



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

Processo nº 10882.721035/2011-12
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1302-002.622 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de março de 2018
Matéria GANHO DE CAPITAL
Recorrentes BRADESPLAN PARTICIPAÇÕES LTDA.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

DESMUTUALIZAÇÃO. ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FIM LUCRATIVO. DISSOLUÇÃO. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO. TÍTULOS PATRIMONIAIS. CUSTO DE AQUISIÇÃO.

A cisão da BOVESPA, associação civil sem fins lucrativos, consoma a devolução dos títulos patrimoniais aos associados. Não tem previsão legal a utilização, por associação civil, de instituto de modificação societária destinado às sociedades anônimas. Tampouco se aplica a atualização de valores dos títulos patrimoniais de associações civis sem finalidade lucrativa com base no Método de Equivalência Patrimonial, próprio para investimentos em coligadas e controladas das sociedades anônimas que visam o lucro. Assim, sujeita-se à incidência do imposto de renda, computando-se na determinação do lucro real do exercício, a diferença entre o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, por pessoa jurídica, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver sido entregue para a formação do referido patrimônio.

ÁGIO. COMPLEMENTARIDADE DAS LEGISLAÇÕES COMERCIAIS E FISCAIS. EFEITOS.

Os resultados tributáveis das pessoas jurídicas, apurados com base no Lucro Real, têm como ponto de partida o resultado líquido apurado na escrituração comercial, regida pela Lei nº 6.404/1976, conforme estabelecido pelo DL. 1.598/1977. O ágio é fato econômico cujos efeitos fiscais foram regulados pela lei tributária, com substrato nos princípios contábeis geralmente aceitos. Assim, os princípios contábeis geralmente aceitos e as normas emanadas dos órgãos fiscalizadores e reguladores, como Conselho Federal de Contabilidade e Comissão de Valores Mobiliários, têm pertinência e devem ser observadas na apuração dos resultados contábeis e fiscais.

REDUÇÃO INDEVIDA DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE TÍTULOS. CUSTO INFLADO COM ÁGIO. REAVALIAÇÃO INTERNA DOS ATIVOS. GLOSA. CABIMENTO

As operações societárias realizada em sequência e em curto espaço de tempo, entre empresas sob o mesmo controle, incluindo a permuta de ativos entre as empresas do mesmo grupo, com reavaliação dos componentes patrimoniais de uma delas, entre os quais, os títulos da Bovespa, seguida de sua imediata absorção pela empresa reavaliada, mediante a incorporação reversa da empresa controladora, que recebera os ativos reavaliados na permuta revela a intenção de manipulação dentro do grupo empresarial deturpando a real situação econômica e patrimonial das empresas. O ágio registrado corresponde, de fato, a mera reavaliação interna de ativos, sendo correta sua glosa no cálculo do ganho de capital.

DESCONSIDERAÇÃO DE ATO OU NEGÓCIO JURÍDICO. NORMA ANTIELISÃO. ART. 116, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. EFICÁCIA PLENA.

Embora não tenha a acusação fiscal se baseado na norma antielisão prevista no art. 116, parágrafo único do CTN, sua utilização não seria vedada. A eficácia de tal dispositivo independe de expedição de novo ato legal ante a existência de rito próprio para a constituição e exigência de créditos tributário em âmbito federal, consubstanciado no Decreto nº 70.235/1972.

A Medida Provisória nº 66/2002, pretendeu estabelecer um rito prévio ao lançamento no qual o contribuinte, caso concordasse com a desconsideração dos atos ou negócios jurídicos pelo Fisco, poderia efetuar, no prazo de 30 dias, o pagamento sem a incidência de multa. Caso discordasse, sofreria o lançamento dos tributos, com aplicação da multa de ofício, que se submeteria, no âmbito federal, ao rito previsto no Decreto nº 70.235/1972.

Com a rejeição dos dispositivos da MP. 66/2002 perderam os contribuintes a oportunidade desse "rito prévio", mas nenhum prejuízo sofreu a aplicação das normas de constituição e exigência do crédito tributário previstas no decreto do PAF, que de resto já regulavam toda a relação processual entre o Fisco e os contribuintes na esfera federal.

MULTA DE OFÍCIO. EMPRESA SUCESSORA. CABIMENTO.

Na hipótese de sucessão empresarial, a responsabilidade da sucessora abrange não apenas os tributos devidos pela sucedida, mas também as multas moratórias ou punitivas referentes a fatos geradores ocorridos até a data da sucessão. (Aplicação da Súmula 554 do STJ)

COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZO E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DE CSLL.

Cabível a compensação de 30% por prejuízo fiscal e base negativa de CSLL de períodos anteriores, tendo em vista a opção externada em sua DIPJ e a existência de saldos compensáveis e a reconstituição da base de cálculo para absorção do prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL do período, apurado na empresa sucedida.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA: CSLL

Por se constituírem infrações decorrentes e vinculadas, nos termos do § 2º do art. 24 da Lei 9.249/1995, aplica-se ao lançamento CSLL as conclusões relativas ao IRPJ.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos em negar provimento ao recurso voluntário, votando pelas conclusões os conselheiros Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Gustavo Guimarães da Fonseca e Flávio Machado Vilhena Dias, e em negar provimento ao recurso de ofício. O Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa solicitou a apresentação de declaração de voto.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Paulo Henrique Silva Figueiredo Rogério Aparecido Gil, Lizandro Rodrigues de Sousa (Suplente Convocado), Flavio Machado Vilhena Dias, Gustavo Guimarães da Fonseca e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Relatório

Trata-se de recursos voluntário e de ofício interpostos em face do Acórdão nº 05-35.726, proferido em 09/11/2011, pela 5ª Turma da DRJ/Campinas/SP, que considerou parcialmente procedente a impugnação apresentada pela interessada, conforme sintetizado na seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2007

REDUÇÃO INDEVIDA DE GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE TÍTULOS. CUSTO INFLADO COM ÁGIO.

Mantém-se o lançamento de IRPJ e CSLL decorrente de acréscimo indevido de ágio ao custo de aquisição do investimento, que reduziu o ganho de capital e, conseqüentemente, o lucro tributável, se constatado pela Fiscalização que o ágio não provém de transação onerosa com terceiros mas foi originado de permuta entre empresas sob controle acionário comum, em função de conjunto de operações, em seqüência e num curto espaço de tempo, entre empresas do mesmo grupo (algumas delas de existência efêmera) para as quais não identificada substância econômica e, portanto, não passíveis de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.

DESMUTUALIZAÇÃO DE BOLSAS DE VALORES. ASSOCIAÇÕES ISENTAS. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO SOB A FORMA DE AÇÕES. SUJEIÇÃO À TRIBUTAÇÃO.

Sujeita-se à incidência do IRPJ e CSLL, computando-se na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, a diferença entre o valor dos bens e direitos recebidos por pessoa jurídica, provenientes de instituição isenta, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver entregue para a formação do referido patrimônio.

REALIZAÇÃO DA RESERVA DE ATUALIZAÇÃO DE TÍTULOS PATRIMONIAIS DE ENTIDADE ISENTA.

Os aumentos nominais de títulos patrimoniais em virtude de majoração do capital social da Bolsa de Valores, contabilizados em contrapartida à conta de reserva de atualização, sujeitam-se à tributação quando da alienação do investimento.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2007

COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZO E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DE CSLL.

Relativamente à parcela da exigência pela qual a autuada responde como contribuinte, acata-se o pedido de redução dos valores devidos em função de compensação de 30% por prejuízo fiscal e base negativa de CSLL de períodos anteriores, tendo em conta a opção externada em sua DIPJ e a existência, nos sistemas informatizados, de saldos compensáveis. Em relação à parcela da exigência pela qual a autuada responde como sucessora por incorporação, verificada a apresentação, pela incorporada, de DIPJ com apuração de resultado negativo, reconstitui-se a base de cálculo para absorção do prejuízo do período.

CSLL. LANÇAMENTO CONEXO.

Aplica-se ao lançamento conexo o mesmo tratamento dispensado ao lançamento principal, em razão da relação de causa e de efeito que os vincula.

O auto de infração do IRPJ, fls. 505/517, traz a descrição das seguintes infrações, *verbis*:

001- GANHOS E PERDAS DE CAPITAL**ALIENAÇÃO DE AÇÕES, TÍTULO E/OU COTAS DE CAPITAL**

Redução de ganho de Capital na alienação de ações, títulos e/ou quotas de capital, em virtude de acréscimo indevido ao custo de aquisição do investimento, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal, anexo e parte integrante do presente Auto de Infração.

Fato Gerador	Valor Tributável ou Imposto	Multa (%)
31/12/2007	R\$ 77.371.023,93	75,00
31/12/2007	R\$ 64.475.853,19	75,00

002 - OUTROS RESULTADOS NÃO OPERACIONAIS**GANHOS AUFERIDOS EM DEVOLUÇÃO DO PATRIMÔNIO SOCIAL DAS ENTIDADES ISENTAS**

Omissão de ganho auferido na devolução do patrimônio social de entidade isenta conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal, anexo e parte integrante do presente Auto de Infração.

Fato Gerador	Valor Tributável ou Imposto	Multa (%)
31/12/2007	R\$ 1.404.775,60	75,00

003 – ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL

REALIZAÇÃO DA RESERVA DE REAVALIAÇÃO

Ausência de cômputo, na determinação do lucro real, da realização de reserva de atualização a valores de mercado dos títulos patrimoniais da Bovespa, decorrente da efetiva realização do bem, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal, anexo e parte integrante do presente Auto de Infração.

Fato Gerador	Valor Tributável ou Imposto	Multa (%)
31/12/2007	R\$ 1.685.730,72	75,00

As infrações 01 e 02 ensejaram exigência reflexa de CSLL por falta de recolhimento.

O acórdão recorrido descreve as apurações feitas pelas autoridades fiscais constantes do Termo de Verificação Fiscal - TVF, das quais, tendo em vista a complexidade das operações, julgo importante transcrever os pontos principais, *verbis*:

As irregularidade apuradas foram contextualizadas no Termo de Verificação Fiscal do qual se extrai:

1) A Contribuinte

A contribuinte é sociedade por cotas limitada e tem por objeto social a participação como sócia ou acionista em outras empresas; o agenciamento da compra e venda de imóveis por conta de terceiros; a administração, a compra e venda de bens imóveis e a realização de títulos e valores mobiliários, tudo conforme seu Contrato Social.

Seu capital social encontra-se distribuído entre os seguintes sócios:

Cotistas	Qtd. Cotas	Percentual do Capital
Elba Holdings Ltda.	3.669.489.775	95,97%
Embaúba Holdings Ltda.	154.124.261	4,03%
Banco Bradesco SA .	1	0,00%
Total de Cotas do Capital Social	3.823.614.037	

2) O Grupo de Empresas

No presente trabalho foram verificadas incorporações e transações efetuadas entre empresas pertencentes ao mesmo grupo, que será, a fim de facilitar a sua compreensão, identificado como Grupo Bradesco.

A seguir são relacionadas as empresas envolvidas com os fatos relatados a seguir, pertencentes ao chamado Grupo Bradesco, com a composição dos seus principais acionistas ou quotistas, conforme informações constantes nas Fichas 50 - Identificação de Sócios ou Titular, das DIPJs entregues por cada umas das empresas e referentes ao ano-calendário de 2007. Ressalte-se, no transcorrer do ano de 2007, essas empresas apresentaram mudanças na distribuição de seu capital social, estando, porém, sempre sob controle direto ou indireto do Banco Bradesco S.A..

1) Elba Holdings Ltda. - CNPJ 07.832.152/0001-08 - Controladora da contribuinte Bradesplan com 95,97% do Capital Social. Tem como acionista controlador Banco Bradesco S.A., com 81,06% do capital total e votante.

2) Bruxelas Holdings - CNPJ 08.427.596/0001-12 - 100% do capital total e votante pertencente à Embaúba Holdings Ltda., foi incorporada pela Bradesplan em 19/10/2007.

3) Embaúba Holdings - CNPJ 07.436.414/0001-07 - 83,51% do capital total e votante pertencente ao Banco Boavista Interatlântico S.A..

4) Banco Boavista Interatlântico S.A. - CNPJ 33.485.541/0001-06 - 100% do capital total e votante pertencente ao Banco Bradesco S.A..

5) Málaga Holdings - CNPJ 08.427.596/0001-12 - 100% do capital total e votante pertencente à Embaúba Holdings Ltda., foi Incorporada pela Bruxelas holdings em 08/06/2007.

6) Banco Alvorada S.A. - CNPJ 33.870.163/0001-84 - 65,31% do capital total e votante pertencente ao Banco Bradesco S.A.

7) Serei Participações em Imóveis S.A. - CNPJ 72.712.201/0001-22 - 48,98% do capital total e votante pertencente ao Banco Bradesco S.A., 37,88% do capital total e votante pertencente ao Banco Alvorada S.A..

8) Companhia Securitizadora de Créditos Rubi - CNPJ 01.222.069/0001-22 - 92,73% do capital total e votante pertencente à Serei Participações em Imóveis S.A..

Como pode ser depreendido da composição acionária das empresas listadas acima, o Banco Bradesco S.A. era, à época dos fatos geradores detalhados a seguir, controlador de todas elas, algumas diretamente e outras indiretamente, como é, por exemplo, o caso da Bradesplan controlada indiretamente através da Elba Holdings, e das Holdings Málaga e Bruxelas, controladas indiretamente através da Embaúba, controlada pelo Banco Boavista que por sua vez tinha 100% do Capital social pertencente ao Banco Bradesco S.A..

3) A Ação Fiscal

A ação fiscal se iniciou em 08/03/2010, com a ciência, por AR, do Termo de Início de Ação Fiscal lavrado em 03/03/2010.

Ressalte-se que parte dos documentos e esclarecimentos prestados pela contribuinte Bradesplan, foram colhidos pela DEINF/SPO, sob abrigo do MPF-Diligência 08.1.66.00.2009.000375-8 e enviados à DRF Osasco, conforme o Memorando nº5/2011/SEPAC/DEINF-SPO/SRRF08/RFB/MF-SP. Em 01/04/2011 foi lavrado Termo de Convalidação e Prosseguimento de Ação Fiscal, convalidando todos os atos praticados sob o abrigo do MPF 08.1.66.00.2009.000375-8.

No curso dos trabalhos também foram colhidos documentos e esclarecimentos diretamente da BM&F BOVESPA S.A. Bolsa de Valores Mercadorias e Futuros, CNPJ 09.346.601/0001-25, sob abrigo do MPF 08.1.13.00-2010-00285-5.

a) A desmutualização

Convencionou-se chamar de "desmutualização" o conjunto de alterações societárias ocorridas no ano de 2007 em que a Bovespa e a BM&F, ambas Associações Cíveis sem Fins Lucrativos, transformaram-se em sociedades empresárias, constituídas sob a forma de sociedades anônimas de capital aberto.

Como resultado das desmutualizações, as pessoas físicas e jurídicas associadas, detentoras dos títulos patrimoniais de ambas as associações (bolsas), passaram a deter ações das companhias (empresas S.A.) criadas no processo e que incorporaram as atividades das antigas Bolsas.

No curso de sua existência a Bovespa efetuou diversas emissões, desdobramentos e cancelamentos de títulos patrimoniais, de modo que na data da desmutualização o patrimônio da entidade era representado por 758 títulos patrimoniais.

Em 28 de agosto de 2007, esses títulos possuíam o valor unitário de R\$ 1.460.194,02, tendo como referência os valores apurados no balanço de 30/06/2007. Nesta data houve uma série de alterações societárias que resultaram na devolução de capital, por meio da entrega de ações da Bovespa Holding S.A. para os detentores de títulos patrimoniais da Bovespa, na proporção de 706.762 ações, com valor unitário de R\$ 2,06, para cada título patrimonial.

Resumidamente, a operação de desmutualização ocorreu da seguinte forma: 1º) criação da Bovespa Holding S.A.; 2º) Cisão parcial da antiga Bovespa; 3º) incorporação do capital cindido, parte diretamente na Bovespa Holding e parte na BVSP (Bovespa Serviços e Participações S.A.); 4º) incorporação pela Bovespa Holding S.A. das ações da BVSP e da CBLC. As atividades desempenhadas pela antiga Bovespa passaram a ser desempenhadas pela BVSP.

Essa operação teve como objetivo transferir as atividades compreendidas no objeto social da associação civil sem fins lucrativos Bovespa, para outra entidade, organizada sob a forma de sociedade anônima e, com a desmutualização, ocorreu a separação entre o conteúdo operacional do título e os direitos patrimoniais, que passaram a estar corporificados em ações da Bovespa Holding S/A.

Os títulos representativos do patrimônio das Bolsas eram contabilizados na conta de ativo permanente das corretoras, ficando sujeito às atualizações periódicas de acordo com as informações fornecidas pela BM&F e pela Bovespa, decorrentes do engrandecimento das Bolsas.

Essas atualizações eram contabilizadas como acréscimos ao valor dos citados ativos, em contrapartida à sub-conta "reserva de atualização dos títulos patrimoniais", dentro da conta "reserva de capital", que compõe o patrimônio líquido das corretoras de acordo com as orientações contidas no COSIF - Plano Contábil das Instituições Financeiras, Capítulo 1, item 11, subitem 3, § 3o.

A Portaria MF nº 785/77 conferiu neutralidade tributária aos referidos acréscimos do valor desses títulos, enquanto mantidos no ativo de seus detentores. Portanto, em função desta Portaria, os aumentos nominais dos títulos patrimoniais em virtude de aumento do capital social das bolsas ficam sujeitos à tributação em caso de extinção ou redução do capital social (a qualquer título) da bolsa de valores.

Através da Solução de Consulta nº 10 de 26/10/2007, em resposta a consulta formulada pela Comissão Nacional de Bolsas de Valores, a Receita Federal do Brasil se manifestou acerca das repercussões tributárias advindas do processo de desmutualização.

Em apertada síntese, na referida consulta fica claro que se aplica, ao processo de desmutualização, a tributação prevista no artigo 17 da Lei nº 9.532/97, segundo o qual deve ser computada na determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro a diferença entre o valor em dinheiro ou o valor dos bens recebidos a título de devolução de patrimônio de instituição isenta e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos entregues para a formação do patrimônio, no caso de pessoas jurídicas sujeitas ao pagamento do imposto de renda com base no lucro real.

b) Os fatos

A Bruxelas Holdings foi constituída em 25/10/2006, com Capital Social de R\$ 1.000,00.

Não teve praticamente nenhuma atividade até 30/05/2007, quando, conforme Ata da Assembléia Geral Extraordinária, promoveu um aumento de capital, com a emissão de 71.000.733 ações ordinárias, sem valor nominal, elevando seu Capital Social para R\$ 54.453.592,72.

O Banco Alvorada subscreveu 26.917.485 destas ações, mediante a conferência de bens, entre eles 22 Títulos Patrimoniais da Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA, no valor de R\$ 29.033.762,12.

Na contabilidade da Bruxelas, foi debitada a conta 13141002 - Títulos Patrimoniais BOVESPA, tendo como contrapartida credora a conta 28111001 - Capital Social Integralizado.

Na contabilidade da Bruxelas Holdings S.A.

Processo nº 10882.721035/2011-12
Acórdão n.º 1302-002.622

S1-C3T2
Fl. 1.410

Data	Cod Conta	Conta	Valor	D/ C	Histórico	Num_Arq uiv
30/05/2007	28111001	Capital Social Integralizado	54.452.592,72	C	Valor referente a integralização de Capital, mediante a emissão de 71.000.733 ações ordinárias	0705000010
30/05/2007	13141002	Títulos Patrimoniais - BOVESPA	29.033.762,12	D	Valor referente de 22 Títulos Patrimoniais Bovespa avalidados pelo critério contábil, mediante conferência do	0705000010

* extraídos dos arquivos magnéticos da contabilidade da Bruxelas Holdings

Em 08/06/2007, houve novo aumento de capital, no valor de R\$ 1.072.851.627,50. Esse aumento de Capital ocorreu em razão da operação de incorporação da Málaga Holdings, que, na ocasião, era a controladora da Bruxelas Holding, ocorrendo o que se convencionou chamar de incorporação às avessas, operação na qual a controladora é incorporada pela sua controlada.

Dentre os lançamentos contábeis representativos desta operação, foi verificado o lançamento a débito da conta contábil 13112058 - Ágio - Títulos BOVESPA, no valor de R\$ 141.846.877,20, tendo como contrapartida credora a conta 21561001 - Credores Diversos por Incorporação.

Na contabilidade da Bruxelas Holdings S.A.

Data	Cod Conta	Conta	Valor	D/ C	Histórico	Num_Arq uiv
08/06/2007	13112058	Ágio - Títulos BOVESPA.	141.846.877,02	D	Valor referente a incorporação da Málaga Holdings Ltda., transferência do saldo contábil da conta Ágio - Títulos Patrimoniais Bovespa, conforme I	0706000030
08/06/2007	21561001	Credores Diversos por Incorporação/Cisao	141.846.877,02	C	Valor referente a incorporação da Málaga Holdings Ltda., transferência do saldo contábil da conta Ágio - Títulos Patrimoniais Bovespa, conforme I	0706000030

* extraídos dos arquivos magnéticos da contabilidade da Bruxelas Holdings

Ou seja, os 22 Títulos Patrimoniais da BOVESPA, recebidos do Banco Alvorada, avaliados em R\$ 29.033.762,12, agora estavam registrados na contabilidade da Bruxelas Holdings acompanhados de um ágio de R\$ 141.846.877,20, oriundos de empresa diversa daquela que possuía originalmente esses títulos.

A incorporada Málaga Holdings também foi constituída em 25/10/2006 com o mesmo valor do capital inicial da sua incorporadora Bruxelas Holdings, ou seja: R\$ 1.000,00.

Da mesma forma que a Bruxelas, não teve praticamente nenhuma atividade até 31/05/2007, quando teve um aumento de seu Capital Social, no valor de R\$ 400.000.000,00, mediante a conferência de 547.952.172 ações da Companhia Securitizadora de Créditos Rubi pela Embaúba Holdings S.A..

Em 05/06/2007, a Málaga Holdings, efetuou permuta de ações com a Serei Participações em Imóveis S.A., através de Instrumento Particular de Permuta de Ações.

A Málaga entregou 399.043.412 ações ordinárias, nominativas-escriturais da Companhia Securitizadora de Créditos Financeiros Rubi, à Serei, tendo recebido na permuta, 71.001.733 ações ordinárias, nominativas-escriturais da Bruxelas Holdings S.A., passando a ser, após essa operação, a controladora da Bruxelas Holdings.

Como resultado desta permuta de ativos, ocorrida entre empresas pertencentes ao chamado Grupo Bradesco e, portanto, sob controle acionário comum, surgiu um ágio referente aos títulos patrimoniais da BOVESPA, no valor de R\$ 141.846.877,20.

Regularmente intimada, em 27/05/2010, a esclarecer o valor da transferência destes títulos, a Serei Participações limitou-se a informar que: "com relação à Permuta de Ações firmada entre Málaga Holdings e Serei Participações, os 22 Títulos Patrimoniais da bovespa foram avaliados pelo valor unitário de R\$ 7.640.000,00, conforme Laudo de Avaliação anexo (DOC 3)".

O Laudo apresentado foi elaborado em 30/05/2007 pela BDO Trevisan Auditores Independentes, a pedido do Banco Alvorada S.A.. Foi tomado como base o valor de uma venda de sete Títulos Patrimoniais da Bovespa, ocorrida em 29/05/2007 e divulgada no site da Bovespa, nesta venda os títulos atingiram o valor unitário de R\$ 7.640.000,00.

Portanto, o ágio registrado na contabilidade da Bruxelas Holdings, na conta contábil 13112058 - Ágio - Títulos BOVESPA, no valor de R\$ 141.846.877,20, por ocasião da incorporação da Málaga Holdings, teve sua origem numa operação de permuta de ativos, dentro de empresas do mesmo grupo, sob controle acionário comum, e sem que houvesse qualquer desembolso financeiro na sua constituição.

Em 30/06/2007 e 31/07/2007, a Bruxelas efetuou ajustes nos valores dos títulos patrimoniais escriturados na conta contábil 13141002 - Títulos Patrimoniais BOVESPA, nos valores respectivos de R\$ 1.942.326,10 e R\$ 1.148.180,22 tendo como contrapartida credora conta contábil 28121011 - Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais.

