida subscrita é igual às ações recebidas.

Vale destaca também, sob a óptica da Holding Azul, que **não houve declaração de vontade expressa** sua para deflagrar a incorporação de ações.

¹⁶ COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. **A lacuna legislativo-tributária no tocante ao instituto da incorporação de ações e a jurisprudência do CARF.** In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 195. p. 174.

Isto porque, em que pese a necessidade de aprovação pelas assembleias gerais de tal ato societário, como exigem os §1º e §2º do art. 252 da Lei das Sociedades Anônimas, sendo a figura da assembleia representativa da unidade da decisão, em consecução do princípio majoritário¹⁷, é claro EIZIRIK¹⁸ ao destacar que **a vontade social não se confunde com a de seus membros**, a qual, aliás, podem vir a se opor em deliberação assemblear.

EIZIRIK¹⁹ coloca em discussão, para tanto, o fato de a personalidade de seus acionistas serem distintas da sociedade de que detêm cotas. Na mesma linha, ÁVILA corrobora aduzindo que a manifestação de vontade da sociedade *“não poder ser confundida com vontade do acionista, enquanto pessoa – física ou jurídica – individual, dotada de **personalidade própria**.”*²⁰

Logo, no que se cinge à unidade da decisão assemblear, verifica-se, de pronto, que se trata de uma presunção, a qual é colocada em xeque na operação aqui tratada, pelo fato de a lei não determinar a deliberação em unanimidade para sua aprovação, e sim pela metade, no mínimo, do capital votante, como ressoa o §2º do art. 252 da Lei das Sociedades Anônimas.

Além disto, a própria lei societária disciplina ser a operação realizada pelas sociedades envolvidas, na figura de seus Conselhos de Administração, e das respectivas Diretorias. Neste ponto, infirma o elemento volitivo o fato de a Diretoria da incorporada subscrever o aumento de capital **por conta** dos sócios dos seus sócios, como define §2º anteriormente citado, sem o respectivo mandato destes, ou seja, em nome próprio, a partir de um *“poder de representação derivado da lei”*²¹, oportunidade na qual **substitui-se a vontade do sócio**.

Aliás, outros *i. juristas*, ainda que discordem do fato de a incorporação tratar-se de sub-rogação real legal, são claros ao apontar para a ausência do aspecto volitivo na operação, como para PONTES, ao sintetizar que nesse processo *“há efetivamente uma troca, uma substituição decorrente da **absorção compulsória** das*

¹⁷ FILHO, Alfredo Lamy; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. op. cit., p. 587

¹⁸ EIZIRIK, op. cit., p. 86.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ ÁVILA, op. cit., p. 294.

²¹ EIZIRIK, op. cit. 87.

ações em circulação emitidas pela companhia incorporada”²², tanto como por CORRADINI, ao denota-lo como “**transferência compulsória** de ações de emissão de uma companhia para a titularidade de outra companhia.”²³.

Deste modo, a incorporação de ações é uma operação dotada de **compulsoriedade**, na medida em que se sucede a subscrição de capital com **bens da propriedade dos acionistas**, e não da sociedade incorporada. Não há dúvidas, portanto, de que não se trata de ato voluntário, **requisito necessário para o nascimento da obrigação tributária**, conforme informa MARIZ²⁴,

Cabe ressaltar ainda o entendimento de CARVALHOSA, um defensor da posição de que ocorre uma alienação, ainda que ficta, na operação em tela, o qual sucede em sua escrita, reconhecendo a incorporação de ações como um negócio *sui generis*, dada sua **eficácia externa em relação aos acionistas**. Frisa-se abaixo o exemplo que incorpora em sua doutrina ao descrever, a condição de determinado acionista minoritário ao ver sua vontade tolhida pelo comando do controlador:

*Trata-se o negócio de incorporação de ações, ao mesmo tempo de uma incorporação e de uma alienação fictas. (...) No segundo caso, porque o controlador da sociedade incorporada aliena **não apenas suas ações à incorporadora, mas também as dos minoritários, num negócio sui generis, que lembra a expropriação do direito administrativo.***²⁵

PEDREIRA, em que pese discordar das mais diversas afirmações do jurista citado no que toca à natureza jurídica do ato, por compreendê-la como uma **sub-rogação real**, apresenta ponto em comum com este, pela qual **rechaça o elemento volitivo do sócio** na operação tratada:

Os acionistas da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas, (...) Não praticam ato de disposição das ações como elementos de seus patrimônios e a

²² PONTES, op. cit., p. 172

²³ CORRADINI, op. cit., p. 42.

²⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 63.

²⁵ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei das sociedades anônimas. T. II. V. 4.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140

*incorporadora não adquire as ações por efeito de alienação, quer da companhia cujas ações devam ser incorporadas, quer dos seus acionistas: as ações incorporadas são substituídas por ações da incorporadora por sub-rogação real – como efeito legal do negócio jurídico societário de incorporação de ações.*²⁶

Vale frisar que, no caso em comento, a atuada, como controladora de 70% do capital social da incorporada, não reflete a figura do minoritário, todavia, não se afasta por conta disto a compulsoriedade e a natureza sub-rogatória ínsitas à operação. A mera exemplificação por meio da figura do minoritário explicita, com maior clareza, **a distinção entre a vontade da sociedade (pessoa jurídica) e do acionista (pessoa jurídica diversa ou pessoa física).**

Pelo exposto, a incorporação de ações, premida das premissas de Pontes de Miranda imbuídos em ÁVILA²⁷, concretiza-se como verdadeira sub-rogação, razão pela qual a recomposição do patrimônio leva em conta a **identidade de valores** do bem original e do sub-rogado.

Apesar de poucos julgados, o CARF possui decisões que afastam a caracterização de alienação à incorporação de ações, como se constata pelos acórdãos de nº **2202-002.187**, nº **3402-003.187** e, em específico, o de nº **9202-003.579**, exarado pela 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), em 03 de maio de 2015, que sintetiza, por meio do excerto, nossa compreensão:

*(...) afirmo sem qualquer receio que a **incorporação de ações não se equipara à alienação de bens**. Alienar tem como acepção de base a transferência de algo a outrem. O Código Civil de 2002, trata a alienação como forma de perda da propriedade, consoante o artigo 1.275, I, e se concretiza quando há um negócio jurídico bilateral, pelo qual o alienante transfere, a título gratuito ou oneroso, determinado bem ou direito ao alienatário. Na incorporação de ações ocorre troca, permuta ou, como enuncia a Lei das Sociedades Anônimas, **substituição de ações**. Esta transação, frise-se, não se dá entre os acionistas da incorporada e a sociedade incorporadora, mas sim entre as duas companhias. (p. 54)*

²⁶ LAMY FILHO, Alfredo. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. op. cit, p. 1451.

²⁷ ÁVILA, op. cit.

Nesta esteira, em que pese existir poucas manifestações do Judiciário até então²⁸, estas confirmam a natureza de sub-rogação real legal da incorporação de ações e, por conseguinte, a inexistência de ganho de capital. Enfatiza-se, nesta toada, decisão do STJ, proferida em 2017, em sede do **Recurso Especial nº 1.642.327**, a qual, apesar de não adentrar no mérito da presente discussão, consignou a inexistência da vontade dos sócios para deflagração dos efeitos do ato societário aqui tratado:

*Pode-se dizer, portanto, que, na incorporação de ações, o controlador toma a posição do acionista minoritário na sociedade incorporada (o que no direito estadunidense é chamado 'squeeze out' - fl. 3455), retribuindo-o com ações da sociedade incorporadora, **haja ou não interesse deste nessa substituição de ações.***

Indo além, constata-se que a CVM, autarquia responsável pela regulação do mercado financeiro, pela sua procuradoria jurídico especializada, reconheceu a natureza de sub-rogação real legal, a partir de posição firmada em resposta à consulta realizada pelo SINDCOR (**Parecer nº 80/2014/GJU-2/PFE-CVM/PGF/AGU**).

Até o presente ponto o que se atesta é a **não incidência** do tributo em razão dos efeitos do ato de incorporação de ações não se subsumirem aos contornos da alienação, afastando-se, assim, a aplicação do art. 31 do Decreto nº 1.598/77.

Todavia, como dito alhures, mas que merece ser reforçado, e nada mais contundente que a lição de MARIZ para tal, "*a incorporação de ações não aumenta o patrimônio do acionista, porque produz mera troca de ações para ele*"²⁹, ou seja, não se consuma o critério material do IRPJ e CSLL, por inexistir renda proveniente da operação, em atenção ao comando do art. 43 do CTN.

Além disto, vale destacar ponto suscitado por CALMON, que, em vista disto, e sob a baliza do princípio da legalidade tributária, afere não ser possível a atribuição

²⁸ TRF-4ª Região, Segunda Turma. **Apelação/Reexame Necessário nº 5052793-42.2011.4.04.7000**. Relatora: Carla Evelise Justino Hendges. Data do Julgamento: 22 de setembro de 2015. [...] Justiça Federal de São Paulo. Processo nº 5026528-67.2018.4.03.6100. Data do Julgamento: 29 de setembro de 2020.

²⁹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Incorporação de Ações no Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 64.

de efeitos de alienação ao ato societário para fins de caracterização da incidência tributária:

A obrigação tributária é matéria sob o império absoluto da lei, o que significa que a lei não se limita a autorizar a tributação, mas estabelece também os critérios para a tomada de decisão pelo órgão da Administração competente e o seu conteúdo, não deixando margem de valoração ao aplicador da lei.

*Certo é que **a lei não atribui especificamente à incorporação de ações os caracteres de uma situação abrangida pela hipótese de incidência tributária do IRPJ e da CSLL**, o que redundava na inexistência de mandamento (consequente da norma de tributação) a submeter o particular à obrigação tributária.*³⁰

Vale a mera menção, desta maneira, ao artigo 108, §1º, do CTN, o qual apregoa que a **autoridade não pode se valer da figura da analogia para exigir tributo**. No caso aqui tratado, o Fisco incorre na interpretação do ato de incorporação de ações como alienação, sem que dos seus efeitos se possa extrair tal natureza, tampouco da lei, ao qual a autoridade fazendária está cingida.

De qualquer modo, o que ocorrer é a mera mutação patrimonial das respectivas participações societárias, por valor equivalente. E, ainda que se tratasse de operação apta a deflagrar acréscimo patrimonial, tampouco caberia a imposição tributária do IRPJ e CSLL, de forma que tal raciocínio decorre do simples fato de não se operar, na presente situação, o **critério temporal do imposto de renda**, qual seja, o momento em que ocorre a incorporação da renda ao patrimônio do contribuinte, apto a ensejar disponibilidade econômica ou jurídica desta.

Assim, passa-se a averiguar a existência do teórico ganho de capital, especificamente, à luz do critério temporal do imposto de renda, visto que, nas palavras de TOMAZELA *“o que realmente importa é saber se há, ou não, ganho de capital realizado na substituição de bens, para fins de incidência do IRPJ e da CSLL, independentemente da caracterização, ou não, de uma sub-rogação real.”*³¹.

³⁰ COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado, op. cit., p. 171.

³¹ SANTOS, Ramon Tomazela. **Ágio na Lei n. 12.973/2014: Aspectos Tributários e Contábeis**. Editora Thomas Reuters – Revista dos Tribunais: 1ª Edição, 2020. Edição do Kindle. p. 220.

b. Da Avaliação a Valor Justo da Participação Societária: Da Não Realização da Renda

Antes de discorrer sobre o tema do tópico, cabe afastar o fundamento do Fisco no que toca o critério da relação de troca das ações adotado no caso. Isto porque, a autoridade fazendária desconsiderou, para fins do lançamento, o critério de avaliação a valor contábil das participações societárias estabelecida por ocasião da incorporação de ações, determinando o cálculo do ganho de capital a partir do valor justo do investimento reconhecido.

Surge, a partir de então, dois pontos que merecem a atenção: (i) o fato de não haver óbice legal à escolha do critério de avaliação da relação de troca dos ativos na incorporação de ações e (ii) a diferença entre o excesso de valor justo do investimento ante o custo de aquisição da participação societária não representar acréscimo renda **realizada**, o que descaracteriza a incidência de IRPJ e CSSL.

À guisa do primeiro ponto levantado, identifica-se a ausência de determinação, pela Lei Societária, do critério de avaliação específico a ser observado para determinar a proporção do número de ações que deverão ser emitidas. Como ressalta ROLIM, a Lei das S/A *"exige apenas que o critério para se determinar a relação de troca seja divulgado no Protocolo de Incorporação, que será **livremente escolhido pelos acionistas** das companhias envolvidas (arts. 224 e 225)."*³².

Ressalta, neste sentido o que PEDREIRA reconhece, frente ao silêncio da norma, quanto à escolha do critério de avaliação dos patrimônios, à luz da liberdade negocial:

Na falta de norma legal expressa que imponha a escolha de determinado critério de avaliação, bem como diante de expressa permissão conferida pela Lei das S.A. de que as partes convençionem o critério que lhes aprouver, não vemos fundamento para impedir a adoção do critério de patrimônio líquido contábil, (...)

³² GARCIA, Ana Carolina Moreira; FONSECA, Frederico de Almeida; ROLIM, João Dácio. **"Aspecto Temporal da Hipótese de Incidência do Imposto de Renda em Operações de Transferência de Investimentos – Ganho de Capital em Incorporação de ações"**. In: OLIVEIRA, Francisco Marconi de; GOMES, Marcus Lívio; Valadão, Marcos Aurélio Pereira. Estudos Tributários do II Seminário CARF. Brasília: CNI, 2017.

Por fim, a Lei das S.A. não requer uma “justa avaliação” e tampouco exige que o laudo conclua por valores determinados pelos peritos segundo os critérios de sua escolha, mas apenas que a operação poderá ser efetivada nos termos negociados, ainda que os peritos considerem por qualquer razão que o patrimônio líquido vale mais do que o convencionado no protocolo ou determinado segundo os critérios de avaliação determinado.³³

Em adendo ao *i.* jurista, reforça tal interpretação o fato de a estrutura semântica da norma jurídica balizar-se sob três modais deônticos possíveis³⁴ que implicam em reconhecer a conduta, quando não proibida ou obrigatória, como permitida, e no caso, depara-se com tal permissão, frente à omissão legal que imponha ou proibida a opção feita. Rege-se a escolha, por conseguinte, pelos primados da liberdade de contratar (art. 421 do Código Civil de 2002) e de praticar toda conduta que não seja proibida pelo sistema jurídico pátrio (*caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988).

Desta forma, não há receio ao denotar que o a avaliação a valor patrimonial contábil é regular, lícita e devidamente acordada pelas partes envolvidas, não devendo ser afastada pelo Fisco.

Em seguimento, é importante constatar que o registro do investimento inicial na Energia Forte pela Holding Azul decorreu da aplicação do método de equivalência patrimonial (MEP), o qual é de observância obrigatória pelas companhias nos casos em que seus investimentos sejam influência significativa, como prevê o art. 248 e 243, §1º e §2º, da Lei das S/A, bem como o Pronunciamento Técnico CPC 18.

Sobre este método de avaliação, é importante destacar sua finalidade e seus efeitos, muito bem informados por SCHOEURI et MOSQUERA, que frisam *“assegurar o reflexo, nas holdings, de uma mesma movimentação econômica observada na empresa subjacente. Por ser mero reflexo, não se cogita de o resultado da equivalência patrimonial produzir qualquer efeito tributário.”*³⁵, já que propicia na

³³ LAMY FILHO, Alfredo. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. op. cit, p. 1780-1781

³⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. 7ª Ed. - Noeses: São Paulo, 2018. p. 127-128; p. 194.

³⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo; MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Manual da tributação direta da renda**, 2ª Edição – São Paulo, SP: IBDT, 2021. p. 90

sociedade investidora mensurar a relação de proporção direta entre a conta de investimento ante a de patrimônio da coligada.

No entanto, após a alocação do valor contábil da participação societária adquirida, nos termos das disposições do CPC 15 e conforme determina art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, há de se desdobrar este valor, reconhecendo-se o valor justo dos ativos líquidos na data da aquisição, a partir da mensuração do valor justo dos ativos identificáveis e dos passivos relacionados ao negócio adquirido. Sendo assim a diferença entre o valor contábil do investimento e o valor justo passa a representar mais ou menos-valia, pelo que estabelece seu correspondente tratamento fiscal e contábil.

No entanto, como denota GELBCKE *et al.*, ao referir-se à essa determinação do custo da participação adquirida afirma que "***será possível somente após obter o valor justo dos ativos líquidos e o valor contábil do patrimônio líquido da investida na data da obtenção da influência significativa ou controle (ou controle conjunto)***"³⁶.

Sob esta roupagem, portanto, e como preceitua o inciso II do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, a Holding Azul necessitou promover a avaliação justa do investimento, solicitando, assim, a elaboração de laudo posteriormente ao ato societário, em cumprimento ao comando do artigo 20, § 3º, do Decreto nº 1.598/77. Ou seja, apesar de a participação adquirida possuir o mesmo valor da contraprestação transferida quando da incorporação de ações, seu reconhecimento contábil e fiscal procedeu-se na forma estabelecida pelo referido Decreto, verificando-se assim diferença positiva, **a título da avaliação a valor justo**, da parcela proporcional detida pela Holding ante à contraprestação feita.

Em vista disto, deve-se adentar na discussão da hipótese de incidência do imposto de renda, a partir da conceituação prevista no art. 43 do CTN. Por conta deste diploma, a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica da renda é condição necessária e suficiente para deflagrar a obrigação tributária.

³⁶ GELBCKE, Ernesto Rubens [et. al]. **Manual de contabilidade societária: aplicável a todas as sociedades: de acordo com as normas internacionais e do CPC**. 3ª Edição – São Paulo: Atlas, 2018. p. 534.

