MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 16561.720108/2017-53

Processo nº	16561.720108/2017-53
Recurso	De Ofício e Voluntário
Acórdão nº	**1402-004.537–1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	11 de março de 2020
Recorrentes	WTORRE S/A
	FAZENDA NACIONAL

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

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

GANHO OU PERDA DE CAPITAL. CUSTO DO INVESTIMENTO. DETERMINAÇÃO DO VALOR.
Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na percentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Ano-calendário: 2011

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

JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. ADOÇÃO DA TAXA SELIC.
Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. Inteligência da Súmula CARF nº 108.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)
Ano-calendário: 2011

IDENTIDADE DE IMPUTAÇÃO. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CONSEQUÊNCIAS.
Na medida em que as exigências reflexas têm por base os mesmos fatos que ensejaram o lançamento do imposto de renda e desde que não presentes

arguições específicas e elementos de prova distintos, a decisão de mérito prolatada naquele constitui prejulgado na decisão dos autos de infração decorrentes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, **i) por voto de qualidade**, negar provimento ao recurso voluntário, **i.i)** em relação à acusação fiscal e lançamentos relativos ao ganho de capital apurado e multas isoladas incidentes; **i.ii)** relativamente à legalidade da incidência de juros sobre a multa de ofício. (Súmula CARF nº 108); **ii) por unanimidade de votos**, dar provimento parcial ao recurso voluntário unicamente para autorizar o aproveitamento e a alocação dos valores recolhidos pela recorrente a titulo de ganho de capital em períodos posteriores e relativos aos mesmos fatos e lançamentos tratados nos autos, conforme vier a ser apurado na execução deste Acórdão pela unidade de origem, vencidos os Conselheiros Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Paula Santos de Abreu, Junia Roberta Gouveia Sampaio e Luciano Bernart que davam provimento integral; **iii) por maioria de votos**, negar provimento ao recurso de ofício, vencidos o Relator e o Conselheiro Marco Rogério Borges que davam provimento. Designado para redigir o voto vencedor nesta matéria, o Conselheiro Murillo Lo Visco.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone – Presidente e Relator

(assinado digitalmente)

Murillo Lo Visco – Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogério Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Paula Santos de Abreu, Murillo Lo Visco, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Documento nato-digital

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela contribuinte acima qualificada em face de decisão exarada pela 7ª Turma da DRJ/BHE em sessão de 20 de novembro de 2018 (fls. 1796/1843)[1], que julgou parcialmente procedente a impugnação apresentada perante aquele Colegiado de 1º Piso e manteve parte dos lançamentos de IRPJ/CSLL e MULTAS ISOLADAS perpetrados pelo Fisco e transcritos nos autos de infração acostados (fls. 1427/1448),e de Recurso de Ofício manejado pela presidência da referida Turma de Julgamento em razão de ter sido exonerado crédito tributário acima do limite de alçada previsto pela Portaria MF nº 63, de 09 de fevereiro de 2017, para fins de interposição recursal de 1ª para 2ª Instância pela Portaria MF nº 63, de 09 de fevereiro de 2017 e fixado em R$ 2.500.000,00.

Os lançamentos aqui sob análise referem-se, portanto, a IRPJ, CSLL e Multas exigidas isoladamente de ambos os tributos, em face de não recolhimentos ou recolhimentos a menor de estimativas mensais, conforme resumo abaixo:

Tabela 1: Demonstrativo do Crédito Tributário

Tributo/Cod Rec	Principal R$	Multa de ofício R$	Juros de mora R$	MEI R$	Total R$	Fls.
IRPJ - 2917	73.536.949,65	55.152.712,23	38.415.702,49	0,00	93.641.952,319	1.427
MEI - 1632				61.845.133,96	61.845.133,96	1.427
CSLL-2973	27.573.725,49	20.680.294,11	14.404.514,19	0,00	62.658.533,79	1.436
MEI - 1649				22.265.328,00	22.265.328,00	1.436
					240.410.948,069	

Por sua vez, as infrações imputadas foram:

> a) IRPJ (fls. 1.429): (i) Ganhos e perdas de capital apurados incorretamente - Participação extinta em incorporação, fusão ou cisão; (ii) Multas ou juros isolados - Falta de recolhimento do IRPJ sobre base de cálculo estimada.
>
> b) CSLL (fls. 1.438): (i) Apuração incorreta de resultados da CSLL; (ii) Multas ou juros isolados - Falta de recolhimento da CSLL sobre a base estimada.

Com os seguintes fatos geradores, valores tributáveis e multas isoladas:

[1]A numeração referida das fls., quando não houver indicação contrária, é sempre a digital

Documento nato-digital

Tabela 2: Participação extinta em incorporação, fusão ou cisão

Fato gerador	Valor apurado R$
31/12/2012	458.086.985,41

Fonte: AI (fls. 1.429)

Tabela 3: Multas isoladas - IRPJ

Data	Valor multa isolada R$
30/03/2012	61.845.133,96

Fonte: AI (fls. 1.429)

Tabela 4: Multas isoladas - CSLL

Data	Valor multa isolada R$
30/03/2012	22.265.328,00

Fonte: AI (fls. 1.438)

De sua parte, a Turma *a quo* exonerou parte dos lançamentos e elaborou quadros demonstrativos contendo os montantes originais, as baixas e o remanescente em litígio junto a este Colegiado, conforme abaixo se reproduz (Ac. DRJ – fls. 1837/1838):

Recálculo do IRPJ, da CSLL e das multas isoladas devidos.

Tabela 8: Cálculo do valor tributável

Item	Descrição	Fiscalização R$	Julgamento R$
A	Valor das ações recebidas	613.675.710,00	613.675.710,00
B	Custo participação One Properties	103.167.769,52	249.687.186,62
C	Ganho de capital reconhecido pelo contribuinte	52.420.955,07	52.420.955,07
D	Valor tributável (D=A-B-C)	458.086.985,41	311.567.568,31

Tabela 9: Cálculo do IRPJ devido

Item	Descrição	Fiscalização R$	Julgamento R$
A	Valor tributável	458.086.985,41	311.567.568,31
B	Prejuízo do período compensado	72.703.971,33	72.703.971,33
C	Prejuízo de períodos anteriores compensado	91.139.215,42	71.659.079,09
D	Valor tributável após compensação (D=A-B-C)	294.243.798,66	167.204.517,89
E	IRPJ 15%	44.136.569,80	25.080.677,68
F	Adicional	29.400.379,87	16.696.451,79
G	IRPJ devido	73.536.949,67	41.777.129,47

Documento nato-digital

Tabela 10: Cálculo da multa estimativa de IRPJ

Descrição	Fiscalização R$	Julgamento R$
Omissão inclusões		
Ganho de capital	510.507.940,48	363.988.523,38
Inclusões - total acumulado (a)	510.507.940,48	363.988.523,38
Base de cálculo acumulada informada na DIPJ (b)	- 15.722.868,79	- 15.722.868,79
Base de cálculo apurada (a) + (b)	494.785.071,69	348.265.654,59
alíquota 15%	74.217.760,75	52.239.848,19
alíquota adicional 10%	49.472.507,17	34.820.565,46
IRPJ a pagar apurado [c]	123.690.267,92	87.060.413,65
Multa estimativa IRPJ - 50% de [c]	61.845.133,96	43.530.206,82

Tabela 11: Cálculo da CSLL devida

Item	Descrição	Fiscalização R$	Julgamento R$
A	Valor tributável	458.086.985,41	311.567.568,31
B	Base negativa do período compensada	60.558.864,70	60.558.864,70
C	Base negativa de períodos anteriores compensada	91.153.392,99	75.302.611,08
D	Valor tributável após compensação (D=A-B-C)	306.374.727,72	175.706.092,53
E	CSLL 9%	27.573.725,49	15.813.548,33

Tabela 12: Cálculo da multa estimativa de CSLL

Descrição	Fiscalização R$	Julgamento R$
Omissão inclusões		
Ganho de capital	510.507.940,48	363.988.523,38
Inclusões - total acumulado (a)	510.507.940,48	363.988.523,38
Base de cálculo acumulada informada na DIPJ (b)	- 15.722.868,79	- 15.722.868,79
Base de cálculo apurada (a) + (b)	494.785.071,69	348.265.654,59
alíquota 9%	44.530.656,45	31.343.908,91
CSLL a pagar apurada [c]	44.530.656,45	31.343.908,91
Multa estimativa CSLL - 50% de [c]	22.265.328,23	15.671.954,46

Em resumo, os valores em litígio nesta fase recursal, objeto do recurso voluntário, somam:

TRIBUTO	VLR. LANÇADO	VLR. EXONERADO P/ DRJ	VLR. EM LITÍGIO – RV (*)
IRPJ	73.536.949,67	31.759.820,20	41.777.129,47
CSLL	27.573.725,49	11.760.177,16	15.813.548,33
MI - IRPJ	61.845.133,96	18.314.927,14	43.530.206,82
MI - CSLL	22.265.328,23	6.593.373,77	15.671.954,46

(*) Valores originais, sem acréscimo de multa e juros

Delineado o objeto da demanda, transcrevo o libelo acusatório (TVF – fls. 1409/1426), adotando, pela sua síntese, sem perda da essência, o relatório da decisão recorrida.

Documento nato-digital

DA ACUSAÇÃO FISCAL

"*1. Reorganização societária.*

*A reorganização societária envolveu as pessoas jurídicas **WTorre Properties** (**One Properties**, mudança de razão social), controlada por **WTorre S.A.**, **Banco BTG Pactual**, acionista majoritário de **Saíra Diamante Empreendimentos Imobiliários** e de **BR Properties**.*

A partir de 10/06/2011, foi celebrado contrato de associação entre WTorre S.A. e Banco BTG Pactual, fls. 302 a 709, e daí em diante ocorreu reorganização societária que culminou na incorporação da Saíra por One Properties e dessa por BR Properties.

O capital votante e total da Saíra foi aumentado, mediante conferência de bens e de moeda corrente aportados pelo Banco BTG, sendo que, ao final, o patrimônio líquido da empresa foi avaliado em R$ 1.476.821.940,05, fls. 227.

O acervo líquido da WTorre Properties, em 30/06/2011, data base das avaliações contábeis, foi ajustado para R$ 142.143.523,72, após restituição de capital aos sócios, no valor de R$ 683.514.120,66, referente ao investimento na subsidiária integral Real Properties S.A. O capital social de R$ 18.228.092,75 foi dividido em 77.800.775 ações ordinárias, vide fls. 1.169, 204 e 1.254/1.272.

Em 22/11/2011, a assembleia geral da WTorre Properties aprovou: (i) duas emissões de ações; (ii) o resgate de 3.631.581 ações de titularidade de WTorre S.A., pelo valor de R$ 48.498.390,05; (iii) alteração do nome da companhia para One Properties.

O primeiro aumento de capital ocorreu com a emissão de 1.257.302 ações, subscritas pelo Banco Santander, sendo que o capital da sociedade passou a ser de R$ 18.522.668,45, representado por 79.058.077 ações. A segunda emissão, de 75.396.333 ações, no valor total de R$ 627.451.534,30, foi subscrita por Saíra, fls. 772/954.

Em 29/03/2012, em outra assembleia, One Properties emitiu 132.638.307 ações, no montante de R$ 849.370.406,55, todas elas subscritas por Saíra. Na mesma data, foram aprovadas a incorporação da Saíra por One Properties e a incorporação da One Properties por BR Properties, fls. 192/237.

Após a subscrição e integralização das novas ações da One Properties por Saíra Diamante, os sócios passaram a dividir as ações da empresa nas proporções indicadas na tabela 5:

Documento nato-digital

Tabela 5: Distribuição das ações

Acionista	Nº ações ordinárias	Percentual %
Saíra	208.034.640	73,39
W. Torre S.A	**57.022.301**	**20,12**
Banco Santander S.A	7.905.729	2,79
Banco Votorantin S.A	4.668.081	1,65
Outros	5.830.385	2,06
Total	283.461.136	100,00

Fonte: TVF (fls. 1.410)

Com a incorporação da Saíra Diamante por One Properties, a configuração societária é a descrita na tabela 6:

Tabela 6: Configuração societária

Acionista	Nº ações ordinárias	Percentual %
BTG	191.311.077	67,49
Rendefeld S.A	2.499.577	0,88
Paulo Arantes Ferraz	2.370.664	0,84
Ângela R. R. de Paula Freitas	3.555.997	1,25
Carmen Silvia R. Maia	1.777.998	0,63
Gabriel Mario Rodrigues	6.519.327	2,30
W. Torre S.A	**57.022.301**	**20,12**
Banco Santander S.A	7.905.729	2,79
Banco Votorantin S.A	4.668.081	1,65
Outros	5.830.385	2,06
Total	283.461.136	100,00

Fonte: TVF (fls. 1.410)

Na incorporação da One Properties S.A. pela BR Properties foi aceita que a relação de troca entre as ações da incorporada e da incorporadora fosse de 0,4579587164 e, então, as ações da BR Properties foram distribuídas a seus acionistas de acordo com a tabela 7:

Tabela 7: Distribuição entre os acionistas

Acionista	Nº ações ordinárias	Percentual %
Acionistas da BR Properties (antes da incorporação)	180.003.919	58,10
Acionistas da One Properties (exceto BTG e Wtorre S.A)	16.087.063	5,19
BTG	87.612.575	28,28
W. Torre S.A	**26.113.860**	**8,43**
Total	309.817.417	100,00

Fonte: TVF (fls. 1.411)

A WTorre Properties publicou fato relevante, em 14/09/2011, para informar ao mercado a realização de acordo para a incorporação de 100% de suas ações por BR Properties, fls. 2/3.

Documento nato-digital

Em 14/01/2012, comunicou a assinatura do "Acordo de Incorporação e Outras Avenças", com o objeto da incorporação da totalidade do patrimônio da One Properties pela BR Properties, mediante a subscrição, pela One Properties, de 129.813.498 novas ações ordinárias emitidas por BR Properties, com a consequente extinção da One Properties, fls. 4/5.

O entendimento inicial que visava a incorporação das ações da One Properties, transformando-a em subsidiária integral, não se concretizou e, ao final, houve a incorporação da companhia.

A fiscalização discorreu sobre o instituto da incorporação, citou seu marco legal, art. 227 da Lei nº 6.404, de 1976, e mencionou que os sócios ou acionistas das sociedades incorporadas, fundidas ou cindidas receberão, diretamente da companhia emissora, as ações que lhe couberem (§2º do art. 223 da Lei nº 6.404/76).

O contribuinte, intimado a prestar informação a respeito da apuração de ganho de capital surgido nas alterações societárias descritas, respondeu que não houve alienação, consistindo o negócio jurídico em permuta realizada entre as companhias, e que o ganho de capital apurado foi oferecido à tributação mediante a inclusão dos valores na Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - DIPJ.