Na contabilidade da Bruxelas Holdings

Data	Cod Conta	Conta	Valor	D/C	Histórico	Num_Arquiv
30/06/2007	13141002	Títulos Patrimoniais BOVESPA -	1.942.326,10	D	Valor referente, atualização de 22 títulos patrimoniais daBOVESPA, com base no valor unitário de R\$ 1.408.004,01.	0706000129
30/06/2007	28121011	Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais	1.942.326,10	C	Valor referente, atualização de 22 títulos patrimoniais daBOVESPA, com base no valor unitário de R\$ 1.408.004,01.	0706000129
31/07/2007	13141002	Títulos Patrimoniais BOVESPA -	1.148.180,22	D	Valor referente atualização detítulos BOVESPA.	0707000122
31/07/2007	28121011	Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais	1.148.180,22	C	Valor referente atualização detítulos BOVESPA.	0707000122

*** extraídos dos arquivos magnéticos da contabilidade da Bruxelas**

Essas atualizações foram feitas com base nas informações fornecidas pela Bovespa, e foram decorrentes da valorização dos ativos da Bovespa.

Em 24/08/2007, a Bruxelas celebrou com o Goldman Sachs do Brasil Banco Múltiplo S.A. INSTRUMENTO PARTICULAR DE CESSÃO E TRANSFERÊNCIA DE TÍTULOS PATRIMONIAIS DE CORRETORA DE EMISSÃO DA BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO -BOVESPA, através do qual vendeu 12 dos 22 Títulos Patrimoniais da Bovespa. Neste contrato fez parte o Banco Bradesco S.A., na qualidade de interveniente.

Em 31/10/2007, foi efetuado o PRIMEIRO ADITIVO AO INSTRUMENTO PARTICULAR DE CESSÃO E TRANSFERÊNCIA DE TÍTULOS PATRIMONIAIS DE CORRETORA DE EMISSÃO DA BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO - BOVESPA, tendo de um lado o Goldman Sachs do Brasil Banco Múltiplo S.A. e de outro a Bradesplan, uma vez que a Bruxelas já havia sido incorporada pela Bradesplan, e, ainda, como interveniente Banco Bradesco S.A..

Processo nº 10882.721035/2011-12
Acórdão n.º **1302-002.622**

S1-C3T2
Fl. 1.412

Como resultado desta operação, a Bruxelas recebeu o montante de R\$ 91.680.000,00 em 27/08/2007 e a Bradesplan o montante de R\$ 29.220.886,20, em 01/11/2007, sendo este segundo montante referente ao cálculo, previsto no contrato, de percentual do valor recebido pelo Goldman Sachs, pela venda das ações no IPO da Bovespa.

Regularmente intimada em 21/09/2009 a apresentar o demonstrativo do ganho de capital referente à venda destes Títulos Patrimoniais, a Bradesplan apresentou, em 28/09/2009, demonstrativo, cuja cópia foi transcrita abaixo:

Demonstrativo do Resultado Apurado na Alienação De 12 Títulos Patrimoniais da Bovespa

AGOSTO/2007	
Qtde. de títulos Patrimoniais da Bovespa Alienados em Agosto /2007	12
Valor da Venda	91.680.000,00
Baixa do Investimento	(94.893.352,07)
Resultado da Alienação dos Títulos em Agosto/2007	(3.213.352,07)
OUTUBRO/2007	
Valor Recebido por força do Instrumento Particular de	29.220.886,20
Cessão e Transferência de Títulos Patrimoniais de Corretora de Emissão da Bovespa	
Resultado da Alienação dos Títulos em Outubro/2007	29.220.886,20
Resultado Líquido da Alienação dos 12 Títulos em 2007	26.007.534,13

Na contabilidade da Bruxelas Holdings

Data	Cod Conta	Conta	Valor D/C		Histórico	Num_Arquiv
27/08/2007	13141002	Títulos Patrimoniais BOVESPA -	17.522.328,24	C	Baixa custo Títulos BOVESPA	0708000070
27/08/2007	13112058	Ágio - Títulos BOVESPA.	77.371.023,83	C	Baixa agio Títulos BOVESPA	0708000070
27/08/2007	51715003	Prejuízo na Alienação de Investimentos	3.213.352,07	D	Valor referente despesa apurada na venda de 12 Títulos Patrimoniais da BOVESPA para a empresa GODMAMSACHS.	0708000070

*** extraídos dos arquivos magnéticos da contabilidade da Bruxelas**

O custo considerado pela Bruxelas no demonstrativo elaborado, no valor de R\$ 94.893.352,07, e baixado nas contas contábeis 13121002 e 13112058, nos respectivos valores de R\$ 17.522.328,24 e 77.371.023,83, passa a seguir a ser detalhado para melhor compreensão.

Na contabilidade da Bruxelas, como já descrito acima, os 22 Títulos originais foram registrados na conta contábil 13141002 - Títulos Patrimoniais BOVESPA pelo valor da contrapartida do aumento de capital feito pelo Banco Alvorada, ou seja, R\$ 29.033.762,1 um valor unitário de R\$ 1.319.716,46.

Posteriormente, a Bruxelas efetuou ajustes nos valores dos títulos patrimoniais de R\$ 1.942.326,10 e R\$ 1.148.180,22 tendo como contrapartida credora a conta contábil 28121011 - Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais. Esses ajustes, em Agosto de 2007, somados e divididos pelos 22 Títulos, representavam um valor adicional de R\$ 140.477,56 por Título.

Na conta contábil 13112058 - Ágio - Títulos BOVESPA, foi registrado um ágio, na ocasião da incorporação da Málaga Holdings no valor de R\$ 141.846.877,20, referente aos 22 Títulos Patrimoniais, o que dá um valor do ágio unitário de R\$ 6.447.585,33.

Processo nº 10882.721035/2011-12
Acórdão n.º 1302-002.622

S1-C3T2
Fl. 1.413

O custo baixado, referente aos 12 Títulos alienados em Agosto de 2007, foi a soma do valor do custo de cada um dos títulos acrescido do valor do ajuste efetuado e do ágio, conforme detalhado na planilha abaixo.

	22 Títulos	12 Títulos
Custo Contábil dos Títulos	29.033.762,12	15.836.597,52
Ajustes Efetuados	3.090.506,32	1.685.730,72
Ágio	141.846.877,20	77.371.023,93
Custo Considerado pela Bruxelas		94.893.352,17

Portanto, conforme detalhado, do custo considerado pela Bruxelas, R\$ 77.371.023,93 eram referentes ao ágio.

Em 31/08/2007 e 04/09/2007 foram registradas na contabilidade da Bruxelas as novas atualizações dos 10 Títulos remanescentes, na conta contábil 13141002 - Títulos Patrimoniais Bovespa, tendo como contrapartida credora a conta contábil 28121011 - Reserva de Atualização de títulos Patrimoniais. Apesar das datas dos registros contábeis serem 31/08/2007 e 04/09/2007, essas atualizações provavelmente ocorreram antes da operação de desmutualização das Bolsas, ocorrida em 28/08/2007, uma vez que nesta data os Títulos Patrimoniais foram convertidos em ações da Bovespa Holdings S.A..

Na contabilidade da Bruxelas Holdings S A

Data	Cód_Conta	Conta	Valor	D/C	Histórico	Num_Arquiv
31/08/2007	13141002	Títulos Patrimoniais - BOVESPA	545.433,90	D	Valor referente atualizacao de titulos BOVESPA.	0708000088
31/08/2007	28121011	Reserva de Atualizacao de Títulos Patrimoniais	545.433,90	C	Valor referente atualizacao de titulos BOVESPA.	0708000088
04/09/2007	13141002	Títulos Patrimoniais - BOVESPA	541.527,80	D	Valor referente atualizacao de titulo.	0709000057
04/09/2007	28121011	Reserva de Atualizacao de Títulos Patrimoniais	541.527,80	C	Valor referente atualizacao de titulo.	0709000057

* extraídos dos arquivos magnéticos da contabilidade da Bruxelas Holdings

Em 18/09/2007, houve o lançamento da conversão dos Títulos Patrimoniais em ações da Bovespa S.A., por ocasião da desmutualização da Bovespa, ocorrida em 28/08/2007, como já detalhado no tópico "A Desmutualização", em que ocorreu a devolução do capital da antiga bolsa, constituída sob a forma de Associação Civil sem Fins Lucrativos, por meio da entrega de ações da Bovespa Holding S.A., com o valor unitário de R\$ 2,06, na proporção de 706.762 ações para cada título patrimonial.

Na contabilidade da Bruxelas, foi creditada a conta contábil 13141002 - Títulos Patrimoniais Bovespa pelo valor do seu saldo total, R\$ 15.688.037,10 e debitada a conta 13121050 - Outras Empresas, pelo mesmo valor. Tendo restado um saldo credor de R\$ 864,80 na conta 13141002.

Na contabilidade da Bruxelas Holdings S.A.

Data	Cod_Con ta	Conta	Valor	D/ C	Histórico	Num.,Arqu iv
18/09/2007	13121050	Outras Empresas	15.688.037,10	D	Valor referente transferencia de 10 títulos da Bovespa,face serem convertidos a 706.762 acoes de emissão daBovespa Holdings.	0709000065
18/09/2007	13141002	Títulos Patrimoniais - BOVESPA	15.688.037,10	C	Valor referente transferencia de 10 títulos da Bovespa,face serem convertidos a 706.762 acoes de emissão	0709000065

					daBovespa Holdings.	
--	--	--	--	--	----------------------------	--

*** extraídos dos arquivos magnéticos da contabilidade da Bruxelas Holdings**

Na mesma data, 18/09/2007, foi creditada a conta contábil 13112058 - Ágio - Títulos BOVESPA, pelo valor de seu saldo total, R\$ 64.475.853,19, e debitada a recém criada conta contábil 13121050 - Outras Empresas, pelo mesmo valor, sendo o histórico descrito como "valor referente à baixa do ágio para o custo do investimento das ações da Bovespa Holdings"!

Ou seja, o ágio criado em 05/06/2007, na Málaga Holdings, através da permuta com a Serei Participações em Imóveis S.A., a partir deste lançamento, não existia mais, havia sido incorporado ao custo do investimento!

Também foi verificado na conta contábil 13121050 - Outras Empresas um lançamento devedor, no valor de R\$ 72.755,50, referente à valorização do custo unitário das ações da Bovespa. Neste caso, porém, a contrapartida se deu na conta de resultado 41411002 - Ações Bovespa.

Na contabilidade da Bruxelas Holdings S.A.

Data	Cod Conta	Conta	Valor	D/C	Histórico	Num_Arquiv
18/09/2007	13121050	Outras Empresas	72.755,50	D	Valor referente valorização do custo unitário da ação daBovespa Holdings de 2,2197 para 2,23.	0709000065
18/09/2007	41411002	Acoes BOVESPA.	72.755,50	C	Valor referente valorização do custo unitário da ação daBovespa Holdings de 2,2197 para 2,23.	0709000065
18/09/2007	13121050	Outras Empresas	64.475.853,19	D	Valor referente a baixa do ágio para custo deinvestimento das acoes da BOVESPA Holdings.	0709000065
18/09/2007	13112058	Agio - Títulos BOVESPA.	64.475.853,19	C	Valor referente a baixa do ágio para custo deinvestimento das acoes da BOVESPA Holdings.	0709000065

extraídos dos arquivos magnéticos da contabilidade da Bruxelas Holdings

Em 19/10/2007, ocorreu a operação de incorporação da Bruxelas Holdings pela Bradesplan, elevando o Capital Social da Bradesplan de R\$ 3.287.978.618,00 para R\$ 3.436.872.051,00.

Dentre os lançamentos contábeis representativos desta operação de incorporação, foi verificado o lançamento na conta contábil 13121050 - Outras Empresas, exatamente o mesmo código contábil e nomenclatura usada na incorporada Bruxelas, no valor de R\$ 80.236.645,79, tendo como contrapartida credora a conta contábil 21561001 - Credores Diversos por Incorporação/Cisão.

Ou seja, foi transferido o saldo contábil existente na mesma conta contábil na Bruxelas, sem qualquer menção ao ágio constituído. O ágio agora havia simplesmente sumido da contabilidade da Bradesplan, estava definitivamente incorporado ao custo do investimento.

Na contabilidade da Bradesplan Participações Ltda.

Data	Cod Conta	Conta	Valor	D/C	Histórico	Num Arquiv
19/10/2007	13121050	Outras Empresas	80.236.645,79	D	Valor referente a Incorporação da Bruxelas Holdings S.A.em 19.10.2007 com base em 30.09.2007.	0710000103
19/10/2007	21561001	Credores	80.236.645,79	C	Valor referente a	071000010

Processo nº 10882.721035/2011-12
Acórdão n.º 1302-002.622

S1-C3T2
Fl. 1.415

7		Diversos por Incorporação/Cisao			Incorporação da Bruxelas Holdings S.A. em 19.10.2007 com base em 30.09.2007.	3
---	--	---------------------------------	--	--	--	---

* extraídos dos arquivos magnéticos da contabilidade da Bradesplan Participações Ltda.

Para melhor compreensão foi elaborada a planilha abaixo, com o detalhamento da composição do custo original das 7.067.620 ações da Bovespa Holding S.A., agora de propriedade da Bradesplan, desdobrando assim, a origem do valor de R\$ 80.236.645,79.

Composição do "custo" das ações registradas na contabilidade da Bradesplan

Custo original dos 10 Títulos + atualizações	15.688.037,10
Valorização do custo das ações em 18/09/2007	72.755,50
Ágio	64.475.853,19
Total das ações transferidas na incorporação	80.236.645,79

Em 30/10/2007, foi registrada a venda das ações de emissão da Bovespa Holdings, pelo valor de R\$ 162.555.260,00, ocorrida na oferta pública inicial (IPO).

Na contabilidade da Bradesplan foram efetuados os seguintes lançamentos

Data	Cod_Con ta	Conta	Valor	D/C	Histórico	Num_Arq uiv
30/10/2007	13121050	Outras Empresas	80.236.645,79	C	Valor referente a Baixa do custo das 7.067.620 Acoes da Bovespa Holding, vendidas através de Oferta Publica nesta data.	0710000146
30/10/2007	11121001	Banco Bradesco S.A.-Ag. Matriz/SP	162.555.260,00	D	Valor referente ao recebimento pela venda das 7.067.620 Acoes da Bovespa Holding, sendo R\$ 23,00 por acao, vendidas através de Oferta Publica nesta	0710000146
30/10/2007	51315086	Perdas c/ Títulos e Créditos	864,80	D	Valor referente a Baixa do saldo dos títulos patrimoniais da Bovespa Holding, devido transformação dos títulos em acoes.	0710000146
30/10/2007	13141002	Títulos Patrimoniais - BOVESPA	864,80	C	Valor referente a Baixa do saldo dos títulos patrimoniais da Bovespa Holding, devido transformação dos títulos em acoes.	0710000146
30/10/2007	41712003	Receita na Venda de Investimentos	82.318.614,21	C	Valor referente ao ganho apurado na venda de 7.067.620 Acoes da Bovespa Holding, sendo R\$ 23,00 por acao, vendidas através de Oferta Publica nesta	0710000146

* extraídos dos arquivos magnéticos da contabilidade da Bradesplan Participações

Nesta operação, conforme demonstrado acima, a Bradesplan ofereceu à tributação o valor de R\$ 82.318.614,21 como resultado obtido, deduzindo o custo no montante de R\$ 80.236.645,79 do valor de R\$ 162.555.260,00, recebido. Deste custo, o montante de R\$ 64.475.853,19 representa o ágio, que agora não mais aparece segregado do seu custo.

A seguir, os fatos já narrados são sistematizados cronologicamente, a fim de facilitar a sua compreensão:

- 1) 30/05/2007 - NA BRUXELAS - transferência dos 22 Títulos Patrimoniais da Bovespa do Banco Alvorada para a Bruxelas, em contrapartida do aumento de capital. Custo dos títulos R\$ 29.033.762,12
- 2) 31/05/2007 - NA MÁLAGA - recebimento das ações da Companhia Rubi em contrapartida do aumento de capital efetuado pela Embaúba.
- 3) 05/06/2007 - NA MÁLAGA - permuta de ações com a Serei. A Málaga entrega as ações da Rubi para a Serei e recebe, em troca, ações da Bruxelas. Nesta operação é criado o ágio no valor de R\$ 141.846.877,02.
- 4) 08/06/2007 - NA MÁLAGA E BRUXELAS - extinção da Málaga, através de sua incorporação pela Bruxelas. Com isso há a transferência do ágio para a Bruxelas.
- 5) 30/06/2007 - NA BRUXELAS - lançamento da atualização dos títulos no valor de R\$ 1.942.326,10.
- 6) 31/07/2007 - NA BRUXELAS - nova atualização dos títulos, valor R\$ 1.148.180,22.
- 7) 27/08/2007 - NA BRUXELAS - Venda de 12 Títulos para o Goldman Sachs, tendo recebido o valor de R\$ 91.680.000,00. Como parte do custo foi considerado o valor de R\$ 77.371.023,93, referente ao ágio proporcional aos 12 Títulos.
- 8) 31/08/2007 - NA BRUXELAS - nova atualização do valor dos Títulos remanescentes, valor R\$ 545.433,90.
- 9) 04/09/2007 - NA BRUXELAS - nova atualização do valor dos Títulos remanescentes, valor R\$ 541.527,80.
- 10) 18/09/2007 - NA BRUXELAS - conversão dos títulos em ações da Bovespa Holdings S.A., em razão da desmutualização ocorrida em 28/08/2007. Transferência do valor da conta contábil Títulos Patrimoniais Bovespa para a conta Outras Empresas.
- 11) 18/09/2007 - NA BRUXELAS - lançamento contábil da conta Ágio Títulos Bovespa contra a conta Outras Empresas. O ágio remanescente, no valor de R\$ 64.475.853,19, não está mais segregado do custo do investimento.
- 12) 19/10/2007 - NA BRUXELAS e BRADESPLAN - extinção da Bruxelas com sua incorporação pela Bradesplan. Ocorre a transferência das ações da Bovespa Holdings para a Bradesplan pelo valor total de R\$ 80.236.645,79. Não há mais qualquer segregação de valores no custo escriturado.
- 13) 30/10/2007 - NA BRADESPLAN - venda das ações da Bovespa Holdings, recebidas na incorporação da Bruxelas. Valor recebido R\$ 162.555.260,00. Dentro do valor de R\$ 80.236.645,79, referente ao custo escriturado, R\$ 64.475.853,19 eram referente ao ágio que agora estava definitivamente incorporado ao custo.
- 14) 30/10/2007 - NA BRADESPLAN - recebimento de R\$ 29.220.886,20, referente ao valor residual, previsto em contrato sobre a venda dos 12 Títulos Patrimoniais. Este valor foi levado ao resultado do exercício.

c) As empresas de passagem

Como bem destacou Marco Aurélio Grecco (Planejamento tributário. S. Paulo, Dialética, 2004), o elemento relevante quando se está perante uma pessoa jurídica não é apenas a sua existência formal. Em matéria tributária, tão ou mais importante que o preenchimento das formalidades legais para sua constituição é a identificação do empreendimento que justifica sua existência. A criação de uma empresa tem sentido na medida em que corresponda "a vestimenta jurídica de um determinado empreendimento econômico ou profissional". A idéia de empresa é o

núcleo a ser investigado. O Código Civil define no caput do art. 966 que "considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços".

Nesse contexto, quais seriam os papéis da Bruxelas Holdings e Málaga Holdings? Marco Aurélio Grecco cita situações que são perfeitamente aplicáveis nesta situação. Uma delas é a que se chama de "empresa de passagem", que vem a ser uma pessoa jurídica usada apenas para servir de canal de passagem de um patrimônio ou de dinheiro, sem que tenha efetivamente outra função dentro do contexto. Trata-se de uma operação que serve apenas para transmitir um patrimônio ou um determinado recurso. A outra é a "sociedade efêmera" ou de curta duração que nasce para morrer ou para ser extinta tão logo cumpra seu papel em determinada operação.

As empresas Málaga Holdings e Bruxelas Holdings enquadram-se perfeitamente nessas duas situações.

A Málaga foi constituída em 25/10/2006, não teve qualquer atividade até 31/05/2007, quando recebeu as ações da Companhia Securitizadora de Créditos Rubi. Sete dias depois realizou a permuta de ações com a Serei Participações, que deu origem ao ágio. Em 08/06/2007 foi extinta devido à sua incorporação pela Bruxelas. Teve, incontestavelmente, vida efêmera, operou efetivamente de 31/05/2007 a 08/06/2007, durante apenas 9 dias, sendo que neste período teve seu Capital Social aumentado de R\$ 1.000,00 para R\$ 400.000.000,00 e produziu o ágio Títulos Patrimoniais da Bovespa no valor de R\$ 141.846.877,20.

A Bruxelas, também constituída em 25/10/2006, também ficou adormecida até 30/05/2007 e sobreviveu até 19/10/2007 quando foi incorporada pela Bradesplan, transferindo as ações da Bovespa Holdings S.A. já com o ágio, criado na Málaga, incorporado ao custo do investimento. Neste período teve seu capital aumentado de R\$ 1.000,00 para R\$ 3.287.978.617,66

d) O ágio de si mesmo

O Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações da FIPECAFI (Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras, FEA/USP), elaborado por Sérgio de Iudícibus, Eliseu Martins e Ernesto Rubens Gelbcke, em sua 7ª Edição, em seu item "11.7 ÁGIOS OU DESÁGIOS E AMORTIZAÇÃO", abaixo transcrito.

[...]

O ágio gerado em operações internas, também denominado "ágio de si mesmo", é, também, vedado pela Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do Ofício-Circular CVM SNC/SEP nº 1/2007, em seu item 20.1.7:

"20.1.7 "Ágio" gerado em operações internas

A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de "ágio".

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para

subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros.

Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como "arm's length".

Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade." (grifei)

Fica claro que, para efeitos contábeis e societários, o surgimento de ágio, assim como lucro, pressupõe transação onerosa com terceiros, aqui estamos diante de um ágio puramente imaginário.

O ágio sobre os Títulos Patrimoniais da Bovespa foi gerado em uma operação de permuta de ativos entre empresas sob controle acionário comum, do Banco Bradesco S.A., portanto, sem o envolvimento de terceiros, quaisquer que fossem eles.

Os controladores do grupo apenas mudaram os títulos de lugar. Ninguém pagou e ninguém recebeu um centavo sequer por tal movimentação. A riqueza que possuíam antes é exatamente igual à riqueza que continuaram a possuir após as movimentações.

Nos termos postos pela CVM, as reorganizações societárias ocorridas dentro do chamado Grupo Bradesco não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, requisitos indispensáveis para que fossem passíveis de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.

Entretanto, tais desatinos foram contabilizados e o valor desse ágio esdrúxulo foi abatido do lucro tributável.

Fica evidente que deve ser feita a glosa da parte do custo inflado com o ágio produzido, uma vez que tais valores carecem de substância econômica.

e) As operações preocupantes.

Nos fatos verificados no presente trabalho, ficaram evidentes algumas figuras, clássicas no planejamento tributário das empresas, listadas a seguir:

- operações realizadas em sequência: todas as operações foram realizadas no período de 30/05/2007 a 30/10/2007, envolvendo as pessoas jurídicas, Banco Alvorada; Málaga Holdings; Bruxelas Holdings; Companhia Rubi; Serei Participações e Bradesplan e organizadas sequencialmente transferindo os ativos entre as empresas, com o objetivo de aumentar o seu custo. O objetivo almejado pela contribuinte somente foi obtido com a conclusão do conjunto de operações e não com cada operação isoladamente.

- operações invertidas: em 08/06/2007 a Bruxelas Holdings incorporou a Málaga Holdings, que era sua controladora, em uma operação de incorporação às avessas;

- operações entre partes relacionadas: conforme detalhado no item "2) O Grupo de Empresas", todas as empresas estavam sob controle acionário comum, do Banco Bradesco SA;

- uso de sociedades efêmeras: conforme já detalhado no item "as empresas de passagem", as pessoas jurídicas Málaga Holdings e Bruxelas Holdings, tiveram vida efêmera, de curta duração e atividade

- ágio de si mesmo: como já exposto no item "O Ágio de si mesma", trata-se de um ágio gerado internamente, em empresas sob controle acionário comum, sem o dispêndio de qualquer valor monetário.

Mais uma vez citando o professor Marco Aurélio Greco, em sua obra "Planejamento Tributário" (Editora Dialética), no "Capítulo XVI - Operações Preocupantes" elenca algumas modalidades de planejamentos tributários com escassas chances de oposição contra o Fisco.