A despeito, todavia, das discussões doutrinárias quanto à conceituação de renda, seja ela renda-produto e/ou acréscimo patrimonial, cabe ir direto às premissas discorridas por SILVA, ao destacar as lições dos *i. doutrinadores* BIANCO e COSTA, em específico quanto ao **momento da ocorrência do fato gerador**, isto por que este ocorre no instante em que direito à renda resta ***“adquirido, acrescido ou incorporado ao patrimônio”***³⁷ conjugado ao ***“fato de poder ser empregada, aproveitada, utilizada”***³⁸.

Compreende-se como tal, o acréscimo vertido no patrimônio do contribuinte, em caráter **definitivo** e **disponível**. Convém retomar MARIZ³⁹, neste sentido, quando denota para a necessidade da presença de renda realizada, ***“disponível para uso, gozo e disposição”***, afastando da incidência o ganho meramente potencial ou escritural. Nesta toada, para que se configure renda disponível não deve pender **evento futuro e incerto para que se efetive a renda** sobre a situação de fato ou de direito que deu causa.

Passando-se, deste modo, ao caso concreto, observa-se que, a avaliação da participação societária recebida pelo seu valor justo, reverbera, nos termos do próprio Pronunciamento Técnico CPC 46, em era mera **expectativa de ganho**, sendo este, como define o Apêndice A do mesmo pronunciamento, ***“preço que seria recebido pela venda de um ativo ou que seria pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada entre participantes do mercado na data de mensuração”***.

Conforme assinala GELBCKE *et al.*⁴⁰, ***“o valor justo será construído para refletir uma transação hipotética de venda do ativo (ou transferência do passivo)”***. Assim,

³⁷BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 49 *Apud*: SILVA, Fabiana Carsoni Alves F. da. **Neutralidade Fiscal das Avaliações de Ativos e Passivos a Valor Justo: Simple Instrumento de Política Fiscal?**. *In*: Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT. Belo Horizonte, 2018, ano 16, nº 95, p. 28.

³⁸COSTA, Alcides Jorge. “Imposto sobre a renda: a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica como seu fato gerador. Limite de sua incidência”. *In*: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; COSTA, Sérgio de Freitas (Coord.). *Diálogos póstumos com Alcides Jorge Costa*. São Paulo: IBDT, 2017, p. 233. *Apud*: SILVA, Fabiana Carsoni Alves F. da. **Neutralidade Fiscal das Avaliações de Ativos e Passivos a Valor Justo: Simple Instrumento de Política Fiscal?**. *In*: Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT. Belo Horizonte, 2018, ano 16, nº 95, p. 31.

³⁹OLIVEIRA, *op. cit.* p. 98.

⁴⁰GELBCKE, Ernesto Rubens [et. al]. **Manual de contabilidade societária: aplicável a todas as sociedades: de acordo com as normas internacionais e do CPC**. 3ª Edição – São Paulo: Atlas, 2018. p. 368.

por refletir uma expectativa de ganho, para fins de evidenciação contábil, não se pode considerá-lo como renda auferida, já que dependerá da ocorrência de alienação para que torne a ingressar tal valor – que poderá ser diverso ao tempo do ato – no patrimônio do contribuinte.

Nesta linha, cabe ressaltar que o desiderato da Lei 12.973/2014, na busca da **preservação da neutralidade fiscal**, permite o diferimento do ganho decorrente de avaliação de ativo ou passivo com base no valor justo no caso de operações de **permuta** e **subscrição de ações**, disciplinados em seus arts. 13 e 17. Assim, em que pese a mensuração a valor justo, os valores discutidos revelam apenas uma potencialidade de aquisição da renda, visto que **esta riqueza registrada segue sujeita a oscilações de mercado**.

Ainda que se se compreenda como renda a avaliação a valor justo, com defende PINTO, a disponibilidade desta somente “ocorreria no momento em que esta pudesse ser empregada, aproveitada ou utilizada”⁴¹, em direta alusão também aos ensinamentos de Alcides Jorge Costa. Nesta esteira, vale repisar sua conclusão quanto ao escopo da Lei nº 12.973/14, no qual compreende que “o legislador optou por manter os efeitos da **neutralidade tributária** deste novo critério contábil, de forma que os resultados da avaliação a valor justo permanecem não tributados até sua realização.”⁴².

Ainda assim, caso remanesça a compreensão de que a operação discutida é uma alienação, compreende-se pela aplicação do art. 17 da Lei 12.973/2014 quanto ao ganho decorrente de avaliação a valor justo (AVJ) das ações incorporadas ao patrimônio da Holding Azul, ainda que condicione-se à opção de manutenção de subconta vinculada à participação societária. Ou então, caso reconheça-se a existência de ganho de capital, este só deverá ser tributado em hipótese de **futura alienação, liquidação ou incorporação da investida**, pelo que dispõe o art. 20, §6º do Decreto-Lei n 1.598/77, reproduzido no art. 27, § único da Lei nº 12.973/14.

⁴¹ PINTO, Alexandre Evaristo. “A avaliação a valor justo e a disponibilidade econômica da renda”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coords.). Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos). 6º volume. São Paulo: Dialética, 2015, p. 41-42. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/318515/mod_resource/content/1/Alexandre Evaristo Pinto.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/318515/mod_resource/content/1/Alexandre_Evaristo_Pinto.pdf)

⁴² *Ibidem*.

Pelo exposto, dada a neutralidade dos resultados de equivalência patrimonial para fins de IRPJ e CSLL, e frente ao fato de a avaliação a valor justo da participação societária percebida não acrescer o patrimônio da Holding Azul, reputa-se intributável por ocasião do seu reconhecimento contábil a diferença apurada da subtração do custo reconhecido a valor contábil e da mais-valia reputada pela apreciação a valor econômico. Isso porque, deve prevalecer o **princípio da efetiva realização da renda** para fins de tributação, denotado pela incorporação do ganho ao patrimônio do contribuinte quando este puder dispor do direito ou do valor verificado a título de acréscimo.

2. Da não incidência de PIS COFINS

Quanto à materialidade das contribuições do PIS e da COFINS, cabe primeiramente definir do que se tratar o complemento estabelecido em seu critério material, qual seja receita. Para tanto, passa-se à lição de Ricardo Mariz, que a define da seguinte forma:

*[...] receita é qualquer ingresso ou entrada de direito que se incorpore positivamente ao patrimônio e que represente remuneração ou contraprestação de atos, atividades ou operações da pessoa titular do mesmo, ou remuneração ou contraprestação do emprego de recursos materiais, imateriais ou humanos existentes no seu patrimônio ou por ele custeados [...]*⁴³

Com efeito, visualiza-se que a diferença positiva vertida pela avaliação dos ativos líquidos adquiridos a valor justo ante o custo contábil registrado quando do reconhecimento do ativo, configura um valor teórico, escritural e estimado, que não permitem a incidência do PIS e da COFINS, (i) seja por que não são receitas realizadas, por restar descaracterizado a noção de ingresso do valor registrado no patrimônio da Holding Azul (ii) seja pelo fato de receitas decorrentes da venda de

⁴³ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Cofins: **Conceitos de Receita e Faturamento**. In: Sistema Constitucional Tributário – Dos fundamentos teóricos aos 'hard cases' – Estudos em Homenagem ao Ministro Luiz Fux". Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p. 415

bens do ativo não circulante, classificado como investimento não integram a base de cálculo das referidas contribuintes, nos termos do artigo 1º, parágrafo 3º, inciso VI, da Lei n. 10.637, bem como o artigo 1º, parágrafo 3º, inciso II, da Lei n. 10.833.

Quanto ao segundo ponto, como alude TOMAZELA,

*A não incidência de PIS e COFINS sobre as receitas oriunda da venda de bens do ativo não circulante decorre do fato de que os bens de capital não representam uma base apropriada para a incidência de tributos sobre o consumo, na medida em que esses bens aumentam o estoque de capital e contribuem para expandir a produção. A inclusão do resultado auferido na alienação de bem do ativo circulante na base de cálculo do PIS e da COFINS poderia desencorajar os investimentos em modernização e atualização dos ativos necessários ao desenvolvimento da atividade econômica da pessoa jurídica.*⁴⁴

Neste sentido, observa-se que a alienação de bens integrantes do não-circulante não integra a base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme sedimentado o CARF nos posicionamentos firmados nos Acórdãos de nº **9303-006.233**, nº **3201-009.433**, nº **3201-009.278**, nos quais asseveram os fundamentos ora acostados.

Vale colacionar, para tanto, excerto do Acórdão nº **1401-001.416**, julgamento pela 1ª Turma da 4ª Câmara do CARF, em 25/03/2015, em que, ao tratar de instituição financeira que desempenhava a atividade de corretagem de títulos mobiliários, afastou-se, da alegação de consecução do objeto social, a operação de incorporação de ações, **por não possuir o intuito lucrativo e de mercancia**, descaracterizando qualquer premissa de cumprimento do objeto social:

A incorporação de ações não se enquadra como atividade desempenhada para cumprimento do objeto social. (...) Assim, sem entrar no mérito de se tratar ou não de alienação, a operação de incorporação de ações não pode ser equiparada a uma alienação de um título ou valor mobiliário devido pela sociedade corretora,

⁴⁴ SANTOS, Ramon Tomazela. **A Não incidência de PIS e COFINS sobre o ganho por compra vantajosa apurado na aquisição de ativos imobilizados em operação de combinação de negócios**. In.: Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT: Belo Horizonte, 2017, p. 14. Acesso em: "https://www.marizadvogados.com.br/wp-content/uploads/2018/02/NArt.13-2017.pdf"

pois não se trata de ato de mercancia de ações, com intuito de lucro, realizada com terceiros, em cumprimento do seu objeto social. (p. 1 e 21)

Inobstante a isto, como aferido anteriormente, não houve alienação de ações, e sim mera troca, a qual ensejou a aquisição contábil de participação societária pela Holding Azul na Energia Forte. Neste ponto, a diferença aludida, decorrente da avaliação justa do referido ativo, não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, tratando-se de efeito estritamente contábil.

Como ratifica MARIZ⁴⁵, a necessidade de neutralização fiscal dos ajustes a valor justo derivou do seu caráter estimado e escritural, realizado com base em critérios teóricos que **visam a atender aos objetivos da contabilidade**, mas que não possuem a idoneidade necessária para a incidência do PIS e da COFINS, em razão da **ausência de realização efetiva**.

A maior prova do caráter estimado e escritural do ajuste a valor justo pode ser extraída da própria análise do **Pronunciamento Técnico CPC n °42**, pelo que dispõe seus **itens 16, 22 e 27**.

Neste contexto, considerando que (i) a diferença apurada decorre do efeito da avaliação dos ativos a valor justo, bem como (ii) impõem-se interpretação baseada no princípio da capacidade contributiva, do qual se extrai a necessidade de ser da própria receita auferida de onde se retira o montante do imposto a recolher, sob pena se tributar-se o patrimônio, não deve ser computado como receita o valor ora tratado para fins de incidência do PIS e da COFINS.

⁴⁵ Em seguimento, MARIZ ainda afere que: "O segundo agrupamento de normas tributárias contidas na Lei n. 12.973 corresponde às normas que neutralizam efeitos das novas práticas contábeis no lucro líquido ou no patrimônio líquido e que não atendem às conveniências do regime tributário, ou mesmo não se conformam com superiores princípios do Sistema Tributário Nacional constante da Constituição Federal, particularmente os da legalidade e da capacidade contributiva. Neste grupo, e como exemplos, encontramos as normas que determinam adições ou exclusões ao lucro líquido, para cálculo do lucro real, em decorrência de ajustes a valor presente ou a valor justo. Novamente, ao se defrontar com uma dessas normas, o intérprete deve manter em seu campo de visão que o objetivo delas, tal como o das normas de adaptação, não foi o de alterar o tratamento tributário anterior, mas, sim, o de preservá-lo" OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Os Vários Caminhos da Lei n. 12.973 – Cuidados na sua Interpretação**. In: ROCHA, Sergio André (Coord.). Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A – Vol. IV. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 473

3. Da Impossibilidade de Aplicação da Multa Isolada e de Ofício

Como observado, no presente caso o Fisco exigiu multa isolada de 50% sobre as estimativas de IRPJ e CSLL recolhidas a menor em janeiro de 2020, e a multa de qualificada em 150% sobre o mesmo valor. Aplicou-se, portanto, a multa qualificada cumulada com a multa por ausência de recolhimento sobre os mesmos figurados fatos.

Contudo, a exigência cumulada de ambas as multas não é cabível, pois restaria configurado o *bis in idem*, fato este vedado no ordenamento jurídico pátrio. Esta exigência, diante da mesma conduta, afronta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CF), do direito à propriedade privada (art. 5º, XXII, da CF) e da vedação de confisco (art. 150, IV, da CF). Há mais. O CARF, pela súmula nº 105, fixou o seguinte entendimento:

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.

Em casos análogos, ainda, em que houve a incidência de duas multas (de ofício e isolada) decorrentes do mesmo fato e incidentes sobre a mesma base de cálculo, afastou a aplicação da multa isolada, como verifica-se pelo decidido no Acórdão nº **1103-001.115** (1ª Câmara do CARF, 3ª Turma Ordinária).

No Judiciário, tal entendimento é consolidado no sentido de que a multa prevista no inciso II, do art. 44, da Lei nº 9.430/96 será aplicada apenas quando não for possível a aplicação da multa prevista no inciso I (**REsp nº 1.496.354/PR**). Ademais, o percentual da multa qualificada não pode ser superior à 100% do valor do tributo devido (**ARE 938538 e ADI 551**).

Logo, percebe-se o nítido caráter confiscatório e abusivo da multa imposta que atinge 200%, quando somada à multa já aplicada sobre as estimativas de IRPJ e CSLL recolhidas a menor em janeiro de 2020.

Ainda, a Segunda Turma do STJ, quando da apreciação do **REsp nº 1.496.354/PR**, de relatoria do Ministro Humberto Martins, julgado em 24 de março de 2015, aplicou a lógica do princípio penal da consunção, em que a infração mais grave abrange aquela menor que lhe é preparatória ou subjacente, de forma que não se pode exigir concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício. Portanto, caberia apenas a cobrança da multa de ofício qualificada, que, por sua vez, resta indevida pelo que passa a expor.

Nos termos do art. 71 da Lei no 4.502/64, a sonegação imputada caracteriza-se como uma ação ou omissão **dolosa** praticada pelo contribuinte em face da autoridade fazendária, que, dentre suas hipóteses prevista, vise impedir o conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Em completo desacordo com o entendimento ora exposto, a Autoridade Fiscal exigiu a multa de ofício qualificada em 150% sob o argumento de que a Holding Azul, dolosamente, utilizou de um artifício contábil para transformar o ganho de capital em um ganho por compra vantajosa, de forma a impedir que as autoridades fiscais tivessem pleno conhecimento dos fatos ocorridos na realidade social.

Em verdade, sob a leitura do instituto previsto no art. 252 da Lei nº 6.404/1976, e sua utilização no caso em concreto com o fiel intuito de almejar uma legítima combinação de negócios e ganhos em sinergias e competitividade (*business purpose*), como restou demonstrado, a operação é estritamente lícita, e foi regularmente realizada. Aliás, em nenhum momento do procedimento fiscal olvidou-se na apresentação dos documentos, ainda que públicos, referentes à operação manejada.

Indiferentemente a isto, conforme prevê o 44, inciso I, § 1º, da Lei nº 9.430/96, conjugado ao enunciado da sumula nº 14 do CARF⁴⁶, a qualificação da multa de ofício está condicionada à comprovação do dolo por parte do Fisco, o que não ocorreu no presente caso, pautando-se na mera divergência de entendimento quanto à aplicação da lei, ora sem acostar quaisquer provas que sedimentem a prática de sonegação e o artifício contábil utilizado.

⁴⁶ A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Como o Fisco não fez prova do ilícito, e, por vez, apenas consignou mera alegação sem fundamento, não prospera a qualificação da multa, sobretudo quando a autoridade lançadora sequer contempla em suas razões a premissa do dolo vertida por conta da operação de incorporação de ações.

11 de julho de 2022.

Equipe nº 5

Equipe n. 06

Matheus Monteiro Morosini

Alexandre Tortato

Brunna Regina Picote

Camilla De Almeida Olegario

Joao Fernando Bassil Miranda

Nathallia dos Santos

Ana Leticia Kroetz De Oliveira

EGRÉGIO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Nº X

RECORRENTE: HOLDING AZUL S/A

RECORRIDO: UNIÃO – FAZENDA NACIONAL

HOLDING AZUL S/A, já qualificada nos autos em epígrafe, vem respeitosamente à presença de Vossas Senhorias, por intermédio de seu advogado ao final assinado, oferecer **MEMORIAL** com o objetivo de apresentar as razões de fato e de direito que ensejam o provimento do presente Recurso Voluntário.

1. DA SÍNTESE FÁTICA

Na data de 08/01/2020, foi aprovado o procedimento de incorporação de ações entre as empresas Transmissora Azul de Energia Elétrica S/A, da qual a RECORRENTE era acionista controladora e detentora de 70% (setenta por cento) de suas ações, e Energia Forte Renovável S/A.

No referido ato, utilizou-se como parâmetro o valor patrimonial das sociedades envolvidas, na data-base 31 de dezembro de 2019, oportunidade em que se constatou que cada ação da Transmissora Azul de Energia Elétrica S/A equivalia a 05 (cinco) ações da Energia Forte Renovável S/A. Em virtude disso, para que fosse possível a concretização do ato, a empresa Energia Forte Renovável S/A emitiu 50 (cinquenta) ações, das quais a RECORRENTE recebeu 35 (trinta e cinco).