Segundo a fiscalização, o acréscimo patrimonial oferecido à tributação refere-se às ações da BR Properties que foram vendidas no período, que são apenas parcela dos títulos societários recebidos pela WTorre S.A., quando da incorporação da One Properties.

A autoridade lançadora teceu considerações sobre o instituto da permuta (doutrina e marco legal) e assinalou que ela é espécie de alienação, sujeita à tributação, para a pessoa jurídica, nos termos do art. 31 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1997, base legal do art. 418 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99.

1. *Disponibilidade do ganho de capital.*

Tratou do fundamento legal da apuração do ganho de capital, art. 426 do RIR/99.

Pontuou que o patrimônio líquido da WTorre Properties, em 30/06/2011, era de R$ 142.143.523,72, sendo que a WTorre S.A. era proprietária de 58.373.921 ações ordinárias da WTorre Properties, equivalente a 75,03% do total de ações.

Com as duas alterações efetuadas no capital social da companhia, aprovadas na assembleia de 22/11/2017, antes da participação da Saíra Diamante, (i) que consistiu no resgate de 3.631.581 ações de propriedade de WTorre S.A. e na emissão de 1.257.302 ações, subscritas e integralizadas pelo Banco Santander, a WTorre S.A. passou a deter 72,58% das ações (58.373.921 - 3.631.581) / (77.800.775 - 3.631.581 + 1.257.302) e do patrimônio líquido da WTorre Properties.

Documento nato-digital

O acervo líquido da One Properties passou a ser de R$ 1.717.106.069,85, após a subscrição e integralização por Saíra Diamante das ações emitidas e da subseqüente incorporação da nova sócia, fls. 197.

O valor da participação de WTorre S.A. no patrimônio líquido da One Properties, que era de R$ 103.167.769,52 (R$ 142.143.523,72 x 72,58%), elevou-se a R$ 345.481.741,30 (R$1.717.106.069,85 x 20,12%) com a incorporação da Saíra Diamante.

A conferência do patrimônio líquido da WTorre S.A. na integralização do aumento de capital da BR Properties teve como contrapartida o recebimento de 26.113.860 ações de emissão da incorporadora, equivalentes a R$ 613.675.710,00. Cada ação teve seu valor fixado em R$23,50, cotação de fechamento da ação da incorporadora no dia 29/03/2012.

O contribuinte, intimado por meio do Termo de Intimação nº 05/2017 a demonstrar a apuração ou a ausência do ganho de capital na operação, forneceu a memória de cálculo de fls. 1.353, referente ao ganho de capital lançado na DIPJ.

O acréscimo patrimonial oferecido à tributação foi de R$59.630.855,07(R$95.590.345,00 - R$35.959.489,93, linhas 66 e 70 da Ficha 07-A da DIPJ).

A fiscalização, ao examinar o ganho de capital constante na DIPJ, concluiu que R$7.209.900,00 era proveniente da diferença entre a receita das vendas das ações nos pregões da Bolsa de Valores (R$ 95.590.345,00) e o valor das ações recebidas da BR Properties(3.760.870 x 23,50 = R$ 88.380.445,00), sendo que o restante, R$ 52.420.955,07, relacionava-se com o reconhecimento do acréscimo patrimonial surgido no decorrer da reestruturação societária.

Em resposta oferecida ao Termo de Intimação 06/2017, fls. 1.378/1.380, a fiscalização percebeu que o autuado, ao calcular o ganho de capital decorrente das alienações da BR Properties, tomou como custo o valor de sua participação no patrimônio da OneProperties, apurado após as alterações societárias ocorridas em novembro de 2011, porém, tal reestruturação resultou em ganho de capital por diluição de participação no capital social da investida, não tributável, a teor do disposto no art. 428 do RIR/99, enquanto não alienado o investimento.

Para a autoridade lançadora, o correto é considerar como custo, para efeito de cálculo do ganho de capital, o valor da participação societária no patrimônio líquido levantado em 30/06/2011, antes da participação da Saíra.

A WTorre S.A. somente considera realizada a renda nova quando as ações recebidas em pagamento pelo patrimônio vertido na integralização do aumento de capital da incorporadora forem vendidas, interpretando equivocadamente o disposto no art. 43 do Código Tributário Nacional.

Para a autoridade autuante, na incorporação, quando da entrega das açõesda incorporadora, surge a disponibilidade sobre as ações recebidas, que passam a integrar o patrimônio do acionista da incorporada, tanto jurídica quanto econômica.

Documento nato-digital

O acréscimo patrimonial decorrente da reestruturação societária foi de R$ 510.507.940,48 (R$ 613.675.710,00 - R$ 103.167.769,52), sendo que ao se descontar o ganho de capital declarado pelo contribuinte, R$ 52.420.955,07, remanesce a importância de R$ 458.086.985,41.

A fiscalização alertou o sujeito passivo de que deveria ajustar o saldo de prejuízos fiscais e da base negativa da CSLL de modo a refletir os valores compensados neste procedimento fiscal.

2. Multas isoladas - estimativas.

O contribuinte, por ter optado pela apuração dos lucros com base no Lucro Real Anual, se obrigou a antecipar o pagamento do IRPJ e da CSLL, recolhendo-os, mensalmente, por estimativa.

Segundo a fiscalização, a infração detectada repercute na estimativa e a ausência do recolhimento correto importa no lançamento da multa isolada prevista no art. 44, inciso II, alínea "b", da Lei nº 9.430, de 1996.

Os quadros de fls. 1.425 e 1.426 demonstram o cálculo das multas isoladas de IRPJ e de CSLL".

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com os lançamentos perpetrados em seu desfavor, a contribuinte acostou impugnação (fls. 1689/1744), alegando, em síntese (conforme relatório da decisão *a quo*, aqui adotado):

I - Dos fatos.

Custo do investimento.

i) que contabilizou o investimento na One Properties pelo Método da Equivalência Patrimonial durante todo o período em que deteve o controle ou influência significativa sobre a referida sociedade, nos moldes dos arts. 243 e 248 da Lei nº 6.404, de 1976.

ii) sobre a reestruturação societária, ter havido o ingresso da sociedade Saíra Diamante no quadro societário da One Properties, tendo como resultado a diluição da sua participação na One Properties, alterando-se de 75,03% para apenas 37,80%, detendo, porém, investimento relevante na referida sociedade, nos termos do art. 384 do RIR/99.

iii) que o custo do investimento da impugnante na One Properties, em novembro de 2011, quando ainda mantinha investimento relevante, era R$ 249.687.186,62, conforme informado à fiscalização no curso do procedimento de

Documento nato-digital

fiscalização, vide fls. 1.378/1.380, discordando do custo apontado pelo Fisco, R$ 103.167.769,52.

iv) ser deficiente a fundamentação adotada pela fiscalização quanto ao custo do investimento, pois o art. 428 do RIR/99 não trata de regra de mero diferimento, mas sim, regra de não-incidência, sendo que o art. 427 do mesmo regulamento determina que, em caso de baixa de investimento relevante e influente em sociedade coligada ou controlada, deve-se proceder à avaliação pelo valor do patrimônio líquido.

v) aduz, pois, que o disposto no art. 428 não afasta a avaliação pela última equivalência patrimonial contabilizada em período em que a impugnante ainda detinha investimento relevante na One Properties.

Aquisição da disponibilidade.

vi) sobre isso, argumenta que não houve, em março de 2012, aquisição de disponibilidade para fins de aferição do ganho de capital.

vii) que, com a incorporação da One Properties pela BR Properties, e extinção da sociedade incorporada, foi pactuado que, em substituição às ações da One Properties, seriam emitidas 26.113.860 ações da BR Properties em favor da impugnante.

viii) discorda da tentativa da fiscalização em considerar que a substituição das ações da sociedade extinta por incorporação seria equivalente a uma alienação, ou permuta, de ações.

ix) pondera que no caso sob exame não se está diante da figura da incorporação de ações, regulada pelos arts. 251 e 252 da Lei nº 6.404, de 1976, mas sim, de incorporação de sociedades, conforme previsão do art. 223 e seguintes da Lei nº 6.404.

x) defende que na incorporação de sociedades inexiste alienação das ações, mas mera sub-rogação, em razão da transmissão de patrimônio por sucessão universal.

xi) entende que a autuação importa em um *bis in idem*, pois se desconsiderou que o autuado submeteu à tributação, pelo IRPJ e CSLL, o resultado referente às vendas das ações da BR Properties realizadas nos anos-calendário 2013 a 2017,

Documento nato-digital

tendo permanecido em sua carteira apenas 2.650.546 do total de 26.113.860 ações que lhe foram conferidas.

Multa isolada.

xii) irresigna-se com a cumulação de duas penalidades, multa isolada de 50% e multa de ofício de 75%, sobre a mesma conduta.

xiii) cita o enunciado da Súmula CARF nº 105.

II - Do Direito.

A) Da reorganização societária objeto do AIIM

xiv) elabora uma descrição detalhada dos atos da reorganização societária que envolveu as sociedades WTorre S.A., WTorre Properties (One Properties), Banco BTGPactual, Real Properties, Saíra Diamante e sua repercussão no controle do investimento.

xv) informa que o saldo de investimento da impugnante na WTorre Propertiesque, em outubro/2011, era de R$ 571.265.704,87, 74,71% de participação acionária, passou a ser de 76,72% em novembro/2011.

xvi) após a reorganização societária, a participação da impugnante na One Properties foi diluída, alcançando 37,81%, mantendo, porém, investimento relevante na One Properties e, por corolário, o controle do investimento pelo método de equivalência patrimonial.

xvii) amparando-se no saldo de investimento em outubro/2011 e considerando os resultados e mutações do patrimônio líquido da One Properties e os eventos de redução de capital social em 01/11/2011 e aportes de Saíra e Santander em 22/11/2011, a composição do custo de investimento da impugnante na One Properties passou a ser R$ 249.687.186,62.

xviii) rememora sua discordância quanto à adoção da equivalência patrimonial apurada em junho/2011.

xix) esclarece que em março/2012, como condição prévia à incorporação da One Properties pela BR Properties, a impugnante passou a deter 20,12% da participação acionária daquela pessoa jurídica. Com a incorporação da One Properties pela BR Properties, com emissão de 129.813.498 ações da sucessora em favor dos então acionistas da One Properties, em substituição às ações da

Documento nato-digital

sociedade extinta por incorporação, o percentual da WTorre S.A. passou a ser de 8,43%.

B) Preliminar de nulidade do lançamento em razão do bis in idem.

xx) alega que já procedeu à venda da maior parte de seu estoque de ações da BR Properties, permanecendo em sua carteira apenas 2.650.546 do total de 26.113.860 ações.

xxi) relembra que a fiscalização reconheceu a venda de parte das ações da impugnante nos meses de setembro e outubro de 2012, tendo, deduzido, a este título, o valor deR$ 52.420.955,07 das bases de cálculo de IRPJ e CSLL.

xxii) sustenta que o lançamento, ao desconsiderar a venda das ações nos anos-calendário2013 a 2017, importa em *bis in idem*, o que enseja a decretação da nulidade dos Autos de Infração ou, na melhor das hipóteses, deve ser cancelado parcialmente.

xxiii) argumenta que o ganho com a venda das ações nos anos-base 2013 a 2017 foi adicionado às bases de cálculo de IRPJ e CSLL, conforme documentos que acompanham sua defesa: (a) planilha em excel; (b) extratos da Cetip.

xxiv) cita jurisprudência do CARF no sentido de que, em se tratando de mera postergação do pagamento do IRPJ, deve a fiscalização considerar os pagamentos efetuados em período posterior ao devido na apuração da base de cálculo do IRPJ, de modo a evitar o *bis in idem*.

C) Da inexistência de aquisição da disponibilidade jurídica sobre o ganho.

Impossibilidade de analogia entre incorporação de sociedades e incorporação de ações.

xxv) discorre sobre a incorporação de sociedades e conclui que ela não caracteriza a liquidação do investimento, nem implica alienação, troca, permuta ou cessão de direitos a qualquer título.

xxvi) pondera que a incorporação de sociedades representa forma de extinção de sociedade sem liquidação, com transmissão universal do patrimônio, e se não há liquidação do investimento, não ocorreu o ganho de capital, na acepção do art. 426, *caput*, do RIR/99.

Documento nato-digital

xxvii) defende que não é possível a utilização da analogia entre incorporação de sociedades e incorporação de ações.

xxviii) cita doutrina e jurisprudência que diferenciam ambos os institutos.

xxix) vale-se do Parecer Normativo CST nº 39, de 19/10/1981, para afirmar que não há alienação em caso de incorporação de sociedade e emissão de novas ações pela incorporadora em substituição às ações antigas.

xxx) alega, ainda, que do ponto de vista patrimonial, a partir da perspectiva do acionista da sociedade extinta por incorporação, as novas ações representam a manutenção de um mesmo ativo, conforme já decidiu o CARF, e se não há troca por um ativo novo, não se pode concluir pela existência de troca ou permuta.

Da inexistência de permuta, dação em pagamento ou cessão de direitos em uma incorporação de sociedades.

xxxi) sustenta que se não há, em uma incorporação de sociedades, entrega de ações da sociedade extinta, por incorporação, em contraprestação pelo recebimento de novas ações emitidas pela sociedade incorporada, não se pode equiparar a incorporação de sociedades a uma incorporação de ações.

xxxii) argumenta que na incorporação de ações, o que está sendo avaliado e entregue são as ações da sociedade incorporada à sociedade incorporadora, ao passo que, na incorporação de sociedades, semelhante troca não ocorre sob qualquer aspecto ou hipótese.

xxxiii) aponta que as razões expostas levam à conclusão de que não há a presença de nenhuma das figuras previstas no art. 3º, §3º, da Lei nº 7.713/88, de modo que não está caracterizada alienação a qualquer título.

xxxiv) defende que a operação ocorrida numa incorporação de sociedades não se confunde com uma permuta, com dação em pagamento ou com cessão de direitos.

xxxv) que, o fenômeno que se opera em uma incorporação de sociedades é o de sub-rogação real, que é o que ocorre quando há substituição de uma coisa de um patrimônio por outra.