Tal capítulo parece ter sido escrito sob medida para o presente trabalho, dada a semelhança entre as práticas adotadas pela contribuinte e as operações elencadas pelo renomado mestre. Segue, abaixo, a reprodução dos seus pontos mais importantes.

[...]

g) A autuação

A seguir, as infrações verificadas, passam a ser descritas de forma sistematizada para melhor clareza do presente Termo.

g1) Não tributação dos valores recebidos de entidade isenta a título de devolução do patrimônio.

Em 28 de agosto de 2007, como já exposto no item "A Desmutualização", ocorreu a desmutualização da Bovespa, com a consequente devolução do capital aos detentores dos Títulos Patrimoniais de sua emissão.

A diferença entre o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver entregue para a formação do referido patrimônio, ou seja, o custo do investimento, deve ser computada na determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro conforme disposto no artigo 17 da Lei nº 9.532/97, transcrito abaixo.

[...]

Essa diferença corresponde exatamente ao valor da atualização do custo de aquisição do título patrimonial, registrado no patrimônio líquido da sociedade corretora associada, na conta Reserva de Capital.

A Bruxelas recebeu 22 Títulos Patrimoniais da Bovespa em 30/05/2007 do Banco Alvorada, pelo valor de R\$ 29.033.762,12. O que corresponde ao valor unitário de R\$ 1.319.716,46.

Em 30/06/2007 e 31/07/2007, efetuou ajustes nos valores dos títulos patrimoniais escriturados na conta contábil 13141002 - Títulos Patrimoniais BOVESPA, nos valores respectivos de R\$ 1.942.326,10 e R\$ 1.148.180,22 tendo como contrapartida credora a conta contábil 28121011 - Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais.

Em 24/08/2007, a Bruxelas vendeu 12 dos 22 Títulos Patrimoniais, efetuando a baixa contábil da parcela do custo e das atualizações referente a estes 12 Títulos.

Na data da desmutualização possuía, portanto, 10 Títulos remanescentes. A parcela do valor das atualizações, referentes a estes 10 Títulos, corresponde à diferença entre o custo de aquisição e o valor das atualizações, conforme demonstrado na Tabela I, abaixo.

Tabela I - valores recebidos a título de devolução do capital

	22 Títulos	10 Títulos remanescentes
Atualização do valor do Títulos em 30/05/2007	1.942.326,10	882.875,50
Atualização do valor do Títulos em 30/05/2007	1.148.180,22	521.900,10
Total		1.404.775,60

Portanto o valor de R\$ 1.404.775,60 deve ser adicionado à base de cálculo do IRPJ e da CSLL, com base no artigo 17 da Lei nº 9.532/97 e seu § 3º e corroborada pela Solução de Consulta COSIT nº 10 de 26/10/2007.

g2) Falta de adição ao lucro real da realização da reserva de atualização dos Títulos Patrimoniais.

Como já exposto anteriormente, as atualizações dos Títulos Patrimoniais, em razão do engrandecimento das bolsas, eram contabilizadas como acréscimos ao valor dos citados ativos, em contrapartida à conta reserva de atualização dos títulos patrimoniais.

A Portaria MF nº 785/77 conferiu neutralidade tributária aos referidos acréscimos do valor desses títulos, enquanto mantidos no ativo de seus detentores.

Portanto, em função da Portaria, os aumentos nominais dos títulos patrimoniais em virtude de aumento do capital social das bolsas ficam sujeitos à tributação em caso de alienação do investimento.

Em 24/08/2007, a Bruxelas vendeu 12 dos 22 Títulos Patrimoniais. Na composição do custo destes títulos, conforme também já detalhado anteriormente, e reproduzido abaixo, havia uma parcela referente a essas atualizações.

Tabela II - custo considerado pela contribuinte

	22 Títulos	12 Títulos
Custo Contábil dos Títulos	29.033.762,12	15.836.597,52
Ajustes Efetuados	3.090.506,32	1.685.730,72
Ágio	141.846.877,20	77.371.023,93
Custo Considerado pela Bruxelas		94.893.352,17

Portanto, uma vez que não foi verificada a adição da contrapartida destes ajustes efetuados, no valor de R\$ 1.685.730,72, mantida na conta contábil 28121011 - Reserva de Atualização de títulos Patrimoniais no LALUR da Bruxelas, a mesma deve ser adicionada ao lucro real pela fiscalização.

g3) Apuração a menor do ganho de capital - glosa do ágio.

Conforme já detalhado, em 24/08/2007 a Bruxelas vendeu 12 dos 22 Títulos Patrimoniais da Bovespa adquiridos do Banco Alvorada. Os 10 Títulos remanescentes foram transformados em 7.067.620 ações da Bovespa Holdings S.A., posteriormente transferidas para a Bradesplan, na operação de incorporação ocorrida. A totalidade destas ações foi vendida em 30/10/2007.

Na venda dos 12 Títulos Patrimoniais, foi deduzido do valor oferecido à tributação o custo referente a estes ativos, detalhado na Tabela II, acima. Deste custo, R\$ 77.371.023,93 eram representativos do ágio gerado na operação de permuta.

Na venda das ações da BOVESPA foi considerado o valor de R\$ 80.236.645,79 como o custo do investimento baixado. Na composição deste custo, R\$ 64.475.853,19 eram referentes ao ágio gerado, conforme detalhado anteriormente. Abaixo fica novamente transcrita a composição do custo das ações vendidas pela Bradesplan.

Custo original dos 10 Títulos + atualizações	15.688.037,10
Valorização do custo das ações em 18/09/2007	72.755,50
Ágio	64.475.853,19
Total das ações transferidas na incorporação	80.236.645,79

Portanto, nestas operações, o custo foi inflado pelo ágio gerado na operação de permuta já detalhada, no valor total de R\$ 141.846.877,20.

Diante de todo o exposto, não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento unilateral de acréscimo de riqueza (ágio) em decorrência de uma transação dos sócios com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável, do ponto de vista econômico, tais transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes para merecer registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade e, conseqüentemente, o ágio delas decorrentes não se enquadra na hipótese de dedutibilidade prevista nos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Portanto, foi efetuada glosa no custo dos ativos alienados, no valor de R\$ 141.846.877,20, em função de ágio constituído nessas condições

Intimada do acórdão recorrido em 30/11/2011, que julgou parcialmente procedente o lançamento, a interessada interpôs recurso voluntário em 28/12/2011, no qual repete os argumentos expendidos na sua impugnação, que foram bem descritos na decisão *a quo*, conforme abaixo transcrito:

Ao expor os fatos questiona, de início, a autuação de *atividade de duas pessoas jurídicas* nos termos seguintes:

Os dois autos de infração decorrem, segundo a autoridade fiscal, de quatro valores que, indevidamente, duas empresas do conglomerado Bradesco (Bruxelas Holdings e a impugnante) teriam abatido na apuração do ganho auferido na alienação de ativos. Independente do fato em si, que abaixo será objeto de análise para demonstrar a incorreção da peça acusatória, causa surpresa, de início, que atividade de duas pessoas jurídicas distintas sejam objeto de lançamento no mesmo auto de infração.

Os quatro valores glosados dizem respeito a 22 (vinte e dois) títulos patrimoniais da associação BOVESPA, que a empresa Bruxelas Holdings S/A, CNPJ 08.427.596/0001-12, recebeu em integralização de capital social do Banco Alvorada S/A, CNPJ 33.870.163/0001-84. Dos 22 (vinte e dois) títulos, 12 (doze) foram alienados em 24 de agosto de 2.007 para Goldman Sachs do Brasil Banco Múltiplo S/A, CNPJ 04.332.281/0001-30, pelo valor de R\$ 91.680.000,00.

Na apuração do resultado desta operação de venda, os autos de infração glosam, do custo apurado pelo contribuinte, os valores de R\$1.685.730,72 e R\$ 77.371.023,93.

Os outros 10 títulos patrimoniais da associação BOVESPA foram convertidos em ações do capital da BOVESPA S/A, sociedade anônima nascida com a cisão parcial da mencionada associação, ocorrida em 28 de agosto de 2.007, na base de setecentas e seis mil, setecentas e sessenta e duas (706.762) ações por título patrimonial, no total de sete milhões, sessenta e sete mil, seiscentas e vinte (7.067.620) ações. Em 19 de outubro de 2.007, a empresa Bruxelas Holdings S/A foi, integralmente, incorporada pela sociedade Bradesplan Participações Ltda., CNPJ 61.782.769/0001-01, sendo vertidos todos seus bens, direitos e obrigações para a sociedade incorporadora. No caso específico das ações da BOVESPA S/A, a incorporadora alienou-as dentro do processo de abertura do capital da citada sociedade anônima, na oferta pública ocorrida em 30 de outubro de 2.007.

Os dois outros valores glosados pelo D. agente fiscal, R\$1.404.775,60 e R\$64.475.853,19, constituem-se parcelas do custo destas ações alienadas pela impugnante.

Os valores de R\$1.685.730,72 e 1.404.775,60 foram contabilizados e levados ao custo dos títulos patrimoniais pela Bruxelas Holdings S/A, por corresponderem a acréscimo do valor nominal dos títulos, em decorrência de alteração do patrimônio social da referida bolsa. Tais valores foram lançados a custo dos títulos patrimoniais aqui em discussão por expressa autorização do Decreto-Lei 1.190/70, com a regulamentação que lhe deu a Portaria MF 785/77, procedimento, diga-se, pacífico e de longa data assentado entre os possuidores de títulos patrimoniais das bolsas de valores.

Os outros dois valores de custos questionados, R\$77.371.023,93 e R\$64.475.853,19 correspondem ao ágio lançado ao custo dos títulos patrimoniais pela Bruxelas Holdings S/A, com respaldo no Parágrafo 1º do Artigo 7º da Lei 9.532/97.

O custo dos títulos assim contabilizados, serviram de base para a própria Bruxelas Holdings apurar seu resultado em relação aos 12 títulos vendidos para o Banco Goldman Sachs, bem como para formar o custo das ações que recebeu em substituição aos títulos patrimoniais em decorrência da cisão parcial da associação BOVESPA.

Quando a impugnante absorveu o Patrimônio Líquido da Bruxelas Holdings S/A, parte deste patrimônio, o custo das ações da Bovespa S/A, era composto pelo valor original, mais os acréscimos em razão do aumento do patrimônio social da bolsa e ainda do ágio, numa operação de permuta, como será adiante analisado.

Ao alienar tais ações, a impugnante apurou o resultado da operação tendo como custo dos ativos o valor exato pelo qual os recebeu ao incorporar a Bruxelas Holdings S/A. Como tudo se passou dentro dos estritos limites da lei, reconhecido pelo próprio auto de infração, nada há, portanto, a se exigir da impugnante pela venda de tais ações.

Aborda a **base de cálculo do Auto de Infração**, argumentando que *para glosar os acréscimos ao valor dos títulos em decorrência da equiparação do valor destes ao Patrimônio Social da Bolsa, alega, em síntese, a fiscalização, que o contribuinte não tributou a devolução de patrimônio feita pela associação BOVESPA aos seus associados, e que a contribuinte não adicionou ao lucro líquido a reserva de atualização dos títulos patrimoniais, quando a Portaria MF 785/77 havia tão somente conferido uma neutralidade tributária a tais acréscimos enquanto mantidos no ativo de seus detentores.*

Acrescenta que:

- de fato, nunca houve a tal devolução de patrimônio aos associados por parte da associação BOVESPA, assim como o Decreto-Lei 1.190/70, regulamentado pela Portaria MF 785/77, efetivamente, retirou do campo de incidência tributária os acréscimos em questão.

- Curiosamente, a base dos Autos de Infração, no que diz respeito à glosa do ágio, não é a lei, mas a obra "Planejamento Tributário" de Marco Aurélio Grecco, publicada em 2.004 pela Editora Dialética.

- Conclui o Termo de Verificação fiscal existir uma consonância perfeita entre a obra do celebrado autor e o trabalho fiscal, citando, expressamente, que "Tal capítulo parece ter sido escrito sob medida para o presente trabalho...", para, num arrebatamento final, transcreve 15 (quinze) páginas do livro.

Reproduz excertos do Termo de Verificação para observar que *salta aos olhos, antes de qualquer outro fato, a constatação literal do D. agente fiscal, de que os atos dos quais decorreram o ágio, todos, sem exceção, atenderam a legislação a eles aplicável. O problema, segundo a mesma fiscalização, é que não se enquadraram nos preceitos estatuidos na obra do professor Grecco, o que não permitiria que tais eventos fossem levados a registro no sistema contábil do contribuinte. A primeira questão que surge é, se os atos atendem à legislação aplicável, por que não podem ser levados a registro? Em qual lei está prescrito que só podem ser contabilizados fatos decorrentes de negócios onerosos com terceiros?*

Por mais que a impugnante tenha procurado, não logrou êxito em localizar tal preceito legal entre os dispositivos legais arrolados no Enquadramento Legal dos autos de infração, os quais transcreve.

Conclui não constar da legislação transcrita a exigência lançada, gratuitamente, pelos autos de infração, de que uma operação para ser contabilizada precisa ser onerosa e com empresas sem vínculos societários.

Reporta-se ao Termo de Verificação alegando afirmar com acerto que o ágio apropriado pela impugnante é decorrente de uma permuta, e permuta, como prevista no artigo 533 do Código Civil, é transação onerosa (mesmo que nenhuma das partes tenha experimentado um ganho financeiro, por serem os bens permutados, no caso, economicamente equivalentes), logo a assertiva de que o ágio nascera de operação não onerosa revela-se incorreta e contraditória. E continua:

- quanto à exigência da participação de terceiros na transação, entendida como realizadas por empresas sem vínculos societários, trata-se de norma instituída pela própria fiscalização, pois, em momento algum, há a vedação em toda legislação em vigor, de transações entre pessoas com algum vínculo entre si. Pelo contrário, como ficará demonstrado, a lei fiscal manda que se trate isoladamente cada uma das pessoas jurídicas, considerando-as como totalmente independentes entre si mesmo na constância de vínculos entre elas.

- no presente caso, há, ainda, a interveniência da empresa especializada de avaliação, que incontestavelmente, não mantém vínculo societário, pelo que entende não se sustentarem as exigências.

*Abordando o **Direito**, defende que o lançamento afronta garantias constitucionais do cidadão, relegando o princípio da legalidade e o mandamento de que não se pode lançar tributo sem lei anterior que o estabeleça.*

Expõe que conforme anteriormente descrito, os autos de infração glosam, no custo dos títulos e nas ações alienadas, parte do custo. A glosa recai sobre os acréscimos contabilizados, período a período, para equiparar o valor dos títulos patrimoniais da associação Bovespa ao patrimônio social da entidade e, ainda, o ágio nascido numa operação de permuta.

*Sob o título *Equivalência dos Títulos Patrimoniais ao Patrimônio Social da Bolsa de Valores*, argumenta:*

- por décadas, sem nenhuma contestação da Receita Federal, e em atenção às determinações do Banco Central do Brasil, as instituições financeiras ou equiparadas, detentoras dos títulos representativos do patrimônio social das bolsas de valores ajustaram, mês a mês, o valor destes títulos ao valor do quinhão que representavam no patrimônio da Bolsa e, em contrapartida, sem transitar com estes valores pelo resultado do exercício, contabilizavam o ajuste como reserva de capital no patrimônio líquido;

- os presentes autos de infração insurgem-se contra o procedimento determinado pelo Banco Central do Brasil e já pacífico perante a Receita Federal, sob o argumento de que o tratamento fiscal estatuído no Decreto-Lei 1.190/70 e regulamentado pela Portaria MF 785/77, seria um mero diferimento da tributação para a equivalência contabilizada, e que teria havido uma devolução do patrimônio social da bolsa, entidade isenta, para seus associados, fato que ensejaria uma tributação baseada no artigo 17 da lei 9.532/97. Além de tal artigo versar,

exclusivamente, sobre a tributação de pessoa física, não houve a devolução de patrimônio social, a qualquer tempo, para os associados pela bolsa de valores;

- invoca a fiscalização, ainda, como se fora uma transgressão, a operação de cisão parcial pela qual passou a bolsa de valores que transformou, no sentido mais puro do instituto jurídico, parte do Título Patrimonial em ações da sociedade anônima nascida da cisão parcial, como se tal fato se constituísse em devolução patrimonial;

- Não houve a pretensa devolução patrimonial, não havendo, portanto, qualquer tributação a ser feita a este título. Pura e simplesmente, a mencionada associação passou por processo de transformação, na modalidade cisão, não havendo, portanto, qualquer parcela a ser tributada a título de devolução patrimonial, pois esta não ocorreu.

- A BOVESPA uma associação constituída, basicamente, por Instituições Financeiras, na modalidade de sociedades corretoras de valores transformou-se, cindindo parte de seu patrimônio, destinando-o ao aumento do capital de uma sociedade anônima. O objetivo da novel sociedade seria o de explorar as atividades operacionais antes exercidas pela associação cindida, ou seja, dar curso e local às negociações dos títulos mobiliários. Permaneceu na associação BOVESPA, que continua existindo, o patrimônio não operacional, tudo como descrito no Protocolo de Cisão e Justificativas (doc. anexo).

- Neste ponto, restou configurado um conflito interno da Administração Tributária na interpretação da legislação em vigor, pois duas Soluções de Consulta traçaram caminhos diferentes para uma mesma situação fática.

- De fato, o procedimento adotado pela associação BOVESPA, já houvera sido adotado, aproximadamente dez anos antes, pela CBLC, também uma associação nos moldes da BOVESPA, que se cindiu fazendo surgir uma sociedade anônima, mantendo com a associação os ativos não operacionais, passando a explorar as atividades operacionais.

- O procedimento adotado pelos associados, no caso, foi o de dividir o valor registrado no ativo, representativo da participação cindida em duas partes, uma representando as ações da novel sociedade e outra representando a continuidade de participação na associação. Esta operação não gerou qualquer ganho de capital, como acontece em toda cisão.

- Tal operação foi objeto de uma consulta formal pela ANCOR - Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias que mereceu uma solução, através da Decisão Cosit nº 013, de 10/11/97, confirmando a correção do procedimento adotado (doc. anexo).

- Agora, face à transformação pela qual passou a BOVESPA, nova Consulta foi formulada à Administração Tributária pela Comissão Nacional de Bolsas, solicitando um pronunciamento a respeito do procedimento adotado pelas sociedades corretoras, para espelhar em suas escriturações, o ocorrido com a Bolsa de Mercadorias & Futuros e provocou a formalização da Solução de Consulta Cosit nº 10, de 26/10/07.

- A Consulta formulada pela Comissão Nacional de Bolsas, foi solucionada pela Administração Tributária de forma completamente diferente da anterior, para caso semelhante. Para justificar a diferença na solução dada, alegou a

Administração Tributária alterações na legislação de regência entre um fato e outro.

- Nosso Estado é um produtor inigualável de novas leis, mormente em matéria de tributos, o que, a primeira vista, poderia fazer parecer plausível a premissa da solução da consulta, mas, como se verá, não é o caso.

- A Solução de Consulta Cosit nº 10, de 26/10/07 inicia por negar que a BOVESPA tenha passado por uma operação de cisão, entendendo que tal instituto, previsto na Lei nº 6.404/76, seria privativo das sociedades anônimas e que, portanto, entidades com outros formatos, mormente, as associações, não poderiam sujeitar-se a tal modalidade de transformação.

- Com base na assertiva acima, negando a evidência de fatos incontestáveis e passando por cima da autoridade competente para avaliar o procedimento societário, no caso específico a Junta Comercial do Estado de São Paulo, a solução da consulta sugere que houve uma disfarçada devolução de patrimônio aos associados, que o teriam usado na subscrição do capital de sociedade nova, que teria substituído a velha associação na operação dos negócios com títulos mobiliários representativos de mercadorias e futuros.

- A solução de consulta desqualifica um fato com base num argumento, esquecendo a velha lição dos filósofos gregos de que contra fato não há argumentos. Não caberia aqui discutir-se se o instituto "solução de consulta administrativa" tem a prerrogativa legal de desconstituir um fato, fato, aliás, ratificado pela Junta Comercial, ou se isto, em último caso, seria prerrogativa do Poder Judiciário.

- Caberia, contudo, questionar a base legal invocada para a desconstituição de tal fato, e criação de fato novo, que nunca existiu. Nada impede que sociedade de qualquer forma ou associação lance mão do instituto da transformação na modalidade cisão. Nenhum óbice legal existe.

- As inconsistências e equívocos até aqui descritos não seriam suficientes, contudo, para que a solução da consulta atingisse seus objetivos, pois seria necessário um passo além, a desconstituição de outros fatos já consumados, praticados em estrita consonância com as normas legais vigentes.

- Os ativos patrimoniais foram vertidos do patrimônio da associação BOVESPA para o patrimônio da sociedade anônima que surgiu pela cisão, pelo valor contábil, prerrogativa incontestável inerente ao próprio instituto jurídico, oferecida a quem dele lança mão, seja do ponto de vista societário ou tributário.

- Com isto, na contabilidade dos associados, houve o desdobramento do valor registrado como título patrimonial: uma parte do valor permaneceu idêntica ao do título patrimonial da associação remanescente, e a outra parte passou a equivaler ao valor das ações emitidas, em substituição à parcela do título patrimonial correspondente aos ativos vertidos para a sociedade anônima.

- Em termos de valor absoluto nada mudou na contabilidade dos associados, o valor que antes representava o título patrimonial passou a representar uma quantidade de ações e o título patrimonial.

- Neste momento, ocorria uma correspondência de um para um entre o valor contabilizado das ações na escrituração dos associados e seu valor patrimonial na escrituração contábil da nova sociedade, ou seja, mesmo aceitando o equivocado

entendimento adotado pela Solução de Consulta Cosit nº 10, de 26/10/07, de que houve uma devolução de capital e uma subscrição, ainda assim, nada havia por tributar, pois cada associado recebeu o valor "x" para um custo contabilizado de "x" e integralizou este ativo também pelo valor de "x".

- Onde estaria o ganho não operacional apontado pelos Autos de Infração? De fato, ele nunca existiu.

- Portanto, para os objetivos do fisco, era preciso fazer mais, era preciso desfazer toda a contabilidade dos associados, desconsiderar todas as Declarações de Rendimentos apresentadas ao longo dos anos, ignorar os livros de apuração da base imputável dos tributos de todos os exercícios, homologados, prescritos, não importa, para de qualquer forma apurar um novo custo contábil para os tais títulos, de forma a se verificar base imponible dos tributos.

- As sociedades corretoras, instituições financeiras, estão subordinadas à autoridade do Banco Central do Brasil, como também, em razão de constituírem-se operadoras no mercado de capitais, encontram-se subordinadas ao controle da Comissão de Valores Mobiliários, autoridades estas que disciplinam a operação e funcionamento destas empresas.

- Estes Órgãos emanaram normas a serem seguidas na escrituração e acompanhamento destes títulos patrimoniais, mormente a Circular BCB 1.273/87 e Ofício-Circular CVM 325/79.

- Assim, a apuração do valor dos títulos patrimoniais, seja do ponto de vista societário, seja do ponto de vista fiscal, teve ao longo dos anos regras muito claras e definidas, e o valor registrado na escrituração contábil e fiscal, à data da cisão ou venda dos títulos, só poderia ser contestado se alguma das instituições associadas deixasse de seguir o procedimento imposto pelo Banco Central ou pela CVM, e, por que não dizer, pelo próprio fisco.

- O que é inaceitável, num Estado de direito, é uma regra que vigorou ao longo dos anos, seja, subitamente, contestada de forma retroativa, ignorando as imposições do BACEN, da CVM e do próprio Fisco.

- As regras do BACEN e da CVM impunham que os associados, ao apurar seu balanço patrimonial, fizessem a correspondência entre o valor do patrimônio da Bolsa e a fração representada pelo título. A contrapartida da diferença, resultante entre o valor anteriormente contabilizado e o novo valor, havia de ser lançada diretamente nas contas do Patrimônio Líquido e, no momento oportuno, levado ao capital, aumentando-o, quando o valor representasse mais valia ou diminuindo-o, quando este valor representasse perda.

- Por seu turno, a BOVESPA teria também de aumentar ou diminuir, de pronto, o seu capital, para espelhar a superveniência ativa ou passiva, como se pode ver de seu Estatuto. Destarte, tanto a BOVESPA como os associados, estavam impedidos de distribuir tais resultados, característica prevista no Código Civil para as associações.