O investimento, considerado de natureza relevante pela RECORRENTE, foi registrado observando os termos do Pronunciamento CPC nº 15, tendo sido avaliado, por empresa de auditoria independente, a valor justo tanto a contraprestação transferida, como a participação societária recebida. Após a realização de avaliação por empresa de auditoria independente contratada pela RECORRENTE, constatou-se que estas últimas totalizavam R\$ 385,00 (trezentos e oitenta e cinco reais) e R\$ 420,00 (quatrocentos e vinte reais), respectivamente.

É importante registrar que, antes do ato de incorporação, a RECORRENTE possuía um total de 07 (sete) ações da Transmissora Azul, cada uma com o valor

patrimonial contábil de R\$ 50,00 (cinquenta reais), o que totalizava, à época, R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais). A divergência entre este valor e o montante avaliado de R\$420,00 (quatrocentos e vinte reais), foi reconhecido como ganho por compra vantajosa.

Ocorre que, mesmo tendo a RECORRENTE observado o disposto na legislação vigente, em 2021, a Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB) iniciou um procedimento de fiscalização que resultou na presente autuação, por meio da qual se pretende a cobrança de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS sobre um suposto ganho de capital decorrente da operação de incorporação de ações.

No entender da fiscalização tributária, a incorporação de ações equivaleria a uma espécie de alienação, o que tornaria exigível a incidência de IRPJ e CSLL na diferença de R\$ 70,00 (setenta reais). Subsidiariamente, foi argumentado que, mesmo que seja considerado que houve ganho por compra vantajosa, o seu valor seria de apenas R\$ 35,00 (trinta e cinco reais), sendo exigível a tributação sobre a outra metade.

No lançamento tributário questionado, as autoridades fiscais concluíram que, como a alienação de participação societária constitui uma operação usual e a título da RECORRENTE, não há que se falar na isenção do PIS e da COFINS na hipótese de alienação de bens integrantes de ativo não-circulante, razão pela qual foi imputada a cobrança das referidas contribuições sobre o suposto ganho de capital decorrente da incorporação de ações (R\$ 70,00) ou, ao menos, sobre o ganho por compra vantajosa (R\$ 46,20). Residualmente, afirma que as contribuições sociais são exigíveis, quando menos, sobre o valor decorrente da avaliação a valor justo da contraprestação transferida (R\$ 35,00).

Ainda, em razão das supostas infrações cometidas, as autoridades fiscais sustentaram ser exigível multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre a diferença não recolhida a título de estimativas mensais de IRPJ e de CSLL. Por entender ser hipótese de sonegação fiscal, a autuação ainda contempla a cobrança de multa de ofício qualificada para 150% (cento e cinquenta por cento).

Irresignada com a conclusão adotada pelas autoridades fiscais, a RECORRENTE pretende, por meio do presente recurso, o afastamento da cobrança

dos tributos e das multas objeto deste lançamento fiscal, com base nos fatos e fundamentos narrados a seguir.

2. DAS RAZÕES QUE LEVAM AO PROVIMENTO DO RECURSO

Ao contrário daquilo que restou afirmado pelas autoridades administrativas atuantes, no caso concreto, não se constata a existência de ganho de capital passível de tributação pelos IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

De fato, *in casu*, não há a realização da disponibilidade jurídica ou econômica de renda na operação de incorporação de ações, tampouco o auferimento de receita.

Inexiste previsão legal que ampare a autuação, tratando de verdadeira tributação por analogia, como que não se pode concordar.

Aliás, como se demonstrará a seguir, em relação ao PIS e à COFINS, a legislação de regência prevê a isenção em situações como a presente, o que evidencia a total insubsistência do lançamento.

2.1. Do Imposto sobre a Renda (IRPJ) e da Contribuição sobre o Lucro Líquido (CSLL)

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seus artigos 153, inciso III e 195, inciso I, "c", autorizou a instituição do Imposto sobre a Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro, respectivamente.

Embora a Carta Magna tenha conferido, ao legislador infraconstitucional, habilitação para instituir imposto sobre a renda e contribuição social sobre o lucro, o exercício desta competência tem como limite certo a acepção que tecnicamente tais expressões econômicas detêm no ordenamento jurídico, consoante dispõe o art. 110, do Código Tributário Nacional (CTN).

Nesse sentido, considerando a interpretação conjunta da CF/88 com o disposto no artigo 43 do CTN, tem-se que o fato gerador do IRPJ e da CSLL se dá com a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica da renda, assim entendida como o efetivo acréscimo patrimonial.

Pelo o que se extrai dos supramencionados dispositivos legais, ao tratar de tributação de renda, é necessário não somente a verificação da existência de acréscimo patrimonial, mas também da **disponibilidade econômica ou jurídica do referido acréscimo**, nos termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional.

De modo geral, define-se como disponibilidade econômica a efetiva transferência da renda ou rendimento ao patrimônio do beneficiário com a imediata possibilidade de utilização do referido rendimento (existência de fluxo financeiro). Por outro lado, a disponibilidade jurídica decorre do simples crédito desse valor (potencial ganho), do qual o contribuinte passa a juridicamente dispor, embora este não lhe esteja ainda nas mãos.

Neste aspecto, conclui-se que apenas quando implementadas tais condições haverá, para o contribuinte, a disponibilidade econômica e jurídica do rendimento. Tendo em vista que na incorporação de ações ocorre a mera substituição das ações da incorporada pelas ações da incorporadora, não há que se falar na incidência do IRPJ ou da CSLL, já que não se denota a realização da renda.

Portanto, imprescindível respeitar os requisitos essenciais da regra-matriz de incidência do imposto sobre a renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, pois nas operações em que não se verifica a disponibilidade econômica ou jurídica da renda, ainda que diante de um aumento de patrimônio para fins meramente contábeis, **não há fato gerador passível de tributação** e, conseqüentemente, qualquer atuação que não observe isso se mostra absolutamente insubsistente/ilegítima.

Ademais, como antes referido, por força da regra de hermenêutica contida no art. 110, do CTN, o legislador tributário não pode desvirtuar o conceito constitucional de renda e lucro, dando-lhes conotação diversa do sentido técnico/legal que detêm no ordenamento jurídico.

De acordo com os dispositivos *retro* citados, somente será tributável pelo IRPJ e pela CSLL aquilo que represente **efetivo acréscimo patrimonial e desde que se constate a disponibilidade jurídica ou econômica da renda**. Por mais variada que seja a interpretação que se faça do conceito de renda, é certo que o CTN, em decorrência da própria Constituição, só autoriza a tributação do "lucro" da empresa, que deverá ser o real (realização da renda) e não fictício.

A instituição e cobrança do IRPJ e da CSLL estão, portanto, adstritas à verificação da efetiva disponibilidade econômica ou jurídica de renda, no sentido de **acréscimo patrimonial**. Logo, somente constituem fato gerador do IRPJ e da CSLL, os valores que ingressam no patrimônio do Contribuinte como um verdadeiro "*plus*" ao seu capital, uma riqueza nova que engrandece o patrimônio preexistente.

Sendo certo que o substrato lógico da incidência do IRPJ e da CSLL é o **efetivo acréscimo patrimonial**, o qual não ocorreu na hipótese vertente, a sua tributação pelo IRPJ e pela CSLL se apresenta ilegal e inconstitucional.

2.2. Da ausência de ganho de capital tributável decorrente da incorporação de ações

Impugna-se, por meio do presente recurso, o a autuação na qual as autoridades fiscais autuantes consideraram que a incorporação de ações constitui hipótese de alienação e, sob essa equivocada premissa, exigem supostos créditos tributários de IRPJ e CSLL incidentes sobre o ganho de capital da operação.

Isso porque, ao contrário do que foi sustentado pelas autoridades fiscais, a incorporação de ações, instituto previsto no art. 252, da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), "(...) é veículo legal para reestruturações societárias não realizadas no âmbito de uma só empresa, mas reunindo a combinação de duas, durante cujo ato o aumento de capital não é objetivo, mas consequência da necessidade de entregar ações da companhia em substituição às ações que eram detidas pelos acionistas da outra entidade" (OLIVEIRA, 2014, p. 55).

Em outras palavras, a finalidade da incorporação é, tão somente, a transformação de uma sociedade anônima em subsidiária integral de outra companhia. **Não se equipara, portanto, à alienação de bens sujeita à apuração de ganho de capital, tratando-se de mera substituição de títulos.**

Frise-se que os dispositivos legais nos quais de consubstanciam o auto de infração tratam da apuração do ganho de capital de forma genérica e não preveem a tributação da incorporação de ações.

Na realidade, como já afirmado alhures, inexistente na legislação de regência do IRPJ ou da CSLL previsão legal para tributação de mera reestruturação societária decorrente da incorporação de ações.

Consoante o previsto no artigo 31 do Decreto-Lei nº 1.598/77¹, apenas os resultados positivos na "alienação" ou na "liquidação do ativo não circulante" geram o ganho de capital tributável. Para que seja exigível a tributação do IRPJ e CSLL na forma do citado artigo 31, pressupõem-se uma operação de alienação de um investimento.

Mais uma vez, saliente-se, que **o caso concreto não se enquadra em nenhuma das hipóteses legalmente previstas.**

Na hipótese vertente, infere-se que o motivo para a realização do procedimento foi o propósito, das empresas Transmissora Azul de Energia Elétrica S/A e Energia Forte Renovável S/A, de promover a concentração de fontes complementares de energia, visto que tal diversificação impulsionaria o desenvolvimento de novos projetos que viabilizariam atender à demanda de energia existente no País.

Nunca houve, portanto, a intenção de realizar o aumento de capital, nos termos dispostos no art. 170, da Lei nº 6.404/1976.

Ademais, importante destacar que a operação de incorporação de ações se deu entre empresas que não integravam o mesmo grupo econômico, o que evidencia que o objetivo da combinação de negócios era efetivamente ampliar a competitividade das empresas no setor de energia elétrica, e não simplesmente se valer de um ato jurídico para evitar a apuração de ganho de capital tributável, como injustificadamente quer fazer crer a fiscalização.

Absolutamente improcedente a autuação ao qualificar a incorporação de ações como alienação.

A incorporação de ações é negócio típico peculiar ao Direito Societário. É típico porque está expressamente disciplinado no Direito positivo (artigo 252, da Lei nº

¹Art. 31. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo não circulante, classificados como investimentos, imobilizado ou intangível."

6.404/1979²). E é peculiar ao Direito Societário porque não se vislumbra a possibilidade de aproxima-lo com qualquer outro tipo de negocial previsto no Direito Privado.³

Na incorporação de ações, verifica-se a mera substituição no patrimônio do acionista da sociedade incorporada, por idêntico valor, pelas novas ações emitidas pela sociedade incorporadora, de forma compulsória.

O acionista não recebe qualquer espécie de pagamento pelas ações. Na realidade, assim como ocorreu no caso *sub examine*, por exigência legal, as ações da companhia incorporada são "trocadas", não havendo que se falar em pagamento.

Ou seja, a operação prevista no artigo 252 da Lei das Sociedades Anônimas, não implica em alienação do investimento detido pelos acionistas da sociedade incorporada. **Na realidade há mera troca de ações, simples substituição, sem que haja fluxo financeiro de recursos. Trata-se de sub-rogação real, que não se confunde com alienação, para nenhum fim.**

A incorporação de ações é um ato jurídico típico, complexo, de natureza individualizada a causa jurídica particular (*sui generis*), qual seja, se prestar à constituição de subsidiária integral, situação completamente distinta da alienação ou mesmo da subscrição de capital em bens. Na operação de incorporação de ações o custo de aquisição do investimento não é alterado. A troca de ações é realizada pelo valor patrimonial das mesmas, razão pela qual a única conclusão cabível é a de que não se realizou o ganho de capital tributável pelo IRPJ ou pela CSLL.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.275, inciso I, trata a alienação como forma de perda de propriedade, e se concretiza quando há um negócio jurídico bilateral, pelo qual o alienante transfere, a título gratuito ou oneroso, determinado bem ou direito ao alienatário. Nesse aspecto, para o Direito Civil, a alienação é a transferência voluntária da propriedade, podendo ser onerosa ou não.

² "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."

³ Cf. Alberto Xavier, "Incorporação de ações: natureza jurídica e regime tributário", in: Rodrigo R. Monteiro de Castro e Leandro Santos de Aragão (Coords), *Sociedade Anônima – 30 anos da Lei nº 6.404/76*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 133.

Na incorporação de ações, repita-se, ocorre **mera troca, permuta ou, como enuncia a Lei das Sociedades Anônimas, substituição de ações**. A transação se dá apenas entre as duas companhias, ensejando **ausência de elemento volitivo** dos acionistas que recusarem a incorporação, caso não exerça o seu direito de retirada.

Nesse cenário, o ganho de capital depende da realização da renda, sendo que o ganho verificado neste momento, em razão da substituição dos títulos, sequer é potencial.

Conforme já explanado anteriormente, a tributação da renda só é possível quando configurada a disponibilidade econômica ou jurídica que denote manifestação de capacidade contributiva por parte do contribuinte.

Ora, somente quando ocorrer a alienação efetiva da participação, com recebimento das quantias pela sociedade empresária, é que se poderá verificar a existência, ou não, de ganho de capital tributável.

Em que pese se possa aceitar a ocorrência de uma transferência de ações, não há recebimento de preço pelos títulos, mas sim de novas ações. Portanto, tal situação não atende ao critério material da norma tributária, pois há uma mera possibilidade de acréscimo, a ser verificado quando da efetiva alienação destas ações.

Oportuno rememorar que, no caso concreto, os lançamentos contábeis da operação seguiram os exatos termos dos Pronunciamentos CPC nºs 15 e 32.

Ademais, conforme disposição legal expressa constante do art. 20, § 6º, do Decreto-lei nº 1.598/77, a tributação do ganho por compra vantajosa só deverá ser levada a efeito no período de apuração da alienação ou baixa do investimento.

Portanto, independentemente da diferença entre o valor do investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial e o valor justo dos ativos líquidos da Energia Forte, eventual ganho de capital somente se dará quando da alienação ou baixa do valor, o que não se verifica na hipótese dos autos.

De igual modo, não procede o desdobramento da contraprestação avaliada a valor justo e da desconsideração dos efeitos dos tributos diferidos, na forma em que levada a efeito pela fiscalização, tendo em vista que, nos termos dos artigos 20 e 33 do Decreto-lei nº 1.598/1977, o custo de aquisição deve ser avaliado pelo método da

equivalência patrimonial e houve autêntico ganho por compra vantajosa (excesso do valor justo dos ativos líquidos da investida em relação ao custo de aquisição do investimento), exatamente como registrado contabilmente pela RECORRENTE.

Nessas condições, a exigência fiscal extrapola os contornos da tributação sobre a renda/lucro, tributando o patrimônio da RECORRENTE, olvidando-se de que na operação de incorporação de ações a empresa não auferiu riqueza passível incidência do IRPJ e da CSLL.

Com todo o respeito, a autuação em debate configura tributação sem respaldo em lei ou própria Constituição.

Sob a ótica da relação jurídico-tributária, na apuração de ganho de capital são consideradas as operações que importem alienação a qualquer título. Nesse contexto, não há ganho de capital a ser apurado por não se tratar de alienação, mas sim de sub-rogação real, e conseqüentemente não resta configurado o aspecto material da hipótese de incidência tributária.

Nos termos dos artigos 109 e 110 do CTN, é necessário respeitar os institutos de direito privado, ainda mais quando não há lei prevendo os efeitos fiscais específicos da operação. existindo regra específica, no direito civil, direito administrativo ou outro qualquer, que estabeleça os limites de conceitos, institutos e formas, eles devem prevalecer. Nem a lei e tampouco o seu intérprete poderão alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas de direito privado.

E, o artigo 108, § 1º do CTN traz a proibição da tributação por analogia, como ocorre no caso concreto, em que a incorporação de ações está sendo indevidamente equiparada à alienação.

Por fim, ainda que se entenda que pela aplicação da analogia (o que se admite a título de argumentação), tem-se que a incorporação de ações seria equiparada a uma permuta sem torna, pois não envolve a transferência de recursos, mas a mera troca de ações.

E, nessa condição, a própria Receita Federal do Brasil reconhece que não há ganho acréscimo patrimonial a ser tributado, conforme o disposto na Instrução Normativa nº 107/88.

Aliás, o § 6º, do artigo 13, da Lei nº 12.973/2014, em consonância com o que preceitua o artigo 43 do CTN, prevê que eventual tributação nas operações de permuta fica diferida até o momento da realização do ativo recebido em troca. Ou seja, eventual tributação deverá ser verificada somente quando da disposição do novo investimento recebido evento este que tem o condão de realizar o saldo de possíveis ganhos aferidos desde a aquisição originária das ações substituídas.

A propósito, convém destacar que esse Eg. CARF/ME já decidiu no sentido de que a incorporação de ações não configura a realização da disponibilidade da renda, conforme **Acórdão nº 9202-003.579**, da 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (julgado em 03/03/2015).

Portanto, sob qualquer perspectiva que se examine a questão, constata-se que a autuação se deu de modo abusivo e despropositado, impondo-se o provimento do recurso voluntário, com o conseqüente cancelamento da cobrança.

2.3. Das Contribuições do PIS e da COFINS

As contribuições do PIS e da COFINS se enquadram na categoria de contribuições sociais destinadas a financiar a seguridade social. A Carta Magna conferiu, ao legislador infraconstitucional, habilitação para instituir contribuições sobre o "faturamento" dos empregadores, na redação anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, e sobre a "receita ou o faturamento".