Documento nato-digital

D) Da inaplicabilidade do art. 430 do RIR/99.

xxxvi) argui, embora o fundamento não tenha sido invocado pela fiscalização, que não se aplica ao caso em discussão a norma contida no art. 430 do RIR/99, pois se restringe aos casos em que há incorporação de sociedade investida pela investidora.entende que do caput do art. 430 se deduz que, previamente à incorporação, a sociedade incorporadora era investidora na sociedade incorporada.

xxxvi) a impugnante não incorporou a sociedade investida (One Properties), apenas recebeu novas ações em substituição às ações da sociedade que foi incorporada por terceira sociedade (BR Properties).

xxxvii) para respaldar sua sustentação, o contribuinte se vale do Parecer Normativo CST nº 51, de 1979.

xxxviii) pondera que a aplicação do art. 430, além de representar modificação do fundamento legal original do lançamento, deveria reconhecer à impugnante a possibilidade de diferir a parcela do ganho correspondente aos bens registrados no ativo permanente, até o momento de sua realização (inciso II do art. 430 do RIR/99).

E) Do custo do investimento: impossibilidade de desconsiderar a última equivalência patrimonial, em período em que ainda havia investimento relevante na One Properties.

xxxix) rememora que contabilizou o investimento na One Properties pelo Método da Equivalência Patrimonial e que, em novembro de 2011, ainda mantinha investimento relevante, além de renovar os argumentos quanto aos arts. 427 e 428 do RIR/99.

xl) argumenta que a fiscalização, ao apontar o patrimônio líquido de R$ 142.143.523,72 da One Properties, em 30/06/2011, considerou apenas o impacto sobre o PL da redução de capital da One Properties ocorrida em 01/11/2011, desconsiderando o ganho em participação acionária ocorrida no mesmo mês, em 22/11/2011, após o aporte da Saíra, evento que deflagrou a diluição de participação acionária na investida (R$ 825.657.644,38 - R$ 492.578.000,00 - R$ 190.000.000,00 = R$ 143.079.644,38 x 72,58% = R$ 103.847.205,89)

F) Da impossibilidade de cumular multa de ofício (75%) e multa isolada (50%).

Documento nato-digital

xlii) o interessado se mostra contrário à imposição de duas penalidades deforma cumulativa sobre a mesma conduta, pois entende que há afronta à individualização da pena e à subsunção.

xli) menciona o enunciado da Súmula CARF nº 105 e entende que ele se aplica, inclusive, após o advento da Lei nº 11.488, de 2007.

xlii) traz à tona o princípio da consunção, tema abordado em jurisprudência do CARF.

xliii) em 29/12/2017, apresentou a petição de fls. 1.748/1.749, instruída com os documentos de fls. 1.750/1.794, de forma a regularizar a sua representação processual, ratificar todos os atos praticados anteriormente por seus advogados e, por fim, juntar aos autos o restante da documentação correspondente às fichas da Escrituração Contábil Fiscal que demonstram a adição do resultado de vendas de ações da BR Properties nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL de períodos seguintes.

DA DECISÃO RECORRIDA

Apreciando a lide (fls. 1796/1843), a 7ª Turma da DRJ/BHE inicialmente afastou a preliminar de nulidade suscitada pela recorrente em razão de a Fiscalização "*ter desconsiderado a tributação do resultado da venda das ações da BR Properties nos anos-calendário de 2013 a 2017, caracterizando claro bis in idem, além de enriquecimento ilícito ao Erário*", por entender que "*(a) a situação descrita não se enquadra como uma das hipóteses legais de declaração de nulidade do lançamento no processo administrativo-fiscal; (b) a pertinência, ou não, da desconsideração, na determinação dos tributos devidos, de valores já arrecadados pelo contribuinte, é matéria que deve ser objeto de apreciação nas questões de mérito*", passando, a seguir a analisar os argumentos da contribuinte.

A respeito do alegado *bis in idem*, que teria ocorrido em razão de a Fiscalização não poder desconsiderar a tributação do resultado de vendas das ações da BR Properties nos anos-calendário de 2013 a 2017 e pela dedução das bases de cálculo de IRPJ e CSLL da venda das ações da BR Properties nos meses de setembro e outubro), contrapôs o Acórdão vergastado que "*o raciocínio desenvolvido pelo contribuinte não merece prosperar, pois a Fiscalização não deduziu do cálculo para se alcançar o valor tributável (R$ 458.086.985,41, fls.1.430) o resultado concernente às vendas das ações da BR Properties realizadas nos meses de setembro e outubro do ano-calendário de 2012. A importância de R$ 458.086.985,41 é resultado da subtração dos valores de R$ 613.675.710,00 por R$ 103.167.769,52 e R$ 52.420.955,07 (R$ 458.086.985,41 =R$ 613.675.710,00 - R$ 103.167.769,52 - R$ 52.420.955,07)*".

Segue assentando que "*a conferência do patrimônio líquido da WTorre S/A na integralização do aumento de capital da BR Properties teve como contrapartida o recebimento de 26.113.860ações de emissão da incorporadora, com valor fixado em R$23,50, cotação de fechamento da ação da incorporadora no dia 29/03/2012, apurada na Bolsa de Valores de São Paulo,equivalente a R$ 613.675.710,00 (R$ 613.675.710,00 = 26.113.860 x R$ 23,50) (item 38 do TVF).O valor da participação*

Documento nato-digital

da WTorre S/A no patrimônio líquido da WTorreProperties/One Properties era de R$ 103.167.769,52 (=R$ 142.143.523,72 x 72,58%) (item 37do TVF).Quanto ao valor de R$ 52.420.955,07, não se relaciona com a venda das ações da BR Properties nos meses de setembro e outubro de 2012, mas, sim, ao reconhecimento do acréscimo patrimonial surgido no decorrer da reestruturação societária. Os itens 39 a 43 do Termo de Verificação Fiscal, a seguir transcritos, nos permitem chegar a tal conclusão".

Para finalizar o tópico: "*o resultado concernente à alienação das ações da BR Properties pela WTorre S/A nos anos-calendário 2012 a 2017 corresponde à ocorrência de fato gerador distinto daquele que se verifica na conferência do patrimônio líquido da WTorre S/A na integralização do aumento de capital da BR Properties, razão pela qual a tributação do resultado das vendas das ações da BR Properties não pode ser considerada no lançamento em discussão. Em virtude de as situações relatadas no parágrafo anterior não corresponderem à ocorrência do mesmo fato gerador tributário, não é admissível arguir que se está a tratar de mera postergação do pagamento do IRPJ e da CSLL*".

Sobre o **Ganho de capital -** *Reestruturação societária. Incorporação de sociedades. Aquisição da disponibilidade jurídica*, pontuou o Acórdão combatido que "*a reestruturação societária examinada no lançamento fiscal foi ajustada entre as pessoas jurídicas WTorre S.A, controladora da WTorre Properties (razão social alterada para One Properties), e Banco BTG Pactual, acionista majoritário de Saíra Diamante Empreendimentos Imobiliários e de BR Properties. No Termo de Verificação Fiscal, fls. 1.411, ao tratar da reestruturação societária, a autoridade lançadora concluiu que ocorreu uma incorporação de sociedades, a despeito de as partes, inicialmente, terem visado a incorporação das ações da One Properties*".

Prossegue aduzindo (Ac. DRJ - fls. 1815/1819):

> "*(...) quando a sociedade incorporada deixa de existir, com arquivamento dos atos da incorporação na Junta Comercial e baixa do CNPJ na administração tributária, há uma transferência integral do seu patrimônio, inclusive de seus direitos e obrigações, para a incorporadora.*
>
> *Em razão de a sociedade incorporada deixar de existir, os sócios ou acionistas receberão, diretamente da companhia emissora, as ações que lhe couberem (§2º do art. 223 da Lei nº 6.404, de 1976).*
>
> *No caso concreto, os sócios ou acionistas da sociedade incorporada receberam novas ações, diferentes daquelas que possuíam anteriormente, tanto é que, inicialmente, eram detentores de ações provenientes da WTorre Properties (One Properties) e,num segundo momento, detinham valores mobiliários da BR Properties, sociedades estas com valores patrimoniais e estatutos sociais diversos.*
>
> *A diversidade dos valores patrimoniais entre as sociedades implicou numa relação de troca entre as ações da incorporada e da incorporadora diferente de 1, alcançando o resultado de 0,4579587164.*
>
> *Assim, os sócios ou acionistas não mais possuem os ativos de que dispunham originalmente, passando a deter ativos distintos, provenientes da incorporadora, sendo, pois, que a subscrição e integralização do aumento de capital na incorporadora, mediante a versão do patrimônio líquido da incorporada, representa alienação de patrimônio.*

Documento nato-digital

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

(...)

O legislador ordinário, ao tratar da tributação do ganho de capital no caso de pessoa física, deixou claro que a expressão alienação contempla, inclusive, as operações de permuta:

(...)

Ante tais considerações, refuta-se a argumentação do contribuinte de que na incorporação de sociedades não há alienação das ações, em qualquer de suas espécies.

A tese de que na incorporação de sociedades não houve alienação das ações, mas, sim, mera sub-rogação real, não se sustenta, pois os valores mobiliários que o contribuinte passou a dispor na sociedade incorporadora não assumiram a mesma qualidade jurídica das ações da sociedade incorporada.

(...)

No caso concreto, na substituição de uma coisa por outra, não se mantiveram os mesmos ônus e atributos, pois a operação envolveu sociedades empresárias e valores mobiliários distintos.

A argumentação do contribuinte de que, em uma incorporação de sociedades, não há que se falar em liquidação do investimento a deflagrar o ganho de capital, na acepção do art. 426, caput, do RIR/99, é combatida pela doutrina especializada na apuração do imposto de renda das pessoas jurídicas. Na obra de Edmar Oliveira de Andrade3 encontra-se desenvolvido o seguinte raciocínio:

(...)

O contribuinte não é amparado por melhor sorte quando invocou os termos do Parecer Normativo CST nº 39, de 19/10/81, pois o núcleo da orientação nele contida restringiu-se à definição do termo de início do quinquênio legal quando, em virtude de fusão, incorporação ou cisão, houver substituição dos títulos representativos da participação em sociedades que tenham realizado quaisquer daquelas operações.

Quando o referido parecer frisa, em seu item 4, a seguir transcrito, que as quotas ou ações que venham a substituir títulos de participação societária, na mesma proporção das anteriormente possuídas, não podem ser consideradas novamente subscritas ou adquiridas, deixou de se aprofundar no tema para discutir se tal operação importa alienação, permuta, extinção ou liquidação de investimentos, o que, a meu ver, não torna o mencionado parecer de observância obrigatória na situação em debate.

O objeto (thema decidendum) do Parecer Normativo CST nº 39, de 19/10/81, incidiu sobre qual seria o termo de início do quinquênio legal nos casos em que, em virtude de fusão, incorporação ou cisão, houvesse substituição dos títulos representativos da participação em

Documento nato-digital

sociedades que tivessem realizado uma dessas operações, sendo que o assinalado no item 4 se deu apenas a título de argumentação (obiter dictum), não importando em vinculação para o lançamento em discussão.

Assim, no caso sob exame, qualquer que seja o nomen juris que se está a tratar (alienação, permuta, extinção ou liquidação de investimentos), todos eles podem gerar eventuais ganhos ou perdas de capital, conforme consta dos arts. 418 e 426 do RIR/99, mencionados no Termo de Verificação Fiscal às fls. 1.415 e 1.416, respectivamente".

Aprecia sequencialmente, o "custo do investimento", matéria sobre a qual assentou (Ac. DRJ - fls. 1819/1823):

"*O custo do investimento apurado pela fiscalização para efeito de cálculo do ganho de capital alcançou a importância de R$ 103.167.769,52 (= R$ 142.143.523,724 x 72,58%), considerando o valor da participação societária no patrimônio líquido levantado em30/06/2011, uma vez que entendeu que a reestruturação realizada em novembro de 2011 resultou em ganho de capital por diluição de participação no capital social da investida, não tributável, a teor do disposto no art. 428 do RIR/99, enquanto não alienado o investimento.*

(...)

Na impugnação, o contribuinte alega, resumidamente, que: (a) contabilizou o investimento na One Properties pelo método da equivalência patrimonial, nos termos do art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976; (b) em novembro de 2011, após a reestruturação, com a diluição da participação na One Properties, apesar de ter perdido o controle acionário, ainda continuou a controlar o investimento pelo MEP, por ter investimento relevante na referida sociedade, segundo o disposto no art. 384 do RIR/99; (c) após a reestruturação societária, o valor do custo do investimento na One Properties passou a ser de R$ 249.687.186,62, tendo como ponto de partida a equivalência patrimonial contabilizada em novembro de 2011; (d) a fiscalização interpretou o art. 428 do RIR/99 como regra de diferimento, o que é ilegal, pois se trata de regra de não incidência; (e) o art. 427 do RIR/99 determina que, em caso de baixa de investimento relevante e influente em sociedade coligada ou controlada, deve-se proceder à avaliação pelo valor do patrimônio líquido.

A legislação societária tratou da avaliação do investimento em coligadas e controladas - método da equivalência patrimonial - por meio do dispositivo contido no art. 248.

(...)

O RIR/99, por sua vez, ao tratar do investimento em sociedades coligadas ou controladas avaliado pelo valor de patrimônio líquido, deixou claro que tal avaliação ocorrerá, inclusive, em sociedades

Documento nato-digital

coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com vinte por cento ou mais do capital social.

(...)

Na situação em que o investimento em sociedades coligadas ou controladas é avaliado pelo método da equivalência patrimonial, o valor do investimento a ser considerado na apuração do ganho de capital por ocasião de sua alienação é definido pela regra contida no art. 426 do RIR/99:

(...)

A definição pela autoridade lançadora do custo do investimento com base no valor da participação societária no patrimônio líquido de junho de 2011, valendo-se da regra prevista no art. 428 do RIR/99, não se mostra correta, pois tal dispositivo trata da não tributação do ganho ou perda de capital pela variação na percentagem da participação na sociedade investida.

(...)

Quando o mencionado preceito dispôs que o ganho ou a perda de capital por variação na percentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada não seria objeto de tributação, está a se tratar de uma regra de não-incidência, evento que nada tem a ver com a formação da base de cálculo do tributo.

(...)

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 286, tratou do instituto da não-incidência e, com suporte no magistério de Hugo de Brito Machado, assinalou:

(...)

Desse modo, o valor contábil do investimento para efeitos de apuração do ganho de capital não se restringe à importância de R$ 103.167.769,52, devendo ser considerado o montante de R$ 249.687.186,62.

O valor de R$ 249.687.186,62 já havia sido apresentado à fiscalização no curso do procedimento fiscal, vide fls. 1.379, não sendo por ela admitido em virtude da interpretação dada ao art. 428 do RIR/99. O trecho do Termo de Verificação Fiscal, fls.1.418/1.419, a seguir selecionado permite tal conclusão:

(...)

Para além da interpretação dada ao art. 428 do RIR/99, o Auditor-Fiscal não fez menção de que o custo do investimento indicado pelo

Documento nato-digital

> *contribuinte se encontrava apurado incorretamente, de modo que se deve tomá-lo por escorreito.*
>
> *A modificação do valor atribuído ao custo do investimento trará repercussões no cálculo do IRPJ e da CSLL devidos, eventos que serão tratados no tópico próprio, denominado "Recálculo do IRPJ, da CSLL e das multas isoladas devidos*".