- Por outro lado, a legislação tributária sempre deferiu isenção aos valores de reservas incorporados ao capital, o sócio não é tributado quando a sociedade aumenta o capital a partir de reservas, questão que será melhor adiante abordada.

- O único pronunciamento formal e específico da Administração Tributária sobre a matéria é a Portaria MF 785 de 20/12/77, que consagra o procedimento

estabelecido pelas autoridades que controlam as instituições e reconhece a não incidência tributária sobre a matéria, ao afirmar que esta mais valia "não constitui receita nem ganho de capital", o auto de infração, ao contrário, está afrontando literalmente os termos da Portaria. A única condição imposta pelo texto é a de que não houvesse a distribuição destes resultados e ele fosse incorporado ao capital.

- o valor, portanto, destes títulos, na escrituração dos associados, ao momento da cisão ou da venda, refletia a imposição das autoridades e o tratamento tributário que lhe foi deferido pela legislação.

- Eis que Solução de Consulta Cosit nº 10, de 26/10/07, negando tudo isso, pretendeu estabelecer nova regra para apurar o valor destes títulos. Não se sabe com que fundamento, entende que os títulos sejam considerados por valor de aquisição.

- Tal entendimento significa desqualificar a escrituração contábil e arbitrar o lucro, mudar a regra do jogo já encerrado. Pior, a escrituração foi feita estritamente dentro dos parâmetros da lei, observando rigorosamente o que as autoridades determinaram, e, ainda assim, merece aos olhos da solução da consulta ser desqualificada.

Reporta-se aos arts. 2.033 e 44 do Código Civil, para defender que a Solução de Consulta nº 10, de 26/10/2007 se fundamenta em premissa inválida e que o procedimento adotado pela impugnante observou disposições legais. Em suas palavras:

- A disposição da lei é literal, o instituto da cisão aplica-se às associações, sendo, portanto, falaciosa a afirmativa de que o "instituto da cisão, disciplinado nos arts. 229 e segs. da Lei nº. 6.404, de 1976, e no art. 1.122 da Lei nº. 10.406, de 2002, só é aplicável às pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob a forma de sociedade".

- A premissa sobre a qual se baseou a solução de consulta, anteriormente citada e que norteou a lavratura do presente auto de infração, embora ela não tenha sido citada, é falsa, o que a faz ruir por terra. A falsa premissa, de que só podem se submeter às modalidades de transformação previstas no Código Civil Brasileiro as sociedades anônimas, não se sustenta contra uma singela análise do próprio Código Civil, que traz um rol de entidades aptas a passar por essas transformações.

- Essa infundada premissa, trazida pela solução de consulta, tinha como objetivo negar que o instituto jurídico utilizado pela BOVESPA, por ocasião de suas transformações, tenha sido uma verdadeira operação de cisão, pois, por sua lógica imprópria, às associações era vedada tal medida. No entanto, a operação de cisão feita pela BOVESPA, seguindo os ditames legais e registrada regularmente pelo Registro de Comércio é regular e legal e, portanto, desencadeia todas as consequências que a lei lhe atribui.

- A cisão não implica em distribuição do patrimônio cindido para os associados, há uma versão direta deste patrimônio da pessoa jurídica cindida para a pessoa jurídica resultante. Para o associado só há uma troca de ativo, ele participava na primeira e agora participa na segunda, sempre pelo mesmo valor. Isto acarreta uma consequência inexorável, ainda que houvesse ganho na operação, o que pela própria definição do instituto não existe, ainda assim, este ganho não se teria realizado. Não havendo realização de ganho, não haveria o que se tributar, pois a base impositiva é a renda, o lucro.

- Tal argumento já seria o bastante para encerrar toda discussão, demonstrando serem os Autos de Infração complementemente insubsistentes, pois se assentam na falsa premissa de que houve um repasse do patrimônio da bolsa para o recorrente na qualidade de associado da BOVESPA.

- A impugnante apurou o resultado da alienação do título contra o custo do mesmo, constante de sua escrituração contábil, exatamente como manda a lei do ganho de capital, transcrita pela própria fiscalização, o que tornam os autos de infração e a ação fiscal absolutamente improcedentes.

- O pretense ganho apontado pela ação fiscal decorre do fato de que esta se afastou da escrituração contábil e fiscal, para buscar critério estranho e sem previsão legal, baseada num "princípio", o que, por si só, já seria o bastante para ruir toda a tese defendida pelo D. agente fiscal.

- Conforme antes exposto, esta diferença entre o valor histórico de aquisição do Título Patrimonial e o valor contábil presente, decorreu da metodologia imposta pelo BACEN e pela CVM como tratamento contábil para o investimento em Título Patrimonial. Ano a ano, era feita a equivalência entre o valor contábil e o Patrimônio Líquido da Bolsa, como no período este cresceu, também o valor correspondente do investimento na contabilidade do associado aumentou de forma alinhada.

- O método é muito semelhante ao da equivalência patrimonial, a diferença consiste em que na equivalência seu resultado transita pelas contas de resultado do exercício para depois ser excluído no momento de apuração do lucro real, base de cálculo do imposto, e, neste, o resultado é apropriado diretamente ao patrimônio líquido, sem transitar por conta de resultado. Repita-se, tal alinhamento de valores não era opção do associado, como também não o era a capitalização do aumento do patrimônio líquido pela Bolsa (Art. 10 da Resolução BACEN 1.656/89), tratando-se de uma imposição legal.

- o tratamento fiscal desta atualização do Título Patrimonial, com base na evolução do patrimônio da Bolsa foi, literalmente, disciplinado pela Portaria MF 785/77, que se escuda na letra "m" do artigo 223 do Regulamento do Imposto de Renda vigente à época, que relaciona os valores a serem excluídos do lucro líquido para efeito de se apurar o lucro real, da seguinte forma:

a) O acréscimo do valor nominal dos títulos patrimoniais das Bolsas de Valores, em decorrência de alteração do seu patrimônio social, não constitui receita nem ganho de capital das sociedades corretoras associadas e, por isso, pode ser excluído do lucro real, desde que não seja distribuído e constitua reserva para oportuna e compulsória incorporação ao capital.

b) Aos aumentos de capital assim procedidos aplica-se o disposto no Decreto-lei nº. 1.109/70, art. 3º, §3º.

- A base legal da portaria ministerial era o art. 3º, caput, do Decreto-Lei 1.109/70 (que transcreve) cujas regras continuam em vigor até hoje, pois não foram revogadas.

Art. 3º - Os aumentos de capital das pessoas jurídicas mediante incorporação de reservas ou lucros em suspenso não sofrerão tributação do imposto de renda.

(...)

§ 3º - Ocorrendo a redução do capital ou a extinção da pessoa jurídica nos cinco anos subseqüentes o valor da incorporação será tributado na pessoa jurídica como lucro distribuído, ficando os sócios, acionistas ou titular, sujeitos ao imposto de renda na declaração de rendimentos, ou na fonte, no ano em que ocorrer a extinção ou redução.

Expõe, então, que:

- Antes de demonstrar a não revogação desta base legal, é preciso traçar um paralelo entre o disposto no Decreto-Lei 1.109/70, com a regulamentação do Decreto 785/77, e a legislação da reavaliação de ativos: (i) a Portaria Ministerial, com base no Decreto-lei, cria uma não incidência, enquanto o disciplinamento da reavaliação faz apenas um diferimento, assim, a regra aplicável é de que a mais valia não constitui receita nem ganho de capital, é definição de substancia não de tempo, não é ganho de capital, e, portanto, não haverá ajuste no lucro líquido para efeito de apuração de resultado tributável; (ii) ficam muito bem caracterizados os fatos subjacentes aos dois casos, reavaliação é uma coisa e outra é o aumento do valor dos títulos em razão do aumento do patrimônio das bolsas, pontos que serão melhor analisados adiante.

- A Lei nº 8.849/94 renovou a regra de não incidência criada pelo Decreto-Lei 1.109/70, ao estabelecer algumas situações de relaxamento à proibição de redução do capital aumentado sob a não incidência do tributo, situações em que, mesmo reduzindo-se o capital dentro do período quinquenal, tal fato não implicaria na tributação do valor capitalizado ou mantido em reservas.

- De novidade, a Lei nº 8.849/94 deixou explícito que a não incidência atinge também os aumentos de capital com lucros, ainda que não tributados, o que era até desnecessário, pois, para excetuar estes lucros, a lei haveria de deixar explícita a exceção, não cabendo ao intérprete distinguir o que a lei não distingue.

- Posteriormente, a Lei nº 9.064/95 deu nova redação ao artigo 3º da Lei nº 8.849/94, mantendo a regra geral intacta, ou seja, a não incidência sobre o aumento de capital, disciplinando com maiores detalhes as questões relativas à extinção da empresa que capitalizou lucros e a redução de capital, mas, repita-se, manteve intacta a regra de não incidência sobre o aumento do capital com reservas ou lucros e a extensão da não incidência para sócios e acionistas, conforme se depreende da análise do artigo 3º da lei 8.849/94, com a redação que lhe deu a Lei 9.064/95, o qual transcreve para defender que está incólume a regra criada pelo Decreto-Lei 1.109/70, que ensejou e deu suporte legal à edição da Portaria MF 785/77.

E continua:

- Não houve, em qualquer momento, a revogação explícita da mencionada Portaria, não havendo outro entendimento possível que não seja o de que ela está em pleno vigor, tanto que a regra consta do atual Regulamento do Imposto de Renda, artigo 658 e seus parágrafos.

- Assim, torna-se imperioso se acatar que a Portaria 785/77, para além de ratificar que a mais valia oriunda do alinhamento do valor contábil, registrado como representativo do título patrimonial ao valor do patrimônio que ele representa, não constitui receita ou ganho de capital, serviu para enquadrar o fato no arcabouço de nosso ordenamento jurídico tributário.

- Esta mais valia não é reavaliação ou qualquer outro instituto, ela é, exatamente, o fato disciplinado pelo Decreto-lei 1.109/70, que se caracteriza pela constituição de uma reserva em contrapartida do aumento do valor do título patrimonial pelo aumento do patrimônio da Bolsa de Valores que o emitiu, valor este que não transita por contas de resultado.

- Assim, não há princípio que possa transformar este fato em qualquer outro, pois ele tem vida, natureza e tratamento próprios na legislação, ele não está sujeito a tratamentos gerais e genéricos, pois, conforme disposto na Lei de Introdução ao Código Civil, a lei geral não poderá revogar a lei específica, menos ainda, a lei específica que definiu as regras de tributação poderá ser subjugada por mero raciocínio, ou pela criação do tal "princípio da neutralidade".

- Neste ponto é inevitável dizer que o princípio que de fato existe, em matéria tributária, é o princípio constitucional da reserva legal, que determina que não ocorra cobrança de tributo sem lei anterior que o estabeleça.

- Outra constatação decorrente da análise da legislação que rege o tratamento tributário do fato levantado pela fiscalização, é a de que a não incidência do tributo sobre a mais valia decorrente da equiparação do título ao seu valor patrimonial, não é um deslocamento provisório do momento da tributação, mas um tratamento tributário definitivo, pois, quando a lei quer fazer apenas um diferimento, ela estabelece, necessariamente, o fato futuro que resolverá o diferimento e o momento que o tributo passará a ser devido. Já no caso que aqui se discute, a lei não vincula qualquer fato futuro.

- A única condição imposta pela legislação de regência para que o resultado decorrente dessa equiparação do valor do título ao patrimônio da entidade emissora dele permanecesse fora do campo de incidência tributária, é que no período de cinco anos este resultado não fosse distribuído aos acionistas.

- Portanto, o custo do título patrimonial alienado é o valor constante da escrituração do impugnante, elaborada em total obediência às regras emanadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários e Receita Federal, e o ganho de capital foi apurado com base na regra do artigo 418 do Regulamento do Imposto de Renda, que reproduz.

- Inexiste para o presente caso qualquer disposição especial, e aceitar-se o procedimento pretendido pela presente ação fiscal implicaria em se admitir um arbitramento de lucro sem qualquer base legal, o que se traduziria em confisco puro e simples. O confisco ou a cobrança de tributo sem base legal afronta a Carta Magna, pelo que não podem prosperar os presentes autos de infração.

- Assim, foi analisada toda a trajetória de formação do custo do título alienado, restando constatado que tudo foi feito com lisura, em total obediência à legislação em vigor, pois, do ponto de vista contábil, foram atendidas as normas de BACEN e CVM, registrando-se a contrapartida e aumento de valor do título como reserva no Patrimônio Líquido, e, no momento da alienação, o ganho de capital foi apurado com base no custo contábil registrado.

- A discussão, desta forma, seria se, no momento da alienação, além do ganho de capital apurado nos termos acima, haveria alguma exação adicional, o que foi de pronto afastado, pois a legislação criou uma não incidência de tributos sobre a reserva constituída em contrapartida do aumento do valor do título em razão de sua equiparação ao patrimônio social da entidade emissora.

- Outra questão, seria se esta não incidência tributária era provisória, vinculando-se a ocorrência da tributação a algum evento futuro, hipótese também absolutamente descartada, pois não há qualquer fato futuro descrito na lei como capaz de descaracterizar a não incidência.

- Não é verdade, assim, que a tributação fora transferida para outro momento, até porque não fica claro que momento é este, como se isso pudesse ficar em aberto, algo inadmissível no Estado de Direito.

Transcreve novamente teor da Portaria MF 785/77, para destacar :

- Impossível encontrar neste texto uma postergação do momento da tributação, pois a lei estabelece que não ocorre o fato gerador do tributo, portanto, é impossível cobrá-lo a qualquer tempo, em respeito à Constituição Federal, que veda a cobrança de tributo sem lei anterior que o defina e o confisco.

- Não se poderia entender que o Decreto-Lei 1.109/70 tenha criado um diferimento provisório do tributo, pois, para não pairar qualquer dúvida, o parágrafo primeiro de seu artigo 3º, deixa clara a natureza do instituto criado, ao estabelecer que a não incidência estabelecida neste artigo se estende aos sócios ...”. Trata-se, assim, de uma não incidência, não de um diferimento, razão pela qual não poderá prosperar, de forma alguma, a presente ação fiscal.

Aborda a exigência de CSLL, alegando que a ela se aplica a argumentação expendida para o IRPJ e acrescentando que:

- A base impositiva desta contribuição é o lucro líquido do exercício, com ajustes, todos previstos, explicitamente, em lei. Por definição legal, o ajuste do valor dos títulos não transitava pelas contas de resultado da pessoa jurídica, compondo diretamente o patrimônio líquido, portanto, não fazendo parte do lucro líquido.;

- Como não há previsão de ajuste do lucro líquido na lei para refletir a valorização dos títulos, não haveria como se cogitar da incidência da CSLL sobre estes valores, sendo, assim, ainda mais arbitrária e equivocada a exigência fiscal com relação à contribuição em questão.

Acerca de **ágio na permuta de ações**, argumenta que assertiva do próprio agente fiscal, de que todos os atos atenderam a legislação aplicável, é absolutamente correta, e, assim, os procedimentos adotados não merecem qualquer reparo. Não se discute que a lei em vigor por ocasião dos fatos deve regê-los, e não a posição isolada de um doutrinador ou legislações posteriores ou anteriores aos fatos. É pacífico em nosso ordenamento e literal no artigo 106 do Código Tributário, que a lei só se aplica a fato pretérito para beneficiar o contribuinte, e ainda assim, em situações específicas e descritas no próprio CTN. A aplicação da lei, ainda não em vigor por ocasião dos fatos, fere de morte o princípio da legalidade, garantia máxima deferida pelo texto constitucional ao contribuinte, conforme disposto em seu art. 150. E continua:

- Nos presentes autos, a Administração Tributária reconhece, formalmente, que o procedimento adotado pelo contribuinte não fugiu do procedimento estabelecido em lei, que este adequou-se à lei, mas o apenas do mesmo modo. A regra constitucional acima posta é o pano de fundo sobre o qual se haverá de ser avaliado o procedimento fiscal.

- A primeira acusação sacada pelos autos de infração é que o procedimento adotado, embora legal, não poderia ser aceito pelo fisco, pois "não é concebível,

econômica e contabilmente, o reconhecimento unilateral de acréscimo de riqueza (ágio) em decorrência de uma transação dos sócios com eles próprios".

- A questão colocada é se as operações de subscrição de capital, redução de capital, incorporação e permuta realizadas entre as empresas envolvidas, relacionadas nos autos de infração, todas interligadas ao Banco Bradesco S/A, ou, como quer a fiscalização, pertencentes ao Conglomerado Bradesco, são ilegais pelo fato de pertencerem ao mesmo grupo empresarial.

- Esta é a primeira parte da premissa posta pela fiscalização para justificar a glosa realizada. Os autos de infração deixam claro que somente seria aceita a incorporação do ágio ao custo do ativo, prevista no parágrafo Iº do artigo 7º da lei 9.532/97, se o ágio decorresse de operação com terceiros e onerosa.

- É patente que as duas condições impostas pela fiscalização não constam, de pronto, do texto legal, tendo o D. agente fiscal expressamente reconhecido tal fato.

- Vejamos, pois, a primeira parte da premissa, a questão das operações dentro do grupo empresarial frente à lei, para em seguida, voltarmos à questão da onerosidade. Fica implícito na concepção da fiscalização, e na leitura que a fiscalização faz do doutrinador que invoca, que estas operações intra-grupo são um nada, um mero artifício, pelo que não merecem registro no sistema contábil.

- Seria o tratamento adotado pela fiscalização a expressão da nossa tradição contábil-fiscal? Seria este o tratamento deferido pelas leis comerciais e tributárias a tais operações? Longe disso. A primeira e única tentativa de tratar as operações de um mesmo grupo de empresas englobadamente foi a prerrogativa dada aos contribuintes pelo artigo 2º do Decreto-Lei 1.598/77, que transcreve e que prevê hipótese afastada do ordenamento jurídico quando o Decreto-Lei 1.648/78 em seu artigo 5º revogou tal dispositivo.

- Destarte, as pessoas jurídicas pertençam ou não ao mesmo grupo empresarial, haverão de ser tratadas individualizadamente para efeitos tributários, cada uma apurando seu próprio tributo e o recolhendo, aplicando-se, isonomicamente, a legislação em vigor para cada uma delas.

- Não se sustenta, pois, a pretensão vazada nos autos de infração. Embora pertencentes ao mesmo grupo, as empresas são, efetivamente, terceiros em relação umas às outras. Do ponto de vista fiscal são terceiros, mas isto não é uma condição imposta pela legislação como condicionante a que se incorpore o ágio ao custo do ativo.

- Em data posterior aos fatos aqui discutidos, a Lei 11.638/07 acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 226 da Lei 6.404/76, cujo caput trata das operações de fusão, incorporação e cisão, onde fez uma distinção entre empresas com e sem vínculo entre si, nos seguintes termos:

§3º- Nas operações referidas no caput deste artigo, realizadas entre partes independentes e vinculadas à efetiva transferência de controle, os ativos e passivos da sociedade a ser incorporada ou decorrente de fusão ou cisão serão contabilizados pelo seu valor de mercado.

- Posteriormente, a Lei 11.941/09 revogou este parágrafo 3º do artigo 226 da lei 6.404/76, delegando competência à Comissão de Valores Mobiliários para estabelecer as regras contábeis de avaliação de ativos e passivos aplicáveis às

operações de fusão, incorporação e cisão que envolvam companhia aberta, mas silencia em relação a empresas terem ou não vínculo entre si.

- O parágrafo terceiro transcrito que, na prática, nem chegou a vigorar, mas de qualquer forma posterior aos fatos aqui discutidos, determina que nas operações de incorporação, fusão e cisão os ativos e passivos teriam, necessariamente, que ser avaliados a mercado no caso destas operações que envolvessem empresas independentes, onde houvesse mudança de controle acionário, mas não se proibiu que as empresas interligadas usassem o mesmo critério, apenas elas não estariam obrigadas a fazê-lo. Curiosamente, a contabilização do ágio aqui discutido decorre, exatamente, de se ter levado os ativos a valor de mercado.

- Importante a análise do citado parágrafo 3º para confirmar que, em querendo a lei, tem ela que, explicitamente, manifestar a sua vontade, para que esta possa ser oposta ao contribuinte.

- No curso da descrição daquilo que os autos de infração queriam indicar como transgressões, são invocadas regras administrativas emanadas pela mencionada Comissão de Valores Mobiliários já na constância das Leis 11.638/07 e 11.941/09 (Ofício Circular CVM 1/2007), como se isso pudesse lhe dar respaldo retroativo, quando vimos que a lei só poderá retroagir em casos específicos, sempre a favor do contribuinte.

- Não tem base legal a premissa posta pelos autos de infração, portanto. Eis que a lei comercial no disciplinamento dos institutos não fazia distinção entre empresas ligadas ou não como se pode ver do artigo 223 da Lei das Sociedades Anônimas, que transcreve.

- Também o parágrafo 1º do artigo 7º da Lei 9.532/97 não impõe tal condição, assim a condição imposta pelos Autos de Infração é absolutamente ilegal.

- Questiona-se, portanto, se, embora, não explicitada diretamente na lei, poderia a premissa constante do Termo de Verificação Fiscal, de que a exigência que a transação que gerou o ágio fosse cursada por empresas sem vínculos societários, ser fruto da interpretação regular da lei?

- No caso, a interpretação consistiria em fazer uma distinção nos seguintes termos: o gênero fusão, incorporação e cisão teria duas espécies, uma quando cursada entre empresas interligadas e a outra quando cursada entre empresas sem ligação entre si, para, na seqüência, se afirmar que o preceito legal se aplicaria a uma das espécies e não à outra.

- Tal distinção, no caso, estaria restringindo o alcance do texto legal, negando sua aplicação a hipótese a que a lei em si não negara. Estaria restringindo o alcance de um instituto do direito privado, desnaturando-o, afrontando de maneira acintosa as disposições dos artigos 109 e 110 do CTN.

Reporta-se a excerto doutrinário para concluir este tópico expondo que pela legislação em vigor, as empresas citadas uma em relação às outras são todas independentes entre si pelo conceito do direito tributário, mas ainda que não o fossem, o direito comercial não as distingue por terem participações entre si, e as trata da mesma forma, sendo aplicáveis a elas todos os institutos do direito privado, em especial as regras das operações de incorporação, fusão e cisão. Não as distingue também o artigo 7º da Lei 9.532/97, e, sendo as regras deste artigo aplicáveis, indistintamente, a elas, portanto, os autos de infração estão impondo exigência absolutamente ilegal, o que torna improcedente a ação fiscal.

Prossegue, argumentando que:

- a segunda exigência colocada pelos autos de infração, e que não teria sido atendida para se evitar a glosa, é que o ágio tivesse nascido de uma operação onerosa. Como descrito nos próprios autos de infração, o ágio teve sua origem numa operação de permuta.

- Permuta, instituto jurídico descrito em nosso Código Civil (artigo 533) e na doutrina, é uma operação onerosa, onde duas pessoas, ao mesmo tempo, alienam e adquirem ativos. O proprietário do bem "a" aliena-o para o proprietário do bem "b", em contrapartida, o proprietário do bem "b" aliena-o para o proprietário do bem "a". Não há preço estipulado, pois um bem constitui-se o pagamento do outro.

- Para os intervenientes o sacrifício consiste na perda do bem anteriormente havido, como condição para se ter o novo bem sob seu domínio, encontrando-se configurada, portanto, a onerosidade da operação.

- Fosse permitida a tributação conjunta do grupo de empresas, poderia se alegar que o procedimento não acarretaria qualquer impacto para o grupo como um todo, o que se perde em uma empresa ganha-se na outra, no conjunto a soma algébrica teria resultado zero, contudo, em nosso regime de independência completa na tributação de cada uma das pessoas jurídicas, independentemente de pertencerem a um conglomerado, isso não ocorre.

- No presente caso, contudo, o mais relevante é o tratamento contábil da permuta, pois nunca o valor registrado dos bens permutados serão iguais entre si.

- O parágrafo 4º do artigo 128 do RIR/99, ao disciplinar os mecanismos de apuração do ganho de capital das pessoas físicas estabelece uma regra, aceita universalmente como regra geral de procedimento para todas as pessoas, pela qual o valor a se atribuir ao bem havido por permuta, seja o valor pelo qual estava registrado o bem dado na permuta. ...