Em breve histórico, convém destacar que, no plano infraconstitucional, a contribuição destinada ao PIS foi instituída pela Lei Complementar nº 7/70, sendo recepcionada pela Constituição da República de acordo com o art. 239. Segundo esta Lei Complementar, a base de cálculo do PIS é o *faturamento* obtido pela empresa. A COFINS, por sua vez, foi instituída pela Lei Complementar nº 70/91, com base no art. 195, inciso I, da CF/88, sendo que seu art. 2º determinou como base de cálculo da contribuição o valor do *faturamento* mensal das pessoas jurídicas, ou seja, a "*receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza*".

A Lei nº 9.718/98 (§§ 1º e 2º do art. 3º), que unificou o regime de incidência das exações, acabou por ampliar a base de cálculo do PIS e da COFINS, alterando o conceito de faturamento, que passou a corresponder à *totalidade das receitas auferidas* pela pessoa jurídica, independentemente da atividade exercida e da classificação contábil adotada para as receitas. As Leis nºs 10.637/02 (art. 1º) e 10.833/03 (art. 1º) mantiveram esse conceito de receita bruta.

Conforme antes já afirmado, mais recentemente, houve a edição da Lei nº 12.973/14, a qual promoveu alterações no Decreto-Lei nº 1.598/77 e nas Leis nº 10.637/02 e 10.833/03 (regime não-cumulativo do PIS e da COFINS), notadamente no que diz respeito ao conceito de **receita bruta**.

A Lei nº 12.973/14 alterou o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77, incluindo no valor da receita bruta (formada pelo produto da venda de bens e serviços) o resultado da exploração da atividade descrita no contrato/estatuto social, seja ela qual for.

Como se vê, em todas as disposições legais antes referidas, o fato gerador/base de cálculo das contribuições foi circunscrito à *receita da pessoa jurídica*.

Nem mesmo com o alargamento, pela Lei nº 12.973/14, da base de cálculo das contribuições discutidas, essa noção de acréscimo ao patrimônio pode ser ignorada.

Com efeito, o novo conceito de "*receita bruta*" constante da Lei nº 12.973/14 passa a contemplar, além da venda de bens e a prestação de serviços, os tributos sobre ela incidentes (agora de modo expresso), o resultado auferido nas operações de conta alheia, bem como quaisquer outras receitas das atividades ou objeto principal da pessoa jurídica.

Entretanto, para que determinado valor seja configurado como "*receita*" da pessoa jurídica, prevista no art. 195, I, *b*, da CF/88 como base de cálculo do PIS e da COFINS, é imperioso que se tenha um ingresso financeiro que se agregue ao patrimônio do contribuinte como elemento novo e positivo.

Qualquer outra parcela, que não represente um ingresso efetivo no patrimônio do contribuinte, com a característica de elemento novo e positivo – tal como sucede com a diferença de valor das ações em decorrência de sua incorporação –, espelha

parcela extravagante da noção de receita, e, portanto, sobre ela não podem ser tomadas como fato gerador/base de cálculo de PIS e COFINS.

Com efeito, **na operação de incorporação de ações não existe realização de receita a ensejar a sua tributação pelo PIS e pela COFINS.**

Como já afirmado anteriormente, na incorporação de ações ocorre a simples troca/substituição das ações da empresa incorporada. **Não há alienação de ações, muito menos o recebimento de valores** por parte do acionista que passa a ser titular das ações da empresa incorporadora. **Os ganhos por compra vantajosa não constituem receitas realizadas, extrapolando a hipótese de incidência das contribuições.**

Nem mesmo o fato de a RECORRENTE ter por objeto social a participação societária (holding), é capaz de justificar a cobrança de PIS/COFINS na incorporação de ações.

Ora, na hipótese, o que ocorreu foi a troca/substituição da participação societária da RECORRENTE na incorporada subsidiária integral, pela incorporadora. Essa operação não corresponde a uma compra e venda de ações, motivo pelo qual não há receita auferida ou mesmo esperada.

A propósito, a própria legislação de regência das contribuições prevê expressamente que **não integra a base de cálculo das contribuições a alienação de bens integrantes do ativo não-circulante**, conforme o disposto nos artigos 1º, § 3º, inciso VI das Leis nº 10.637/02 e 1º, § 3º, inciso II, da Lei nº 10.833/03.⁴

Ora, a RECORRENTE entende que a operação de incorporação de ações não realiza o auferimento de receitas, apto a ensejar a incidência do PIS e da COFINS

E, ainda que se entenda que o negócio equivaleria a uma operação de alienação (o que se admite apenas a título de argumentação), ainda assim, como o ganho por compra vantajosa é registrado no ativo não-circulante, há expressa dispensa legal das contribuições.

⁴ § 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo as receitas:
(...)

VI - de que trata o inciso IV do caput do art. 187 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, decorrentes da venda de bens do ativo não circulante, classificado como investimento, imobilizado ou intangível;

Nesse mesmo sentido, já decidiu esse Eg. Conselho, a exemplo dos **Acórdãos nºs 3201-009.278 e 3401-003.752**.

Postas tais considerações, não deve prosperar a autuação realizada em face da ora RECORRENTE, visto que ausente o fato gerador do PIS e da COFINS, isto porque não houve qualquer receita tributável decorrente da incorporação de ações.

2.4. Da impossibilidade de cobrança de multa isolada em concomitância com a multa de ofício

Na remota hipótese de restar mantido o lançamento ora discutido, impõe-se, ao menos, o reconhecimento da inexigibilidade da multa isolada imputada à RECORRENTE pela falta de recolhimento das estimativas mensais de IRPJ e CSLL.

Desde logo, saliente-se que a impossibilidade de cumulação das penalidades é matéria já consolidada neste Eg. Conselho, nos termos da **Súmula CARF nº 105⁵**.

Há de se constatar que as hipóteses do citado art. 44 são, e sempre foram, **alternativas**, e **não cumulativas**, sendo que a multa isolada prevista no inciso IV, do § 1º, e, depois, levada para o inciso II, "b", do caput, do mesmo artigo, somente pode ser aplicada nas hipóteses em que não possa ela ser aplicada em conjunto com o tributo devido. Em **havendo tributo a recolher, então aplica-se a multa de ofício** prevista no inciso I, mesmo porque em percentual maior, que abarca a de menor gravidade. E esta é exatamente a hipótese dos autos (inciso I) pois, uma vez que a autoridade administrativa tenha verificado a existência de tributos a recolher, *in casu* IRPJ e CSLL, caberia a imputação tão somente da multa de ofício.

A cumulatividade de ambas as multas encontra vedação, portanto, no chamado "**princípio da consunção**", em que a infração mais gravosa abrange a de menor gravidade, considerando que as multas ostentam caráter *sancionatório*. **Somente se poderia admitir a cumulação da multa isolada com a de ofício se o fato que ensejou a aplicabilidade de uma sanção não estiver compreendido na outra. Ou**

⁵ "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."

seja, somente se se tratarem de hipóteses diferentes de descumprimento de obrigação tributária.

No caso em que há a apuração por estimativa, tem-se que a infração mais grave consiste na ausência de recolhimento de tributo (conduta-fim), devendo esta absorver a de menor importância, qual seja, a de ausência de cômputo do ganho de capital nas estimativas mensais (conduta-meio).

Desta forma, não há como se admitir a subsistência da cobrança de multa de ofício e multa isolada, quando somente seria aplicável, na presente hipótese, a primeira, sob pena de dupla penalização sobre a mesma infração (*bis in idem*).

2.5. Do não cabimento da multa de ofício qualificada

Outrossim, em relação à multa de ofício imputada à RECORRENTE (150%), caso mantido o lançamento dos tributos, subsidiariamente, o recurso voluntário deve ser provido a fim de que a penalidade seja reduzida para o patamar legal de 75%.

A autoridade fiscal entendeu que a ora RECORRENTE teria praticado, de forma dolosa, a sonegação de ganho de capital. Sob tal entendimento, foi lançada multa de ofício qualificada de 150%, por supostamente estar caracterizada a “prática de sonegação, consistente na ação ou omissão dolosa que impeça o conhecimento, por parte da autoridade fiscal, da ocorrência do fato gerador dos tributos devidos pelo contribuinte”.

Como bem dispõe o art. 1º da Lei nº 4.729/1965, “constitui crime de sonegação fiscal o ato de prestar declaração falsa ou omitir informação, bem como o ato de inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública”.

A simples falta de pagamento de tributo não enseja a caracterização de sonegação fiscal, sendo necessário que se comprove que a conduta praticada foi dolosa. **A mera alegação da conduta tipificada (omissão de receita ou de rendimentos) não é suficiente para atestar o dolo, e a consequente qualificação da**

multa. Inclusive, tal entendimento resta consolidado por meio da **Súmula nº 14 do CARF**⁶.

Ao contrário do que afirma a fiscalização, a RECORRENTE não atuou com dolo em momento algum, não tendo praticado qualquer ato tendente a esconder a ocorrência do fato gerador da obrigação tributário.

Como foi amplamente demonstrado acima, a RECORRENTE realizou uma operação lícita, legalmente prevista na legislação societária e efetuou todos os registros contábeis na forma exigida pelo Pronunciamento CPC nº 15. Ou seja, a operação discutida foi realizada nos termos da lei e restou devidamente contabilizada, tendo a Contribuinte prestado todas as informações à fiscalização.

Na verdade, há mera divergência de interpretação quanto aos efeitos da incorporação de ações, o que, em nenhuma hipótese, pode ser equiparado à sonegação. Sendo assim, percebe-se que todos os atos praticados pela ora RECORRENTE foram de boa-fé, pois não houve intenção de lesar o Fisco.

Ainda, a multa qualificada deve ser minuciosamente justificada e comprovada, devendo esta ser aplicada apenas em situações excepcionais. As autoridades fiscais não se desincumbiram do ônus de demonstrar a ocorrência de sonegação apta a justificar a imposição da multa qualificada, devendo ser revista a qualificação da penalidade.

Em caso similar, esse Eg. CARF manifestou o entendimento de que "***A aplicação da multa de ofício qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio não deve ser mantida quando as razões que a motivaram não tiveram o condão de afrontar lei, a qual permitia interpretação diversa da que entendeu a autoridade fiscal***" (PAF nº 16561.720195/201234, julgado em 20/06/2017, pela 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária).

Desse modo, a deve ser reconhecida a ilegitimidade da qualificação da multa de ofício no caso sub examine.

⁶ "A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, ***por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício***, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo."

3. DO PEDIDO

Pelo exposto e pelo mais que certamente será suprido por Vossas Senhorias, a RECORRENTE requer seja totalmente provido o presente Recurso Voluntário, com o cancelamento integral da autuação, reconhecendo-se a inexigibilidade da incidência de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS na operação de incorporação de ações, em razão da ausência de ganho de capital tributável ou da realização de receita.

Subsidiariamente, acaso mantido o lançamento fiscal, requer-se o reconhecimento da insubsistência da cobrança de multa isolada em concomitância com a multa de ofício.

Por fim, também caráter subsidiário, requer-se a o provimento do recurso, ao menos para que a multa de ofício seja reduzida ao patamar de 75%, por não se vislumbrar o fenômeno da sonegação fiscal na hipótese.

Nesses termos,

Pede e espera deferimento.

Local, data.

Advogado

OAB/UF XXX.XXX

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

BRASIL. Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações.

BRASIL. Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 33ª Ed. São Paulo. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial: direito de empresa. 23 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 21ª Ed. São Paulo. 2009.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **A Incorporação de Ações no Direito Tributário**. 1ª Ed. São Paulo. 2014

QUEIROZ, Mary Elbe Gomes. QUEIROZ, Antonio Elmo. **A incorporação de ações e o ganho de capital e outras questões tributárias**. Revista Consultor Jurídico. 2015.

Equipe n. 07

Fernando Gomes Favacho

Gabrielle Couto Ramalho

Rafael Coutinho Alves

Victoria Cascaes Brito

Rodrigo César França de Oliveira

Luhana Helena Botinelly Do Amaral E Silva

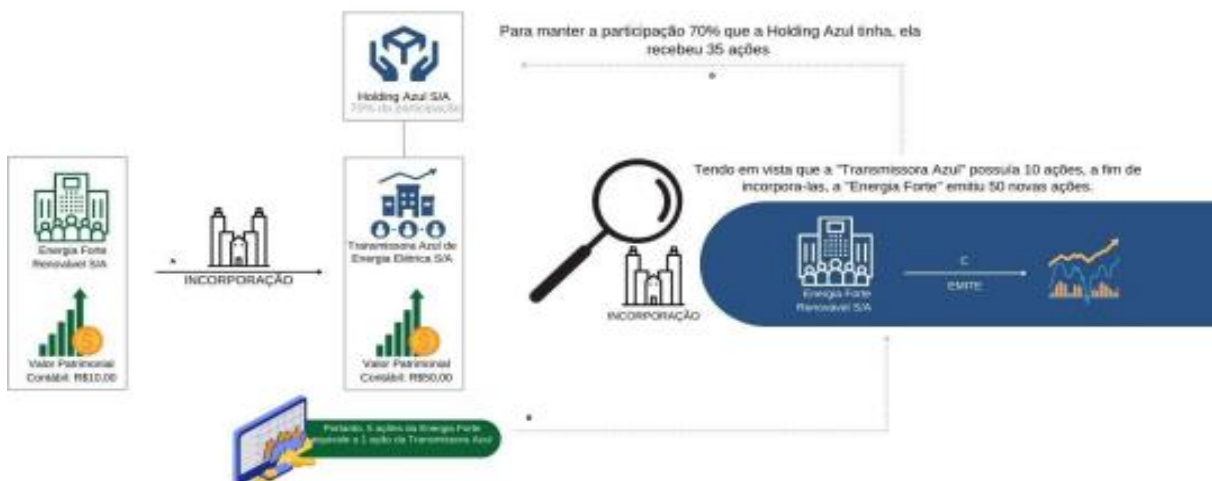
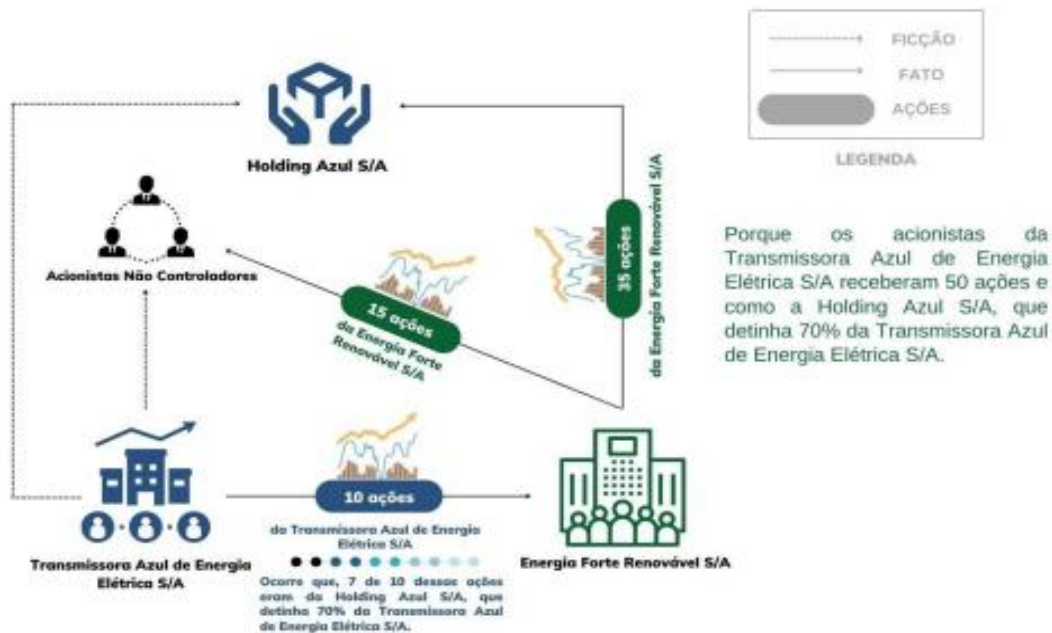
Thiago Nobre Maia

Ana Beatriz Santana Pinto

Mylena Ogawa Furtado Rodrigues

João Pedro Pereira Cruz

INFOGRÁFICO



NOTAS

1. A natureza jurídica da incorporação de ações é de sub-rogação, uma vez que os sócios da Transmissora Azul receberam ações da Energia Forte em substituição às que originalmente detinham.
2. Não há acréscimo patrimonial aos sócios, pois o valor patrimonial das ações são equivalentes.
3. A incorporação foi realizada com base no valor patrimonial das ações. A avaliação posterior pelo valor justo (que ensejou o ganho de capital) não deve ser adotada obrigatoriamente como o método contábil a ser utilizado, pois não há previsão legal para isso, devendo ser respeitado o acordo feito entre as partes.
4. Mesmo se houvesse a utilização do valor justo como parâmetro inicial, não haveria ganho de capital, mas sim compra vantajosa.
5. O mero registro contábil não representa hipótese de incidência tributária, é um evento contábil.

1. DA SÍNTESE FÁTICA

Na origem, trata-se de operação societária de incorporação de ações, mediante a qual a empresa Transmissora Azul (incorporada) se tornou subsidiária integral da empresa Energia Forte (incorporadora). Tal operação foi realizada em conforme os dispositivos que a regem, quais sejam os artigos 252, 224 e 225 da Lei nº 6.404/76, de modo que a Autuada, então acionista majoritária da incorporada Transmissora Azul, entregou as ações que possuía, em troca do recebimento de ações da incorporadora Energia Forte.