Acerca das disposições do artigo 430, do RIR/1999, a decisão *a quo* definiu pela sua inaplicabilidade por não ter a autoridade autuante assumido esta norma, fato observado pela defesa da contribuinte em sua peça impugnatória. Desse modo, ainda no dizer da decisão de 1º Piso, aquele Colegiado Julgador, "*por estar autorizado apenas a analisar o que é litígio, não deve se pronunciar quanto à regra de direito presente no art. 430 do RIR/99*" (Ac. DRJ – fls. 1824).

Discorreu a seguir sobre as multas isoladas e a legalidade de sua aplicação, por isso, mantidas.

Cuidou de apreciar os prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL, provendo a impugnação dos valores que entendeu confirmados.

Para concluir votando no sentido de "*rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, julgar a impugnação procedente em parte e manter parcialmente o crédito tributário exigido, observando-se as tabelas de nºs 9, 10, 11 e 12 contidas no tópico denominado "**Recálculo do IRPJ, da CSLL e das multas isoladas devidos***".

A decisão recorrida está assim ementada:

> ***ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ***
> ***Ano-calendário: 2012***
> ***BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA.***
> *O resultado concernente à alienação das ações da incorporadora corresponde à ocorrência de fato gerador distinto daquele que se verifica na conferência do patrimônio líquido em virtude da integralização do aumento de capital, razão pela qual a tributação do resultado das vendas das ações não pode ser considerada no lançamento em discussão.*
>
> ***INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADES. GANHO DE CAPITAL.TRIBUTAÇÃO. CABIMENTO***.
> *Na operação de incorporação de sociedades, a subscrição e integralização do aumento de capital na incorporadora, mediante a versão do patrimônio líquido da incorporada, está sujeita à apuração de ganho de capital e respectiva tributação.*
>
> ***GANHO OU PERDA DE CAPITAL. CUSTO DO INVESTIMENTO.DETERMINAÇÃO DO VALOR.***
> *O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido será a soma algébrica dos valores determinados no art. 426 do RIR/99.*
>
> ***MULTA ISOLADA. MULTA DE OFÍCIO PROPORCIONAL.CONCOMITÂNCIA. POSSIBILIDADE.***

Documento nato-digital

Por se aplicarem a materialidades distintas, é possível que o mesmo lançamento contemple as duas penalidades, sem que se signifique dupla penalização pela prática da mesma conduta.

***JURISPRUDÊNCIA. VINCULAÇÃO DAS DRJ**.*
O contribuinte não juntou nos autos posição que vincule as decisões prolatadas por este Colegiado Julgador.

DOUTRINA. VINCULAÇÃO DAS DRJ.
A manifestação da doutrina especializada não vincula as decisões prolatadas por este Colegiado Julgador.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA
A decisão relativa ao auto de infração do IRPJ deve ser igualmente aplicada no julgamento do auto de infração reflexo da CSLL, uma vez que os lançamentos estão apoiados nos mesmos elementos de convicção, salvo em relação à matéria específica de cada tributo.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL
Ano-calendário: 2012
PRELIMINAR. NULIDADE. DESCONSIDERAÇÃO DE VALORESRECOLHIDOS PELO CONTRIBUINTE. IMPROCEDÊNCIA.
As alegações de nulidade são improcedentes quando a autuação se efetivou dentro dos estritos limites legais e foi facultado ao sujeito passivo o exercício do contraditório e da ampla defesa.A sustentação de erro ao desconsiderar, na determinação dos tributos devidos, os valores já arrecadados pelo contribuinte é matéria que deve ser objeto de apreciação nas questões de mérito.

EXIGÊNCIA FISCAL. IMPUGNAÇÃO. LITÍGIO.
Os motivos do ato contestado e a impugnação da exigência fiscal delimitam o litígio a ser apreciado.

RECURSO DE OFÍCIO.
Recorre-se de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa de valor total ao fixado em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

Impugnação Procedente em Parte
Crédito Tributário Mantido em Parte

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Cientificada da decisão *a quo* em 23/11/2018(fls. 1851), a contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 1855/1897) rebatendo as conclusões do Acórdão da DRJ na parte em que lhe foi desfavorável e, no mais, reiterando basicamente os argumentos trazidos na impugnação inaugural, acrescidos de outros aspectos pontuais.

Para encerrar (RV – fls. 1896/1897):

Documento nato-digital

III. DO PEDIDO

Diante do exposto, a Recorrente requer que este d. CARF se digne de **conferir provimento** ao Recurso Voluntário, para fins de reformar parcialmente o Acórdão proferido pela DRJ/MG, a fim de que seja:

(i) **cancelado integralmente** o AIIM, tendo em vista que não houve aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica sobre a participação acionária em sociedade extinta por incorporação, não se havendo que falar em alienação a qualquer título; ou, na remota hipótese de assim não se entender

(ii) **anulado o AIIM,** ou, na remota hipótese de assim não se entender, **cancelado em parte**, tendo em vista que o objeto do lançamento – suposto ganho de capital na extinção de sociedade investida, por incorporação – **foi devidamente submetido à tributação pelo IRPJ e pela CSLL** por ocasião das vendas das ações emitidas em substituição às ações da sociedade extinta, nos anos-base que se sucederam ao ano-base objeto da autuação (2012), de modo que a **autuação implica em *bis in idem*;**

(iii) Finalmente, é de ser **afastada a exigência cumulativa de multas de ofício (75%) e multa isolada (50%)** pelo alegado não pagamento de estimativas mensais, exigência esta que contrária a **Súmula CARF nº 105**, plenamente vigente, e que, por sua vez, consagra o princípio da consunção.

Não houve manifestação da PGFN em contrarrazões.

É o relatório do essencial.

Documento nato-digital

VotoVencido

Conselheiro Paulo Mateus Ciccone

O Recurso Voluntário é tempestivo (ciência do acórdão recorrido em 23/11/2018 – fls. 1851 – protocolização do RV em 26/12/2018 – fls. 1855/1897), a representação da recorrente está corretamente formalizada (fls. 1750/1751) e os demais pressupostos para sua admissibilidade foram atendidos, pelo que o recebo e dele conheço. Igualmente recebo e conheço do recurso de ofício por ter sido corretamente manejado pela presidência da Turma *a quo* em razão de exoneração do crédito tributário acima do limite de alçada previsto pela Portaria MF nº 63, de 09 de fevereiro de 2017, fixado em R$ 2.500.000,00.

Há, portanto, dois recursos em análise:

1. voluntário, da contribuinte;

2. de ofício, manejado pela presidência da Turma *a quo*.

Preambularmente, para melhor compreensão da lide, impende fazer um resumo dos fatos.

DOS PARTICIPANTES

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

DOS EVENTOS SOCIETÁRIOS

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

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

a) o valor do acervo da WTORRE PROPERTIES (ONE), anteriormente aos eventos aqui tratados, somava 77.800.775 ações ordinárias, no valor total de R$ 142.143.523,72. Deste montante, 58.373.921 ações (75,03%) pertenciam à WTORRE S/A (recorrente), no importe de R$ 106.650.285,84.

Documento nato-digital

b) na mesma época, o capital social da SAÍRA foi aumentado com integralização total feita pelo BTG em bens e moeda corrente, atingindo R$ 1.476.821.940,05.

c) em 22/11/2011, AGE da WTORRE PROPERTIES decidiu: c.1) pela emissão de duas novas subscrições de ações; c.2) pelo resgate de 3.631.581 ações de titularidade da WTORRE (recorrente); c.3) alteração na denominação social para ONE PROPERTIES.

d) com isso, a participação da WTORRE S/A (recorrente) no capital social da WTORRE PROPERTIES (depois, ONE PROPERTIES), que era de 75,03%, equivalendo a 58.373.921 ações, reduziu-se para 56.467.802 ações (72,58% x 77.800.775), ou, em linguagem monetária, R$ 103.167.769,52 (R$ 142.143.523,72 x 72,58%)[2].

e) em face das duas emissões de ações autorizadas pela AGE, houve o primeiro aumento de capital da ONE PROPERTIES, totalmente integralizado pelo BANCO SANTANDER, correspondendo a 1.257.302 ações, com valor do Capital em R$ 18.522.668,45, representado por 75.426.496 ações (74.169.194 já existentes + 1.257.302 subscritas pelo SANTANDER).

f) a segunda subscrição, correspondendo a 75.396.333 ações foi feita por SAÍRA DIAMANTE, no valor total de R$ 627.451.534,30

g) na data de 29/03/2012, a ONE PROPERTIES realizou a emissão de mais ações, agora no total de 132.638.307, importando em R$ 849.370.406,55, da mesma forma totalmente subscritas por SAÍRA DIAMANTE.

h) com isso, o capital da ONE PROPERTIES (antiga WTORRE PROPERTIES), passou a ser constituído de 283.461.136 ações ordinárias (75.426.496 + 75.396.333 + 132.638.307 – letras "e", "f" e "g", acima).

i) ações distribuídas da seguinte forma:

Acionista	**Nº Ações**	**Percentual**
Saíra Diamante	208.034.640	73,39%
WTORRE (recorrente)	**57.022.301**	**20,12%**
Santander	7.905.729	2,79%
Banco Votorantin	4.668.081	1,65%
Outros	5.830.385	2,06%
TOTAIS	**283.461.136**	**100,00%**

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

[2]Em relação a estes cálculos e valores irá se falar mais à frente.

Documento nato-digital

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

k) com essas alterações, o acervo líquido da ONE PROPERTIES passou a ser de R$ 1.717.106.069,85, fruto da subscrição e integralização anteriormente feita por SAÍRA, levando a que a participação monetária da WTORRE (recorrente) fixasse-se em R$ 345.481.741,30 (R$ 1.717.106.069,85 (x) 20,12%).

l) ato contínuo e na mesma AGE, aprovou-se que a ONE PROPERTIES fosse incorporada pela BR PROPERTIES. Neste caso, convencionaram os acionistas que a relação de troca entre as ações da incorporada (ONE PROPERTIES) e as da incorporadora (BR PROPERTIES) fosse feita à razão de R$ 0,4579587164.

m) desse modo, as 57.022.301 (20,12% do capital social) que a WTORRE (recorrente) detinha na ONE PROPERTIES, passaram, na BR PROPERTIES, em função do redutor acima citado, a ser 26.113.860, correspondendo a 8,43% do capital social, com a seguinte divisão e distribuição entre os acionistas desta última:

Acionista	Nº Ações	Percentual
Acionistas da BR PROPERTIES antes da incorporação da ONE PROPERTIES	180.003.919	58,10%
Acionistas da ONE PROPERTIES (exceto BTG e WTORRE)	16.087.063	5,19%
BTG	87.612.575	28,28%
WTORRE (recorrente)	**26.113.860**	**8,43%**
TOTAIS	**309.817.417**	**100,00%**

Documento nato-digital

n) ainda na AGE de 29/03/2012 e pelo acordo de incorporação, cada ação teve seu valor fixado em R$ 23,50, cotação esta baseada no fechamento da ação da incorporadora nesta data, conforme apurado na Bolsa de Valores de São Paulo, de tal forma que a participação monetária da recorrente no capital social da BR PROPERTIES passou a ser de R$ 613.675.710,00 (26.113.860 ações a R$ 23,50).

o) em consequência, o valor referido no item precedente (R$ 613.675.710,00), excluído do custo do investimento (R$ 103.167.769,52) apontou, segundo a acusação do Fisco, em "***acréscimo patrimonial revelado após a última etapa da reestruturação societária***" (TVF – fls. 1422) no montante de R$ 510.507.940,48 o qual, após os demais ajustes realizados pela Autoridade Fiscal, atingiu R$ 458.086.985,41, valor imputado como "**ganho de capital**" (AI – fls. 1429 – IRPJ e 1438 – CSLL).

Em suma, após todos estes fatos, a WTORRE PROPERTIES (depois ONE PROPERTIES) deixou de existir, incorporada que foi pela BR PROPERTIES e a WTORRE S/A (recorrente) teve sua participação percentual de 20,12% na primeira empresa (incorporada), depois dos eventos realizados, reduzida para 8,43% na incorporadora (BR PROPERTIES).

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

Em outro dizer, mesmo tendo sua participação reduzida em torno de 55% em números relativos, em valores absolutos houve substancial acréscimo, de R$ 103,1 milhões para R$ 613,6 milhões.

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

DAS INFRAÇÕES

De acordo com os autos e o TVF (fls. 1409/1426), estas foram as infrações apontadas:

- IRPJ (fls. 1429):

Documento nato-digital

GANHOS E PERDAS DE CAPITAL APURADOS INCORRETAMENTE
INFRAÇÃO: PARTICIPAÇÃO EXTINTA EM INCORPORAÇÃO, FUSÃO OU CISÃO

Falta de contabilização de ganho de capital apurado em participação extinta em fusão, cisão ou incorporação, gerando, em conseqüência, redução indevida do lucro sujeito à tributação, conforme relatório fiscal em anexo.

Fato Gerador	Valor Apurado (R$)	Multa (%)
31/12/2012	458.086.985,41	75,00

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2012 e 31/12/2012:

art. 3º da Lei nº 9.249/95.

Arts. 247, 248, 249, inciso II, 251, 418 e 430 do RIR/99

MULTA OU JUROS ISOLADOS
INFRAÇÃO: FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA

Falta de pagamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, incidente sobre a base de cálculo estimada em função da receita bruta e acréscimos e/ou balanços de suspensão ou redução.

Fato Gerador	Multa
30/03/2012	61.845.133,96

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 30/03/2012 e 30/03/2012:

Arts. 222 e 843 do RIR/99; art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/07

- CSLL (fls. 1438):

RESULTADOS
INFRAÇÃO: APURAÇÃO INCORRETA DE RESULTADOS DA CSLL

Falta de contabilização de ganho de capital apurado em participação extinta em fusão, cisão ou incorporação, gerando, em conseqüência, redução indevida do lucro sujeito à tributação, conforme relatório fiscal em anexo.

Fato Gerador	Valor Apurado (R$)	Multa (%)
31/12/2012	458.086.985,41	75,00

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2012 e 31/12/2012:

Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90

Art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95

Art. 2º da Lei nº 9.249/95

Art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96

Art. 28 da Lei nº 9.430/96.

Art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08

MULTA OU JUROS ISOLADOS
INFRAÇÃO: FALTA DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE A BASE ESTIMADA

Falta de pagamento da Contribuição Social incidente sobre a base de cálculo estimada em função da receita bruta e acréscimos e/ou balanços de suspensão ou redução.