- No caso da permuta que aqui se discute, os bens envolvidos são participações societárias. O registro das aquisições de participações societárias tem um roteiro muito bem definido no artigo 385 do RIR/99 e seus parágrafos, cuja base é o artigo 20 do Decreto-Lei 1.598/77, que transcreve:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte;e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.

§1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

III- fundo de comércio, intangíveis e outras *razoes* econômicas.

§3º -O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).

- Juntando-se as duas regras, o preço pago (o custo do bem anteriormente havido) é cotejado contra o valor do patrimônio líquido da empresa investida, no que forem iguais o valor é registrado como custo de aquisição - patrimônio líquido, e a diferença como ágio ou deságio.

- Evidente que no caso específico de permuta, se um interveniente registra um ágio, o outro necessariamente registrará um deságio.

- Fica assim demonstrado que, muito diferente do que tenta fazer crer a fiscalização, o ágio não é um valor artificial inventado, tirado do nada. Pelo contrário, é a equivalência ao patrimônio de uma sociedade investida que acaba de ser adquirida por um valor menor do que seu valor patrimonial, é a expressão natural de um bom negócio. Não registrando o ágio, neste momento, inexoravelmente, ele se tornaria resultado de equivalência patrimonial por ocasião da primeira avaliação, resultado este não tributável, por sinal.

- Este foi o procedimento sereno adotado pela impugnante, ao qual os autos de infração tentam impingir ares de malícia e transgressão. A permuta foi celebrada entre Málaga Holdings Ltda. e Serei Participações em Imóveis S/A, o objeto da permuta foi, por parte da Málaga, 399.043.412 ações da Securitizadora Rubi, e, por parte da Serei, 71.001.733 ações da Bruxelas Holdings S/A. Após a permuta, Málaga Holdings S/A, então, passou a ter as 71.001.733 ações da Bruxelas Holdings S/A, correspondentes a 100% do capital desta, ou seja, a Bruxelas Holdings S/A passou a ser subsidiária integral da empresa Málaga Holdings Ltda.

- Não se justificava a manutenção do custo das duas empresas. O grupo decidiu reuni-las, era indiferente a Málaga absorver a Bruxelas ou vice-versa. Como os ativos, de fato, estavam na Bruxelas, optou-se por fazer com que esta incorporasse integralmente a Málaga, de forma que a Málaga deixasse de existir, cessando os custos administrativos de mantê-la. Mais uma vez, tudo foi feito seguindo, rigorosamente o caminho traçado na lei.

- Neste fato simples e corriqueiro, os autos de infração vêm a incorporação invertida, como se se tratasse de transgressão inominável.

- Atendendo as regras do artigo 386 do RIR/99, ao proceder a incorporação, o valor do ágio é incorporado ao custo da participação societária, fato absolutamente desprovido de qualquer efeito fiscal, pois, incorporado ou não ao custo da participação societária em si, no caso de alienação dos bens que geraram o ágio, este comporá o custo de aquisição com a finalidade de apurar o resultado da transação. Eis o disposto no artigo 426 do RIR/99: ...

- Novamente, os autos de infração apontam a incorporação do ágio ao custo do ativo como algo ilegal e superdimensionado, fato, como vimos, desprovido de qualquer significado fiscal.

- É ainda de se chamar atenção que, em momento algum, houve amortização de ágio, sempre este compôs o resultado na operação de alienação do ativo que o gerou. Assim, cai por terra a segunda parte da premissa posta pelos autos de infração para sustentar a glosa do ágio na composição do custo, primeiro na alienação dos Títulos Patrimoniais BOVESPA pela Bruxelas Holdings S/A, e depois na venda, na oferta pública, das ações da BOVESPA S/A pela impugnante.

- A lei estabelece a total independência tributária entre empresas interligadas e as transações objeto destes autos foram sim onerosas para as partes envolvidas, mormente porque o ágio de um correspondeu a deságio do outro.

- Da análise minuciosa do Termo de Verificação Fiscal, encontra-se implícito que o D. agente fiscal, em que pese não mencionar tal fato textualmente, escudou-se nas disposições contidas no parágrafo único do artigo 116 do CTN, introduzido pela Lei Complementar 104/01, e isso parece óbvio, pois, somente se possível fosse a utilização de tal preceito legal, é que a glosa fiscal poderia ter algum embasamento em nosso ordenamento jurídico:

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária."

- Desnecessário adentrar-se na discussão da constitucionalidade do parágrafo único do artigo 116 do CTN, eis que tal norma não é auto-aplicável, dependendo de regulamentação adicional por lei ordinária para que possa surtir efeitos. Nesse sentido, é importante ressaltar que a Medida Provisória nº 66, de 2002 tentou regulamentar as disposições da LC 104/01, contudo, o Congresso Nacional rejeitou a referida medida provisória, encontrando-se a LC 104/01 sem regulamentação.

- Assim, as disposições da LC 104/01 possuem eficácia limitada, e sua aplicabilidade está condicionada à edição da referida legislação ordinária que a complementar, e somente após publicada a regulamentação necessária, o novo dispositivo legal poderá produzir efeitos, alcançando os atos praticados a partir da publicação da legislação ordinária, não atingindo os fatos geradores até então ocorridos.

- É claro que, conhecedor de tal fato, de que o parágrafo único do artigo 116 do CTN não se encontra vigente, eis que pendente de regulamentação, entendeu por bem o D. agente fiscal ocultar a referência expressa a ele, sendo cristalino, contudo, que todo trabalho fiscal tomou por base o preceito legal em comento, esquecendo-se, entretanto, que, pior do que embasar a lavratura num dispositivo legal ainda não vigente, é fazer a glosa com base em determinação legal inexistente.

- Finalmente, com relação às operações societárias praticadas pela impugnante, nem se alegue que poderia permanecer no ar uma pergunta, qual teria sido a motivação de tais operações, pois, na origem de todas as operações societárias, encontra-se uma razão de natureza empresarial.

- *Os títulos patrimoniais das bolsas eram ativos operacionais, condição sine qua non para que as empresas do conglomerado, detentoras destes títulos, pudessem fazer suas operações nestas instituições. Sem os títulos não se operava.*

- *Esta regra mudou. Os títulos foram transformados em ações de companhias, e deixaram de ser condição para se operar nas bolsas. Estes ativos operacionais passaram a ser ativos para negócio, onde cabia escolha de cunho empresarial, mantê-los para esperar sua valorização ou aliená-los aproveitando momentos de mercado.*

- *Além deste fato, havia o compromisso de disponibilizar uma quantidade destas ações, por parte de cada um e de todos os seus detentores, como forma de viabilizar a oferta pública da BOVESPA.*

- *No conglomerado, estes títulos estavam dispersos, pois foram adquiridos ao longo dos anos através de aquisições e incorporações de outras instituições financeiras, como por exemplo, na compra de bancos estaduais privatizados, assim, todo esse movimento teve como origem uma decisão de empresa, uma decisão de caráter econômico, a de escolher a melhor forma de realizar os ativos.*

- *É direito do contribuinte, e decorre da estrita legalidade em matéria tributária, escolher entre as formas legais a que melhor atenda seus objetivos, assim se posicionando Ives Gandra Martins, na já citada obra:*

"É que a estrita legalidade não admite de um lado, que uma operação legal possa ser desconsiderada por não ter demonstrado "escopo econômico" e, de outro, que entre duas formas legais, ele seja obrigado a adotar aquela que implicar maior imposto."

- *Assim, se a motivação da fiscalização para lavratura dos autos, foi a suposta ausência de uma razão econômica de todos esses fatos, fica, também neste ponto, cabalmente demonstrada a improcedência da ação fiscal.*

Reporta-se, então, à existência de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa de CSLL de períodos anteriores compensáveis até o limite de 30% e alega que *na improvável hipótese que a autuação venha a ser mantida, os valores haverão de ser recalculados, para abater R\$43.481.215,03 da base do imposto de renda e R\$42.975.495,81 da base da contribuição social sobre o lucro líquido, conforme devidamente comprovado em anexo.*

Finaliza requerendo a insubsistência da autuação.

Além dos principais argumentos contidos na impugnação a recorrente adita que:

a) preliminarmente, que não pode ser responsabilizada, como sucessora, pela multa aplicada em face dos fatos geradores ocorrido na empresa Bruxelas Holding, pois a responsabilidade estaria limitada aos tributos devidos, nos termos do art. 132 do CTN;

b) quanto ao mérito, refuta o fundamento da decisão recorrida, tendo por base no art. 74 da IN SRF 390/04 que contemplaria a exigência da CSLL, por não ter esta cunho legal;

c) questiona o argumento da decisão de primeira instância que, com o intuito de descaracterizar a onerosidade da permuta, cita ensinamento de Fran Martins, revelando a

distinção entre contrato de compra e venda e permuta, para concluir que "o preço pressupõe dispêndio de recursos em dinheiro". Refuta a conclusão, afirmando que não existe dúvida de que são institutos distintos, mas que em momento algum a doutrina afirma que a permuta não seria onerosa pelo fato de não haver dispêndio em dinheiro.

A Fazenda Nacional, por seu Procurador, apresentou contrarrazões ao recurso voluntário em 19/04/2012, na qual traça, inicialmente, um breve histórico sobre a criação das Bolsas (Bovespa e BMF), como associações sem fins lucrativos, na qual as pessoas físicas e jurídicas que desejassem participar das operações por elas organizadas deveriam adquirir títulos patrimoniais, até o processo que ficou conhecido como "desmutualização", ocorrido em 2007, no qual as associações sem fins lucrativos foram transformadas em companhias abertas com propósitos econômicos. Quanto às operações objeto de autuação, a Procuradoria da Fazenda Nacional aduziu em síntese:

a) que a Resolução CMN nº 2.690/2000 **faculta** a adoção de qualquer das formas, associação civil sem fins lucrativos ou sociedade anônima, para as bolsas de valores. Igualmente e traça diretrizes tanto para as que adotaram a estrutura jurídica de associação quanto para aquelas que adotaram a forma de S.A;

b) que contribuintes autuados em razão da desmutualização desejam a aplicação de dispositivos previstos apenas para quem adotou a forma de S.A., no entanto a estrutura jurídica da Bovespa e da BM&F eram de associações civis.

c) que por mais engenhosas que tenham sido as operações societárias que culminaram com a transferência das atividades das Bolsas para uma S.A o que resultou ao final das operações, é que as associações civis sem fins lucrativos estavam extintas e, em seu lugar, constituíram-se sociedades anônimas;

d) que os institutos da fusão, cisão e incorporação não são de utilização permitida pelas associações por força do disposto no artigo 1.113 e seguintes do Código Civil, cuja localização topográfica indica sua aplicação somente às sociedades empresárias (Livro II – Do Direito de **Empresa**; Título II – Da **Sociedade**; Subtítulo II – Da Sociedade Personificada; **Capítulo X – Da Transformação, Da Incorporação, Da Fusão e Da Cisão das Sociedades**);

e) que tal entendimento é corroborado pela Instrução Normativa nº 88 do DNRC, que dispõe em seu art. 23 que "as operações de transformação, incorporação, fusão e cisão abrangem apenas as sociedades mercantis, não se aplicando às firmas mercantis individuais;

f) que não sendo aplicável o instituto da cisão às sociedades civis, resultam extintas as sociedades civis Bovespa e BMF, aplicando-se o disposto no art. 61 do Código Civil, que "*veda a destinação de qualquer parcela do patrimônio das bolsas de valores, constituídas sob a forma de associações, a entes com finalidade lucrativa*".

g) que os contribuintes defendem uma interpretação literal e isolada do artigo 2033 do Código Civil que retira o conteúdo normativo de um outro artigo de lei;

h) que ainda que se admita a aplicação da cisão ou incorporação às sociedades civis, não se pode fugir das consequências do art. 61 do Código Civil;

i) que o próprio art. 2.033 ressalva a aplicação de legislação específica que, no caso das associações civis, é a Lei nº 6.015, de 1973, que nada dispõe sobre os institutos da fusão, cisão, incorporação e transformação para as sociedades civis;

j) que a matéria possui tratamento específico nos artigos 53 a 61 do Código Civil, pelos quais resta claro o distanciamento entre elas e a finalidade econômica;

k) que a exploração atividade econômica por pessoa jurídica submetida a regime incompatível com a mercancia exigiria sua prévia extinção;

l) que *"ainda que se admitisse a aplicação de institutos como a transformação, cisão e incorporação de sociedades empresárias ao presente caso, apenas para se evitar eventual solução de continuidade das atividades desenvolvidas pelas bolsas, ainda assim, dada a nítida disparidade de regimes, não há como fugir à conclusão (como manda a lei) de que os associados receberam de volta patrimônio e, ato contínuo, utilizaram-se do mesmo na integralização de ações em sociedade anônima"*.

m) que a recorrente deveria ter oferecido à tributação os valores do patrimônio das associações extintas que lhe foram devolvidos, uma vez que se tratavam de entidades isentas, nos termos do artigo 17 da Lei nº 9.532/1997;

n) que a matéria já recebeu manifestação do judiciário que acolheu os argumentos antes arrolados e também o CARF reconheceu em três julgamentos recentes, o entendimento, ora esposado, quanto a impossibilidade de versão do patrimônio de associação isenta a pessoa jurídica com finalidade lucrativa;

o) com relação às vendas de títulos anteriores à desmutualização observa que:

*A titularidade de títulos patrimoniais da Bovespa pela Contribuinte Recorrente passa por diversas e complexas operações societárias firmadas no âmbito do **Grupo Bradesco** de maneira estruturada e em curto espaço de tempo.*

[...]

*Em nome de uma desejável concisão e objetividade textual, limitemo-nos destacar que em 30/05/2007 a empresa **Bruxelas Holdings S.A**, criada 7 meses antes, com capital social de R\$ 1.000,00, elevou seu capital social para R\$ 54 milhões (em números redondos), sendo certo que o **Banco Alvorada** subscreveu parte deste capital, mediante a conferência de bens, entre eles 22 **Títulos Patrimoniais** da BOVESPA, no valor de R\$ 29 milhões.*

*Nove dias depois, em 08/06/2007, houve novo aumento de capital, no valor de R\$ 1 bilhão, decorrente de operação de incorporação às avessas da **Málaga Holdings**, que, na ocasião, era a controladora da **Bruxelas Holdings**.*

*Nesta operação de 08/06/2007 foi contabilizado o valor de R\$ 141 milhões de ágio. Ou seja, os 22 Títulos Patrimoniais da BOVESPA, recebidos do Banco Alvorada, avaliados em R\$ 29 milhões, agora estavam registrados na contabilidade da **Bruxelas Holdings** acompanhados de um ágio de R\$ 141*

milhões, oriundos de empresa diversa daquela que possuía originalmente esses títulos.

*No que se refere à incorporada, **Málaga Holdings S.A.**, foi constituída também em 25/10/2006, tal como a Bruxelas Holdings, e com o mesmo valor do capital social da sua incorporadora, ou seja, R\$ 1.000,00.*

*Ainda como a Bruxelas, não teve praticamente nenhuma atividade até 31/05/2007, quando teve um aumento de seu Capital Social, no valor de **R\$ 400 milhões**, mediante a **conferência de ações da Companhia Securitizadora de Créditos Rubi** pela **Embaúba Holdings S.A.***

*Em 05/06/2007, a Málaga Holdings, efetuou **permuta de ações** com a **Serei Participações em Imóveis S.A.**, através de Instrumento Particular de Permuta de Ações.*

A Málaga entregou 399.043.412 ações ordinárias, nominativas escriturais da Companhia Securitizadora de Créditos Financeiros Rubi, à Serei, tendo recebido na permuta, 71.001.733 ações ordinárias, nominativas escriturais da Bruxelas Holdings S.A., passando a ser, após essa operação, a controladora da Bruxelas Holdings.

Como resultado desta permuta de ativos, ocorrida entre empresas pertencentes ao chamado Grupo Bradesco e, portanto, sob controle acionário comum, surgiu um ágio referente aos títulos patrimoniais da BOVESPA, no valor de R\$ 141.846.877,20.

*A Fiscalização apurou, portanto, que o ágio registrado na contabilidade da Bruxelas Holdings, no valor de R\$ 141.846.877,20, por ocasião da incorporação da Málaga Holdings, teve sua origem numa operação de **permuta de ativos**, dentro de **empresas do mesmo grupo, sob controle acionário comum, e sem que houvesse qualquer desembolso financeiro na sua constituição.***

Quanto a este último elemento apurado pelo Fisco (ausência convém citar entendimento já consagrado neste Conselho, a exigir efetivo aporte financeiro, ao mesmo tempo em que condena artificialismos e formalismos contábeis:

[...]

Não obstante os casos acima tratem de hipótese de amortização de ágio artificialmente gerado (enquanto neste caso o ágio artificial se prestou à reduzir a base de cálculo), todos os argumento são aplicáveis a este caso.

*Isso porque, também aqui, todas as operações ocorreram **1. sem aporte efetivo de recursos financeiros; 2. sem que as partes apresentassem independência ente si, haja vista o controle comum pelo Grupo Bradesco; 3. as vultosas operações ocorreram de maneira estruturada e em curto espaço de tempo;***

4. utilização de empresas veículo (*Málaga Holdings e Bruxelas Holdings*).

Queremos com isso demonstrar que, ao alienar 12 títulos patrimoniais da Bovespa em 24/08/2007, a Bruxelas Holdings, sucedida pela Contribuinte Recorrente, em razão de incorporação, inflou o custo dos títulos a partir de um ágio fictício, um ágio "decorrente de transações dos sócios com eles próprios".

Tal expediente reduziu artificial e injustificadamente o acréscimo patrimonial que seria experimentado se o custo dos títulos a ser considerado fosse aquele mensurado quando da integralização de capital feita pelo Banco Alvorada na Bruxelas Holdings.

*Não há reparos a serem feitos nas conclusões do Fiscal, didaticamente enunciadas nos itens **g1**, **g2** e **g3** do Termo de Verificação Fiscal.*

p) Com relação à devolução do patrimônio com a desmutualização, a d. representante da Fazenda Nacional reitera as conclusões já manifestadas nos tópicos I e II de suas contrarrazões, asseverando a correção do entendimento da Fiscalização ao autuar a devolução de patrimônio correspondente aos 10 títulos patrimoniais que a Contribuinte Recorrente detinha em 28/agosto/2007, data da desmutualização, em cumprimento ao disposto no art. 17 da Lei nº 9.532/1997.

Tendo em vista o acolhimento parcial das alegações da interessada quanto a existência de prejuízos compensáveis, o colegiado recorrido apresentou recurso de ofício a este Conselho, nos termos do art. 34, inciso I, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com as alterações introduzidas pela Lei 9.532/97, incorporado pelo Decreto nº 7.574, de 2011, e Portaria do Ministro da Fazenda nº 3, de 03 de janeiro de 2008.

Na sessão de julgamento de 05 de outubro de 2016, este colegiado resolveu converter o julgamento dos recursos em diligência, por meio da Resolução nº 1302-000.454, na qual foi determinado, *verbis*:

Ante ao exposto, voto no sentido de converter o presente julgamento em diligência, para que a unidade preparadora designe autoridade fiscal competente para:

a) Intimar a interessada a:

a.1) apresentar cópias dos atos societários (atas de AGE, estatutos, etc) da empresa Bruxelas Holding que registrem as deliberações de transferência do controle desta sociedade das empresas referidas na Ata da AGE realizada em 30/05/2007 (e-fls. 345/348) para a empresa Serel Participações em Imóveis S/A, conforme registrado na cópia do Livro Razão (e-fls. 445);

a.2) apresentar cópias dos atos societários (atas de AGE, estatutos, etc) que registrem as deliberações de aumento de capital na empresa Málaga Holdings, mediante a integralização em bens (entrega de 399.043.412 ações da Cia Securitizadora de Créditos Rubi), conforme descrito na cópia do Livro Razão (e-fls. 461), inclusive dos laudos de avaliação, se houver;

a.3) apresentar cópias dos laudos de avaliação das ações permutadas pela Cia Málaga (ações da Cia Securitizadora de Créditos Rubi) com a empresa Serel Participações em Imóveis S/A, conforme Instrumento Particular de Permuta de Ações (e-fls. 419/422);

a.4) apresentar **cópias dos livros Diário e Razão (partidas e contrapartidas e respectivos Plano de Contas) que contenham os registros das seguintes operações:**

a.4.1) Na empresa **Bruxelas Holdings:**

- das alterações no capital social dessa sociedade descritas nas Atas de AGE: de 30/05/2007 (aumento de capital, com entrega de 22 Títulos Patrimoniais da Bovespa pelo Banco Alvorada), de 08/06/2007 (do aumento de capital pela incorporação da empresa Málaga), de 11/06/2007 (redução de capital, mediante devolução em bens à Embaúba Holding), de 02/07/2007 (aumento de capital em dinheiro); de 10/07/2007 (aumento de capital em dinheiro) e de 19/10/2007 (extinção por incorporação pela Bradesplan);

- Demonstrações Financeiras (Balanço/Balancete Patrimonial) que tenham sido levantadas antes ou após as operações acima referidas.

a.4.2) Na empresa **Málaga Holdings:**

- do recebimento das ações da Companhia Rubi em contrapartida do aumento de capital efetuado pela Embaúba em 30/05/2007;

- da permuta de ações com a empresa Serel Participações em Imóveis S/A em 05/06/2007;

- da extinção por incorporação pela empresa Bruxelas Holdings;

- Demonstrações Financeiras (Balanço/Balancete Patrimonial) que tenham sido levantadas antes e/ou após as operações acima referidas.

a.4.3) Na empresa **Bradesplan:**

- da incorporação da empresa Bruxelas em 30/10/2007;

- da venda das ações da Bovespa Holdings em 30/10/2007;

- do recebimento de R\$ 29.220.886,20, referente ao valor residual, previsto em contrato sobre a venda dos 12 Títulos Patrimoniais para Goldman Sachs, em 30/10/2007

- Demonstrações Financeiras (Balanço/Balancete Patrimonial) que tenham sido levantadas antes e/ou após as operações acima referidas.

b) Intimar a empresa **Serel Participações em Imóveis S/A** para:

b.1) informar se ofereceu à tributação o ganho de capital relativo ao ágio obtido na entrega das ações na empresa **Bruxelas Holding** na permuta realizada com a empresa **Málaga Holdings**, apresentando os respectivos demonstrativos e elementos de comprovação;

b.2) apresentar cópia do laudo de avaliação das ações da empresa **Bruxelas Holding** permutadas com a empresa **Málaga Holdings**, conforme Instrumento Particular de Permuta de Ações (e-fls. 419/422);

b.3) apresentar cópias dos livros Diário e Razão (partidas e contrapartidas e respectivo Plano de Contas) contendo os registros das operações de permuta de ações realizadas junto à empresa **Málaga Holdings** e cópias do Balanços Patrimoniais e Demonstrações de Resultado e da apuração do Lucro Real no Lalur, no Ano-Calendário 2007.

Após o recebimento dos documentos, juntá-los aos autos na ordem acima solicitada, relacionando-os em termo de conclusão, do qual deve ser dada ciência à interessada, para querendo, se manifestar no prazo de 30 dias, nos termos no parágrafo único do art. 35 do Decreto nº 7.574/2011.

Concluídas as providências, os autos devem retornar a este colegiado para prosseguimento do julgamento.

A autoridade fiscal encarregada das diligências efetuou as solicitações determinadas na citada Resolução e apresentou Termo de Conclusão no qual relaciona os documentos que foram anexados ao processo em face das diligências realizadas (fls. 1337/1339).

A contribuinte, por sua vez, apresentou manifestação (fls. 1345), na qual afirma que as diligências realizadas pela fiscalização encontram-se de acordo com o que havia sido determinado na Resolução nº 1302-000.454.

Cumpridas as diligências, os autos foram devolvidos a este colegiado para a continuidade do julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado - Relator

Trata-se de apreciar os recursos de ofício e voluntário interpostos em face da decisão de primeiro grau.

Para melhor encadeamento do julgamento inicio pela análise do recurso voluntário.

RECURSO VOLUNTÁRIO

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos pressupostos legais e regimentais.

A recorrente apresenta inicialmente estranheza pelo fato de terem sido exigidos no mesmo lançamento valores decorrentes de infrações apuradas em face da contribuinte Bruxelas Holding, por ela incorporada, e com relação a fatos geradores próprios.