Vale notar que, embora tenha havido transferência das ações incorporadas, contida no ato de conferência destas para a integralização do aumento de capital da incorporadora, não houve e não existe espaço para que houvesse aumento no patrimônio dos acionistas receptores das ações da incorporadora, em substituição às que foram incorporadas (OLIVEIRA, 2014, p.59). Isto é: em que pese a Autuada ter recebido ações da Energia Forte em troca das ações da Transmissora Azul, **não houve qualquer acréscimo patrimonial em decorrência da operação, uma vez que as ações transferidas equivalem patrimonialmente às ações recebidas.**

A despeito disso, o Fisco realizou o lançamento de ofício visando a cobrança do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) relativos ao suposto *ganho de capital* de R\$70,00 apurado a partir da incorporação de ações da Transmissora Azul pela Energia Forte (fl. 06). Isso porque, segundo, com a devida venia, equivocado entendimento da Autoridade Fiscal, a operação realizada teria natureza de alienação, sendo as ações da incorporadora Energia Forte uma contraprestação recebida pela Autuada, em razão da transferência das ações da Transmissora Azul.

Este raciocínio, conforme se verá adiante, não merece prosperar, pois a incorporação de ações foi baseada na equivalência patrimonial das companhias, não havendo qualquer ganho de capital. Assim, ainda que haja diferença nos valores das ações, não há o que se falar em ganho patrimonial pela Autuada, uma vez que o custo do bem que lhe foi dado é igual àquele que foi recebido em troca.

A despeito de defender que haveria ganho de capital em decorrência da operação, a Fiscalização, em mais uma incongruência lógica, exige,

concomitantemente, valores à título do Programa Integração Social (PIS) e Contribuição para o Financiamento de Seguridade Social (COFINS), por entender que as ações compõem, em verdade, o ativo circulante da Autuada.

Além disso, o Fisco aplicou a penalidade de multa isolada em decorrência da ausência de cômputo de ganho de capital nas estimativas mensais, com fundamento no artigo 44, II, da Lei nº 9.430. Com também a qualificação gravosa da multa de ofício, com base no parágrafo 1º da lei supracitada, em razão da suposta utilização dolosa de instrumento contábil. Por fim, a Autoridade Fiscal defende a premissa de que *"mesmo que o ganho de capital de R\$ 70,00 não seja considerado sujeito à incidência de tais contribuições, o lançamento de ofício deveria ser mantido sobre o ganho por compra vantajosa de R\$ 46,20 ou, residualmente, sobre o valor de R\$ 35,00, decorrente da avaliação a valor justo da contraprestação transferida."*

Em rápida leitura do trecho acima, nota-se o Fisco não tem sequer certeza das próprias afirmações, pois cria até mesmo um argumento subsidiário na autuação, fato este que denota uma verdadeira falta de certeza quanto ao crédito tributário que se pretende cobrar, em manifesta afronta ao preceituado no art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN).

Diante deste cenário, nota-se que a presente autuação não merece prosperar, não só em razão da total im procedência do crédito tributário exigido, como também em razão da ausência da materialidade como também dos requisitos intrínsecos para atribuir validade ao lançamento.

2. DA PRELIMINAR DE NULIDADE: Da matéria de ordem pública. Do erro de fundamentação legal. Da impossibilidade de argumento subsidiário

Inicialmente, cumpre destacar o flagrante erro na fundamentação legal proposta pelo Fisco. Isso porque, entre os dispositivos legais que suportariam a presente autuação, foi indicado (tanto para o IRPJ quanto para a CSLL) o art. 254 da Lei nº 6.404/1976.

Ocorre que o dispositivo apontado pelo Fisco dispositivo foi revogado pela Lei nº 9.457/1997, deixando, desta forma, de fazer parte do ordenamento jurídico. Não se pode olvidar que a fundamentação legal é um requisito essencial para atribuir

validade ao auto de infração, conforme dispõe o Decreto nº 70.235/1972, cujo teor do artigo 10, especificamente determina que o auto de infração deverá conter, obrigatoriamente, a disposição legal infringida. Sobre este ponto, nos ensina Fábio Soares de Melo (2018, p.121):

A descrição do fato relativo à situação infracional imputada, acompanhada da menção precisa do dispositivo normativo infringido, objetiva demonstrar os elementos e as circunstâncias da obrigação tributária que não teriam sido observadas pelo contribuinte, advertindo que, em virtude do princípio da legalidade e da tipicidade, devem guardar, entre si, intrínseca relação de pertinência.

Além disso, não obstante a previsão legal acima mencionada, o próprio Decreto nº 70.235/1972 prevê em seu artigo 59 que são nulos os despachos e decisões proferidas com preterição do direito de defesa, ou seja, nota-se que o próprio diploma, com intuito de preservar a

integridade dos atos administrativos, busca garantir, no mínimo, que estes contenham a devida fundamentação legal, evitando até mesmo prejudicar o direito de defesa do contribuinte. Inclusive, vale ressaltar que trata-se de matéria de ordem pública voltada justamente a proteger até mesmo o bom senso jurídico, na medida em que o ato desprovido da sua devida fundamentação não só compromete a sua própria integridade como também impede até mesmo o exercício da ampla defesa, razão pela qual tal matéria pode ser alegada e apreciada em qualquer grau de jurisdição, não sendo, sequer, passível de preclusão. Além disso, analisando Termo de Verificação Fiscal, nota-se que o lançamento foi efetuado em razão da Fiscalização ter considerado que o valor advindo da operação de transferência de ações deveria ter sido registrado como ganho de capital, apurado com base no valor econômico da participação societária recebida, motivo pelo qual a Autoridade Fiscal efetuou o lançamento de ofício para exigir não somente IRPJ e CSLL, como também PIS/Cofins sobre o ganho de capital apurado na operação de incorporação de ações. (fl. 06). Ocorre, que apesar de pregar a necessidade de tributar o ganho de capital de R\$ 70,00 (setenta reais), ao mesmo tempo admite a possibilidade do contribuinte não estar sujeito à incidência dos tributos, razão pela qual afirma que o lançamento de ofício deveria ser mantido sobre o ganho por compra vantajosa de R\$ 46,20 (quarenta

e seis reais e vinte centavos) ou, residualmente, sobre o valor de R\$ 35,00 (trinta e cinco reais), decorrente da avaliação a valor justo da contraprestação recebida.

Ou seja, a Autoridade Fiscal alegou, subsidiariamente, que ainda que houvesse ganho por compra vantajosa, o seu valor seria de apenas R\$ 35,00, pois seria necessário reconhecer, (no resultado do exercício) para efeitos de incidência do IRPJ, da CSLL, do PIS e da Cofins, o ganho decorrente da avaliação a valor justo da contraprestação transferida, que equivaleria a R\$ 35,00 (fl. 07). Depreende-se, facilmente, que a própria autuação não possui qualquer certeza quanto à incidência dos tributos sob os quais acusa o contribuinte de não ter recolhido (inclusive, dolosamente), na medida em que alega ter ocorrido omissão quanto ao ganho de capital, mas em um segundo momento, admite a possibilidade de ganho por compra vantajosa, de forma subsidiária.

Ora, não se pode olvidar que o lançamento deve obedecer à legalidade estrita, não cabendo na sua constituição o uso ilações ou meras conjecturas. O princípio da legalidade estrita, positivado na própria Constituição Federal (art. 150, I e art. 37, *caput*), não pode ser desprestigiado em favor de conceitos que deturpam a própria sistemática do Direito Público (e sequer foram recepcionados, ainda que implicitamente pela CF), como a chamada "salvabilidade do lançamento".

Por este motivo, é que o art. 10, III, do Decreto nº 70.235/1972, prevê que o auto de infração deverá conter, obrigatoriamente, a descrição do fato, sendo este requisito indispensável – sob pena de nulidade do lançamento, considerando não só o cerceamento do direito de defesa, como também a obrigatoriedade de motivação, inclusive, neste sentido nos ensina a literatura jurídica que o "(...) *lançamento contido no auto de infração estará desprovido de eficácia se não especificar os mencionados elementos, especialmente pelo fato de dificultar o oferecimento da ampla defesa.*" (SOARES DE MELO, 2009, p.104)

Logo, é evidente que a ausência da indicação apropriada dos elementos fáticos invalida o ato administrativo. *In casu*, o Fisco admite, com base no mesmo fato, duas conclusões diferentes e que logicamente não podem coexistir, desprovendo de qualquer certeza e materialidade a autuação realizada.

Dessa maneira, ainda que não houvesse o erro de fundamentação, o que claramente há, o Fisco demonstra total insegurança no lançamento ao utilizar um

argumento subsidiário, evidenciando que não há qualquer certeza acerca da autuação que imputa ao contribuinte.

3. DA NÃO CONFIGURAÇÃO DE ALIENAÇÃO NA HIPÓTESE DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES EM FACE DA OCORRÊNCIA DA SUB-ROGAÇÃO REAL

Conforme já narrado, o presente caso reside em uma operação de incorporação de ações, de modo que as ações da Transmissora Azul foram absorvidas totalmente pelos sócios da Energia Forte. Nesse sentido, o ato jurídico de incorporações de ações tem como finalidade a transformação de uma companhia em subsidiária integral da outra.

Tendo em vista esta finalidade, se houve aumento de capital, este seria apenas uma consequência da reorganização societária realizada pelo Contribuinte; no caso em questão, não houve aumento do patrimônio dos acionistas, pois a contraprestação realizada (ou seja, o recebimento das ações), é monetariamente equivalente àquelas que foram entregues. Inexiste, portanto, manifestação de capacidade contributiva, requisito essencial à tributação por impostos.

O que ocorreu foi uma verdadeira sub-rogação real das ações da incorporada pela incorporadora, tendo em vista que se trata de substituição jurídica de "uma coisa por outra". Isso porque a sub-rogação real é uma ficção jurídica em que uma coisa substitui outra (ROSENVALD, 2021, p.592), mantendo-se a relação jurídica anterior.

Na incorporação de ações há substituição, no patrimônio dos sócios da sociedade incorporadora, daquelas que constituíam o capital da sociedade que originariamente participavam, pela participação societária da sociedade incorporada, mantendo-se a mesma proporção do investimento detido anteriormente, conforme preleciona Alberto Xavier (2007, p.133):

O titular das ações a serem objeto da incorporação nada faz, nada transmite. nada permuta: limita-se "passivamente" a *receber* da sociedade incorporadora ações substitutivas das originariamente e detidas, que ocupam, no seu patrimônio, lugar equivalente ao *das ações substituídas* por um fenômeno de *sub-rogação real*.

Corroborando a natureza de sub-rogação real das incorporações de ações, o

próprio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que ao analisar situação fática análoga, preferiu o Acórdão 9202-003.579:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF Exercício: 2008
IRPF - OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL. A figura da incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76, difere da incorporação de sociedades e da subscrição de capital em bens. Com a incorporação de ações, ocorre a transmissão da totalidade das ações (e não do patrimônio) e a incorporada passa a ser subsidiária integral da incorporadora, sem ser extinta, ou seja, permanecendo com direitos e obrigações. **Neste caso, se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação.** (...) (CARF. Acórdão 9202-003.579. 2ª Seção. Câmara Superior de Recursos Fiscais. 2ª Turma. Relatora: Maria Helena Cotta Cardozo Sessão de 03/03/2015.).(Sem grifos no original)

Dessa maneira, por se tratar da mera substituição de bens, não há o que se falar em hipótese de alienação, isto é, a transmissão onerosa de ativos, o que resultaria no ganho ou perda de capital. Há, na verdade, o mero recebimento pelos acionistas da sociedade incorporadora de ações substitutivas aquelas originalmente detidas (XAVIER, 2007, p.141). Por conseguinte, por se tratar de incorporação de ações, não há a fixação de um preço para a realização da transferência de ações, mas sim a comparação do valor patrimonial econômico da incorporadora e da incorporada (OLIVEIRA, 2014, p.92).

Diante disso, como forma de demonstrar a exatidão do procedimento adotado pelo contribuinte, cumpre em seguida expor a respeito do método utilizado para a realização da transação entre as companhias que permitiu a transformação da Transmissora Azul em subsidiária integral da Energia Forte.

4. DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO VALOR CONTÁBIL, FRENTE AO VALOR JUSTO E/OU VALOR DE MERCADO

A fim de efetuar a combinação de negócios, as sociedades, em um primeiro momento, realizaram a avaliação com base no valor patrimonial das ações, constatando que 5 (cinco) ações da Energia Forte correspondem a 1(uma) ação da Transmissora Azul. Diante disso, a autuada recebeu 35 (trinta e cinco) ações da Energia Forte, a fim de manter a participação societária que detinha anteriormente na sociedade incorporada.

Ressalta-se que a comparação do patrimônio da Transmissora Azul com o da Energia Forte é um método apto para realizar a incorporação de ações, uma vez que as companhias recebem “uma quantidade de ações que corresponde à justa relação de troca do que tinham, pelo que passam a ter” (MARIZ, 2014, p.92). Isto é, não há variação patrimonial, positiva, ou negativa.

Ato contínuo, a Holding Azul contratou uma empresa de auditoria independente, a qual realizou a avaliação com base no valor justo. Por conta disso, na torpe visão fiscal, ter-se-ia o suposto ganho de capital no montante de R\$70,00. **Assim, não há o que se falar em acréscimo patrimonial ao contribuinte, mas sim de mera alteração do método contábil, que teve como critério o valor justo, o que não tem efeitos tributários.**

Ora, a mera reavaliação dos ativos deve ser fiscalmente neutra, pois não implica necessariamente em aumento da liquidez patrimonial, ou seja, o contribuinte não pode pagar tributo antes mesmo de adquirir renda, de modo que a tributação apenas poderia vir a incidir quando da sua realização ou a alienação da participação societária (OLIVEIRA, 2014, p.83).

Além disso, a obrigatoriedade da utilização do valor justo com base no valor de mercado, que, alegadamente, ensejaria a incidência tributária a título de ganho de capital, deveria estar prevista em lei, em decorrência do princípio da estrita legalidade (art. 5º, II, CF/88).

De outro ponto, ainda sobre o princípio da legalidade, há, ainda, a legalidade da administração, segundo a qual as autoridades administrativas estão vinculadas à legislação tributária (ROTHMANN apud SCHOUERI, 2021, p.343).

No mais, segundo Alberto Xavier (2007, p.135), a Lei das S.A não definiu o valor patrimonial contábil como parâmetro obrigatório para avaliação, muito pelo contrário, o art. 8º da norma supracitada faz referência apenas a "critérios de avaliação" e a "elementos de comparação adotados".

Portanto, se o valor patrimonial contábil não é obrigatório, tampouco o valor de mercado o será, logo, não cabendo ao Fisco desprestigiar um método em prol de outro apenas com intuito de buscar uma tributação inexistente, na medida em que nem mesmo a Lei das S.A exige um método específico.

4.1. DA NECESSIDADE DE RESPEITAR O ACORDO FEITO ENTRE AS SOCIEDADES

Observa-se, conforme narrado anteriormente, que para a Autoridade Fiscal, a incorporação de ações deveria ter sido realizada com base no valor de mercado, o que resultaria no alegado ganho de capital (fl. 06). Entretanto, **a ampla liberdade contratual é princípio basilar do direito privado**, que estrutura o direito societário, e consiste na ideia de que existe uma paridade entre as partes que estabelecem autonomamente, baseado em suas vontades, um acordo.

No âmbito das sociedades empresariais, os assuntos negociais mais relevantes serão analisados pelo conjunto de sócios por meio de uma deliberação social; como é o caso da incorporação de ações, cujas bases da operação serão objeto de deliberação entre os sócios, conforme o artigo 1.117 do Código Civil. Nesse sentido, a incorporação de ações é um contrato que surge da convergência de vontades das duas companhias, por meio da aprovação da maioria qualificada das respectivas assembleias gerais (art.252, §§1º e 2º, Lei 6.404/1976). Caso haja dissidentes da deliberação em favor da incorporação das ações, esses poderão se retirar da companhia, mediante o reembolso do valor das suas ações (art.252, §2º, lei 6.404/76), prevalecendo o princípio majoritário. Essa decisão reverbera na esfera jurídica dos sócios, uma vez que há a subscrição do aumento de capital da sociedade incorporadora com as ações representativas de seu capital social - de propriedade dos acionistas (XAVIER, 2007, p.137)

De acordo com o caso, "os Conselhos de Administração de ambas as sociedades decidiram utilizar como parâmetro o valor patrimonial" (fl. 03), ou seja, o

método utilizado para a incorporação de ações foi discutido entre os acionistas e sociedades envolvidas no caso. Dessa forma, a partir da avaliação dos seus negócios, consideraram que seria a melhor forma de realizar a troca.

5. DO DIFERIMENTO DA TRIBUTAÇÃO

O conceito de renda é delimitado constitucionalmente, consubstanciando-se em uma riqueza nova que foi incorporada a um patrimônio preexistente (COSTA, 2020, p.375). Ora, uma mera substituição no patrimônio não se subsume a esta hipótese.

A hipótese de incidência do imposto de renda, prevista no artigo 43 do Código Tributário Nacional, em seu critério material, coincide com a definição constitucional de que renda é a disponibilidade jurídica ou econômica que implica em acréscimo patrimonial. Essa disponibilidade só existirá no momento em que houver uma alienação, ou liquidação, em relação aos investimentos que passou a ter, acarretando no incremento do patrimônio líquido de determinado indivíduo em certo período de tempo (CARVALHO, 2014, p.277). Já o critério material da CSLL está previsto no art.195, I, c, da Constituição Federal de 1988, consiste no auferimento do lucro líquido. O lucro é o resultado da receita operacional e não-operacional, diminuídos os custos e despesas necessárias para efetivação da atividade (CARVALHO, 2014, p.281).