Fato Gerador	Multa
30/03/2012	22.265.328,00

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 30/03/2012 e 30/03/2012:

Art. 28 da Lei nº 9.430/96.

Art. 44, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/072007

Documento nato-digital

Feitas estas ponderações iniciais, passo à analise da lide.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Em sua peça de defesa, depois de rememorar os fatos e rebater as conclusões da decisão de 1º Piso, a recorrente sustentou que o custo de seu investimento relevante na WTORRE PROPERTIES era R$ 249.687.186,62, conforme informado à fiscalização no curso do procedimento (fls. 1.378/1.380), discordando do apontado pelo Fisco, R$ 103.167.769,52.

Mais, que considera deficiente a fundamentação adotada pela fiscalização quanto ao custo do investimento, pois o art. 428 do RIR/99 não trata de regra de mero diferimento, mas sim, regra de não-incidência, sendo que o art. 427 do mesmo regulamento determina que, em caso de baixa de investimento relevante e influente em sociedade coligada ou controlada, deve-se proceder à avaliação pelo valor do patrimônio líquido.

Discorda da tentativa da fiscalização em considerar que a substituição das ações da sociedade extinta por incorporação seria equivalente a uma alienação ou permuta de ações e que no caso sob exame não se está diante da figura da incorporação de ações, regulada pelos arts. 251 e 252 da Lei nº 6.404, de 1976, mas sim, de incorporação de sociedades, norma jurídica prevista no art. 223 e seguintes da Lei nº 6.404.

Neste caso, segundo suas palavras, na incorporação de sociedades inexiste alienação das ações, mas mera sub-rogação, em razão da transmissão de patrimônio por sucessão universal.

Teria havido *bis in idem*, pois se desconsiderou que o autuado submeteu à tributação, pelo IRPJ e CSLL, o resultado referente às vendas das ações da BR Properties realizadas nos anos-calendário 2013 a 2017, tendo permanecido em sua carteira apenas 2.650.546 do total de 26.113.860 ações que lhe foram conferidas. Alternativamente, aponta para a obrigatoriedade de serem considerados os pagamentos efetuados em período posterior aos lançamentos e relativos aos mesmos fatos, o que implica no aparecimento da figura da postergação, que deve ser adotada pelo Fisco.

Traz substanciosa doutrina e encarta decisões que entende lhe favorecer.

DA DELIMITAÇÃO DA LIDE

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADES OU INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

De plano e antes de adentrar à apreciação dos argumentos da recorrente no combate que fez ao trabalho fiscal e à posição da DRJ (exceto naquilo que lhe foi favorável a decisão), cabem alguns comentários sobre os dois institutos citados na abertura do tópico, nascidos na legislação comercial e societária.

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

1. **SOBRE A INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADES**

Incorporação, Fusão e Cisão

Competência e Processo

Documento nato-digital

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

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

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

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

§ 4º O descumprimento do previsto no parágrafo anterior dará ao acionista direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), nos trinta dias seguintes ao término do prazo nele referido, observado o disposto nos §§ 1º e 4º do art. 137(Incluídopela Lei nº 9.457, de 1997)

Protocolo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Justificação

Documento nato-digital

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Incorporação

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

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

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

§ 3º Aprovados pela assembléia-geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, competindo

Documento nato-digital

à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação.

2. SOBRE A INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

Incorporação de Ações

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

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

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

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

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

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

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

Na mesma linha trilhou a acusação fiscal que igualmente lançou mão de farta doutrina pátria em relação à "incorporação de ações" para defender seus argumentos.

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

Documento nato-digital

Em suma, a doutrina acerca da "incorporação de ações" foi substanciosa e irretocável.

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

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

Veja-se:

1. Recorrente (fls. 1469):

> É importante salientar que, no caso, **não se está diante da figura da incorporação de ações**, regulada pelos arts. 251 e 252 da Lei 6.404/76[6].
> Em uma típica 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**, o que significa que há subsistência da pessoa jurídica, com seus direitos e obrigações. Há, no entanto, uma modificação da universalidade do patrimônio da pessoa jurídica, o que se verifica pela transmissão de parte de seu patrimônio a outra pessoa jurídica.
>
> No presente caso, **NÃO se trata de mera incorporação de ações, mas sim, de incorporação de sociedades**, figura própria, prevista no art. 223 e seguintes da Lei 6.404/76.

2. Fisco (fls. 1411):

> **13** Embora os entendimentos iniciais visassem a incorporação das ações da **ONE PROPERTIES**, transformando-a em subsidiária integral, o que se acordou e o que se concretizou ao final foi a incorporação da companhia.
>
> **14** Quando se trata de incorporação de empresa, uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Ocorre a incorporação não apenas de um elemento patrimonial, mas de todo o patrimônio da incorporada.

3. Acórdão de 1º Grau (fls. 1796 – Ementa):

> INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADES. GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO. CABIMENTO.
>
> Na operação de incorporação de sociedades, a subscrição e integralização do aumento de capital na incorporadora, mediante a versão do patrimônio líquido da incorporada, está sujeita à apuração de ganho de capital e respectiva tributação.

Documento nato-digital

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

Pois bem, que a recorrente obteve um "plus" no investimento inicial que detinha na WTORRE PROPERTIES (depois ONE PROPERTIES) da ordem de R$ 103,1 milhões para R$ 613,6 milhões, é indesmentível.

Este acréscimo materializou-se pelo fenômeno incorporativo que levou a que a BR PROPERTIES assumisse todo o patrimônio da ONE PROPERTIES (antiga WTORRE PROPERTIES) e extinção desta última. Tal fato, igualmente é incontroverso.

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

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

> *Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá:*
>
> *I o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;*
>
> *(...)*
>
> *III os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a ques erá referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores.*

A leitura dos documentos que permeiam os autos mostra que referido protocolo foi devidamente cumprido e as companhias envolvidas acordaram, na AGE de 29/03/2012, que fosse fixado o valor unitário de cada ação em R$ 23,50, cotação esta baseada no fechamento da ação da incorporadora nesta data, conforme apurado na Bolsa de Valores de São Paulo, de tal forma que a participação monetária da recorrente no capital social da BR PROPERTIES passou a ser de R$ 613.675.710,00 (26.113.860 ações a R$ 23,50).

Fato igualmente incontroverso.

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

Documento nato-digital

Antes de prosseguir, entendo importante tecer breves considerações sobre este instituto jurídico (sub-rogação), mais não fosse, pelo fato de a recorrente ter a ele dedicado inúmeras páginas de suas peças recursais.

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

Ainda nas palavras de Pontes de Miranda, na sub-rogação dá-se a substituição jurídica de um bem por outro de modo que o adveniente — seja de crédito, seja de indenização, seja imóvel ou móvel, que se substitui por bem da mesma ou de outra natureza — se submeta ao mesmo regime. Para que ela (sub-rogação) se dê, é preciso:

a) que outro bem, — o novo ou adveniente, — entre no patrimônio, de onde um bem saiu;

b) que exista patrimônio sujeito a regime próprio.

A partir da definição ora alcançada e das ponderações adjacentes, passa-se ao exame das disposições legais acerca da incorporação de pessoas jurídicas, a fim de determinar se o art. 223 da Lei n° 6.404, de 1976, veicula hipótese de sub-rogação real, como aduzido pela recorrente.

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

Essa percepção é corroborada pelos próprios efeitos ou resultados da incorporação de pessoas jurídicas, quais sejam: verifica-se que a substituição de ações da companhia "A" (incorporada) por ações da companhia "B" (incorporadora) **acarreta alteração de relação jurídica**, pois os **títulos mobiliários se referem a sociedades diferentes, com valores patrimoniais diferentes e submetidos a Estatutos Sociais diversos**. Portanto, está-se diante de relações societárias ordinárias, **que se sucedem** em virtude do exercício regular do direito à liberdade negocial. Assim, já se verifica que **na incorporação de pessoas jurídicas não há a teleologia específica de preservação de patrimônio/relação jurídica que é inerente à sub-rogação real**.

Sintetizando, sub-rogação real é conceito lógico-jurídico que designa a **situação em que <u>um novo bem de mesmo valor assume o regime jurídico específico do bem precedente</u>, ou seja, <u>a identidade de valores é pressuposto</u> para mostrar que se trata do mesmo bem e impor o mesmo regime**.

<u>Identidades de valores e de regime</u> são, pois, os dois **elementos essenciais** para que se caracterize a sub-rogação real.

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

Penso que a incorporação de sociedades – lembrando que é disto que aqui se cuida – traz consigo, quando concretizada, alguns aspectos que afetam não apenas as relações

Documento nato-digital

comerciais entre as partes, mas, também, a esfera pública, no caso pela possível exigência de tributos que venham a incidir sobre o que resultar do evento.

No caso, é fato incontroverso, a recorrente possuía investimentos na empresa WTORRE PROPERTIES avaliado em R$ 103.167.769,52 (este valor, segundo a recorrente seria R$ 249.687.186,62 e sobre isso se falará quando da análise do Recurso de Ofício) e, após sucessivos eventos societários, inclusive com a extinção desta pessoa jurídica pela incorporação, passou a ter um NOVO investimento, agora representado por ações da BR PROPERTIES, no montante de R$ 613.675.710,00.

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

Nesse momento, ocorreu o ganho de capital em razão de a recorrente ter:

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

1.1) por um determinado valor.

1.2) de uma empresa;

2.recebendo:

2.1) um novo investimento,

2.2) em outra empresa,

2.3) com valores substancialmente mais elevados.

Esta a explicação sucinta da existência do ganho de capital e a base com que foi calculado.

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

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

> *Art. 418. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na **alienação**, na desapropriação, na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 31).*
>
> *§1º Ressalvadas as disposições especiais, a determinação do ganho ou perda de capital terá por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte e diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada (Decreto-Lei nº 1.598, de1977, art. 31, §1º).*
>
> *(...)*

Conforme Lei nº 8.663, de 1993:

Documento nato-digital

> *Art.6º. Para os fins desta Lei,* ***considera-se****:*
>
> *(...)*
>
> *IV -* ***Alienação*** *- toda transferência de domínio de bens a terceiros;*

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

> *Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei. (Vide Lei 8.023, de 12.4.90)*
>
> *§ 3º* ***Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título****, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição,* ***tais como as realizadas por*** *compra e venda,* ***permuta****, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.*

A tese de que na incorporação de sociedades não houve alienação das ações, mas, sim, mera sub-rogação real, não se sustenta, pois os valores mobiliários que o contribuinte passou a dispor na sociedade incorporadora **não assumiram a mesma qualidade jurídica das ações da sociedade incorporada**.

No caso concreto, na substituição de uma coisa por outra, não se mantiveram os mesmos ônus e atributos, pois a operação envolveu sociedades empresárias e valores mobiliários distintos.

Ante tais considerações, refuta-se a argumentação do contribuinte de que na incorporação de sociedades não há alienação das ações, em qualquer de suas espécies.

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

> *ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ*
>
> *Ano-calendário: 2007*
>
> *PERMUTA DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. RECEBIMENTO DE VALOR SUPERIOR AO ENTREGUE. APURAÇÃO DE GANHO DE CAPITAL TRIBUTÁVEL. CABIMENTO.*
>
> ***Na hipótese de permuta de participações societárias, entre pessoas jurídicas, em que ocorre recebimento de valor superior ao entregue, é cabível a apuração de ganho de capital tributável****, salvo nas hipóteses expressamente previstas em lei.*

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

> *O tratamento legal da matéria corresponde à incidência da legislação que impõe* ***apuração de ganho de capital tributável na alienação de ativos, e a base do ganho é a diferença entre o valor da alienação (o***

Documento nato-digital

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

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

> "*Na troca de ações em virtude de incorporação de sociedade não há troca propriamente dita (no sentido comum, de permuta) porque as ações da sociedade extinta são também extintas, e, deste modo, não ocorre a transladação patrimonial de uma pessoa para outra. Logo, à primeira vista, essa operação – que a lei rotula como "troca" – tem um sentido distinto de alienação, e, deste modo, poderia a vir ser enquadrada como espécie de liquidação de investimentos.*
> *[...]*
> *A alienação, no caso, não ocorre porque não há transladação de bens de um para outro patrimônio: o sócio que detém participação na sociedade incorporada recebe outro bem, que são as ações da sociedade incorporadora.* ***Afinal, o "processo" de incorporação implica, em primeiro lugar, na extinção das ações da sociedade incorporada e, com essa extinção, igualmente extintos estão os direitos societários encartados na ação****.*
>
> *Ao cabo desse processo, o sócio ou acionista da sociedade incorporada suporta a extinção de sua participação em virtude da operação que, no entanto, é substituída por títulos emitidos pela sociedade incorporadora. Essa troca (ou substituição) pode ser qualificada como uma espécie de extinção de participação societária, que constitui modalidade de liquidação de investimentos*".

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

> "*Quaisquer formas de desfazimento de participação societária (dissolução, liquidação, extinção, incorporação, etc), ocasião em que no lugar do investimento em poder da pessoa jurídica entrarão outros bens representados antes pela participação societária – entrarão exatamente em decorrência da*

Documento nato-digital

> *'liquidação do investimento' – e, portanto, nestas ocorrências pode ser realizado resultado diferencial [ganho ou perda de capital] da mesma forma como na eventualidade de alienação de investimento*."

No caso concreto, o ganho é notável e explícito, uma vez que a recorrente, mesmo tendo sua participação percentual diminuída em mais da metade, obteve um acréscimo monetário de mais de 500%, modificando inteiramente seu investimento.

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

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

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

Desse modo, em relação a este tópico e até aqui, entendo correta a imputação fiscal.

Cabe, porém, adentrar em dois aspectos suscitados pela recorrente em seu RV, a saber:

1. ocorrência de possível *bis in idem*;

2. fenômeno da postergação.

Como essas duas figuras jurídicas têm liame com os lançamentos e a infração principal, sua análise conjunta se impõe.

Argui a recorrente que ainda em 2012, ano dos eventos, e nos subsequentes, procedeu a alienação de parte das ações da BR PROPERTIES, de modo que estaria ocorrendo um *bis in idem* pela cobrança em duplicidade de tributo sobre os mesmos fatos. Mais, que a própria Autoridade Fiscal assim o reconheceu por excluir da base imponível dos lançamentos a parcela relativa ao ano-calendário de 2012. Alternativamente, se não acolhida sua argumentação, reclama deva ser procedida à alocação dos valores pagos, com a implementação da postergação.

Embora discorde da arguição de *bis in idem* por entender, do mesmo modo que a decisão de 1º Piso, que a subsequente alienação das ações da incorporadora corresponde a outro fato gerador (distinto daquele que se verifica na conferência do patrimônio líquido em virtude da integralização do aumento de capital), vejo que os eventos e fatos presentes **NESTES** autos mostram um cenário peculiar.