A decisão recorrida apreciou a questão, delimitando bem as matérias, de modo que julgo oportuno sua reprodução, *verbis*:

Dos fatos relatados extrai-se que a autuação decorre de operações com 22 títulos patrimoniais da Bovespa, originalmente pertencentes ao Banco Alvorada. Referidos títulos passaram à titularidade da Bruxelas em razão de aumento de seu capital com emissão de ações subscritas pelo Banco Alvorada mediante entrega de bens, entre os quais os referidos títulos.

Dos 22 títulos, 12 foram vendidos pela Bruxelas em 24/08/2007 a Goldman Sachs do Brasil Banco Múltiplo S A. Os 10 títulos remanescentes que permaneceram na Bruxelas deram ensejo a ações da Bovespa em 28/08/2007, em face da alteração, nesta data, da natureza da Bolsa de Valores de associação civil para sociedade empresarial (desmutualização).

Em 19/10/2007 a Bruxelas foi extinta por incorporação pela ora autuada Bradesplan à qual, em consequência, foram transferidas as ações provenientes dos 10 títulos patrimoniais e vieram a ser alienadas em 30/10/2007 pela ora autuada.

No registro dessas operações, a fiscalização detectou as seguintes irregularidades:

- *redução de ganho de capital na alienação de ações, título e/ou quotas de capital*, correspondente a 22 títulos patrimoniais da Bovespa nos valores de **R\$ 77.371.023,93** (ágio integrante do custo relativo a 12 títulos vendidos pela Bruxelas em 24/08/2007) e **R\$ 64.475.853,19** (ágio integrante do custo relativo a 10 títulos remanescentes, transformados em ações da Bovespa em virtude de sua alteração de associação civil para sociedade empresarial, ações essas vendidas pela Bradesplan em 30/10/2007) – porque o ganho foi reduzido por custo *inflado com o ágio produzido* em decorrência de *reorganizações societárias ocorridas dentro do chamado Grupo Bradesco* desprovidas de *substância econômica*;

- falta de adição à base de cálculo do IRPJ e da CSLL do valor de **R\$ 1.404.775,60**, correspondente ao ganho auferido na devolução, em 28/08/2007 (data da transformação da Bovespa de associação civil para sociedade empresarial) do patrimônio social de entidade isenta (Bovespa) representado por 10 títulos;

- falta da adição à base de cálculo do IRPJ da realização de reserva de atualização no valor de **R\$ 1.685.730,72** quando da alienação pela Bruxelas dos 12 títulos patrimoniais.

Assim, depreende-se que a exigência se dá em face da Bradesplan (i) na qualidade de contribuinte em relação à redução de ganho no valor de R\$ 64.475.853,19 e (ii) na qualidade de sucessora por incorporação em relação às outras irregularidades nos valores de R\$ 77.371.023,93, R\$ 1.404.775,60 e R\$ 1.685.730,72.

E tal fato, apesar da surpresa manifestada pela impugnante, não lhe causa prejuízo algum, pois todas as constatações que ensejaram a autuação foram detalhadamente descritas pela Fiscalização e perfeitamente compreendidas pela defesa, como se confirma pelo teor da impugnação em que apresentada oposição a todas as infrações que lhe foram imputadas.

Ainda em caráter preliminar, a recorrente traz em seu recurso voluntário a alegação de que não poderia ser-lhe exigida a multa de ofício cobrada sobre os tributos devidos pela empresa sucedida (Bruxelas Holding), mas tão somente os tributos, na forma prevista no art. 132 do CTN.

A questão da responsabilidade da sucessora pelas multas de mora ou punitivas devidas pela empresa sucedida está pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça por meio do REsp. nº 923.012/MG, proferido no rito dos Recursos Repetitivos previsto no art. 543-C do antigo CPC, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. RESPONSABILIDADE POR INFRAÇÃO. SUCESSÃO DE EMPRESAS. ICMS. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA OPERAÇÃO MERCANTIL. INCLUSÃO DE MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. DESCONTOS INCONDICIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. LC N.º 87/96. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 1111156/SP, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC.

1. A responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão. (Precedentes: REsp 1085071/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 08/06/2009; REsp 959.389/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 21/05/2009; AgRg no REsp 1056302/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 13/05/2009; REsp 3.097/RS, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/10/1990, DJ 19/11/1990)

2. "(...) A hipótese de sucessão empresarial (fusão, cisão, incorporação), assim como nos casos de aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial e, principalmente, nas configurações de sucessão por transformação do tipo societário (sociedade anônima transformando-se em sociedade por cotas de responsabilidade limitada, v.g.), em verdade, não encarta sucessão real, mas apenas legal. O sujeito passivo é a pessoa jurídica que continua total ou parcialmente a existir juridicamente sob outra "roupagem institucional". Portanto, a multa fiscal não se transfere, simplesmente continua a integrar o passivo da empresa que é: a) fusionada; b) incorporada; c) dividida pela cisão; d) adquirida; e) transformada. (Sacha Calmon Navarro Coêlho, in Curso de Direito Tributário Brasileiro, Ed. Forense, 9ª ed., p. 701)

[...]

9. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

Igualmente a matéria é objeto da Súmula nº 554 do STJ, *verbis*:

Súmula 554 - Na hipótese de sucessão empresarial, a responsabilidade da sucessora abrange não apenas os tributos devidos pela sucedida, mas também as multas moratórias ou punitivas referentes a fatos geradores ocorridos até a data da sucessão. (Súmula 554, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2015, DJ 15/12/2015)

Ante ao exposto, rejeito a alegação preliminar da recorrente.

1. Do ganho de capital Apurado em face da Devolução de Patrimônio da Entidade Isenta.

Passo ao exame das questões de mérito, iniciando pela relacionada à tributação das operações em face da devolução de capital em face da transformação dos títulos da Bovespa em ações, que se convencionou chamar Desmutualização das Bolsas. Esta discussão tem relevância em face das exigências contidas nos itens 02 e 03 do Auto de Infração.

A recorrente alega que seguiu o tratamento fiscal estatuído pela Portaria MF nº 785/77, que por décadas autorizou "as instituições financeiras ou equiparadas, detentoras dos títulos representativos do patrimônio social das bolsas de valores ajustaram, mês a mês, o valor destes títulos ao valor do quinhão que representavam no patrimônio da Bolsa e, em contrapartida, sem transitar com estes valores pelo resultado do exercício, contabilizavam o ajuste como reserva de capital no patrimônio líquido", e questiona o entendimento fiscal de que teria havido uma devolução de patrimônio da Bovespa Associação, pois teria havido mera transformação da entidade, na modalidade de cisão, não havendo qualquer parcela a tributar a título patrimonial.

Alega que os ativos patrimoniais foram vertidos do patrimônio da associação BOVESPA para o patrimônio da sociedade anônima que surgiu pela cisão, pelo valor contábil, prerrogativa incontestável inerente ao próprio instituto jurídico, oferecida a quem dele lança mão, seja do ponto de vista societário ou tributário e *que* na contabilidade dos associados,

houve o desdobramento do valor registrado como título patrimonial: uma parte do valor permaneceu idêntica ao do título patrimonial da associação remanescente, e a outra parte passou a equivaler ao valor das ações emitidas, em substituição à parcela do título patrimonial correspondente aos ativos vertidos para a sociedade anônima.

Assim, não haveria nenhum ganho, mas mera permuta nesta substituição.

Sustenta, por outro lado, que a legislação tributária sempre deferiu isenção aos valores de reservas incorporados ao capital, não sendo o sócio tributado quando a sociedade aumenta o capital a partir de reservas. É o que dispunha a Portaria MF. 785/77: a única condição imposta pelo texto é a de que não houvesse a distribuição destes resultados e ele fosse incorporado ao capital.

Sustenta que a Solução de Consulta Cosit nº 10, de 26/10/2007, trazida como um dos fundamentos da autuação e da decisão de primeiro grau, se fundamenta em premissa inválida, pois o instituto da cisão utilizado pela Bovespa tem amparo no Código Civil.

Defende que a diferença entre o valor histórico de aquisição do Título Patrimonial e o valor contábil presente, decorreu da metodologia imposta pelo BACEN e pela CVM como tratamento contábil para o investimento em Título Patrimonial. Que anualmente, era feita a equivalência entre o valor contábil e o Patrimônio Líquido da Bolsa, como no período este cresceu, também o valor correspondente do investimento na contabilidade do associado aumentou de forma alinhada. Que o método é muito semelhante ao da equivalência patrimonial, a diferença consiste em que na equivalência seu resultado transita pelas contas de resultado do exercício para depois ser excluído no momento de apuração do lucro real, base de cálculo do imposto, e, neste, o resultado é apropriado diretamente ao patrimônio líquido, sem transitar por conta de resultado. Que tal alinhamento de valores não era opção do associado, como também não o era a capitalização do aumento do patrimônio líquido pela Bolsa (Art. 10 da Resolução BACEN 1.656/89), tratando-se de uma imposição legal.

A recorrente traça um paralelo entre o disposto no Decreto-Lei 1.109/70, com a regulamentação do Decreto 785/77, aduzindo que a Lei 8.849/94 renovou a regra de não incidência criada pelo Decreto-Lei 1.109/70, ao estabelecer algumas situações de relaxamento à proibição de redução do capital aumentado sob a não incidência do tributo, situações em que, mesmo reduzindo-se o capital dentro do período quinquenal, tal fato não implicaria na tributação do valor capitalizado ou mantido em reserva, e que, posteriormente, a Lei nº 9.064/95 deu nova redação ao artigo 3º da Lei nº 8.849/94, mantendo a regra geral intacta.

A recorrente alega que não houve a revogação explícita da mencionada Portaria 785/77 e que os valores decorrentes dessa mais valia não é uma reavaliação "ou qualquer outro instituto, ela é, exatamente, o fato disciplinado pelo Decreto-lei 1.109/70, que se caracteriza pela constituição de uma reserva em contrapartida do aumento do valor do título patrimonial pelo aumento do patrimônio da Bolsa de Valores que o emitiu, valor este que não transita por contas de resultado".

Invoca o princípio a reserva legal para afastar a cobrança de tributo sem que lei anterior o estabeleça.

Por fim, afasta a hipótese de que a não incidência tributária prevista na Portaria MF. nº 785/77 seria provisória, vinculando-se a ocorrência da tributação a algum

evento futuro, hipótese que descarta, pois não há qualquer fato futuro descrito na lei como capaz de descaracterizar a não incidência.

Essencialmente, são duas as questões centrais que se discutem sobre os efeitos da chamada desmutualização das bolsas: primeiro, quanto à possibilidade e efeitos legais da cisão da Bovespa (associação) e versão de seu patrimônio para a Bovespa (Sociedade Anônima), e, segundo, em se considerando existir de fato uma devolução de capital, a determinação do custo contábil dos títulos para apuração de eventuais ganhos de capital, tendo em vista as disposições da Portaria MF nº 785/77.

Estas questões foram amplamente analisadas na Solução de Consulta Cosit nº 10/2007, adotada como fundamento pelo acórdão recorrido para a manutenção das infrações descritas nos itens 02 e 03 do auto de infração.

A referida Solução de Consulta traz as seguintes conclusões:

i) a operação de “desmutualização” das bolsas de valores, conforme descrita pela consulente, encontra obstáculo insuperável na norma do art. 61 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 2002), a qual veda a destinação de qualquer parcela do patrimônio de associações a entes com finalidade lucrativa;

ii) o art. 16 da Lei nº 9.532, de 1997, não se aplica à operação de “desmutualização”, pois, nessa, a transferência de bens das bolsas de valores para outras pessoas jurídicas não tornará aquelas sócias dessas, mas, sim, os seus associados (as sociedades corretoras), o que configura uma devolução de capital, ao qual se aplica o art. 17 do mesmo diploma legal;

iii) os títulos patrimoniais das bolsas de valores devem ser avaliados por seu custo de aquisição, pois nunca estiveram as sociedades corretoras autorizadas a avaliar tais cotas ou frações ideais pelo MEP, mas, sim, autorizadas pela Portaria nº 785, de 1977, a postergar a tributação sobre o valor dos acréscimos efetuados ao valor nominal das cotas ou frações ideais recebidos em virtude de aumento do capital social das bolsas de valores para o momento em que houvesse a redução do capital ou até mesmo a extinção dessas associações;

iv) a ilegalidade da operação de desmutualização das bolsas de valores não obsta a incidência do imposto de renda sobre a diferença entre o valor nominal das ações (da sociedade) recebidas pelos associados (sociedades corretoras) e o custo de aquisição das cotas ou frações ideais representativo do patrimônio segregado das bolsas de valores.

Em que pese concordar com os fundamentos expostos na Solução de Consulta Cosit nº 10/2007 e entenda que ela responde a praticamente todas as questões suscitadas pela recorrente quanto à esta duas questões, penso que o debate ocorrido perante este tribunal administrativo tem trazido novos ângulo à discussão, enriquecendo e fortalecendo as suas conclusões.

Nesse sentido, considero irretocável o voto vencedor da i. Conselheira Edeli Pereira Bessa no Acórdão nº 1103-000.833, quando analisou as duas questões, ora debatidas.

Por bem refletir meu posicionamento sobre a questão, transcrevo os principais excertos do voto da i. Conselheira Edeli, para também adotá-los como razão de decidir no presente processo.

Sobre a possibilidade de transformação, mediante cisão, de uma associação civil sem fins lucrativos em empresa mercantil, assim se posicionou a d. Conselheira Edeli, *verbis*:

O segundo grupo de infrações tratado pelo I. Relator refere-se ao resultado tributado em razão da substituição, no patrimônio da autuada, de títulos patrimoniais por ações representativas do capital de Bolsa de Valores, em seu voto denominada “conversão de 02 TMCBM&F em 9.923.220 ações da BM&F S.A.”. Isto em razão da alteração da regulamentação da constituição, da organização e do funcionamento das Bolsas de Valores, veiculada por meio da Resolução CMN nº 2.690/2000, que assim permitiu:

Art. 1º As bolsas de valores poderão ser constituídas como associações civis ou sociedades anônimas, tendo por objeto social:

[...]

Parágrafo único. As bolsas de valores que se constituírem com o associações civis, sem finalidade lucrativa, não podem distribuir a sociedades membros parcela de patrimônio ou resultado, exceto se houver expressa autorização da Comissão de Valores Mobiliários. (negrejou-se)

No âmbito da incidência do IRPJ e da CSLL, a Lei nº 9.532/97, ao revogar o art. 28 do Decreto-lei nº 5.844/43, e o art. 30 da Lei nº 4.506/64, consolidou as regras para reconhecimento de isenção às associações civis sem fins lucrativos:

Art. 15. Consideram-se isentas as instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural e científico e as associações civis que prestem os serviços para os quais houverem sido instituídas e os coloquem à disposição do grupo de pessoas a que se destinam, sem fins lucrativos.

§ 1º A isenção a que se refere este artigo aplica-se, exclusivamente, em relação ao imposto de renda da pessoa jurídica e à contribuição social sobre o lucro líquido, observado o disposto no parágrafo subsequente.

§ 2º Não estão abrangidos pela isenção do imposto de renda os rendimentos e ganhos de capital auferidos em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável.

§ 3º Às instituições isentas aplicam-se as disposições do art. 12, § 2º, alíneas "a" a "e" e § 3º e dos arts. 13 e 14.

[...]

Art. 16. Aplicam-se à entrega de bens e direitos para a formação do patrimônio das instituições isentas as disposições do art. 23 da Lei nº 9.249, de 1995.

Parágrafo único. A transferência de bens e direitos do patrimônio das entidades isentas para o patrimônio de outra pessoa jurídica, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, deverá ser efetuada pelo valor de sua aquisição ou pelo valor atribuído, no caso de doação.

Art. 17. Sujeita-se à incidência do imposto de renda à alíquota de quinze por cento a diferença entre o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, por

pessoa física, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver entregue para a formação do referido patrimônio.

§ 1º Aos valores entregues até o final do ano de 1995 aplicam-se as normas do inciso I do art. 17 da Lei nº 9.249, de 1995.

§ 2º O imposto de que trata este artigo será:

- a) considerado tributação exclusiva;*
- b) pago pelo beneficiário até o último dia útil do mês subsequente ao recebimento dos valores*

§ 3º Quando a destinatária dos valores em dinheiro ou dos bens e direitos devolvidos for pessoa jurídica, a diferença a que se refere o caput será computada na determinação do lucro real ou adicionada ao lucro presumido ou arbitrado, conforme seja a forma de tributação a que estiver sujeita

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, para a determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido a pessoa jurídica deverá computar:

- a) a diferença a que se refere o caput, se sujeita ao pagamento do imposto de renda com base no lucro real;*
- b) o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos, se tributada com base no lucro presumido ou arbitrado. (negrejou-se)*

O art. 15, § 3º da Lei nº 9.532/97 vinculou a isenção concedida à observância dos seguintes dispositivos da mesma lei:

Art. 12. [...]

[...]

§ 2º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos:

- a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados;*

b) aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais;

c) manter escrituração completa de suas receitas e despesas em livros revestidos das formalidades que assegurem a respectiva exatidão;

d) conservar em boa ordem, pelo prazo de cinco anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem assim a realização de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial;

e) apresentar, anualmente, Declaração de Rendimentos, em conformidade com o disposto em ato da Secretaria da Receita Federal;

[...].

§ 3º Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais. (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

Art. 13. Sem prejuízo das demais penalidades previstas na lei, a Secretaria da Receita Federal suspenderá o gozo da imunidade a que se refere o artigo anterior, relativamente aos anos-calendários em que a pessoa jurídica houver praticado ou, por qualquer forma, houver contribuído para a prática de ato que constitua infração a dispositivo da legislação tributária, especialmente no caso de informar ou declarar falsamente, omitir ou simular o recebimento de doações em bens ou em dinheiro, ou de qualquer forma cooperar para que terceiro sonegue tributos ou pratique ilícitos fiscais. (Vide ADI 1802)

Parágrafo único. Considera-se, também, infração a dispositivo da legislação tributária o pagamento, pela instituição imune, em favor de seus associados ou dirigentes, ou, ainda, em favor de sócios, acionistas ou dirigentes de pessoa jurídica a ela associada por qualquer forma, de despesas consideradas indedutíveis na determinação da base de cálculo do imposto sobre a renda ou da contribuição social sobre o lucro líquido.

Art. 14. À suspensão do gozo da imunidade aplica-se o disposto no art. 32 da Lei nº 9.430, de 1996.

Nestes termos, a associação civil que atende aos requisitos legais e destina seu superávit, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais, está isenta dos tributos incidentes sobre o lucro. Caso esta associação devolva bens e direitos a pessoa jurídica que contribuiu para a formação de seu patrimônio, a diferença entre o valor recebido e o valor antes entregue à associação deverá ser adicionada à base de cálculo do IRPJ e da CSLL (art. 17, caput c/c §§ 3º e 4º da Lei nº 9.532/97). O Código Civil de 2002 somente cogita da destinação do patrimônio de uma associação em caso de dissolução, fixando que ela deve beneficiar entidade de fins não econômicos ou os associados que contribuíram para a formação daquele patrimônio:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) (Vigência)

§ 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos

constitutivos e necessários ao seu funcionamento. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

§ 2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

§ 3º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

[...]

Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.

Art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterá:

I - a denominação, os fins e a sede da associação;

II - os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados;

III - os direitos e deveres dos associados;

IV - as fontes de recursos para sua manutenção;

V – o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos; (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

VI - as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução.

VII – a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas. (Incluído pela Lei nº 11.127, de 2005)

Art. 55. Os associados devem ter iguais direitos, mas o estatuto poderá instituir categorias com vantagens especiais.

Art. 56. A qualidade de associado é intransmissível, se o estatuto não dispuser o contrário.

*Parágrafo único. Se o associado for titular de quota ou fração ideal do patrimônio da associação, a transferência daquela não importará, de **per si**, na atribuição da qualidade de associado ao adquirente ou ao herdeiro, salvo disposição diversa do estatuto.*

Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

Art. 58. Nenhum associado poderá ser impedido de exercer direito ou função que lhe tenha sido legitimamente conferido, a não ser nos casos e pela forma previstos na lei ou no estatuto.

Art. 59. Compete privativamente à assembléia geral: (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

I – destituir os administradores; (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

II – alterar o estatuto. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

Parágrafo único. Para as deliberações a que se referem os incisos I e II deste artigo é exigido deliberação da assembléia especialmente convocada para esse fim, cujo quorum será o estabelecido no estatuto, bem como os critérios de eleição dos administradores. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

Art. 60. A convocação dos órgãos deliberativos far-se-á na forma do estatuto, garantido a 1/5 (um quinto) dos associados o direito de promovê-la. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

Art. 61. Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissa esta, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

§ 1º Por cláusula do estatuto ou, no seu silêncio, por deliberação dos associados, podem estes, antes da destinação do remanescente referida neste artigo, receber em restituição, atualizado o respectivo valor, as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação.

§ 2º Não existindo no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território, em que a associação tiver sede, instituição nas condições indicadas neste artigo, o que remanescer do seu patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União. (negrejou-se)

Ao ser editado, o referido Código ainda trouxe algumas disposições transitórias para adaptação de todas as pessoas jurídicas, inclusive as associações, ao novo regime, estipulando prazo que foi prorrogado pela Lei nº 10.838/2004 e pela Lei nº 11.127/2005:

Art. 2.031. As associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, bem como os empresários, deverão se adaptar às disposições deste Código até 11 de janeiro de 2007. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às organizações religiosas nem aos partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003))

[...]

Art. 2.033. Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código.

Art. 2.034. A dissolução e a liquidação das pessoas jurídicas referidas no artigo antecedente, quando iniciadas antes da vigência deste Código, obedecerão ao disposto nas leis anteriores.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Observa-se no referido diploma legal que as hipóteses de transformação, incorporação, cisão ou fusão somente foram previstas para sociedades, nos termos dos arts. 1.113 a 1.122, integrantes do Capítulo X (Da Transformação, da Incorporação, da Fusão e da Cisão das Sociedades) do Subtítulo II (Da Sociedade Personificada). Quando quis compartilhar as normas aplicáveis às sociedades com as demais pessoas jurídicas privadas, o legislador foi expresso:

Art. 51 [...]

[...]

§ 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado.

§3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.

[...]

Neste cenário jurídico, a dissolução da associação civil sem fins lucrativos deve resultar na destinação de seu patrimônio a entidade de fins não econômicos, idênticos ou semelhantes aos seus, ou favorecer os associados que contribuíram para a formação de seu patrimônio. E, caso bens e direitos sejam devolvidos a pessoa que contribuiu para formação do patrimônio da associação civil, haverá a incidência tributária prevista no art. 17 da Lei nº 9.532/97.

Estas regras aplicam-se, inclusive, em caso de dissolução parcial da associação civil, devendo o parágrafo único do art. 16 da Lei nº 9.532/97 ser interpretado à luz do Código Civil de 2002, que somente permite a transferência de bens e direitos do patrimônio das entidades isentas para o patrimônio de outra pessoa jurídica de fins não econômicos. Inexistindo a possibilidade de cisão da associação civil, ou mesmo de destinação de seu patrimônio a entidade de fins econômicos, o fato jurídico que converteu os títulos patrimoniais que a recorrente possuía em Bolsa de Valores em ações de Bolsa de Valores somente pode ser caracterizado como dissolução parcial da associação sem fins lucrativos, com devolução de patrimônio a associado, que utiliza este valor para aporte de capital na sociedade anônima referida. Em tais circunstâncias, a diferença entre o valor recebido e o valor antes entregue à associação deverá ser adicionada à base de cálculo do IRPJ e da CSLL (art. 17, caput c/c §§ 3º e 4º da Lei nº 9.532/97).

Aliás, recente decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região orienta-se neste mesmo sentido:

*PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MANDAMENTAL. IRPJ. CSSL. BM&F
BOLSA DE MERCADORIAS E FUTURO DE SÃO PAULO. OPERAÇÃO DE*

DESMUTUALIZAÇÃO. TÍTULOS CONVERTIDOS EM AÇÕES DE S/A. LEI 9.532/97, ART. 17. INCIDÊNCIA NA ESPÉCIE.

1. O processo de desmutualização trouxe ganhos patrimoniais à impetrante que passou de simples associada da BM&F à detentora de ações na nova holding, acrescendo ao seu patrimônio as novas ações adquiridas com os valores que havia despendido para a formação da associação e que lhe fora devolvido.

2. A devolução implicou em aplicação de parte dos valores que compunha o patrimônio da associação em ações de empresa com fins lucrativos, o que desnatura o processo de sucessão legal das associações e autoriza a incidência de tributos em razão do acréscimo patrimonial experimentado pela impetrante.