Integram a base de cálculo desses tributos os rendimentos juridicamente disponíveis no momento da apuração no final do exercício financeiro. Por conseguinte, em face ao princípio da capacidade contributiva, só é considerada realizada a renda, isto é, a manifestação no mundo fático do previsto na hipótese de incidência, quando há o efetivo acréscimo patrimonial, em decorrência de valores juridicamente disponíveis (CARVALHO, 2014, p.284). No presente caso não há um aumento do patrimônio dos sócios da empresa incorporadora, pois há uma substituição de suas ações originárias por outras equivalentes e de igual valor, de acordo com a correspondência patrimonial das companhias.

Outrossim, caso fosse utilizado o valor justo como parâmetro inicial para a avaliação da contraprestação entre a Transmissora Azul e a Energia Forte, o que

haveria seria *ganho por compra vantajosa* e não ganho de capital. Isso porque a compra vantajosa é resultante da aquisição de um bem por um valor inferior ao valor justo.

No entanto, o **mero registro do ganho por compra vantajosa não representa receita auferida** - não há a realização efetiva, tratando-se de mero ajuste de caráter estimado e escritural. A tributação só seria possível no caso de alienação futura das ações, uma vez que na incorporação de ações há apenas uma substituição, não há liquidação do investimento (XAVIER, 2007, p.140). Vale destacar o voto da Conselheira Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin proferido no Acórdão nº 1401-003.873:

Além do mais, não bastasse os fundamentos já demonstrados, anota-se que a Recorrente destaca ainda que **não há razão para manutenção de tributação sobre AVJ que não foi realizado. (...) Ora. Se os bens avaliados não foram alienados, nem baixados, e tampouco integralizados em capital de outra empresa, fica mais do que evidente a impossibilidade de tributar a reserva de AVJ, porquanto falta a adequada motivação jurídica tributária, qual seja: acréscimo de patrimônio passível de tributação.** (CARF, Acórdão nº 1401-003.873. 1ª Seção de Julgamento. 4ª Câmara. 1ª Turma, relatora: Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, sessão de 11/11/2019) (Sem grifos no original)

No caso ora em análise, não há a aquisição de ações com vistas à obtenção de lucro, mas sim, a continuidade da atividade empresária desempenhada pela empresa incorporada, havendo, portanto, o mero registro contábil do ganho por compra vantajosa.

Além disso, segundo os arts. 13 e 14 da Lei nº 12.973/2014, o ganho e a perda de capital decorrente da avaliação com base no valor justo não são computados no lucro real. Já

o artigo 17 deste diploma, por sua vez, dispõe que o ganho decorrente da avaliação a valor justo de bem do ativo incorporado ao patrimônio de outra pessoa jurídica em aumento de capital não é acrescido ao lucro real, permitindo o seu diferimento.

O evento contábil sem o subsequente evento econômico não passa de mera expectativa e não pode extrapolar os limites da contabilidade. Diante disso, o valor

justo é uma variação nominal de um item registrado na contabilidade e não expressa, por si só, a concretização de um signo de riqueza que acarreta na incidência de tributo. Na prática, nenhum procedimento contábil pode se sobrepor à posituação da hipótese de incidência tributária, alterando as obrigações jurídico-tributárias, seja para mais ou para menos (OLIVEIRA, 2003, p.80).

Além disso, o valor justo é um evento contábil, não se tratando de hipótese de realização da renda, ou mesmo, da caracterização direta e imediata dos efeitos tributários, pois **não há fato gerador**. Em regra, o valor justo mantém a neutralidade, mediante o diferimento da tributação, enquanto o ativo estiver na propriedade do contribuinte, isto é, a tributação somente ocorrerá à medida que a realização dos componentes da Avaliação a Valor Justo for realizada. Por isso, mesmo considerando um eventual aumento de capital, em razão da suposta compra vantajosa, **não há renda realizada**. Isso porque a compra vantajosa é apenas um ganho em potencial, sendo incerta a sua realização e, como dito acima, não é possível a tributação diante de mera expectativa.

No entanto, ratifica-se que as premissas acima adotadas são mero esforço argumentativo, por força do princípio da eventualidade, pois o caso em tela não se amolda ao conceito jurídico de aumento de capital, mas sim de mera substituição das ações da incorporada pelos da incorporadora, não havendo aumento patrimonial dos sócios.

6. DA NÃO INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS

Conforme largamente exposto no decorrer destes Memoriais, entende a Fiscalização haver ganho de capital por conta do suposto aumento patrimonial ocorrido em decorrência da incorporação de ações realizadas.

Ora, o rendimento decorrente da venda de um ativo **será tributado como ganho de capital quando houver alienação de bens classificados no ativo não circulante**, conforme dispõe a legislação tributária (Decreto-Lei n° 1.598/1977, artigo 31; Instrução Normativa RFB n° 1.700/2017, artigo 315, § 14; Decreto n° 9.580/2018 - RIR/2018, artigo 128, § 4°).

Além disso, segundo o Pronunciamento CPC 26:

O ativo deve ser classificado como circulante quando satisfizer qualquer dos seguintes critérios:

- (a) espera-se que seja realizado, ou pretende-se que seja vendido ou consumido no decurso normal do ciclo operacional da entidade;
- (b) **está mantido essencialmente com o propósito de ser negociado;**
- (c) espera-se que seja realizado até doze meses após a data do balanço; ou
- (d) é caixa ou equivalente de caixa (conforme definido no Pronunciamento Técnico CPC 03 – Demonstração dos Fluxos de Caixa), a menos que sua troca ou uso para liquidação de passivo se encontre vedada durante pelo menos doze meses após a data do balanço." **Todos os demais ativos devem ser classificados como não circulantes.**

A venda de bens do ativo circulante é receita típica da empresa, implicando a tributação do lucro decorrente desta operação como receita bruta. Isso porque a venda de bens do ativo circulante está atrelada à consecução da atividade-fim da empresa, constante em seu objeto social.

Por outro lado, como supramencionado, a venda de bens integrantes do ativo não circulante deve ser tributada como ganho de capital. Tanto é que a Receita já se manifestou reiteradas vezes - *Vide* Solução de Consulta Cosit 251/2018; Solução de Consulta DISIT/SRRF03 3015/2021; Solução de Consulta Cosit 7/2021 - no sentido de que **a receita decorrente da alienação de bens do ativo não circulante, ainda que reclassificados para o ativo circulante com a intenção de venda, deve ser objeto de apuração de ganho de capital** que, por sua vez, deve ser acrescido à base de cálculo do IRPJ na hipótese em que essa atividade não constitui objeto pessoa jurídica, não compõe o resultado operacional da empresa nem a sua receita bruta.

Seguindo essa lógica, determina a Lei nº 9.718/1998, em seu art. 2º, que não há incidência de PIS ou Cofins sobre as receitas decorrentes da venda de bens do ativo não circulante, já que as contribuições são devidas sobre o faturamento das empresas e o lucro obtido com a venda não pode ser considerado receita.

Assim, ao tributar o ganho de capital, reconhece a Fisco que os bens alienados são integrantes do ativo não circulante, já que seria completamente desprovida de lógica a tributação da operação como ganho de capital caso fossem bens do ativo circulante: tributar-se-ia o lucro decorrente da alienação desses bens como receita.

Não obstante, em flagrante incoerência, busca a fiscalização a cobrança de PIS e COFINS sobre o suposto acréscimo patrimonial ocorrido em decorrência da incorporação de ações, porém, como visto, não incide PIS e COFINS sobre as receitas decorrentes da venda de bens do ativo não circulante.

Na prática, o Fisco se colocou diante de um paradoxo: de um lado, pretende tributar a operação como ganho de capital por entender que os bens se referem ao ativo não circulante e, de outro, busca a cobrança de PIS e COFINS por entender que os bens se referem ao ativo circulante. Tal impropriedade lógica evidencia, novamente, a completa falta de certeza do débito exigido, sendo totalmente improcedente o Auto de Infração lavrado. No entanto, mesmo que se entenda pela manutenção da autuação em detrimento de sua completa dicotomia, não há como se entender hígida a cobrança de PIS e COFINS sobre a operação realizada. Explica-se.

São considerados **bens do ativo não circulantes aqueles mantidos com permanência duradoura**, destinados ao funcionamento normal da sociedade e do seu empreendimento. Investimentos que possuem retorno previsto para um prazo que ultrapassa o período de 12 meses, por exemplo.

Estabelecida a definição de ativo não circulante, indubitável que a participação societária detida na empresa Transmissora Azul deve ser classificada como integrante do ativo não circulante da empresa Holding Azul, ora autuada. Vejamos:

Antes da operação, a Autuada era a maior acionista da empresa Transmissora Azul, detendo 70% de seu controle. Assim, enquanto Holding, tem como objetivo obter lucro a partir da administração de empresas de modo que quanto mais bem sucedida a Transmissora Azul for, melhor para a Holding. Não é possível vislumbrar qualquer intenção de alienação a curto prazo das ações da Transmissora Azul.

Tanto é, que ao longo do ano de 2019, os Conselhos de Administração da Transmissora Azul e da Energia Forte discutiram a possibilidade de realização de uma combinação de negócios, que culminaria com a incorporação das ações da Transmissora Azul pela Energia Forte, empresas as quais possuem atuações complementares na área da energia, de modo a ampliar a competitividade e capacidade de investimentos em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia de ambas as empresas e promovendo um intercâmbio de melhores práticas e procedimentos nas áreas financeiras, operacional e comercial, o que resulta em

benefícios para seus acionistas.

Nota-se que, com a Operação, a Holding Azul segue detendo participação na Transmissora Azul, porém de forma indireta, e se beneficiando do seu lucro, já que passou a deter aproximadamente 23,3% de participação na Energia Forte, de quem a Transmissora Azul passou a ser subsidiária integral.

Portanto, **não há qualquer indício de que a Holding Azul adquiriu participação na Transmissora Azul com o intuito de lucrar com eventual alienação destas. Em verdade, buscava ser remunerada pelo recolhimento dos dividendos a serem gerados pela Transmissora.** Entretanto, surgiu oportunidade de aumentar sua lucratividade por meio da combinação de negócios da Transmissora Azul com outra empresa – o que levou a Holding Azul a transferir a participação detida na Transmissora Azul em troca de obter participação em sua futura controladora.

Não obstante, o mero fato de a Holding Azul ter transmitido a sua participação na Transmissora Azul não é capaz de implicar a classificação dessa participação como bem do ativo circulante, já que a participação não foi adquirida com o propósito de ser negociada, mas sim de perpetuar as atividades da sociedade incorporada.

Portanto, a cobrança de PIS e COFINS sobre a operação esbarra em improcedências jurídicas, fáticas e mesmo lógicas, devendo ser afastada a cobrança.

7. DA NÃO INCIDÊNCIA DA MULTA ISOLADA

A Autoridade Fiscal exigiu multa isolada de 50% sobre as estimativas de IRPJ e CSLL supostamente recolhidas a menor em janeiro de 2020, devido à suposta ausência do cômputo de ganho de capital nas estimativas mensais (fl.08).

O critério material da multa isolada é inadimplir o pagamento mensal correspondente às estimativas antecipadas, conforme estabelece o inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996. Isso porque o artigo 2º desta lei admite o recolhimento antecipado do IRPJ e da CSLL, em cada mês, sobre as bases estimadas. Esse regime não desobriga o contribuinte a calcular e pagar a renda e o lucro líquido no final do ano-calendário, devendo ser compensados os valores recolhidos por estimativa (CARVALHO, 2014, p.289-290). Desse modo, diante de seu caráter 'provisório' só poderá ser aplicada enquanto não for encerrado o ano calendário e não surgir a

obrigação de apuração anual (CARVALHO, 2014, p.292).

Não cabe falar em inobservância do recolhimento das estimativas quando finalizado o exercício financeiro pois, a partir desse momento, não seria mais possível a antecipação (bem como seria impossível descumprir obrigação que não existe mais), não constituindo forma autônoma de incidência dos tributos (CARVALHO, 2014, p.307).

Destaca-se que no presente caso não há incidência de tributos por ganho de capital, de modo que não é possível aplicar a sanção pela falta de recolhimento. Outrossim, considerando o entendimento equivocado das autoridades fiscais de que haveria a cobrança de tributos, observa-se que a multa isolada consiste em punição pelo descumprimento da obrigação concernente à ausência de pagamento das estimativas de IRPJ e CSLL. Isto é, seria ato preparatório para concretização da obrigação tributária, qual seja, o recolhimento e declaração ao final do ano-calendário.

Com base no princípio da consunção, a sanção pela falta do recolhimento das estimativas deveria ser absorvida pela prevista em face da penalidade aplicada pelo não recolhimento no final do ano exercício, de modo que a punição da conduta mais ampla importa automaticamente na punição à preparatória. Vale destacar o voto vencedor do Acórdão nº 9101-005.691, proferido pelo Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, o qual corrobora este entendimento:

Ao passo que as estimativas representam um simples adiantamento de tributo que tem seu fato gerador ocorrido apenas uma vez, posteriormente, no término do período de apuração anual, **a falta dessa antecipação mensal é elemento apenas concorrente para a efetiva infração de não recolhê-lo, ou recolhê-lo a menor, após o vencimento da obrigação tributária, quando devidamente aperfeiçoada - conduta que já é objeto de penalização com a multa de ofício de 75%**. E tratando-se aqui de ferramentas punitivas do Estado, compondo o ius puniendi (ainda que formalmente contidas no sistema jurídico tributário), estão sujeitas aos mecanismos, princípios e institutos próprios que regulam essa prerrogativa do Poder Público. **Assim, um único ilícito tributário e seu correspondente singular dano ao Erário (do ponto de vista material), não pode ensejar duas punições distintas, devendo ser aplicado o princípio da absorção ou da consunção, visando repelir esse bis in idem**, instituto explicado por Fabio Brun Goldschmidt em sua obra (CARF. Acórdão 9101-005.691).

Câmara Superior de Recursos Fiscais. 1ª turma. Relator: Luiz Tadeu Mousinho Machado. Sessão de 11/08/2021) (Sem grifos no original)

Dessa forma, com o fim do exercício financeiro, não subsiste a penalidade pelo não pagamento das estimativas mensais, mas apenas pela eventual alta do pagamento do tributo devido, segundo a declaração de ajuste anual. O lançamento de multa isolada e multa de ofício concomitantemente faria com que incidisse dupla penalidade sobre a mesma infração, pois decorrem da mesma situação fática: a ausência do recolhimento do tributo (CARVALHO, 2014, p.302). Sobre o tema dispõe a Súmula 105 do CARF:

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.

Não podem ser aplicadas as multas de ofício e isolada, concomitantemente, pois a autuação foi realizada em 2021 em decorrência da falta de recolhimento das estimativas mensais de janeiro de 2020, quando já havia se constituído a obrigação pela apuração anual. Dessa forma, eventual inobservância do pagamento antecipado não é mais passível de penalidade, uma vez que a obrigação tributária já havia se concretizado em razão do ajuste anual.

8. DA NÃO QUALIFICAÇÃO DA MULTA

A Lei nº 9.430/1996 estabelece que há a incidência de multa qualificada, em 150%, nas hipóteses de sonegação, fraude ou conluio, consoante os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964. Segundo Maria Ângela Lopes Paulino Padilha (2015, p.281), a multa qualificada é a aplicação de normas primárias sancionatórias, cujo antecedente **exige a caracterização do dolo, elemento subjetivo, para configurar a prática ilícita.** No caso *sub judice*, o Fisco afirma que houve intenção do Contribuinte de ocultar o alegado ganho de capital em decorrência da incorporação de ações.

A divergência interpretativa acerca da utilização de um método contábil em

prol de outro não se confunde com prática dolosa que autorize a aplicação da multa duplicada de 150%, prevista no §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996. Ainda que prevalecendo o método que o Fisco entende correto, esta circunstância, por si só, não comprova a prática de fraude, sonegação ou conluio nas operações, vez que o método utilizado pelo Contribuinte não é legalmente proibido e, tampouco, implica em distorção da realidade fática.

Além disso, todas as operações, bem como seus elementos negociais, documentais e registrais, foram realizadas de forma pública e legal, como manifesta consubstanciação da vontade das partes, sendo, inclusive, devida e espontaneamente declaradas ao Fisco, não havendo qualquer ocultação da realidade.

A controvérsia reside unicamente na utilização de um método contábil em prol de outro **igualmente** previsto em pronunciamentos contábeis. Tanto assim, que foi possível ao Fisco, sem qualquer arbitramento, método de presunção, ou solicitação documental, calcular o valor que entende devido na operação. Deste modo, não se poderia alegar a presença de sonegação, simulação, ou fraude - exigida pelo artigo §1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996 -, pois não se está diante de um acobertamento malicioso, ou desconfiguração da realidade, o que já torna a alegação de dolo completamente infundada.

Caso contrário, uma vez não comprovado efetivamente o cometimento de infração, não há como caracterizá-la. Sobre o tema, o CARF se posiciona da seguinte maneira:

ÔNUS DA PROVA - Na relação jurídico-tributária o ônus probandi incumbit ei qui dicit. Compete ao Fisco, ab initio, investigar, diligenciar, demonstrar e provar a ocorrência, ou não, do fato jurídico tributário ou da prática de infração praticada no sentido de realizar a legalidade, o devido processo legal, a verdade material, o contraditório e a ampla defesa. O sujeito passivo somente poderá ser compelido a produzir provas em contrário quando puder ter pleno conhecimento da infração com vista a elidir a respectiva imputação. (CARF. Apelação Cível 103-20.594. 1º Conselho de Contribuintes. 3ª Câmara. Relatora: Mary Elbe Gomes Queiroz. Sessão de 22 maio 2001) (Sem grifos no original)

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF Exercício: 2008 MULTA QUALIFICADA. JUSTIFICATIVA PARA APLICAÇÃO.