Explico.

Em TODAS as alienações das ações da BR PROPERTIES que fez ao longo do período de 2012 a 2017, a recorrente considerou como CUSTO das referidas ações o montante de R$ 249.687.186,62 (valor unitário de cada ação – R$ 9,56) e **não** o valor imputado pelo Fisco após a incorporação aqui tratada e que elevou a participação da contribuinte na empresa inicialmente citada para R$ 613.675.710,00 (26.113.860 ações a R$ 23,50).

Em outro e claro dizer, coerentemente com o seu raciocínio de que com a incorporação não teria ocorrido extinção do investimento, mas, sub-rogação, a recorrente NÃO UTILIZOU este novo valor como custo.

Documento nato-digital

Com isso, por evidente, acabou por atrair para seu pensamento a mesma conformação utilizada pelo Fisco, ou seja, manteve o custo inicial do investimento, SEM SOFRER O ACRÉSCIMO decorrente da incorporação.

Desse modo, ainda que o valor da alienação seja variável, o custo contra ela contraposto é o mesmo, de modo que, por vias indiretas, a recorrente, embora apenas parcialmente, recolheu o mesmo tributo que lhe foi imputado, MAS EM PERÍODOS DIFERENTES.

Em outras palavras, deslocou – consciente ou inconscientemente, pouco importa – a data exigível do tributo do momento "1", para o momento "2", momento "3", momento "4" e assim sucessivamente!

Claro que, houvesse a recorrente se utilizado do valor atualizado do custo (R$ 613.675.710,00, ou seja, valor unitário da ação a R$ 23,50), esse entendimento não seria válido.

Porém, como comprovadamente a recorrente tomou o custo original que ela entendia correto (R$ 249.687.186,62), ou seja, valor unitário de cada ação a R$ 9,56 (ver arquivos não paginàveis juntados aos autos) parece-me que tais recolhimento obrigatoriamente devam ser alocados como parte dos pagamentos relativos à infração aqui tratada, **ainda que em fase posterior**, já que integrantes dos mesmos fatos, estando-se diante de uma clara postergação de pagamentos.

Tese defendida pela recorrente em seu RV:

> Logo, tendo em vista que a **substituição das ações deve ser desprezada como marco de aquisição das ações**, há um **claro *bis in idem*** ao se calcular duas vezes ganho de capital sobre a mesma aquisição, ao contrário do quanto afirmado no V. Acórdão recorrido.
>
> Em casos semelhantes, já decidiu a C. PRIMEIRA SEÇÃO do E. CONSELHO ADMNISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS (CARF), que, **em se tratando de mera postergação do pagamento do IRPJ, deve a Fiscalização considerar os pagamentos efetuados em período posterior ao devido na apuração da base de cálculo do IRPJ, de modo a evitar o *bis in idem*:**
>
> (...)
>
> A situação enfrentada nos precedentes acima, embora não idênticas, são análogas à retratada nestes autos, na medida em que os casos envolvem situações em que o fato tributável pelo IRPJ e CSLL foi, na pior das hipóteses, meramente postergado no tempo, sendo que, diante de tais casos, o CARF **entendeu que a Fiscalização deve levar que o fato tributável já foi submetido à tributação, inclusive em anos-base seguintes, a fim de se evitar o *bis in idem*.**
>
> (...)

> Dessa forma, ainda que o lançamento prevaleça apesar dos fortes argumentos suscitados pela Recorrente, deverá o crédito tributário versado neste AIIM ser **considerado nulo** – ou, no mínimo, cancelado parcialmente – pois a Fiscalização deveria ter deduzido os valores correspondentes à alienação das ações da BR Properties submetidas à tributação nos anos de 2012 a 2017.

Que vem ao encontro de forte jurisprudência do CARF

> ***RECEITAS FINANCEIRAS. POSTERGAÇÃO DE PAGAMENTO. CARACTERIZAÇÃO.***
> *Comprovada a postergação do pagamento do imposto devido na medida em que a recorrente ofereceu espontaneamente as diferenças de receitas financeiras à tributação, em período imediatamente posterior ao devido, há que ser considerada na apuração da base de cálculo do IRPJ de forma a evitar o bis in idem. Não tendo sido constituído o crédito devido pelo lançamento, mas tão somente ajustada a base de cálculo para fins de determinação do valor passível de restituição/compensação, não há como proceder-se à exigência dos juros e multas que seriam devidos no âmbito deste processo, pois falece competência à autoridade julgadora para constituir créditos tributários não exigidos pela autoridade competente. (Ac. 1302-001.911 – Rel. Luiz Tadeu Matosinho Machado).*

Pelo exposto, **voto no sentido de dar provimento parcial** ao recurso voluntário em relação à infração nº 001 – Ganhos e Perdas de Capital, **mantendo os lançamentos como originalmente realizados – base imponível de R$ 458.086.985,41– e reconhecendo a existência de valores que, mesmo recolhidos a destempo, devem ser alocados e abatidos dos montantes imputados em razão de se estar diante de postergação de pagamentos**, o que deverá ser implementado quando da execução deste acórdão pela unidade jurisdicinante da contribuinte.

DO RECURSO DE OFÍCIO

Apreciando a lide, a **7ª Turma da DRJ/BHE** entendeu pelo provimento parcial da impugnação na parte em que discutido o custo do investimento da recorrente na WTORRE PROPERTIES (depois, ONE PROPERTIES), acolhendo os argumentos da contribuinte de que tal montante corresponderia a R$ 249.687.186,62, e não R$ 103.167.769,52, como sustentado pelo Fisco.

A posição da Turma *a quo* está abaixo reproduzida, com todos seus argumentos:

> "*O custo do investimento apurado pela fiscalização para efeito de cálculo do ganho de capital alcançou a importância de R$103.167.769,52 (= R$142.143.523,724 x72,58%5), considerando o valor da participação societária no patrimônio líquido levantado em30/06/2011, uma vez que entendeu que a reestruturação realizada em novembro de 2011resultou em ganho de capital por diluição de participação no capital social da investida, não tributável, a teor do disposto no art. 428 do RIR/99, enquanto não alienado o investimento.*
>
> *(...)*

Documento nato-digital

Na impugnação, o contribuinte alega, resumidamente, que: (a) contabilizou o investimento na One Properties pelo método da equivalência patrimonial, nos termos do art.248 da Lei nº 6.404, de 1976; (b) em novembro de 2011, após a reestruturação, com a diluição da participação na One Properties, apesar de ter perdido o controle acionário, ainda continuou a controlar o investimento pelo MEP, por ter investimento relevante na referida sociedade, segundo o disposto no art. 384 do RIR/99; (c) após a reestruturação societária, o valor do custo do investimento na One Properties passou a ser de R$249.687.186,62, tendo como ponto de partida a equivalência patrimonial contabilizada em novembro de 2011; (d) a fiscalização interpretou o art. 428 do RIR/99 como regra de diferimento, o que é ilegal, pois se trata de regra de não incidência; (e) o art. 427 do RIR/99 determina que, em caso de baixa de investimento relevante e influente em sociedade coligada ou controlada, deve-se proceder à avaliação pelo valor do patrimônio líquido.

A legislação societária tratou da avaliação do investimento em coligadas e controladas - método da equivalência patrimonial - por meio do dispositivo contido no art. 248.

(...)

O RIR/99, por sua vez, ao tratar do investimento em sociedades coligadas ou controladas avaliado pelo valor de patrimônio líquido, deixou claro que tal avaliação ocorrerá, inclusive, em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou deque participe com vinte por cento ou mais do capital social.

(...)

Na situação em que o investimento em sociedades coligadas ou controladas é avaliado pelo método da equivalência patrimonial, o valor do investimento a ser considerado na apuração do ganho de capital por ocasião de sua alienação é definido pela regra contida no art. 426 do RIR/99:

(...)

A definição pela autoridade lançadora do custo do investimento com base no valor da participação societária no patrimônio líquido de junho de 2011, valendo-se da regra prevista no art. 428 do RIR/99, não se mostra correta, pois tal dispositivo trata da não tributação do ganho ou perda de capital pela variação na percentagem da participação na sociedade investida.

(...)

Quando o mencionado preceito dispôs que o ganho ou a perda de capital por variação na percentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada não seria objeto de tributação, está a se tratar de uma regra de não-incidência, evento que nada tem a ver com a formação da base de cálculo do tributo.

(...)

Documento nato-digital

> *Desse modo, o valor contábil do investimento para efeitos de apuração do ganho de capital não se restringe à importância de R$ 103.167.769,52, devendo ser considerado o montante de R$ 249.687.186,62.*
>
> *O valor de R$ 249.687.186,62 já havia sido apresentado à fiscalização no curso do procedimento fiscal, vide fls. 1.379, não sendo por ela admitido em virtude da interpretação dada ao art. 428 do RIR/99. O trecho do Termo de Verificação Fiscal, fls. 1.418/1.419, a seguir selecionado permite tal conclusão.*
>
> *(...)*
>
> *Para além da interpretação dada ao art. 428 do RIR/99, o Auditor-Fiscal não fez menção de que o custo do investimento indicado pelo contribuinte se encontrava apurado incorretamente, de modo que se deve tomá-lo por escorreito.*
>
> *A modificação do valor atribuído ao custo do investimento trará repercussões no cálculo do IRPJ e da CSLL devidos, eventos que serão tratados no tópico próprio, denominado "Recálculo do IRPJ, da CSLL e das multas isoladas devidos*".

Data vênia, discordo da posição assumida pela decisão de 1º Piso.

Explico.

Como consta do TVF, a Fiscalização apurou o custo do investimento, para fins de cálculo do ganho de capital no importe de R$ 103.167.769,52.

Esta mensuração foi feita a partir da situação patrimonial da WTORRE PROPERTIES (depois, ONE PROPERTIES) em 30/06/2011, **ANTES** da incorporação da Saíra, o que se revela correto, enquanto que a contribuinte fez a mesma operação, mas partindo de raciocínio diverso, ou seja, APÓS o citado evento societário.

Nessa linha, em 30 de junho de 2011 – que é a **data base das avaliações contábeis realizadas** - o efetivo valor patrimonial da WTORRE PROPERTIES (depois, ONE PROPERTIES), já ajustado em razão das restituições de capital aos seus sócios no montante de R$ 683.514.120,66, referente ao investimento na subsidiária integral Real Properties S.A, era exatamente de R$ $ 142.143.523,72.

Como a recorrente detinha 72,58% do capital da WTORRE PROPERTIES (depois, ONE PROPERTIES), o custo de tal investimento era, em 30/06/2011, R$ 103.167.769,52 (R$ 142.143.523,72 (X) 72,58%).

Já a recorrente assumiu como custo do investimento da recorrente na WTORRE PROPERTIES (ONE PROPERTIES) o montante apurado em novembro de 2011, seis meses após as avaliações procedidas para fins de incorporação e do "fato relevante" divulgado pela WTORRE PROPERTIES em 10/06/2011.

Ou seja, buscou encontrar o custo do investimento subsequentemente à "equivalência patrimonial" levada a efeito após a reestruturação, com a diluição da participação na WTORRE PROPERTIES (ONE PROPERTIES); nesse caso, mesmo tendo perdido o controle acionário, ainda continuou a controlar o investimento pelo MEP, por ter investimento relevante na referida sociedade, segundo o disposto no art. 384 do RIR/99.

Documento nato-digital

Todavia, ainda que a transação e o aporte financeiro do BTG Pactual tenham se concluído em novembro/2011, é inconteste que em 10 de junho de 2011 já se fizeram presentes todas as particularidades pertinentes à associação entre referida instituição bancária e a recorrente e suas afiliadas.

A propósito (fls. 302):

CONTRATO DE ASSOCIAÇÃO E OUTRAS AVENÇAS

celebrado entre

WTORRE S.A.,

FRANCISCO GERALDO CAÇADOR,

NILTON BERTUCHI,

GABRIEL MONTEIRO,

ROBERTO BOCCHINO FERRARI

E

BANCO BTG PACTUAL S.A.,

com a interveniência de

WTORRE PROPERTIES S.A.

E

WTORRE XXXII DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA.

São Paulo, 10 de junho de 2011

E, nesse momento, o custo do investimento era o assumido pelo Fisco com base em 30/06/2011 = -R$ 103.167.769,52 (R$ 142.143.523,72 (X) 72,58%), não podendo ser, até por questões temporais, o pretendido pela recorrente (R$ 249.687.186,62), número que só nasceu após a incorporação da Saíra e mensurado em novembro de 2011, procedimento que logicamente não poderia afetar retroativamente referido custo, até porque, em junho, não existia tal evento.

Em suma, em junho de 2011, data das avaliações contábeis que deram suporte aos eventos societários em cadeia realizados, o valor do acervo da WTORRE PROPERTIES (ONE) somava 77.800.775 ações ordinárias, no valor total de R$ 142.143.523,72. Deste montante, pertenciam à WTORRE S/A (recorrente) 72,58%, o que leva o custo ao montante corretamente assumido pelo Fisco – R$ 103.167.769,52.

O raciocínio desenvolvido pela recorrente leva ao aumento indevido (inflado) do custo do investimento, posto que inclui em sua bagagem a incorporação da SAÍRA.

Ocorre que, em 30/06/2011, quando da avaliação contábil do acervo patrimonial da WTORRE PROPERTIES, o montante representativo era de R$ 142.143.523,72.

Documento nato-digital

Como a recorrente detinha 72,58% do capital social, o valor de sua participação, diga-se, **o custo do seu investimento** era R$ 103.167.759,52, na forma corretamente apontada pelo Fisco.