3. Não há que se falar em avaliação pelo método de equivalência patrimonial porquanto o Decreto 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda), autoriza a utilização de tal método apenas na hipótese de investimentos em controladas e coligadas, não sendo este o caso dos autos.

4. Também não socorre a impetrante a Solução de Consulta nº 13 de 10/11/97, proferida antes da vigência da Lei 9.532/97. O mesmo vale para a aplicação da Portaria nº MF nº 785/77, já que esta cuidava de "constituição de reserva com os acréscimos no valor nominal dos títulos" e a exclusão de tais acréscimos ao lucro real, não sendo este o caso dos autos.

5. O processo de desmutualização autoriza a incidência do imposto de renda e da CSLL, como pretendido pelo Fisco, nos exatos termos do quanto disposto no artigo 17 da Lei nº 9.532/97.

6. Apelação que se nega provimento. (Apelação Cível nº 0035179 62.2007.4.03.6100/SP, processo nº 2007.61.00.0351795/SP, Relator Desembargador Federal Márcio Moraes, sessão de 19 de julho de 2012).

Discordo, portanto, do I. Relator quando:

- Admite a possibilidade de cisão de associação civil sem fins lucrativos com fundamento: o no art. 2.033 do Código Civil de 2002, pois embora tais associações sejam uma das pessoas jurídicas de direito privado mencionadas no art. 44 do mesmo diploma legal (inciso I), a possibilidade de cisão destas pessoas jurídicas foi submetida à regência do Código, e este somente disciplinou tal procedimento relativamente às sociedades, pessoas jurídicas de direito privado referidas no inciso II do art. 44 de seu texto;
- no art. 174 do RIR/99, pois a base legal deste dispositivo é a Lei nº 9.532/97, anterior ao Código Civil de 2002, que estabeleceu o cenário jurídico antes mencionado;
- na prática civil, pois ainda que tal ocorra, e não há demonstração neste sentido, é necessário distinguir hipóteses como a presente, na qual a destinação do patrimônio ocorre em favor de uma entidade de fins econômicos;
- no arquivamento dos competentes atos sociais, sem objeção pelos órgãos públicos de registro, na medida em que os registros de dissolução parcial da associação civil e de constituição da sociedade anônima são independentes, em órgãos distintos.

Entendo que os fundamentos acima apresentados demonstram sobejamente a impossibilidade legal de cisão das associações civis, com versão de seu patrimônio (ou parte dele) para uma entidade de fins lucrativos.

De tal constatação resulta a conclusão inescapável de que o patrimônio da Bovespa associação foi (parcialmente) devolvido aos seus associados para, ato contínuo, serem integralizados no capital da Bovespa SA, deixando assim de ser representados por títulos patrimoniais e passando a ser representado por ações da nova companhia.

O i. Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior, que outrora integrou este colegiado, ao proferir o voto vencedor do Acórdão nº 1302-001.634. apontou com precisão os limites para a transformação de uma sociedade, *verbis*:

Quinta questão: pode uma associação se transformar em sociedade empresária (S/A)?

Diz o Relator que:

“Tenho como claro que a mens legis do art. 17 da Lei nº 9.532/95 buscou colher a hipótese de retirada de associado ou de extinção da entidade isenta. Mas esta idéia está bem descrita na redação do artigo de lei, pois ao eleger a entrega de bens ou dinheiro a título de devolução do patrimônio, quer tratar efetivamente do bem ou dinheiro entregue. Este bem ou dinheiro estava no patrimônio, e era representado por um título associativo. Assim, guarda correspondência com o valor do título. Ao ser entregue ao associado que se retira, o patrimônio da entidade fica reduzido daquele valor, que também era representado no título, e, assim, também o patrimônio da entidade ficará reduzido, pela eliminação do título antes existente.

Tal raciocínio evidencia um movimento de saída, que é totalmente diverso do movimento de transformação pelo qual as entidades associadas passaram. Elas não queriam retirar-se. Mas além disso, o que elas receberam foi outro título (ação), que absolutamente não se confunde com o bem ou direito representado por tal título e que ao ser removido do patrimônio da entidade o reduz. Não. No caso vertente, pelo contrário, foi o patrimônio mantido, com mera troca do título representativo, que passou a ser uma ação. Assim, efetivamente pode-se dizer que não houve devolução de bem ou direito porque a ação recebida não é o bem ou o direito de que se fala no art. 17 da Lei nº 9.532/97, mas o título que o comporta.”

Ensina Luiz Alberto Warat (in *El Derecho y su Lenguaje*) que: “*Sem a rigorosidade da linguagem não há ciência. Fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa os dados do mundo*”.

Assim, aflora outra discordância minha com o brilhante voto do Sr. Relator, pois uma associação não pode se transformar em um S/A. Explico. Primeiro, há que se entender o que é uma transformação, razão pela qual trago à colação o art. 1113 do CC/02, in verbis:

Art. 1.113. O ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se.

Ora, como antes já dito à exaustão, transformação é instituto aplicável apenas às sociedades. Segundo, é a alteração da forma de constituição de uma sociedade, sem solução de continuidade. Assim, uma LTDA pode se transformar em um S/A, promovendo os devidos assentamentos nos seus registros

na Junta Comercial. Todavia, uma associação não pode se transformar em uma S/A, pois associação é registrada no Registro Civil das pessoas jurídicas e a S/A é registrada na Junta Comercial, logo, haverá sempre solução de continuidade, se possível fosse que o patrimônio de uma associação pudesse ser destinado a formação de uma sociedade lucrativa.

Some-se a isso o disposto no art. 45 do CC/02, que assim dispõe: Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Ora, se a existência legal da Bovespa S/A só começou com o seu registro na junta comercial, é lógico que, ainda que por um átimo, o patrimônio destacado da Associação Bovespa ficou a disposição dos seus associados, já que, ao se constituir a S/A, as ações eram da titularidade deles.

Assim, fica claro que sendo distintos os órgãos de registros de uma associação e de uma S/A é juridicamente impossível se falar em transformação de uma associação (sic) em uma S/A. Ou seja, neste caso, o que ocorreu foi uma devolução do patrimônio da associação aos associados e a formação, com esse patrimônio, de um sociedade, a qual só surgiu com o registro na Junta comercial. Por essa mesma razão, ousou mais uma vez discordar do I. Relator, quando ele afirma que: Veja-se que é impraticável o raciocínio que tenta desmembrar a operação em duas operações intermediárias, pelas quais, na primeira se devolveria o patrimônio, e na segunda, em que o patrimônio seria novamente entregue, agora para a formação do capital da nova SA.

Com a devida vênia, impraticável à luz do direito pátrio, é transformar uma associação em S/A.

Por essa mesma razão, é que o art. 17 é a norma aplicável na espécie.

Fixada a premissa que o que ocorreu, de fato, foi uma devolução de capital, impõe-se analisar a determinação do custo contábil dos títulos para apuração de eventuais ganhos de capital, tendo em vista as disposições da Portaria MF nº 785/77.

Para tanto, retorno ao brilhante voto da i. Conselheira Edeli Bessa, no Acórdão nº 1101-000.833, que mais uma vez, com maestria analisou a questão, *verbis*:

A Resolução nº 1.656/89 do Conselho Monetário Nacional, ao disciplinar a constituição, a organização e o funcionamento das Bolsas de Valores, definiu sua natureza e objeto social nos seguintes termos:

Art. 1º As Bolsas de Valores são constituídas como associações civis, sem finalidade lucrativa, tendo por objeto social:

[...]

Parágrafo único. As Bolsas de Valores não podem distribuir a sociedades corretoras membros parcela de patrimônio ou resultado, exceto nos casos de dissolução e na forma que a Comissão de Valores Mobiliários aprovar.

(negrejou-se)

O patrimônio social das Bolsas de Valores era formado mediante realização em dinheiro e dividido em títulos patrimoniais, colocados no mercado mediante leilão para aquisição pelas sociedades corretoras membros (art. 7º c/c art. 25 da Resolução CMN nº 1656/89). O valor nominal destes títulos patrimoniais era atualizado anualmente com base nas demonstrações financeiras do exercício social (art. 10 da Resolução CMN nº 1.656/89).

Consoante observou o I. Relator no voto proferido na sessão de 08/05/2012, a conduta da recorrente teve em conta o disposto na Circular BACEN nº 1.273/87, responsável por criar o Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional – COSIF, *in verbis*:

CAPÍTULO: Normas Básicas – I

SEÇÃO: Ativo Permanente 11

(...)

3 – Os títulos patrimoniais de bolsas de valores, de mercadorias e de futuros, são corrigidos mensalmente e atualizados, por ocasião dos balanços, pelo valor informado pela respectiva bolsa, procedendo-se aos seguintes lançamentos de ajustes:

a) se o novo valor informado pelas bolsas for superior ao saldo contábil corrigido na database do balanço, debita-se TÍTULOS PATRIMONIAIS pela diferença apurada, em contrapartida com RESERVA DE ATUALIZAÇÃO DE TÍTULOS PATRIMONIAIS;

b) se o novo valor informado pelas bolsas for inferior ao saldo contábil corrigido na database do balanço, credita-se TÍTULOS PATRIMONIAIS pela diferença apurada, em contrapartida com RESERVA DE ATUALIZAÇÃO DE TÍTULOS PATRIMONIAIS até o limite do seu saldo. A parcela excedente, se houver, é debitada em LUCROS OU PREJUÍZOS ACUMULADOS.

O Capítulo 1, item 11, subitem 3, § 3º do Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional – Cosif estabelece que a conta utilizada para registro dos títulos patrimoniais pertence ao grupo do Ativo Permanente – Investimentos (contas Cosif 2.1.4.10.10.000183, 2.1.4.10.20.00037 e 2.1.4.10.20.0004-0), e que a Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais é registrada na conta Cosif 6.1.3.709, que integra o Patrimônio Líquido – Reserva de Capital.

Consoante explicita a Fiscalização, este ganho obtido pela atualização dos Títulos Patrimoniais estava sujeito à tributação conforme definido pelo parágrafo único do art. 219 do RIR/99. Porém, estas operações contábeis foram objeto da Portaria MF nº 785/77, que assim classificou os resultados destas atualizações:

I. O acréscimo do valor nominal dos títulos patrimoniais das Bolsas de Valores, em decorrência de alteração do seu patrimônio social, não constitui receita nem ganho de capital das sociedades corretoras associadas e, por isso, pode ser excluído do lucro real destas desde que não seja distribuído e constitua reserva para oportuna e compulsória incorporação ao capital.

II. Aos aumentos de capital assim procedidos aplicas-se o disposto no Decreto-lei nº 1.109/70, art. 3º, § 3º (RIR, art. 237).

É possível também interpretar, como disse o I. Relator em seu voto apresentado na sessão de 08/05/2012, que tais variações, por não transitarem em conta de resultado, dependeriam de determinação legal expressa para seu cômputo na apuração do lucro real, a teor de outra disposição do RIR/99:

Art. 249. Na determinação do lucro real, serão adicionados ao lucro líquido do período de apuração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, § 2º):

I - os custos, despesas, encargos, perdas, provisões, participações e quaisquer outros valores deduzidos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Decreto, não sejam dedutíveis na determinação do lucro real;

II - os resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores não incluídos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Decreto, devam ser computados na determinação do lucro real.

[...]

Ocorre que a alienação destes títulos patrimoniais pelas sociedades corretoras pode se verificar por valor superior ao de aquisição, e o debate, então, cinge-se à existência, ou não, de ganho de capital suscetível de tributação na forma estabelecida pelo Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000/99 (RIR/99):

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

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

§ 2º O saldo das quotas de depreciação acelerada incentivada, registradas no LALUR, será adicionado ao lucro líquido do período de apuração em que ocorrer a baixa.

[...] *Art. 425 O ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento será determinado com base no valor contábil (art. 418, § 1º) (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 31, § 3º).*

Parágrafo único. A provisão para perdas constituídas até 31 de dezembro de 1995, quando dedutível na apuração do lucro real nos termos da legislação aplicável, deverá ser considerada na determinação do ganho ou perda de capital.

(negrejou-se)

Defende a recorrente que o valor contábil do bem corresponderia àquele atualizado, periodicamente, em sua contabilidade, para equivalência ao patrimônio social da Bovespa. Todavia, como bem apontou o I. Relator em seu voto proferido na sessão de 08/05/2012, ***o “custo contábil” a que alude a legislação, obviamente, é aquele suportado na ocasião da aquisição dos bens do ativo permanente, devidamente escriturado. As únicas modificações permitidas, na conformação destes montantes, são condizentes a sua correção monetária, banda uma, e à dedução de depreciação, amortização ou exaustão acumulada, banda distinta.*** (negrito não existente no original transcrito)

De fato, como aventa a recorrente, há, aqui, semelhanças procedimentais com o Método de Equivalência Patrimonial, que pode resultar em acréscimos periódicos não tributáveis (art. 389 do RIR/99), e ainda assim representativos do valor contábil do investimento, para fins de apuração do ganho de capital em eventual alienação. Mas o cenário que autoriza este entendimento é totalmente distinto daquele no qual a contribuinte busca sua aplicação.

Inicialmente deve-se observar que o Método da Equivalência Patrimonial é critério contábil de avaliação de ativos, reconhecido pela Lei nº 6.404/76 e pela doutrina contábil, diversamente da atualização determinada pelas referidas Resoluções do Banco Central. Na sequência, há que se considerar que este acréscimo não é tributável porque resulta de operações de uma sociedade controlada ou coligada cujo acréscimo patrimonial está sujeito à tributação, diversamente da atualização em referência, que tem por lastro os superávits de uma associação civil sem fins lucrativos. Por fim, a investidora que é obrigada a atualizar o valor contábil de seu investimento pelo Método da Equivalência Patrimonial tem poderes para influenciar nas decisões da investida, em razão da relevância do investimento, diversamente da sociedade corretora, que só pode cogitar da realização dos resultados auferidos por intermédio do título patrimonial representativo de sua participação na BOVESPA em caso de sua alienação.

Outra não poderia ser a conclusão, em tais condições, senão que os resultados reconhecidos periodicamente, em razão desta participação em associação civil sem fins lucrativos, não afetam o lucro tributável das sociedades corretoras no momento de seu registro, mas também não podem afetar a apuração do ganho de capital no momento de sua alienação, de modo que a tributação incida no momento da realização efetiva dos resultados antes contabilmente reconhecidos por determinação do Banco Central do Brasil.

A interessada ainda invoca os efeitos dos Pareceres Normativos CST nº 78/78 e 107/78, que trataram dos efeitos tributários dos resultados de equivalência patrimonial promovidos em razão de determinações do Banco Central do Brasil.

O Parecer Normativo CST nº 78/78 aborda o alcance das normas tributárias acerca dos métodos de avaliação de investimentos. De seu texto, extrai-se:

2. De acordo com a Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, artigo 247, parágrafo único) um investimento em sociedade coligada ou controlada é relevante quando seu valor contábil é igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor do patrimônio líquido da sociedade anônima investidora. Também o é, mesmo sem atingir os 10% (dez por cento) se o valor da participação, somado ao das demais participações em coligadas ou controladas, alcança pelo menos 15% (quinze por cento) do valor do patrimônio líquido da investidora. Investimentos em sociedades não

coligadas nem controladas não são considerados relevantes, não importa quão importantes sejam para a empresa investidora. A mesma lei, no artigo 243, considera duas sociedades como coligadas quando uma participa com 10% (dez por cento) ou mais do capital da outra, sem controlá-la (§ 1º); e define controlada como aquela sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores (§ 2º).

3. O artigo 248 da Lei das S/A. manda que a sociedade anônima apresente em seu balanço, avaliado pelo valor de patrimônio líquido, o investimento relevante (a) em sociedade coligada sobre cuja administração tenha influência, ou (b) em sociedade coligada de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, ou ainda (c) em sociedade controlada. Assim sendo, as participações de capital de caráter permanente, que a um só tempo sejam relevantes e determinem influência (sob qualquer das formas (a), (b) ou (c) mencionadas neste item) nas coligadas ou controladas devem ser avaliadas em função do valor de patrimônio líquido, método também chamado de equivalência patrimonial:

3.1 A lei não manda avaliar indiscriminadamente segundo um (equivalência patrimonial) ou outro (custo de aquisição) critério; antes, discrimina os investimentos segundo sua importância relativa. Importância na capacidade de Inversão da investidora, originando o conceito de relevância, e importância no conjunto dos recursos aplicados no empreendimento, gerando o conceito de influência.

4. O Decreto-Lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977 (artigo 20, § 4o), diz que essa modalidade de avaliação de investimentos é obrigatória nos casos determinados pela Lei das S/A., e nas sociedades em que “a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada”.

5. O Decreto-lei desta maneira exige que outras sociedades, além das anônimas, avaliem investimentos por equivalência patrimonial. Na cadeia de participações entre sociedades, iniciada por sociedade anônima, toda avaliação de investimento no capital de outra sociedade, quando o investimento for permanente, relevante e influente, deve ser feita por esse método, mesmo naquelas sociedades não organizadas sob a forma de companhia. Não importa, convém lembrar, que a participação seja direta ou indireta.

6. Em resumo, quando possuírem investimentos permanentes, relevantes e influentes devem em relação a eles praticar avaliação por equivalência patrimonial: I as companhias; e II as demais sociedades, sempre que entre os detentores do seu capital ou na cadeia ascendente e ininterrupta de participações relevantes e influentes se encontre sociedade anônima.

7. Não obstante a generalidade das regras acima discutidas, ressalve-se a possibilidade de legislação específica para setores

econômicos ou classes de empresas estabelecer outros critérios de avaliação pelo patrimônio líquido. Particularmente, a Lei da Reforma Bancária (n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, artigo 49, item XII) atribui ao Conselho Monetário Nacional a fixação de normas contábeis para as instituições financeiras, assim como a Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976 (artigo 22, §, IV) deferiu à Comissão de Valores Mobiliários a fixação de padrões de contabilidade para companhias abertas:

7.1 Dado que tais normas devem ser interpretadas integradamente com a legislação tributária, a imposição pelo Banco Central ou CVM de avaliação de investimentos por valor de patrimônio líquido, em situações que não as referidas no § 4º do artigo 20, do Decreto-lei n. 1.598/77, cria para as pessoas jurídicas obrigação de assim proceder nas demonstrações financeiras, com os reflexos pertinentes na apuração do lucro real.

8. Por fim, pessoas jurídicas outras que não as acima referidas devem avaliar seus investimentos permanentes em outras sociedades de conformidade com o princípio do custo de aquisição de que trata o artigo 183, item III, da Lei das S/A., sendo-lhes vedado avaliá-los pelo valor de patrimônio líquido.

Como se vê, referido ato normativo apenas esclarece que, nas hipóteses em que o Banco Central do Brasil ou a Comissão de Valores Mobiliários determinar que investimentos outros, que não aqueles previstos no Decreto-lei nº 1.598/77, sejam avaliados pelo método da equivalência patrimonial, o Fisco não poderá desqualificar esta operação, e deve atribuir ao resultado os efeitos que a legislação prevê no âmbito da equivalência patrimonial. Se não for este o caso, orienta o Parecer Normativo CST nº 107/78:

5. Inexistindo relevância ou influência na participação societária, o investimento se refletirá no balanço da investidora a custo contábil, é dizer, a custo de aquisição corrigido monetariamente, por força do art. 183, item III, da Lei n.º 6.404/76. A eventual avaliação desses investimentos acima dos custo de aquisição corrigido será considerada reavaliação tributável, observado quando for o caso o disposto no artigo 35 do Decreto-lei n.º 1.598/77. Todavia, a perda patrimonial registrada por esse processo não será dedutível na apuração do lucro real, excetuado o caso de provisão admitida nos termos do artigo 32 do Decreto n.º 1.598.

Contudo, nenhuma razão existe para se cogitar, aqui, que a determinação fixada pelo Banco Central do Brasil, no sentido de que os títulos patrimoniais detidos pelas sociedades corretoras sejam atualizados periodicamente em razão do patrimônio da Bovespa, represente hipótese de avaliação de investimentos por valor de patrimônio líquido, em situações que não as referidas no § 4º do artigo 20, do Decreto-lei n. 1.598/77, mencionada no Parecer Normativo CST nº 78/78. Inadmissível cogitar de avaliação de investimento por valor de patrimônio líquido se não há nem investimento, no sentido de participação societária, nem patrimônio líquido, na medida em que se está tratando de um título patrimonial representativo do patrimônio social de uma associação civil sem fins lucrativos.

A interpretação integrada, orientada pelo Parecer Normativo CST nº 78/78, diante das circunstâncias específicas da situação presente, é aquela expressa na Portaria MF nº 785/77, que afasta qualquer incidência sobre atualização patrimonial reconhecida contabilmente por determinação do Banco Central do Brasil, mas sem qualquer disponibilidade econômica ou jurídica, e que tem por reverso a inadmissibilidade destas parcelas como redutoras do ganho de capital na alienação, caso o valor da alienação disponibilize, à sociedade corretora, a atualização antes reconhecida contabilmente.

De toda sorte, ainda que se interprete literalmente o §1º do art. 418 do RIR/99, de modo a adotar como valor contábil do bem o montante pelo qual ele estiver registrado na escrituração do contribuinte, independentemente das operações que ensejaram aquele resultado, não se pode olvidar que contabilmente também está registrado, no patrimônio líquido da sociedade corretora, o total das atualizações promovidas desde a aquisição do título patrimonial, em conta de reserva de capital. E tal reserva deve ser baixada no momento em que o ativo que a justifica também o é. Em consequência, se a apuração do ganho de capital deve ter em conta o valor contábil do bem, no montante defendido pela recorrente, a reserva assim baixada deve necessariamente integrar o resultado tributável, o que mantém inalterada a presente exigência, no que tange ao primeiro grupo de infrações apreciado pelo I. Relator.

Por fim, apenas acrescente-se que não há qualquer incidência tributária prevista para os resultados auferidos por parte da Bovespa, enquanto associação civil sem fins lucrativos. A referência feita pela recorrente, em memoriais, ao art. 15, §2º da Lei nº 9.532/97 é imprópria, pois tal dispositivo diz respeito à pretendida incidência tributária sobre rendimentos e ganhos de capital auferidos, por instituições isentas, em aplicações financeiras, quando esta não integra o próprio objeto da instituição. Cogitar deste tipo de incidência sobre a associação civil aqui em comento significaria, simplesmente, negar a isenção que lhe é conferida.

Estas as razões, portanto, para divergir do I. Relator, que na forma final de seu voto concluiu pela insubsistência do lançamento relativamente à tributação dos ganhos de capital auferidos na alienação do que denominou “22 TP-Bovespa” e “01 TMCBM&F”.

A jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF também é no mesmo sentido do que foi aqui exposto, *verbis*:

Acórdão nº 9101-002.462, de 19/10/2016

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA
JURÍDICA - IRPJ*

Ano-calendário: 2007

*DESMUTUALIZAÇÃO. ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FIM
LUCRATIVO. DISSOLUÇÃO. DEVOLUÇÃO DE
PATRIMÔNIO. TÍTULOS PATRIMONIAIS. CUSTO DE
AQUISIÇÃO.*

*A cisão da BOVESPA e BM&F, associações civis sem fins
lucrativos, consuma a devolução dos títulos patrimoniais aos
associados. Não tem previsão legal a utilização,
por associação civil, de instituto de modificação*

societária destinado às sociedades anônimas. Por consequência, tampouco se aplica a atualização de valores dos títulos patrimoniais de associações civis sem finalidade lucrativa com base no Método de Equivalência Patrimonial, próprio para investimentos em coligadas e controladas das sociedades anônimas que visam o lucro.

Acórdão nº 9101-002.696, de 16/03/2017

DESMUTUALIZAÇÃO. ASSOCIAÇÃO ISENTA. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO. TRIBUTAÇÃO.

1- O processo de desmutualização trouxe ganhos patrimoniais à contribuinte, que passou de simples associada da BM&F à detentora de ações na nova holding, acrescendo ao seu patrimônio as novas ações adquiridas com os valores que havia despendido para a formação da associação e que lhe fora devolvido.

2- A devolução implicou em aplicação de parte dos valores que compunha o patrimônio da associação em ações de empresa com fins lucrativos, o que desnatura o processo de sucessão legal das associações e autoriza a incidência de tributos em razão do acréscimo patrimonial experimentado pela contribuinte.