NECESSIDADE DA CARACTERIZAÇÃO DO EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. A evidência da intenção dolosa exigida na lei para a qualificação da penalidade aplicada há que aflorar na instrução processual, devendo ser inconteste e demonstrada de forma cabal. **Assim, o lançamento da multa qualificada de 150% deve ser minuciosamente justificada e comprovada nos autos.** Além disso, exige-se que o contribuinte tenha procedido com evidente intuito de fraude, nos casos definidos nos arts. 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502, de 1964. (...). (CARF. Acórdão2202-002.187. 2ª Câmara. 2ª Seção de Julgamento. 2ª Turma ordinária. Relator: Nelson Mallman, Sessão de 20/02/2013). (Sem grifos no original)

É dever da autoridade fiscal trazer provas suficientes para comprovação do alegado, tal como na aplicação da multa qualificada, a qual depende da inexistência de dúvida quanto ao caráter doloso da conduta, cujo intuito de prática ilícita seja minuciosamente justificado e comprovado pelo Fisco. No presente caso, a simples reavaliação realizada pela empresa de auditoria contratada pela Holding Azul não é prova cabal de que houve dolo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelas razões apresentadas, observa-se que a conduta e análise da Autoridades Fiscal está eivada de vícios insanáveis. Em um primeiro momento, o lançamento utiliza argumento subsidiário, o que não é permitido em decorrência do princípio da estrita legalidade, devendo, por isso, ser considerado plenamente nulo. Em um segundo momento, o Auto de Infração utiliza fundamentações que não encontram correspondentes na esfera jurídica.

Não há dúvidas de que não houve incidência de IRPJ e CSLL, pois a incorporação de ações é caso de sub-rogação real. A partir dessa premissa, foi realizada uma permuta com base na equivalência dos patrimônios da Transmissora Azul e Energia Forte, de modo que não houve acréscimo patrimonial, necessário para caracterizar o fato gerador da renda e do lucro líquido. No entanto, subsidiariamente, caso o Fisco entenda que houve aumento patrimonial em decorrência da incorporação de ações, não se trata de ganho de capital, mas sim de ganho por

compra vantajosa, em decorrência da obtenção de ações pela troca de outras de valor de mercado inferior. Nesse sentido, caberia o diferimento da tributação, pois se trata de realização potencial da renda ou lucro, quando houver a alienação futura das ações.

De igual modo, não haveria multa isolada pela ausência de possibilidade de descumprimento da obrigação principal, pois não há incidência de tributos pela avaliação pelo valor patrimonial. No entanto, entendendo o Fisco que houve um ganho na incorporação de ações, não cabe a multa em questão, pois se trata de fato ocorrido no momento do encerramento do ano-calendário, cujo descumprimento é abarcado pela multa de ofício.

Em relação à qualificação da multa, o Fisco falhou em seu dever de trazer aos autos embasamento robusto para que determinada a ocorrência de um comportamento doloso por parte do contribuinte. Por essa razão, não deve subsistir a autuação combatida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Receita Federal. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão 9202-003.579. Processo nº 10680.726772/2011-88. Disponível em https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/10680726772201188_5470105.pdf

BRASIL. Receita Federal. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão 1401-003.873. Processo nº 10166.730390/2017-63. Disponível em https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/10166730390201763_6131730.pdf

BRASIL. Receita Federal. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão 9101-005.691. Processo nº 16327.721008/2012-11. Disponível em https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/16327721008201211_6480940.pdf

BRASIL. Receita Federal. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Apelação Cível 103-20.594. Processo nº 283.002174/97-74 Disponível em https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/102830021749774_4230246.pdf

BRASIL. Receita Federal. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão 2202-002.187. Processo nº 10680.726772/201188. Disponível em <https://acordaos.economia.gov.br/acordaos2/pdfs/processados/106807267722012202002187.pdf>

188_5186995. pdf

CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e Positivção no Direito Tributário**. Tema XII: Cúmulo de Multa Isolada e Multa de Ofício. 2ª ed. São Paulo: Editora Noeses, 2014.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. A problemática das receitas de terceiros perante as bases de cálculo da contribuição da PIS e da COFINS. **Direito Tributário Atual** n.17. São Paulo: Dialética / IBDT, 2003.

_____. **Incorporação de Ações no Direito Tributário**: Conferência de Bens, Permuta, Dação em Pagamento e Outros Negócios Jurídicos. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

SOARES DE MELO, José Eduardo. **Processo Tributário Administrativo e Judicial**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SOARES DE MELO, Fábio. **Processo Administrativo Tributário**: princípios, vícios e efeitos jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

XAVIER, Alberto. **Incorporação de ações: natureza jurídica e regime tributário**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

Equipe n. 09

Maria Clara Da Silva Castro

Andre Da Costa Ericeira

Bianca Lorrane Noronha Da Costa

Carlos Alberto Schenato Junior

Giovanna Brandao Da Silva

Leonardo Costa Norat

Matheus Miranda De Medeiros

Mayara Pantoja Pombo

Fabricio De Moraes

João Paulo Mendes Neto

Luis Corecha

MEMORIAL

I. SÍNTESE DOS FATOS

O caso trata da incorporação de ações operada pela "Energia Forte" (incorporadora) de ações da "Transmissora Azul" (incorporada), cujos sócios passaram a integrar o quadro da companhia incorporadora, mediante aumento de capital, tendo sido adotado o valor patrimonial das ações da incorporada enquanto parâmetro para efetivação do negócio.

As companhias chegaram à conclusão de que, de 10 ações emitidas pela Transmissora Azul, a Energia Forte emitiria 50 novas ações, a serem atribuídas aos acionistas da Transmissora Azul. Desse modo, após a incorporação das ações, a Holding Azul recebeu 35 ações da Energia Forte, equivalente à participação de 70% anteriormente mantida na Transmissora Azul.

Ao adotar o critério MEP, a diferença entre o valor patrimonial proporcional da Transmissora Azul, reconhecido via equivalência patrimonial (R\$ 350), e o valor das novas ações da Energia Forte (R\$ 420), foi reconhecido como um ganho por compra vantajosa. Os efeitos do IRPJ e CSLL diferidos foram reconhecidos.

Diante desse quadro, houve autuação pela Receita Federal, imputando ao contribuinte, em suma, que o ganho deveria ser enquadrado como ganho de capital, não submetido a diferimento; redução do valor de ganho por compra vantajosa e incidência multas.

Os termos da autuação não prosperam, pelos fundamentos que se exporão a seguir nos presentes memoriais.

II. NATUREZA JURÍDICA DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

Se tratando o Direito Tributário como de sobreposição (art. 109 e 110, CTN), deve-se ater à natureza das coisas para bem delimitar quais os eventuais tributos incidentes e modo de apuração.

A Lei 6.404/76 (LSA) prevê a operação de “incorporação de ações” no art. 252, não confundível com a incorporação operada pelo art. 223 e ss., LSA. Neste caso, trata-se da incorporação da companhia com todo seu patrimônio, hipótese em que cessa a personalidade jurídica da incorporada.

A incorporação de que trata o art. 252 é a aquisição indireta da empresa titularizada pela companhia de cujas ações foram objeto de negociação, uma vez que, tornada subsidiária integral da incorporadora, o poder de controle sobre os meios de produção é repassado a esta última, na forma de controle totalitário, sem que haja encerramento de personalidade jurídica.

Aos sócios da companhia incorporada, são emitidas participações societárias da companhia incorporadora, mediante aumento de capital. É, pois, nesta última relação jurídica que reside a controvérsia para fins de apuração de ganho de capital, proveniente de alienação produtora de renda tributável (art. 3º, §2º, Lei 7.713/88 e art. 128, Dec. 9.850/2018), ou abrangência da base de cálculo em ganho por compra vantajosa (art. 27, Lei 12.973/2014 e art. 421, Dec. 9.850/2018).

Parte da doutrina entende que esta operação importa em sub-rogação real decorrente de lei, aos acionistas da companhia incorporada, na medida em que não manifestariam sua vontade de se vincular à incorporadora, o que afastaria qualquer tributação.

Com efeito, o que ocorre, em verdade, não é mera substituição das ações do sócio da incorporada por ações da incorporadora, nem mesmo operada eminentemente por lei, sequer a substituição da vontade do acionista pelo órgão administrativo de acordo com o que dispõe o art. 252.

Dessa previsão, retira-se que a incorporação de ações é um negócio jurídico legalmente típico, cujos elementos essenciais correspondem a um conjunto de atos procedimentais e:

[...] que se operacionaliza mediante:

a) o aumento de capital da sociedade "incorporadora", em regime extraordinário, porquanto ausente o direito de preferência dos acionistas desta;

b) a subscrição e a integralização deste por meio da transferência das ações da sociedade "incorporada", também sob regime extraordinário, uma vez que a lei atribui à diretoria desta sociedade uma autorização para fazê-lo no lugar dos acionistas;

iii) que apresenta os seguintes efeitos:

a) alienação das ações da "incorporada", a título de integralização do capital da "incorporadora";

b) transformação dos sócios da "incorporada" em sócios da "incorporadora";

e c) conversão da "incorporada" em subsidiária integral da "incorporadora".

Não há, pois, ausência de vontade do acionista, apenas a diferença entre os momentos de formação e a manifestação de vontade. Ora, a assembleia geral é órgão acionário de existência sazonal e projeção interna corporis, i.e., a declaração de vontade unificada que produz não é manifestada a terceiros, mas ao órgão administrativo da companhia; este sim apto a manifestar a vontade societária a terceiros.

Justamente, a vontade, aqui, é da companhia, entendida como a reunião de interesses dos sócios enquanto sócios, de acordo com o fim social – voto de acordo com o status socii ou membridade. Submetidos à regra da maioria, os acionistas dissidentes ou faltantes são englobados pela vontade majoritária, a fim de garantir unidade da sociedade.

De um lado, existe, portanto, vontade, ainda que haja dissonância entre maioria prevalecente e minoria, e mesmo que não seja manifestada diretamente ao sujeito com quem o acionista se obrigará.

De outro, com efeito, existe operação econômica de troca que não se equipara à sub-rogação real – substituição juridicamente relevante de uma coisa por outra, normativamente equiparada. Há, propriamente, relação de conferência de bens contratual (plurilateral), dos sócios da incorporada, ao subscreverem o capital da incorporadora.

Há, aqui, pois, negócio jurídico obrigacional, pelo qual o futuro acionista se compromete a integralizar o capital mediante bens de segundo grau (bens que representam direitos sobre outros bens), de modo a corresponder ao ato de alienação a que se refere a legislação tributária.

Incindível é, nestes termos, pois, o tributo. Porém, sobre o que?

O tipo de valor a ser apurado pelos peritos é facultas agendi da companhia incorporadora proponente do preço de aquisição, cuja assembleia deverá aprovar a apuração feita. Neste sentido, o Conselheiro Wilson Guimarães fez constar em voto vencedor no Acórdão 16327.721438/201224.

Isso posto, pode-se concluir que a operação de incorporação de ações tem natureza negocial típica e enseja ato de subscrição de natureza obrigatória, cuja integralização mediante ações corresponde a ato de alienação (sócio-sociedade), de modo a ensejar tributação a título de IR e CSLL.

Para fins de apuração da base de cálculo, será adotado o valor da alienação das ações, que é livremente negociável (in casu, valor patrimonial contábil) – custo de aquisição – e é a diferença entre o valor justo e o custo de aquisição, avaliado para fins de apuração do lucro real (art. 421, §4º, Decreto nº 9.580/2018), que será objeto de tributação, embora diferidos mediante subconta para o momento da realização da renda (art. 17, §1º, Lei 12.973/2014 e art. 393, §1º, Decreto nº 9.580/2018).

III. DO INSTITUTO DE GANHO DE CAPITAL E GANHO POR COMPRA VANTAJOSA

Caracterizada a alienação in casu, resta necessário esclarecer se o instituto aplicável para fins de tributação é o ganho de capital ou o ganho por compra vantajosa. Por definição, o ganho de capital acontece quando um bem é vendido por um valor maior do que o adquirido, gerando assim uma margem de lucro (art. 31, Lei nº 12.973, de 2014). O aumento do capital decorre da operação mas não é elemento principal, vez que não se deve confundir os dois institutos.

Ao analisar o caso concreto fica claro que houve exagero por parte das autoridades ao transformar compra vantajosa em ganho de capital pelos motivos seguintes: (a) Em momento algum o contribuinte agiu a fim de sonegar. Portanto, trata-se de uma operação societária legítima, sem efeitos fiscais imediatos. (B) Segundo a lei das S/A não há obrigatoriedade em relação à troca ser feita a valor de mercado, sobretudo por serem de capital fechado, realizando operações diretas de aquisição de participação societária, de modo que as duas companhias poderiam ser avaliadas pelo valor contábil, pelo valor patrimonial, pelo valor de mercado e pelo fluxo de caixa descontado, o que torna válida a relação de troca adotada pelas empresas, contrapondo o argumento do fisco. (c) Inexistiria ganho de capital nessa operação, vez que não há renda tributável decorrente de operação de troca por preço superior ao custo de aquisição, mas diferenciação contábil a título de avaliação, ainda sujeita a realização da renda. Em discussão acerca do tema, vide acórdão n. 9101002.735 em 2017.

Nesta linha de raciocínio a esfera judicial decide no processo de n. 5052793-42.2011.4.04.7000/PR, julgado pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 2015, pela inexistência de ganho de capital nessa operação.

Assim, resta caracterizado o ganho por compra vantajosa, na medida em que o valor justo das ações recebidas pela holding é maior que o valor patrimonial das ações da incorporada (custo de aquisição), conforme o CPC n. 15 em seu artigo 34 .

Ademais, o Poder Judiciário vem adotando posicionamento favorável aos contribuintes. Em setembro de 2020, a 7ª Vara Cível Federal de São Paulo, em processo que trata sobre a incorporação do Unibanco pelo Itaú, cancelou a cobrança de IRPJ aplicada pelo Fisco (processo 5026528-67.2018.4.03.6100).

O julgado pela 14ª Vara Cível Federal de São Paulo, o juízo entendeu que a tributação do IR deve ser afastada, tendo em vista que a operação é instituto jurídico próprio do Direito Societário, que não se confunde com a alienação de ações, consubstanciando-se em simples substituição de ações mediante sub-rogação, não estando presente o fato gerador da hipótese de incidência do imposto de renda (processo 5002494-57.2020.4.03.6100).

Assim, o colegiado entendeu que, como o contribuinte manteve em sua declaração de bens o valor de custo das ações sub-rogadas, a mais valia decorrente da avaliação das ações dadas em substituição não está sujeita à incidência do IRPF (processo 5052793-42.2011.4.04.7000).

Trocam-se, portanto, títulos por outros títulos. O fato de as novas ações serem eventualmente superiores ao valor contabilizado (ou valor de custo), não permite dizer que houve acréscimo patrimonial, visto que não há qualquer disponibilidade efetiva de renda. Esta somente se verificará quando o contribuinte efetuar a alienação da participação societária, recebendo, em contrapartida, o preço", concluíram os conselheiros do CARF em (acórdão 99202-003.579).

Visto que a própria contabilidade coloca o ganho por compra vantajosa como um efeito da avaliação dos ativos a valor justo, não merece prosperar o argumento do Fisco pela caracterização do ganho de capital para fins de tributação da Pis e Cofins.

Vejamos a seguir o que diz a Lei n° 10.637/2002, em seu Art. 1°, §3°, IX, em combinação também com a Lei de n° 10.833/2003, artigo 1°, parágrafo 3°, inciso VIII:

Art. 1o A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 3o Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo, as receitas:

IX - relativas aos ganhos decorrentes de avaliação de ativo e passivo com base no valor justo;

Inciso IX pela incluído pela Lei n° 12.973/14

Art. 1o A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 3o Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo as receitas:

VIII - relativas aos ganhos decorrentes de avaliação do ativo e passivo com base no valor justo;

A Lei nº 12.973/2014, não deixou de forma expressa quanto o tratamento tributário aplicável ao ganho de capital para fins de determinação das bases de cálculo do PIS e da COFINS. Entende-se que o Legislador tributário deixou espaço para questionamentos a esse respeito.

Dessa forma, vemos que o artigo 1º, parágrafo 3º, inciso IX, da Lei n. 10.637/2002, bem como o artigo 1º, parágrafo 3º, inciso VIII, da Lei n. 10.833/2003, ambos alterados pela Lei n. 12.973/2014, preveem expressamente que os ganhos decorrentes de avaliação de ativo e passivo com base no valor justo não integram as bases de cálculo do PIS e da COFINS.

Portanto, pode-se assentar que, para fins contábeis, o ganho por compra vantajosa ocorrerá quando o valor justo dos ativos líquidos adquiridos superar o custo de aquisição pago ou suportado pelo adquirente, sendo que a sua contrapartida deverá ser registrada diretamente na demonstração do resultado. Conforme diz o Pronunciamento Técnico CPC n. 38.

Art. 55: O ganho ou a perda proveniente de alteração no valor justo de ativo financeiro ou passivo financeiro que não faça parte de relacionamento de hedge (ver itens 89 a 102) deve ser reconhecido como segue:

(a) o ganho ou a perda resultante de ativo financeiro ou passivo financeiro mensurado pelo valor justo por meio do resultado deve ser reconhecido no resultado;

Dessa forma, acrescenta-se ainda, que a própria receita proveniente da venda de bens do ativo não circulante não está sujeita à incidência do PIS e da COFINS, com ainda maior razão se impõe o reconhecimento de que o ganho por compra vantajosa de bem do ativo não circulante não pode ser submetido à incidência das citadas contribuições, desprovido de complexidade de reflexo escritural do resultado positivo que poderia vir a ser obtido pelo contribuinte em eventual alienação do bem no mercado.