O "plus" que levaria aos números assumidos pela recorrente só nasceu em função da entrada da SAÍRA no evento societário, na forma abaixo resumida (TVF):

> *a) daí em diante ocorreu reorganização societária que culminou na incorporação da Saíra por One Properties e dessa por BR Properties;*
>
> *b) o capital votante e total da Saíra foi aumentado, mediante conferência de bens e de moeda corrente aportados pelo Banco BTG, sendo que, ao final, o patrimônio líquido da empresa foi avaliado em R$ 1.476.821.940,05, fls. 227;*
>
> *c) o acervo líquido da WTorre Properties, em 30/06/2011, data base das avaliações contábeis, foi ajustado para R$ 142.143.523,72, após restituição de capital aos sócios, no valor de R$ 683.514.120,66, referente ao investimento na subsidiária integral Real Properties S.A. O capital social de R$ 18.228.092,75 foi dividido em 77.800.775 ações ordinárias, vide fls. 1.169, 204 e 1.254/1.272;*
>
> *d) em 22/11/2011, a assembleia geral da WTorre Properties aprovou: (i) duas emissões de ações; (ii) o resgate de 3.631.581 ações de titularidade de WTorre S.A., pelo valor de R$ 48.498.390,05; (iii) alteração do nome da companhia para One Properties;*
>
> *e) o primeiro aumento de capital ocorreu com a emissão de 1.257.302 ações, subscritas pelo Banco Santander, sendo que o capital da sociedade passou a ser de R$ 18.522.668,45, representado por 79.058.077 ações. A segunda emissão, de 75.396.333 ações, no valor total de R$ 627.451.534,30, foi subscrita por Saíra, fls. 772/954;*
>
> *f) em 29/03/2012, em outra assembleia, One Properties emitiu 132.638.307 ações, no montante de R$ 849.370.406,55, todas elas subscritas por Saíra. Na mesma data, foram aprovadas a incorporação da Saíra por One Properties e a incorporação da One Properties por BR Properties, fls. 192/237.*

Nesse contexto, qual o sentido da frase "daí em diante" adotada pelo Agente Fiscal? Evidentemente, **só pode significar tudo o que se seguiu à avaliação contábil** do acervo da WTORRE PROPERTIES a partir de junho de 2011.

Em outro dizer, NAQUELE MOMENTO - junho/2011 - , quando da avaliação do acervo patrimonial, o custo do investimento da recorrente na WTORRE PROPERTIES (depois, ONE PROPERTIES), era 103 MILHÕES. Querer elevar tal montante para 249 milhões como sustenta a defendente, seria incluir como custo do investimento da recorrente um valor que ela NUNCA dispendeu, já que o aumento da sua participação derivou da entrada em cena da SAÍRA.

Há mais. Como tais aportes ocorreram "daí em diante", claro que o valor assim mensurado estava acrescido dos recursos entregues pela SAÍRA, cenário que se confirma pela expressa manifestação da recorrente na resposta que deu ao Termo de Intimação Fiscal nº 06/2017, informando como chegou ao "custo do investimento" na WTORRE PROPERTIES (ONE PROPERTIES).

Veja-se a posição da recorrente (fls. 1378/1380):

Documento nato-digital

		Explicações
Saldo - 31/10/11	**561.070.125,23**	**Valor apurado pelo percentual de participação de 74,71% que a sócia WTorre S.A detinha sobre o patrimônio Líquido da investida One Properties no valor de R$ 750.967.808,66.**
Movimentações (nov/2011)	24.388.229,02	Aquisição de ações da One Properties pela sócia WTorre S.A.
	- 532.871.111,49	Efeito no investimento decorrente da redução de capital que ocorreu na investida One Properties.
	- 10.366.409,14	Recompra de ações pela investida One Properties.
	207.466.353,00	Ganho e perda reflexo das movimentações que ocorreram no patrimônio da investida One Properties em 22/11/2011
Custo do Investimento	***249.687.186,62***	

Ou seja, em 31/10/2011 o montante aí destacado já está inflado pelos aportes feitos pela SAÍRA.

Realidade confirmada com o "Fato Relevante" divulgado pela ONE PROPERTIES (ex-WTORRE PROPERTIES) em 22 de novembro de 2011 (fls. 5/6):

ONE PROPERTIES S.A.
Nova Denominação de WTorre Properties S.A.
CNPJ nº 07.875.234/0001-21
Rua George Eastman, 280, sala 60
São Paulo – SP

FATO RELEVANTE

Nos termos e para os fins da Instrução CVM nº 358, de 03.01.2002, com suas alterações posteriores, a **ONE PROPERTIES S.A.**, nova denominação social da WTorre Properties S.A. ("Companhia") vem a público informar o quanto segue, em complementação aos avisos de fato relevante divulgados em 17 de março de 2011 e 10 de junho de 2011:

Em 10 de junho de 2011, o Banco BTG Pactual S.A. ("BTGP") e a WTorre S.A. ("WTSA"), controladora da Companhia, celebraram um Contrato de Associação e Outras Avenças ("Contrato de Associação"), regulando os termos e condições para o aporte de ativos imobiliários e recursos financeiros na Companhia pelo BTGP e/ou por suas afiliadas, assim como por determinados investidores ("Transação").

Em 22 de novembro de 2011, a Transação foi concluída com a realização de uma Assembleia Geral Extraordinária da Companhia, com a presença de acionistas representando a totalidade de seu capital, na qual foram aprovados, dentre outras matérias:

(i) o aumento de capital da Companhia, com a emissão de 75.396.333 novas ações integralmente subscritas e integralizadas com aporte de ativos imobiliários pela Saíra-Diamante Empreendimentos Imobiliários S.A., veículo de investimento do BTGP e investidores ("Saíra"), que passou a deter 49,99% do capital total da Companhia; e

(ii) a emissão de um bônus de subscrição em benefício da Saíra, cujo eventual exercício, nos termos ali estabelecidos, com pagamento em ativos imobiliários e recursos financeiros, lhe conferirá o direito de receber 132.638.307 ações adicionais da Companhia.

Documento nato-digital

Na mesma assembleia foi aprovada a nova denominação social da Companhia, que passará a ser chamada One Properties S.A. Com a conclusão da Transação, a nova Companhia terá em seu portfólio mais de 700 mil m2 de Área Bruta Locável de propriedades comerciais e industriais.

São Paulo, 22 de novembro de 2011.

ONE PROPERTIES S.A.
Nova denominação de WTorre Properties S.A.
Roberto Bocchino Ferrari
Diretor Financeiro e de Relações com Investidores

Pelo exposto e o que mais consta nos autos, chancelo a ação fiscal e DOU PROVIMENTO AO RECURSO DE OFÍCIO, reformando neste aspecto a decisão de 1º Piso, restaurando os lançamentos exonerados pela decisão *a quo*.

DA MULTA ISOLADA

DA MULTA ISOLADA POR INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTOS DE ESTIMATIVAS MENSAIS

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

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

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

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

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

Documento nato-digital

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

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

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

> "*Nada obstante, as regras sancionatórias são em múltiplos aspectos totalmente diferentes das normas de imposição tributária, a começar pela circunstância essencial de que o antecedente das primeiras é composto por uma conduta antijurídica, ao passo que das segundas se trata de conduta lícita.*
>
> *Dessarte, em múltiplas facetas o regime das sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias mais se aproxima do penal que do tributário.*
>
> *Pois bem, a Doutrina do Direito Penal afirma que, dentre as funções da pena, há a PREVENÇÃO GERAL e a PREVENÇÃO ESPECIAL.*
>
> *A primeira é dirigida à sociedade como um todo. Diante da prescrição da norma punitiva, inibe-se o comportamento da coletividade de cometer o ato infracional. Já a segunda é dirigida especificamente ao infrator para que ele não mais cometa o delito.*
>
> *É, por isso, que a revogação de penas implica a sua retroatividade, ao contrário do que ocorre com tributos. Uma vez que uma conduta não mais é tipificada como delitiva, não faz mais sentido aplicar pena se ela deixa de cumprir as funções preventivas.*
>
> *Essa discussão se torna mais complexa no caso de descumprimento de deveres provisórios ou excepcionais.*
>
> *Hector Villegas, (em Direito Penal Tributário. São Paulo, Resenha Tributária, EDUC, 1994), por exemplo, nos noticia o intenso debate da Doutrina Argentina acerca da aplicação da retroatividade benigna às leis temporárias e excepcionais.*
>
> *No direito brasileiro, porém, essa discussão passa ao largo há muitas décadas, em razão de expressa disposição em nosso Código Penal, no caso, o art. 3º:*
>
> > *Art. 3º A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.*

Documento nato-digital

> *O legislador penal impediu expressamente a retroatividade benigna nesses casos, pois, do contrário, estariam comprometidas as funções de prevenção. Explico e exemplifico.*
>
> *Como é previsível, no caso das extraordinárias, e certo, em relação às temporárias, a cessação de sua vigência, a exclusão da punição implicaria a perda de eficácia de suas determinações, uma vez que todos teriam a garantia prévia de, em breve, deixarem de ser punidos. É o caso de uma lei que impõe a punição pelo descumprimento de tabelamento temporário de preços. Se após o período de tabelamento, aqueles que o descumpriram não fossem punidos e eles tivessem a garantia prévia disso, por que então cumprir a lei no período em que estava vigente?*
>
> *Ora, essa situação já regrada pela nossa codificação penal é absolutamente análoga à questão ora sob exame, pois, apesar de a regra que estabelece o dever de antecipar não ser temporária, cada dever individualmente considerado é provisório e diverso do dever de recolhimento definitivo que se caracterizará no ano seguinte*".

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

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

> "*Em verdade, a lei determina que as pessoas jurídicas sujeitas à apuração do lucro real apurem seus resultados trimestralmente. Como alternativa, facultou o legislador, a possibilidade de a pessoa jurídica, obrigada ao lucro real, apurar seus resultados anualmente, desde que antecipe pagamentos mensais a título de estimativa, que devem ser calculados com base na receita bruta mensal, ou com base em balanço/balancete de suspensão e/ou redução.*
>
> *(...)*
>
> *Vê-se, então, que a pessoa jurídica, obrigada a apurar seus resultados de acordo com as regras do lucro real trimestral, tem a opção de fazê-lo com a periodicidade anual, desde que, efetue pagamentos mensais a título de estimativa. Essa é a regra do sistema.*
>
> *No presente caso, a pessoa jurídica fez a opção por apurar o lucro real anualmente, sujeitando-se, assim, e de forma obrigatória, aos recolhimentos mensais a título de estimativas.*
>
> *(...)*
>
> *A vinculação entre os recolhimentos antecipados e a apuração do ajuste anual é inconteste, até porque a antecipação só é devida porque o sujeito passivo opta por postergar para o final do ano-calendário a apuração dos tributos incidentes sobre o lucro.*

Documento nato-digital

> *Contudo, a sistemática de apuração anual demanda uma punição diferenciada em face de infrações das quais resultam falta de recolhimento de tributo pois, na apuração anual, o fluxo de arrecadação da União está prejudicado desde o momento em que a estimativa é devida, e se a exigência do tributo com encargos ficar limitada ao devido por ocasião do ajuste anual, além de não se conseguir reparar todo o prejuízo experimentado à União, há um desestímulo à opção pela apuração trimestral do lucro tributável, hipótese na qual o sujeito passivo responderia pela infração com encargos desde o trimestre de sua ocorrência.*
>
> *Assim, a exigência de multa isolada pela falta ou insuficiência de recolhimentos estimados visa punir a conduta do contribuinte que abandona a regra geral de tributação, que é o lucro real trimestral, sem cumprir o requisito para o ingresso na sistemática das estimativas mensais antecipatórias dever instrumental, e pode ser exigida, sim, mesmo que encerrado o ano-calendário, porque pune-se a conduta de não recolhimento de uma obrigação tributária*".

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

> ***MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. LANÇAMENTO APÓS O ENCERRAMENTO DO ANO****. A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, quando adotou a redação em que afirma "serão aplicadas as seguintes multas", deixa clara a necessidade de aplicação da multa de ofício isolada, em razão do recolhimento a menor de estimativa mensal, cumulativamente com a multa de ofício proporcional, em razão do pagamento a menor do tributo anual, independentemente de a exigência ter sido realizada após o final do ano em que tornou-se devida a estimativa. (Acórdão nº 9101- 002.777 - Sessão de 6 de abril de 2017).*
>
> ***ESTIMATIVAS MENSAIS. FALTA DE PAGAMENTO*** *A obrigação de antecipar os recolhimentos é imposta ao sujeito passivo que opta pela apuração anual do lucro, e subsiste enquanto esta opção não for, por outros motivos, afastada. A apuração dos tributos incidentes sobre o lucro tributável ao final do ano-calendário e seu eventual recolhimento a partir do vencimento fixado para os tributos devidos no ajuste anual não anulam o descumprimento daquela obrigação Nos casos de falta de recolhimento, falta de declaração em DCTF e não comprovação de compensação de estimativas mensais de IRPJ e de CSLL, incide a multa isolada. (Acórdão nº 9101-002.433 - Sessão de 20 de setembro de 2016).*

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

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

Documento nato-digital

DOS JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO

Sem necessidade de maiores digressões, afasto os reclamos da contribuinte acerca de incidência de juros sobre a multa de ofício, matéria já sumulada por este Tribunal Administrativo Tributário Federal, a saber:

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

Desse modo, por se tratar de tema objeto de Súmula e, portanto, de observância obrigatória pelos Conselheiros (art. 45, VI, do RICARF), descabe acolher o pleito da recorrente, impondo NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário neste aspecto.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto no sentido de, i) dar provimento ao recurso de ofício; ii) dar provimento parcial ao recurso voluntário unicamente para autorizar o aproveitamento e a alocação dos valores recolhidos pela recorrente a titulo de ganho de capital e relativos aos mesmos fatos aqui tratados e já referidos neste voto, em contraposição aos valores lançados neste processo e conforme vier a ser apurado na execução deste Acórdão pela unidade de origem, ficando mantidos integralmente os lançamentos de IRPJ, CSLL e Multas Isoladas como realizados.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone – Relator

Documento nato-digital

Voto Vencedor

Conselheiro Murillo Lo Visco – Redator designado.

O objeto deste Voto Vencedor abrange unicamente a matéria compreendida pelo Recurso de Ofício, qual seja, a redução promovida pelo órgão julgador de primeira instância na base de cálculo do lançamento fiscal, passando-a de R$ 458.086.985,41 para R$ 311.567.568,31. Tal redução deveu-se ao entendimento de que, para fins de apuração do ganho de capital percebido pela Recorrente no momento da incorporação da ONE PROPERTIES pela BR PROPERTIES, o custo do investimento na ONE PROPERTIES seria de R$ 249.687.186,62, e não os R$ 103.167.769,52 considerados pela Autoridade Fiscal. O efeito dessa divergência encontra-se devidamente demonstrado no quadro abaixo:

Item	Descrição	Fiscalização R$	Julgamento R$
A	Valor das ações recebidas	613.675.710,00	613.675.710,00
B	Custo participação One Properties	103.167.769,52	249.687.186,62
C	Ganho de capital reconhecido pelo contribuinte	52.420.955,07	52.420.955,07
D	Valor tributável (D=A-B-C)	458.086.985,41	311.567.568,31

Conforme restou esclarecido no presente caso, o valor do investimento da Recorrente na ONE PROPERTIES aumentou, basicamente, em duas etapas: a primeira representada pelo ingresso de novos acionistas no quadro social da ONE PROPERTIES; e a segunda, pela incorporação da ONE PROPERTIES pela BR PROPERTIES.