IV. AVALIAÇÃO A VALOR JUSTO: GANHO POR COMPRA VANTAJOSA E NÃO INCIDÊNCIA DE PIS E COFINS

Conforme já foi exposto no item anterior, a operação societária realizada pela Holding Azul se tratou de alienação atípica, por meio da incorporação de ações.

Consequentemente, haverá a incidência de IRPJ e CSLL como a própria contribuinte já declarou quando contabilizou a operação. Desta operação, ocorreu Ganho por Compra Vantajosa.

Existe uma diferença entre a avaliação das ações pelo método de equivalência patrimonial e a avaliação a preço justo. A operação pela MEP tem valor de R\$350,00 (trezentos e cinquenta reais) e a avaliação a preço justo tem valor de R\$ 385,00 (trezentos e oitenta e cinco reais). Como resultado, temos que a depender do método aplicado existe uma diferença de R\$ 35,00 (trinta e cinco reais) no valor final.

De acordo com a operação societária in casu, a sociedade Holding Azul, ao receber as ações da incorporadora Energia Forte, avaliou as ações pelo método de equivalência patrimonial, chegando ao valor de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais). Este método, por determinação do Pronunciamento CPC 15, deve ser seguido de avaliação a valor justo, de modo a verificar quanto valia, efetivamente, as ações no momento da operação de incorporação.

Pela realização da avaliação a preço justo, a Holding Azul recebeu o valor de R\$ 420,00 (quatrocentos e vinte reais). Observa-se, assim, a diferença dos dois balanceamentos patrimoniais a depender do método aplicado no cálculo do valor.

OBS: Substituir o balanceamento

Valor da avaliação a preço justo R\$ 385,00

Valor recebido pela Holding Azul pelas ações da Energia Forte R\$ 420,00

Diferença R\$ 35,00

Para operações de incorporação societária, a avaliação deve ser feita a preço justo com o intuito de verificar, de fato, qual o valor das ações e qual o valor que será contabilizado como o verdadeiro investimento. A referida determinação consta no Pronunciamento Técnico CPC 15, do Comitê de Pronunciamentos Técnicos, o qual se reproduz os itens 32 e 37:

Art. 32: O adquirente deve reconhecer o ágio por expectativa de rentabilidade futura (goodwill), na data da aquisição, mensurado pelo montante que (a) exceder

(b) abaixo:

(a) a soma:

(i) da contraprestação transferida em troca do controle da adquirida, mensurada de acordo com este Pronunciamento, para a qual geralmente se exige o valor justo na data da aquisição (ver item 37);

(ii) do montante de quaisquer participações de não controladores na adquirida, mensuradas de acordo com este Pronunciamento; e (iii) no caso de combinação de negócios realizada em estágios (ver itens 41 e 42), o valor justo, na data da aquisição, da participação do adquirente na adquirida imediatamente antes da combinação;

(b) o valor líquido, na data da aquisição, dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos, mensurados de acordo com este Pronunciamento.

(...)

Art. 37: A contraprestação transferida em troca do controle da adquirida em combinação de negócios deve ser mensurada pelo seu valor justo, o qual deve ser calculado pela soma dos valores justos na data da aquisição: a) dos ativos transferidos pelo adquirente; b) dos passivos incorridos pelo adquirente junto aos ex-proprietários da adquirida; e

c) das participações societárias emitidas pelo adquirente. (Contudo, qualquer parcela de plano de benefício com pagamento baseado em ações do adquirente trocada por plano de benefício com pagamento baseado em ações da adquirida em poder dos seus empregados e incluída no cômputo da contraprestação transferida na combinação de negócios deve ser mensurada de acordo com o item 30 e não pelo seu valor justo). Exemplos de formas potenciais de contraprestação transferida

incluem caixa, outros ativos, um negócio ou uma controlada do adquirente, uma contraprestação contingente, ações ordinárias, ações preferenciais, quotas de capital, opções, opções não padronizadas - warrants, bônus de subscrição e participações em entidades de mútuo (associações, cooperativas etc.).

Portanto, a operação contábil realizada pela Holding Azul está alinhada à determinação do Comitê de Pronunciamentos Contábeis.

O Art. 1º, §3º, alínea IX, da Lei n° 10.637, de 30 de dezembro de 2002, em seu Art. 1º, §3º, IX, combinado com artigo 1º, parágrafo 3º, inciso VIII da Lei de n° 10.833, de 29 de dezembro de 2003, dispõem que as avaliações a preço justo não devem compor a base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS:

Art. 1o: A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 3o Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo, as receitas:

IX - relativas aos ganhos decorrentes de avaliação de ativo e passivo com base no valor justo;

VIII - relativas aos ganhos decorrentes de avaliação do ativo e passivo com base no valor justo.

Como se pode perceber, no cálculo das contribuições para seguridade social acima mencionadas está devidamente demonstrado que o valor dos ganhos decorrentes da avaliação a preço justo não devem compor a base de cálculo.

As contribuições ao PIS e COFINS tem como base de cálculo a totalidade das receitas da pessoa jurídica contribuinte, conforme o art. 1º, § 2º da Lei n° 10.833, de 29 de dezembro de 2003 e art. 1º, § 2º da Lei n° 10.637, de 30 de dezembro de 2002. Sendo assim, quando a legislação específica determina que o valor decorrente da avaliação a preço justo está fora da base de cálculo, significa que não está abarcado pelo conceito de acréscimo patrimonial, havendo somente variação da base de cálculo operada por meio de ação societária.

Portanto, não deve haver incidência de PIS e COFINS mesmo na hipótese de ser considerada pelo Fisco a ocorrência de ganho por compra vantajosa.

IV. DA MULTA

A multa é uma espécie de sanção pecuniária. No âmbito do Direito Tributário, as multas são designadas por força de um fato ilícito na relação entre o titular do direito violado e o agente da infração, conforme Paulo de Barros Carvalho.

De outro modo, Fabio Fanucchi assevera que as penalidades classificam-se em: tributação penal, prisão administrativa, confisco. Em um aspecto geral, as sanções são um instrumento que o Estado utiliza para exigir uma prestação pecuniária a partir do descumprimento de uma obrigação tributária, seja principal ou acessória, estabelecida por lei. Nesse ínterim, tem-se as infrações tributárias subjetivas e objetivas. A primeira se revela na participação do agente infrator com dolo ou culpa, já no que se refere à objetiva, não há apuração da intenção do agente infrator, ou seja, o fato ilícito estará configurado na medida em que ocorrer o resultado previsto na norma.

Paulo de Barros classifica as multas quanto à autonomia, uma vez que estas podem ser dependentes (quando a cobrança da multa é realizada junto com o respectivo tributo) ou isoladas (caso em que é lançada e cobrada apenas a multa); quanto ao valor, visto que as multas podem ser fixas ou proporcionais, a medida em que variam devido a aplicação de alíquota; quanto ao comportamento posterior do agente, ou seja, aumentando o valor se o contribuinte não prestar esclarecimentos e outros elementos solicitados conforme legislação tributária para fins de fiscalização ou, ainda, reduzindo a multa se o contribuinte, após o recebimento da notificação, não impugna ou abre mão de recorrer e decide, voluntariamente, adimplir ou parcelar o débito.

Dessa maneira, em caso da falta de pagamento de tributos sujeitos à ajuste, aplica-se a multa isolada de 50% contida na Lei 9.430/96, artigo 44, II. Outrossim, tem-se, ainda, a multa de ofício de 75% no mencionado artigo da referida Lei aplicável para as hipóteses de omissão do contribuinte, podendo este percentual ser duplicado e atingir 150% se constatada fraude, sonegação ou conluio a partir da comprovação de dolo do agente.

Dito isso, é pertinente mencionar a concomitância da “multa isolada” e “multa de ofício”, uma vez que o tema é pertinente. Para Luiz Schoueri, a divisão em obrigações principais e acessórias possui consequências práticas que refletem na aplicação das multas em uma relação jurídico-tributária. O autor menciona que Alcides Jorge Costa compreende tal relação complexa como uma unidade, dessa forma, a infração pelo não cumprimento da obrigação principal deveria absorver as demais relacionadas a ela, tal como ocorre na esfera penal. Nesse caso, aplica-se o Princípio da Consunção na hipótese do cometimento de dois ou mais crimes, assim, um crime é englobado por outro, conforme a sua gravidade (a infração mais grave absorve a menos grave).

A multa isolada por falta de recolhimento por estimativa encontra fundamento na Lei nº 9.430/1996, em seu artigo 44, inciso II, o qual estabelece que a falta de pagamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) ou da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) por estimativa mensal sujeita o contribuinte ao pagamento de uma multa de ofício de 50% sobre base de cálculo mensal estimada que deixar de ser efetuado o pagamento. Dessa forma, a multa isolada de 50% pune o atraso no ingresso dos recursos, conforme o mencionado artigo.

É importante pontuar, ainda, que os artigos 136 e 137 do CTN estabelecem a responsabilidade objetiva do infrator, bem como prevê hipóteses em que as infrações subjetivas devem ser apuradas, respectivamente. Em seguida, tem-se o artigo 138 do referido código que versa sobre os casos em que a responsabilidade será excluída.

Diante disso, é possível inferir que o lançamento de ofício para a cobrança da multa isolada de 50%, sobre as estimativas de IRPJ e CSLL, terá sua incidência considerada legítima apenas caso seja comprovado o ganho de capital na operação de incorporação de ações. Assim, tal penalidade em virtude do não recolhimento de estimativa somente é desconsiderada caso haja ou a comprovação de seu adimplemento/parcelamento em prazo regular, ou a ausência de ganho de capital nas estimativas mensais.

V. DA MULTA DE QUALIFICADA DE 150%

Com base no caso concreto, cabe destacar que a aplicação da multa qualificada foi usada indiscriminadamente pelas autoridades administrativas não sendo válida pois se deve admitir que tal instrumento seja utilizado com o objetivo garantir uma maior arrecadação tributária. Nesse sentido, a aplicação desta demandaria a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo, diferente do que ocorreu no seguinte caso concreto em que o agente não oculta, dolosamente, a verdadeira situação de fato, relevante para fins fiscais.

Todavia, em âmbito de processos administrativos federais, o cabimento da multa qualificada federal, de 150, prevista no art. 44, § 1º, da Lei n. 9.430/1996, só poderá existir em casos que a Receita Federal não apresenta provas robustas ou suficientes para comprovar o dolo por parte do contribuinte.

Vale sustentar que não houve nenhuma hipótese legítima de simulação ou fraude que fosse demonstrada e comprovada pela autoridade fiscal, sendo improcedente a justificativa com base apenas em uma alegação que não está específica, ou seja, a operação de incorporação de ações que foi realizada a valor contábil. Ademais, em toda infração está presente a culpa ou dolo genérico, sujeito a multa de ofício de 75%.

Nesse caso, a multa qualificada de 150% também se exige o dolo, mas dolo específico junto a uma vontade livre, consciente e deliberada de sonegar, de cometer a infração ou assumir o risco, sendo que a aplicação da multa qualificada demandaria a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo, ou seja, está condicionada à verificação do cometimento dos crimes de sonegação, fraude ou conluio, nos termos dos artigos 71, 72 e 73 da Lei n. 4.502/1964, assim deduz a Súmula nº 25 do CARF que trata de presunção de omissão de receita, impedindo a aplicação da multa qualificada sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses acima mencionadas.

Além disso, em relação ao caso não se constitui o crime de sonegação fiscal, pois o contribuinte apresentou todos os documentos necessários para inaplicação da multa qualificada, competindo a autoridade administrativa averiguar se efetivamente existiu dolo para que possa imputar a penalidade citada, com base no próprio Código Penal Brasileiro, o qual assevera no parágrafo único do artigo 18.

O art. 1º da Lei n. 4.729/1965 acrescentou hipótese infracional no art. 71 da Lei n. 4.502/1964, tornando essa pena mais clara e concreta, definindo práticas específicas. Cabe destacar também que o artigo 3º da Lei n. 4.729/1965, expressamente, afastou a validade de qualquer outra previsão legal a respeito da especificação dos atos tidos como crime de sonegação fiscal, ao estabelecer que "somente os atos definidos nesta Lei poderão constituir crime de sonegação fiscal", logo, não houve uma revogação.

Em seguida, a Lei nº 8.137/1990, definiu práticas semelhantes como os crimes em matéria tributária, dessa maneira, há de explicitar que o jurista Ives Gandra revogou a Lei nº 4729/1965, que versava junto a lei disposta acima sobre crimes diferentes para tratar que as práticas especificadas nos crimes de sonegação devem ter uma divisão, pois o que realmente constitui a sonegação não é a falta de pagamento e sim a omissão de declaração como prática punível. Entretanto, para que haja a caracterização, é necessário que a conduta seja dolosamente específica.

Por fim, quanto a questão da multa qualificada de 150% calcada na acusação de sonegação, a mesma não se sustenta, sendo desprovida de sentido e razoabilidade até mesmo por que está dentro de uma operação lícita, com critérios que permitem a comprovação por parte do contribuinte, sendo este tributado de forma errada apenas na alegação que ao ver foi distinta do que ocorreu, lembrando que na legislação atual, o dolo precisa ser específico, devendo ser afastada a qualificação da multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%.

VI. DA TRIBUTAÇÃO SUBSIDIÁRIA

Diante do caso exposto, levando em consideração a perspectiva do fisco em face do caso, entende-se que não há possibilidade de se realizar a tributação subsidiária, o que se faz baseado nos argumentos que seguem.

Inicialmente, argumentar-se-á em favor da consideração do fenômeno da compra vantajosa. Nota-se, diante de todo o exposto, que há posicionamento consolidado no sentido de que há alienação no processo de incorporação de ações, sendo cabível, portanto, a tributação por ganho em compra vantajosa, por meio do IRPJ e do CSLL.

Em síntese, a autoridade fiscalizadora alega subsidiariamente que, reconhecido o ganho por compra vantajosa, o seu valor seria apenas de R\$ 35,00, de modo que seria necessário reconhecer, no resultado do exercício, para efeitos dos tributos referidos e do PIS/COFINS, o ganho decorrente da avaliação a valor justo da contraprestação transferida, que equivaleria a R\$35,00. Estando incorreto, portanto, o desdobramento contábil que deixou de reconhecer os efeitos da avaliação a valor justo da contraprestação transferida.

Entretanto, no que diz respeito à tributação subsidiária, sendo, no presente caso, representada pelo PIS/COFINS, não se encontra respaldo para sua cobrança, tendo em vista a legislação pátria e o entendimento recente dos Conselhos Superiores CARF.

No que se refere à legislação, tem-se o inciso IX, §3º, art. 1º, da Lei nº 10.637/2002, que dispõe sobre a não cumulatividade na cobrança do PIS e do PASEP, no qual estabelece que:

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo, as receitas:

IX - relativas aos ganhos decorrentes de avaliação de ativo e passivo com base no valor justo;

De mesma maneira é o art. 1º, § 3º, inciso VIII, da Lei nº 10.833/2003, que dispõe sobre a não cumulatividade da COFINS, senão vejamos:

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo as receitas:

VIII - relativas aos ganhos decorrentes de avaliação do ativo e passivo com base no valor justo;

Evidente, portanto, que tendo a aferição de receita proveniente de ganhos decorrentes de avaliação de ativo e passivo com base no seu valor justo, não devem estas integrarem as bases de cálculo do PIS e da COFINS.

No que tange ao entendimento do CARF, o Acórdão 1401-001.416 de 04/09/2015, julgado pela primeira Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF entendeu que a incorporação de ações não se enquadra no conceito de faturamento do Supremo Tribunal Federal, motivando o tribunal a manter a taxaço do IRPJ e do CSLL, mas abdicando da tributação do PIS/COFINS.

Outro entendimento importante foi retirado do Acórdão 13971.721484/2016-64 de 2018, julgado pela Primeira Turma Ordinária da Quarta Câmara da Primeira Seção do CRSF e que teve como matéria o lucro presumido em relação ao ganho de capital proveniente da incorporação de ações. Nesta, entende-se como incabível uma eventual avaliação tendo como base o valor justo do custo de aquisição, elemento indicado como eventual responsável pela cobrança do PIS/COFINS.

Ademais, importante ressaltar que a Lei nº 12.973/2014 trouxe importantes modificações no âmbito da legislação do IRPJ e CSLL, especificamente quanto a tributação de ganhos decorrentes de avaliação a valor justo não controlado por meio de subconta vinculada ao ativo ou passivo.

O art. 13 da indigitada Lei determina a manutenção de uma neutralidade fiscal dos ganhos advindos da avaliação de elementos patrimoniais com base no valor justo, porém condicionado a que o respectivo aumento no valor do ativo ou a redução no valor do passivo seja evidenciado contabilmente em subconta vinculada ao ativo ou passivo.

O controle em subconta desse benefício fiscal é imposto pela legislação tributária, é condição para o diferimento da tributação dos ganhos evidenciados por esse modelo de mensuração de elementos patrimoniais.

O diferimento, devidamente evidenciado em subconta, é autorizado pela Lei para o momento em que ocorrer a realização do ativo ou passivo liquidado ou baixado, ou seja, até o momento em que o bem é alienado.

Nesse íterim, baseado tanto no entendimento doutrinário, na perspectiva legislativa e no entendimento jurisprudencial, sendo este tanto do CARF quanto do CRSF, entende-se, portanto, que não deve haver a cobrança de PIS e COFINS de maneira subsidiária e que a tributação do IRPJ e da CSLL deve ser diferida até a alienação do ativo ou passivo.