Na primeira etapa, o acréscimo no valor do investimento na ONE PROPERTIES foi percebido pela Recorrente em razão de aumentos no capital da ONE PROPERTIES terem sido integralizados por outras sociedades que não a Recorrente, em especial pela SAÍRA DIAMANTE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS. Com o ingresso dos novos acionistas, embora a Recorrente tenha percebido uma redução no percentual de sua participação na ONE PROPERTIES, seu investimento teve um acréscimo em valor, passando de R$ 103.167.769,52 para R$ 249.687.186,62.

Na segunda etapa, com a incorporação da ONE PROPERTIES pela BR PROPERTIES, a Recorrente recebeu ações da incorporadora BR PROPERTIES avaliadas em R$ 613.675.710,00.

Basicamente, a Autoridade Fiscal entendeu que o ganho tributável seria resultante da diferença entre o valor final (R$ 613.675.710,00) e o valor registrado antes dos aumentos de capital na ONE PROPERTIES (R$ 103.167.769,52). Por outro lado, depois de ter sido provocado em Impugnação apresentada pela Contribuinte autuada, o órgão julgador de primeira instância entendeu que o ganho tributável correto deveria ser calculado pela diferença entre valor final (R$ 613.675.710,00) e o valor do investimento registrado após os aumentos de capital na ONE PROPERTIES (R$ 249.687.186,62).

Documento nato-digital

Como se nota, a divergência entre a Autoridade Fiscal e o órgão julgador de primeira instância, que se encontra no cerne do Recurso de Ofício, refere-se ao custo do investimento alienado. **A Autoridade Fiscal entendeu que o custo do investimento a ser considerado na base tributável corresponderia ao montante de R$ 103.167.769,52, enquanto que a DRJ entendeu que o valor levado ao lançamento a esse título deveria ser R$ 249.687.186,62**.

Em outras palavras, segundo a Autoridade Fiscal, o acréscimo de R$ 103.167.769,52 para R$ 249.687.186,62 – percebido pela Recorrente em razão dos aumentos de capital na investida terem sido integralizados por outras entidades – deveria integrar a base de cálculo do lançamento, e desse entendimento o órgão julgador de primeira instância discordou.

A razão para a divergência entre a Autoridade Fiscal e o órgão julgador de primeira instância é pontual, e refere-se à exegese do art. 428 do Regulamento do Imposto de Renda vigente à época dos fatos, abaixo reproduzido:

> ***Art. 428.*** *Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na percentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada.*
>
> *Parágrafo único. Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, decorrentes da variação no percentual de participação, no capital da investida, terão o tratamento previsto no art. 394.*

Conforme restou bem claro no Termo de Verificação Fiscal, segundo a Autoridade autuante, esse dispositivo conteria a previsão de uma hipótese de diferimento da tributação (fl. 1419):

> *45 Acontece que a restruturação realizada em novembro de 2011 resultou em ganho de capital por diluição de participação no capital social da investida, não tributável, a teor do disposto no artigo 428 do RIR/99,* ***mas apenas enquanto não alienado o investimento****:*
>
> > Art. 428. Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na percentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, § 2º, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso V).
>
> *46 Nesse passo, correto é considerar como custo, para efeito de cálculo do ganho de capital, o valor da participação societária no patrimônio líquido levantado em 30/06/2011, antes da participação da SAÍRA, entre o entendimento da Autoridade Fiscal e o que fora adotado.*
>
> *(destaque acrescido)*

Com esse entendimento a DRJ não concordou. Segundo o órgão julgador de primeira instância, o dispositivo em tela prevê hipótese de não incidência, e não de diferimento da tributação (fl. 1822):

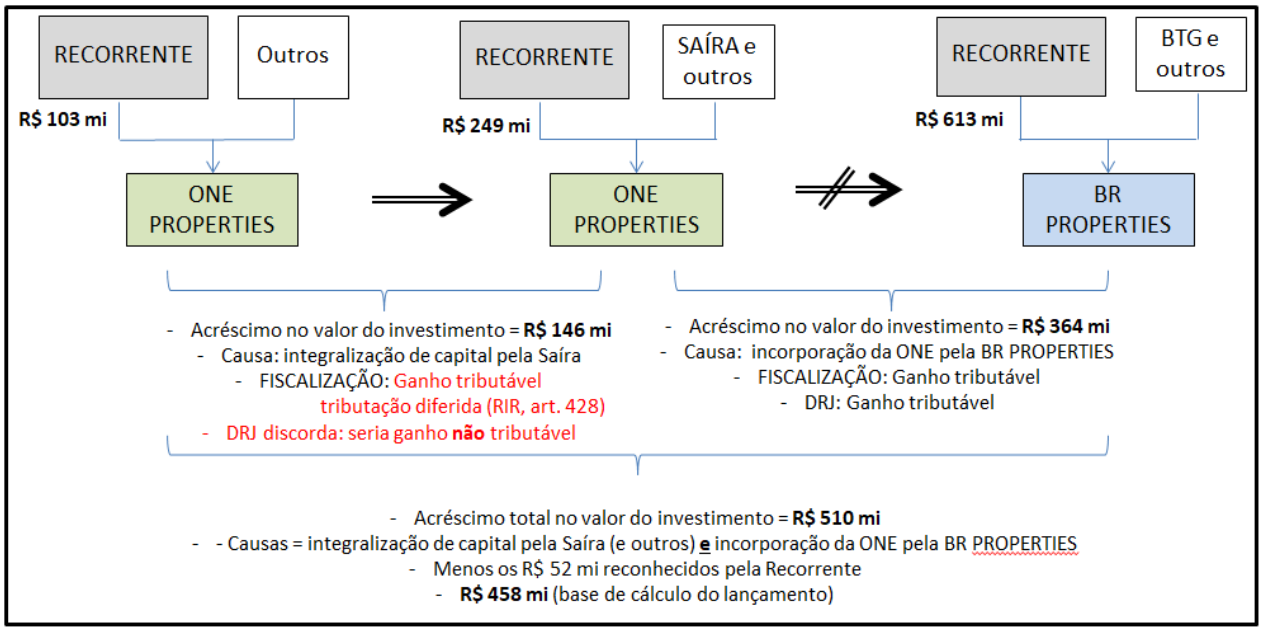
> *A definição pela autoridade lançadora do custo do investimento com base no valor da participação societária no patrimônio líquido de junho de 2011, valendo-se da regra prevista no art. 428 do RIR/99, não se mostra correta, pois tal dispositivo trata da não tributação do ganho ou perda de capital pela variação na percentagem da participação na sociedade investida.*

Documento nato-digital

> Art. 428. Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na percentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, § 2º, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso V).
>
> Parágrafo único. Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, decorrentes da variação no percentual de participação, no capital da investida, terão o tratamento previsto no art. 394 (Lei nº 9.249, de 1995, art. 25, § 6º).

Quando o mencionado preceito dispôs que o ganho ou a perda de capital por variação na percentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada não seria objeto de tributação, está a se tratar de uma regra de não-incidência, evento que nada tem a ver com a formação da base de cálculo do tributo.

Como se nota, a razão da divergência entre a Autoridade Fiscal e o órgão julgador de primeira instância é realmente bastante pontual. Esquematicamente, a situação em tela pode ser assim representada:



De fato, estamos diante de uma questão bastante interessante. Afinal, a disposição legal consolidada no art. 428 do RIR/99 prevê hipótese de diferimento da tributação ou de não incidência tributária?

Primeiramente, é preciso deixar bem claro que, na situação em tela, o acréscimo percebido pela Recorrente em razão de aumentos no capital da ONE PROPERTIES terem sido integralizados por outras sociedades que não a Recorrente **constitui, sim, ganho de capital**. O art. 428 é bastante claro nesse sentido: o acréscimo do valor de patrimônio líquido de investimento por variação na percentagem de participação da investidora no capital social da investida foi expressamente qualificado pelo dispositivo como ganho de capital.

Documento nato-digital

No entanto, também é preciso reconhecer que o dispositivo sob exame expressamente estabelece que, nessa hipótese, o **ganho de capital não será computado na determinação do lucro real**.

E cumpre observar que, também sob o ponto de vista da letra expressa da lei, não há qualquer referência a diferimento da tributação. Se realmente se trata de hipótese de diferimento da tributação, ela está implícita, porque expressa na lei ela não está. Esse, certamente, foi o entendimento da Autoridade autuante, e antes que alguém se apresse em reclamar do absurdo que seria exigir tributo com base em uma hipótese legal "implícita", cabe ressaltar, novamente, que a situação em tela encerra, sim, um acréscimo patrimonial, restando presente e devidamente evidenciada, portanto, a materialidade da hipótese de incidência tributária referente ao Imposto sobre a Renda. Dessa forma, em verdade, sob a ótica da Autoridade Fiscal, implícita seria a hipótese de diferimento da tributação, e não a própria hipótese de incidência tributária. E em prevalecendo a tese da Autoridade Fiscal, restaria afastado o entendimento de que o dispositivo conteria a previsão de uma hipótese de não incidência tributária, o que ensejaria o provimento do Recurso de Ofício.

Feitos esses esclarecimentos, e assim delineada a questão, passo a expor a razão fundamental para **minha decisão no sentido de que o dispositivo em tela dispõe sobre uma hipótese de não incidência tributária, e não de diferimento da tributação**. Refiro-me, nada mais, nada menos, ao entendimento da própria Administração Tributária Federal, expresso na Instrução Normativa RFB nº 1.700, de 14 de março de 2017, atualmente em vigor. Na referida Instrução Normativa, a norma legal sob exame encontra-se reproduzida no § 2º do art. 184, abaixo transcrito com destaque acrescido:

> ***LIVRO I***
>
> ***DO IMPOSTO SOBRE A RENDA DAS PESSOAS JURÍDICAS E DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO***
>
> ***[...]***
>
> ***TÍTULO X***
>
> ***DA TRIBUTAÇÃO COM BASE NO LUCRO REAL E NO RESULTADO AJUSTADO***
>
> ***[...]***
>
> ***CAPÍTULO XXXVII***
>
> ***DAS PARTICIPAÇÕES EM COLIGADAS E CONTROLADAS***
>
> ***[...]***
>
> ***Seção IV***
>
> ***Do Resultado na Alienação do Investimento***
>
> ***Art. 184.*** *O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou a perda de capital na alienação ou liquidação do investimento avaliado pelo valor de patrimônio líquido de que trata o art. 178, será a soma algébrica:*
>
> *I - do valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte; e*

Documento nato-digital

> *II - dos valores de que tratam os incisos II e III do caput do art. 178, ainda que tenham sido realizados na escrituração comercial do contribuinte, conforme previsto no art. 182.*
>
> *§ 1º A baixa do investimento deve ser precedida de avaliação pelo valor de patrimônio líquido, com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação da coligada ou controlada, levantado na data da alienação ou liquidação ou até 30 (trinta) dias, no máximo, antes dessa data.*
>
> ***§ 2º Não será computado na determinação do lucro real e do resultado ajustado o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda por variação na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da investida.***

Em análise ao que dispõe sobre o tema a IN RFB nº 1.700, de 2017, chama a atenção o fato de que o dispositivo em tela se encontra exatamente na Seção que trata da tributação sobre o resultado na alienação do investimento avaliado pelo valor de patrimônio líquido. Dessa forma, se a Autoridade Fiscal entendeu que estamos diante de hipótese de diferimento da tributação do momento em que o ganho se origina pelo ingresso de capital de terceiros na investida para o momento em que se der a alienação do investimento, este, na IN RFB nº 1.700, de 2017, seria o *locus* em que a Administração Tributária faria esse esclarecimento.

No entanto, como se depreende da análise integral da Seção pertinente, não é isso que faz a IN RFB nº 1.700, de 2017. Claramente, a IN estabelece que, na alienação do investimento, o ganho que fora percebido em razão da variação na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da investida não será computado na determinação do lucro real e do resultado ajustado.

E para que não reste qualquer dúvida acerca do entendimento da própria Administração Tributária Federal sobre o tema, cumpre destacar que no Anexo II dessa mesma IN RFB nº 1.700, de 2017, restou claro que esse ganho pode ser excluído do lucro líquido na apuração do lucro real (IRPJ) e do resultado ajustado (CSLL) e, ao contrário do que se esperaria caso se tratasse de hipótese de diferimento da tributação, **não é necessário realizar o controle na Parte B**:

ANEXO II
TABELA DE EXCLUSÕES DO LUCRO LÍQUIDO
(Anexo II da Instrução Normativa RFB nº 1.700, de 14 de março de 2017)

Nº	Assunto	Descrição do Ajuste	Aplica-se ao IRPJ?	Aplica-se à CSLL?	Dispositivo na IN	Controle na Parte B? (*)	Adição ou Exclusão Relacionada(*)

[...]

E.077	Investimento Avaliado pelo Valor de Patrimônio Líquido	O ganho reconhecido no resultado por variação na porcentagem de participação no capital social da pessoa jurídica investida.	Sim	Sim	Art. 184, § 2º	Não	-

Como se constata no Anexo II da IN RFB nº 1.700, de 2017, ao estabelecer que a situação em tela autoriza a exclusão do ganho sem a necessidade do controle na Parte B do livro eletrônico de apuração do lucro real e do resultado ajustado, a Receita Federal do Brasil deixa evidente que não se trata de caso de diferimento da tributação. Muito ao contrário, dá ao tema claros contornos de não incidência tributária: exclusão no exercício em que o ganho é reconhecido, sem a necessidade de qualquer controle para adição em exercício futuro.

Documento nato-digital

Neste momento, é importante destacar que, como os negócios jurídicos de que resultaram o acréscimo patrimonial sob exame (de R$ 103.167.769,52 para R$ 249.687.186,62) não foram desconsiderados pela Autoridade Fiscal, os efeitos tributários deles resultantes devem ser reconhecidos de acordo com os contornos jurídicos sob os quais eles foram formalizados. Em outras palavras, se a própria Autoridade Fiscal admitiu como eficazes os negócios jurídicos de que resultaram o acréscimo patrimonial sob exame, não cabe ao órgão julgador desconsiderar os efeitos jurídicos que deles emergem à luz de previsão expressa da lei tributária.

Portanto, tendo em vista o quadro fático considerado pela Autoridade Fiscal – em especial o fato de que não foi questionada a eficácia, perante o Fisco, de quaisquer dos negócios jurídicos entabulados de forma encadeada no presente caso – e considerando, ainda, que a própria Receita Federal do Brasil entende que a norma legal reproduzida no art. 428 do RIR/99 não se refere a hipótese de diferimento da tributação – dando ao tema, inclusive, claros contornos de não incidência tributária –, a decisão recorrida deve ser referendada no ponto em que reduziu o montante da base de cálculo do lançamento.

Por essas razões, voto no sentido de negar provimento ao Recurso de Ofício.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Murillo Lo Visco

Documento nato-digital