3 - Sujeita-se à incidência do imposto de renda, computando-se na determinação do lucro real do exercício, a diferença entre o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, por pessoa jurídica, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver sido entregue para a formação do referido patrimônio. O processo de desmutualização autoriza a incidência do imposto de renda e da CSLL, como pretendido pelo Fisco, nos exatos termos do quanto disposto no artigo 17 da Lei nº 9.532/97.

Acórdão nº 9101-003.016, de 09/08/2017

DESMUTUALIZAÇÃO. ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FIM LUCRATIVO. DISSOLUÇÃO. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO. TÍTULOS PATRIMONIAIS. CUSTO DE AQUISIÇÃO.

A cisão da BOVESPA e BM&F, associações civis sem fins lucrativos, consuma a devolução dos títulos patrimoniais aos associados. Não tem previsão legal a utilização, por associação civil, de instituto de modificação societária destinado às sociedades anônimas. Por consequência, tampouco se aplica a atualização de valores dos títulos patrimoniais de associações civis sem finalidade lucrativa com base no Método de Equivalência Patrimonial, próprio para investimentos em coligadas e controladas das sociedades anônimas que visam o lucro.

Existem também precedentes judiciais que confirmam as interpretações trazidas na Solução Cosit nº 10 e na jurisprudência do CARF, *verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0034589-85.2007.4.03.6100/SP

MANDADO DE SEGURANÇA. BOVESPA E BM&F. OPERAÇÃO DE "DESMUTUALIZAÇÃO". DEVOLUÇÃO DE VALORES, NA PRÁTICA, LUCRATIVA, É TRIBUTÁVEL. GANHO PATRIMONIAL EXISTENTE. INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSSL. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Da leitura do artigo 61 do Código Civil, conclui-se que, em caso de dissolução, não poderia o patrimônio de uma associação passar para uma sociedade com fins econômicos, como foi o caso dos presentes autos, em que o patrimônio da Bovespa (associação) foi incorporado pela Bovespa Holding S/A (sociedade empresária).

2. Há uma devolução de patrimônio, e a diferença entre o valor entregue e o devolvido deve ser tributada, sendo o objetivo do mencionado artigo 61, exatamente, o de evitar o aproveitamento da isenção, por anos a fio, por parte da associação, que pura e simplesmente se converte em entidade econômica e pretende a equivalência (que somente poderia existir no plano meramente contábil) dos valores que antes sofreram valorização e foram, repita-se, majorados indiretamente em razão da isenção fiscal de que gozavam.

3. Com tal operação, os associados das referidas associações tiveram mesmo ganho patrimonial, já que passaram a ser acionistas de sociedades anônimas, com finalidade de lucro, sendo o montante a ser oferecido à tributação a diferença entre o valor nominal das ações recebidas a título de devolução e o custo de aquisição dos títulos patrimoniais das extintas associações, nos termos do que estabelece o citado art. 17, §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.532/97, dispositivo que, diga-se de passagem, não exigiria nem mesmo a transferência efetiva de numerário, bastando, para que se realizasse a incidência, a transferência valorativa dos direitos da associação até então isenta.

4. A venda posterior de tais ações poderá ser fato gerador dos tributos combatidos, havendo neste caso uma nova incidência tributária, distinta daquela que ocorreu no momento da devolução do patrimônio, uma devolução lucrativa, na forma de ações.

5. Constatada a legalidade da cobrança de IRPJ e CSLL sobre os acréscimos patrimoniais decorrentes da operação de "desmutualização" da Bovespa. Precedentes desta Corte. 6. Apelação a que se nega provimento.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, indeferir o pedido de que a CVM atuasse no processo como amicus curiae, nos termos do voto da Desembargadora Federal Relatora Alda Basto e, por

maioria, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira, com quem votou o Desembargador Federal André Nabarrete, vencida a Desembargadora Federal Relatora Alda Basto, que dava parcial provimento à apelação. São Paulo, 14 de novembro de 2013. LEONEL FERREIRA Juiz Federal Convocado

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0035167-48.2007.4.03.6100/SP

TRIBUTÁRIO - IRPJ - CSLL - BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO-BOVESPA - DESMUTUALIZAÇÃO - SUBSTITUIÇÃO DE TÍTULOS PATRIMONIAIS DAS ASSOCIADAS POR AÇÕES DA BOVESPA HOLDING S.A. - RESOLUÇÃO CMN 2.690/2000 - PORTARIA MF 785/77 E SOLUÇÃO DE CONSULTA SRF-13/97 - LEI Nº 9.532/97 E SOLUÇÃO DE CONSULTA SRF-10/2007 - MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL (ART. 248, DA LEI 6.404/76) - INAPLICABILIDADE - VALORIZAÇÃO DOS TÍTULOS PATRIMONIAIS - ACRÉSCIMO PATRIMONIAL - INCIDÊNCIA DOS TRIBUTOS - DEPÓSITOS JUDICIAIS À ORDEM DO JUÍZO A QUO REALIZADOS SPONTE PROPRIA- DELIBERAÇÃO.

1. Com fulcro na Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.690/2000, optou a Bolsa de Valores de São Paulo-BOVESPA pelo processo de desmutualização, passando de associação civil sem fins lucrativos, para o regime das sociedades anônimas, regido pela Lei nº 6.404/76, sendo as sociedades a ela associadas, caso da impetrante, obrigadas a substituir os títulos patrimoniais de que eram detentoras, por ações da Bovespa Holding S.A.

2. Inicialmente, a Portaria do Ministério da Fazenda MF 785/77 e a Solução de Consulta da Secretaria da Receita Federal nº 13/97 não previram fosse a substituição hipótese de incidência do IRPJ e da CSLL. Entretanto, tal entendimento foi superado pelo disposto no art. 17, da Lei nº 9.532/97, seguindo-o a Solução de Consulta da Secretaria da Receita Federal nº 10/2007, não deixando dúvidas quanto à incidência dos tributos na espécie. Com efeito, assim dispôs o preceito legal mencionado: "Art. 17. Sujeita-se à incidência do imposto de renda à alíquota de quinze por cento a diferença entre o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, por pessoa física, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver entregue para a formação do referido patrimônio. § 1º Aos valores entregues até o final do ano de 1995 aplicam-se as normas do inciso I do art. 17 da Lei nº 9.249, de 1995. § 2º O imposto de que trata este artigo será: a) considerado tributação exclusiva; b) pago pelo beneficiário até o último dia útil do mês subsequente ao recebimento dos valores. § 3º Quando a destinatária dos valores em dinheiro ou dos bens e direitos devolvidos for pessoa jurídica, a diferença a que se refere o caput será computada na determinação do lucro real ou adicionada ao lucro presumido ou arbitrado, conforme seja a forma de tributação a que estiver sujeita. § 4º Na hipótese do

parágrafo anterior, para a determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido a pessoa jurídica deverá computar: a) a diferença a que se refere o caput, se sujeita ao pagamento do imposto de renda com base no lucro real; b) o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos, se tributada com base no lucro presumido ou arbitrado".

3. Não socorre a contribuinte a disposição inserta no art. 248, da Lei nº 6.404/76, ao entendimento de que "os títulos patrimoniais passaram a ter o mesmo tratamento tributário dispensado às participações societárias avaliadas pelo método de equivalência patrimonial". (fl. 514). O mencionado preceito legal está inserido em capítulo da Lei das Sociedades Anônimas, voltado à elaboração do relatório anual da companhia, em relação aos investimentos nas sociedades coligadas, controladoras e controladas, pelo método da equivalência patrimonial, não cuidando, portanto, do caso de que tratam estes autos.

4. Destarte, pacífico que o processo de desmutualização da BOVESPA, do qual decorreu a substituição dos títulos patrimoniais da apelante por ações da Bovespa Holding S.A., gerou acréscimo patrimonial, sendo caso de incidência da tributação, nos termos da legislação pertinente aplicável. Nesse sentido, os seguintes precedentes desta e de outras Cortes Regionais Federais: Processo: AI 01051154420074030000 - AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 322814 - Relatora: Des. Fed. SALETTE NASCIMENTO - Sigla do órgão: TRF3 - Órgão julgador: Quarta Turma - Fonte: DJF3 - Data: 19/08/2008; Processo: AMS 00087060520084036100 - AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 313991 - Relator: Juiz Fed. Conv. RUBENS CALIXTO - Sigla do órgão: TRF3 - Órgão julgador: Terceira Turma - Fonte: e-DJF3 - Judicial 1 - Data: 20/07/2012; Processo: AC 200851010065590 - AC - APELAÇÃO CIVEL - 432856 - Relator: Des. Fed. THEOPHILO MIGUEL - Sigla do órgão: TRF2 - Órgão julgador: Terceira Turma Especializada - Fonte: E-DJF2R - Data: 16/10/2012 - p. 77.

5. Segundo as guias juntadas por cópias, pela contribuinte às fls. 575 e 576, os depósitos noticiados foram ambos por ela efetuados, na data de 06/03/08, quando o feito ainda tramitava junto ao juízo da 15ª Vara Cível Federal desta Capital. Assim, tendo em vista que foram feitos, sponte própria, à ordem e à disposição do juízo de primeiro grau, as questões a eles relacionadas, tais como as ventiladas às fls. 569/574 e seguintes, deverão ser apreciadas pelo juízo de origem, ao qual se encontram vinculados, após o trânsito em julgado da decisão definitiva, ressalvado o levantamento do montante incontroverso, sobre o qual se manifestou, favoravelmente, a União.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à

apelação, nos termos do voto do Relator. São Paulo, 22 de agosto de 2013. HERBERT DE BRUYN Juiz Federal Convocado

Alinhavadas estas razões, entendo que devem ser mantidas as exigências contidas nos itens 02 e 03 do auto de infração.

O item 02 do auto de infração do IRPJ se refere ao ganho auferido na devolução do patrimônio social da entidade isenta (Bovespa) e corresponde à parcela de atualizações registrada em reservas sobre os 10 títulos remanescentes no patrimônio da Bruxelas Holding quando da desmutualização, que foram convertidos em ações.

O item 03 do auto de infração do IRPJ se refere à parcela de atualizações registrada em reservas sobre os 12 títulos da Bovespa vendidos em 24/08/2007, que não foram adicionados ao lucro real, nos termos do art. 4º da Lei nº 9.959/2000.

Por fim, resta observar que todas as considerações feitas com relação ao IRPJ, aplicam-se à exigência de CSLL, no que se refere ao ganho auferido na devolução do patrimônio social da entidade isenta (Bovespa), nos termos da previsão expressa no § 4º do art. 17 da Lei nº 9.532/1997.

Ante ao exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso quanto a este ponto.

2. Da glosa do ágio na Apuração do Ganho de Capital

A fiscalização glosou o valor do ágio incorporado ao custo de alienação dos títulos da Bovespa e, posteriormente, das ações recebidas em face da devolução do patrimônio da antiga Bovespa (associação).

A recorrente questiona as conclusões da fiscalização, alegando que ela própria reconheceria que os atos dos quais decorreram o ágio atenderam a legislação aplicável; que não existe prescrição legal no sentido de que só podem ser contabilizados fatos decorrentes de negócios onerosos com terceiros; que o ágio aproveitado decorre de uma permuta e que esta é uma transação onerosa, nos termos do art. 533 do Código Civil; que houve interveniência de empresa especializada de avaliação; que as pessoas jurídicas pertençam ou não ao mesmo grupo empresarial, devem ser tratadas individualizadamente para efeitos tributários; que embora pertencentes ao mesmo grupo, as empresas são, do ponto de vista fiscal, terceiros em relação umas às outras.

Sustenta que a fiscalização invoca regras administrativas emanadas pela Comissão de Valores Mobiliários já na constância das Leis 11.638/07 e 11.941/09 (Ofício Circular CVM 1/2007), como se isso pudesse lhe dar respaldo retroativo.

A recorrente refuta a possibilidade de distinção entre os institutos da fusão, incorporação e cisão entre empresas interligadas ou sem ligação entre si, o que afrontaria os arts. 109 e 110 do CTN.

Defende que a permuta, é uma operação onerosa, onde duas pessoas, ao mesmo tempo, alienam e adquirem ativos; que para os intervenientes o sacrifício consiste na perda do bem anteriormente havido, como condição para se ter o novo bem sob seu domínio,

encontrando-se configurada, portanto, a onerosidade da operação; que se um interveniente registra um ágio, o outro necessariamente registrará um deságio.

Sustenta que o ágio não é um valor artificial inventado, tirado do nada; que ao contrário, é a equivalência ao patrimônio de uma sociedade investida que acaba de ser adquirida por um valor menor do que seu valor patrimonial, é a expressão natural de um bom negócio. Não registrando o ágio, neste momento, inexoravelmente, ele se tornaria resultado de equivalência patrimonial por ocasião da primeira avaliação, resultado este não tributável, por sinal.

Alega que este foi o procedimento da recorrente nas operações realizadas e que após as reestruturações, como não se justificava a manutenção do custo das duas empresas, o grupo decidiu reuni-las, sendo que era indiferente a Málaga absorver a Bruxelas ou vice-versa; que após a incorporação o valor do ágio foi incorporado ao custo de aquisição, o que não teria qualquer efeito fiscal.

Alega que embora a autoridade fiscal não mencione, teria se utilizado das disposições do art. 116, parágrafo único do CTN, introduzido pela LC. 104/2001, para possibilitar a glosa do ágio, porém tal dispositivo tem eficácia limitada, pois depende de regulamentação por lei ordinária; portanto, não poderia ser aplicada.

Que a justificativa econômica para as operações, decorre da decisão de cunho empresarial de alienar os títulos da Bovespa, tendo em vista a possibilidade surgida com sua transformação em ações, e que é direito do contribuinte escolher a melhor forma de realizar seus ativos, inclusive no sentido de pagar menos tributos.

Antes de adentrar à análise das operações realizadas, dos fundamentos da autuação e dos argumentos da autuada, peço vênias aos meus pares para transcrever algumas reflexões já apresentadas a este colegiado em outra oportunidade¹ quando analisamos questões semelhantes envolvendo a glosa de amortização de ágio apurado em face da expectativa de rentabilidade futura, quanto este surge em face de operações realizadas entre partes relacionadas. Trago aqui os principais excertos, *verbis*:

Considerações sobre a amortização do ágio

Antes de adentrar o mérito da exigência fiscal, entendo ser necessário tecer algumas considerações acerca da questão da amortização do ágio em face de reorganizações societárias, que vem sendo largamente utilizado e discutido enquanto mecanismo de planejamento tributário das empresas.

Tal discussão é bastante tormentosa, o que se revela na própria jurisprudência administrativa, e não está imune a algum grau de subjetividade por parte dos intérpretes e aplicadores do direito.

Da liberdade de auto-organização do contribuinte

A primeira questão a ser analisada refere-se à liberdade de auto-organização do contribuinte, tida como absoluta pelos intérpretes e doutrinadores liberais, que defendem que “*o Fisco só pode cobrar (tributos) mediante tipicidade fechada e legalidade estrita*” enquanto que o contribuinte pode fazer tudo que não está restringido pela lei.

¹ Vide Acórdão nº 1302-001.950, de 09 de agosto de 2016.

Desta visão decorre o entendimento de que atendidos os aspectos puramente formais dos atos e operações do contribuinte, independente de seu conteúdo real, nenhuma objeção pode ser feita pelo Fisco.

Tal visão desconsidera o aspecto finalístico da lei e sua interpretação sistêmica.

Não há dúvidas de que o contribuinte tem ampla liberdade de auto-organizar-se, inclusive no sentido de adotar as opções negociais que lhe propiciem a menor carga tributária possível.

Esta liberdade de auto-organização, no entanto, não é absoluta; está sujeita a restrições, como o respeito à livre concorrência, à boa fé, à função social da empresa, etc. Tampouco se aplica às hipóteses de simulação, fraude à lei e abuso de direito.

Um dos poucos doutrinadores a tratar do tema sem o viés estritamente liberal, Marco Aurélio Greco leciona que *“não há dúvida de que o contribuinte tem o direito encartado na Constituição Federal, de organizar sua vida da maneira que melhor julgar. Porém, o exercício desse direito supõe a existência de causas reais que levem a tal atitude. A auto-organização com a finalidade predominante de pagar menos imposto configura abuso de direito, além de poder configurar algum outro tipo de patologia do negócio jurídico, como, por exemplo, fraude à lei”*².

Nesse sentido, observa que *“a possibilidade de serem identificadas situações concretas em que os atos realizados pelos particulares, embora juridicamente válidos, não serão oponíveis ao Fisco, quando forem fruto de um uso abusivo do direito de auto-organização que, por isso, compromete a eficácia do princípio da capacidade contributiva e da isonomia fiscal”*³.

A observância aos princípios da capacidade contributiva e da isonomia fiscal na interpretação e aplicação da lei tributária, especialmente quando se trata do Imposto de Renda, revela-se de todo pertinente, não podendo tais princípios serem subjugados ou simplesmente esquecidos em face do direito de auto-organização do sujeito passivo. *“A eficácia do princípio da capacidade contributiva está em assegurar que todas as manifestações daquela aptidão sejam efetivamente atingidas pelo tributo”*⁴. E, *“na medida em que a lei qualificou uma determinada manifestação de capacidade contributiva como pressuposto de incidência de um tributo, só haverá isonomia tributária se todos aqueles que se encontrarem na mesma condição tiverem de suportar a mesma carga fiscal. Se, apesar de existirem idênticas manifestações de capacidade contributiva, um contribuinte puder se furtar ao imposto (ainda que lícitamente), esta atitude estará comprometendo a igualdade, que tem dignidade e relevância até mesmo maiores que a proteção à propriedade (CF, artigo 5º)”*⁵.

Desta feita, não há que se falar em liberdade de auto-organização quando o ato praticado visa única e exclusivamente a reduzir o tributo devido, pois *“a carga tributária decorre da lei e não pode ficar ao sabor da ‘criatividade’ do contribuinte. Nem se diga que o ordenamento autoriza estas condutas, pois a opção fiscal*

² GRECO, Marco Aurélio. Planejamento Tributário. 3a. ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 228

³ GRECO, Marco Aurélio. Op cit, p. 211

⁴ GRECO, Marco Aurélio. Op cit. p.209.

⁵ GRECO, Marco Aurélio. Op cit. p.210.

*(desejada ou induzida pelo ordenamento) é diferente da ‘montagem fiscal’ (construção de um modelo apenas formal para atingir uma redução do tributo)”.*⁶

Se o contribuinte que pratica atos, abusando do direito de auto-organização, não pode ter reconhecido os efeitos tributários os quais buscou beneficiar-se, aquele que simula a prática de atos com vistas unicamente a redução de tributos menos ainda pode usufruir do benefício fiscal almejado.

Primeira conclusão: a liberdade de auto-organização do contribuinte perante o Fisco e a sociedade não é absoluta; está sujeita a restrições, como o respeito à livre concorrência, à boa fé, à função social da empresa e não se coaduna com as práticas de simulação, abuso de direito ou fraude à lei.

Os fundamentos da existência ágio e das condições para sua amortização.

[...]

Qualquer que fosse o objetivo, é certo que o legislador baseou-se em um motivo econômico da maior relevância quando tratou da possibilidade fiscal de dedução do ágio pago na aquisição de investimentos, com fundamento na expectativa de rentabilidade futura, na Lei nº 9.532/1997.

Independente da premissa ou pressuposto para a instituição da previsão legal de dedução do ágio, verifica-se que a lei não cuidou de restringir o seu alcance apenas para as operações de aquisições de participações visando o programa nacional de desestatização, de sorte que é correta a sua extensão a toda e qualquer operação de aquisição de investimentos, inclusive naquelas ocorridas entre particulares, desde que seja equivalente às da previsão legal.

Assim é que, em uma operação de aquisição de investimentos entre duas empresas independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses, havendo o pagamento de ágio com fundamento na expectativa de rentabilidade futura e, cumpridos os requisitos legais, o Fisco não pode opor qualquer óbice à sua amortização.

Por outro lado, a lei não ampara as reorganizações societárias em que não existe uma efetiva aquisição de investimentos; quando há uma mera simulação de negócios societários visando unicamente a criar um ágio artificial para reduzir a carga tributária do contribuinte.

São os casos em que ainda que formalmente regulares, os negócios societários não tem substância ou existência real.

As principais características desses arranjos societários artificiais são: - reorganização societária dentro de um grupo de empresa sob controle comum: - a aquisição ou criação de empresas sem atividade econômica real (empresas veículos); - subscrição de capital na empresa veículo, integralizada com quotas ou ações da empresa operacional do grupo (ou outra holding intermediária), avaliadas “a valor de mercado” com base na expectativa de rentabilidade futura; - ausência de pagamento efetivo (não há qualquer dispêndio ou sacrifício patrimonial); - inexistência de outra finalidade nas operações, que não a geração/aproveitamento do ágio, ou preponderância desta última; - operações formais realizadas em curto espaço de tempo; - incorporação reversa da investidora pela investida, que passa a adotar a razão social ou marca daquela; - o controle societário da empresa

⁶ GRECO, Marco Aurélio. Op cit, p.246

operacional (direto ou indireto) resulta inalterado ao final da reorganização societária.

Nem todas as variáveis acima elencadas deverão estar presentes, ao mesmo tempo, para se constatar a geração artificial de um ágio na operação societária.

No exame das operações societárias visando a aferir a efetividade da existência do ágio há que se levar em consideração, fundamentalmente: - a existência de motivação econômica para a operação; - a independência entre as partes na formação do preço pago pela participação; - a existência de efetivo pagamento (dispêndio ou sacrifício patrimonial); modificação da participação no controle (direto ou indireto) da empresa operacional após a reorganização.

[...]

O ágio sob a perspectiva do reconhecimento contábil

Por fim, examino a questão do ágio sob a perspectiva de sua apuração e reconhecimento na contabilidade.

Essa discussão ganha sua relevância em face do argumento utilizado quando se discute a questão do ágio no âmbito das operações societárias no sentido de que o regime contábil dado ao instituto seria diferente daquele previsto na legislação tributária.

Tal entendimento deriva do fato do legislador ter disciplinado o instituto no âmbito de uma lei que tratava Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas. E esta, de fato, disciplinou a matéria por meio do art. 20 do DL. 1598/77⁷.

Com a devida vênia, ainda que a legislação tributária tenha regulado procedimentos contábeis no seu bojo, até pela falta de maior detalhamento pela lei societária, não autoriza a conclusão de que existam dois tipos de ágios para um mesmo fato econômico: um jurídico-tributário e outro contábil.

⁷ Art 20 - O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

§ 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração.

Em que pese a contabilidade e direito tributário tenham seus campos próprios de conhecimento e ciência, é inegável a interseção entre ambos no âmbito das relações jurídico-tributárias.

Não se deve olvidar que o lucro tributável é definido pela legislação do Imposto de Renda a partir do lucro líquido apurado na escrituração comercial, tendo o próprio Decreto-Lei nº 1.598/77, no inc. X do seu art. 67, estabelecido expressamente que o lucro líquido do exercício deverá ser apurado, a partir do primeiro exercício social iniciado após 31 de dezembro de 1977, com observância das disposições da Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976.

Desta forma, as normas contábeis exaradas pelas entidades responsáveis pela normatização e regulamentação da contabilidade não são elementos estranhos à aplicação da legislação tributária, pelo contrário, fazem parte do arcabouço de mensuração do resultado tributável obtido pelas sociedades empresariais.

E aí provavelmente resida um dos pontos nodais nesta discussão, concernente ao reconhecimento do ágio sob a perspectiva de sua apuração contábil.

O Regulamento do Imposto de Renda – RIR/1999 (Decreto nº 3.000/1999) dispõe extensamente sobre o registro e amortização do ágio na contabilidade da pessoa jurídica, *in verbis*:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio **deverá indicar**, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior **deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração** (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado

segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV - deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados durante os cinco anos-calendário subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 1º).

§ 2º Se o bem que deu causa ao ágio ou deságio não houver sido transferido, na hipótese de cisão, para o patrimônio da sucessora, esta deverá registrar (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 2º):

I - o ágio em conta de ativo diferido, para amortização na forma prevista no inciso III;

II - o deságio em conta de receita diferida, para amortização na forma prevista no inciso IV.

§ 3º O valor registrado na forma do inciso II (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 3º):

I - será considerado custo de aquisição, para efeito de apuração de ganho ou perda de capital na alienação do direito que lhe deu causa ou na sua transferência para sócio ou acionista, na hipótese de devolução de capital;

II - poderá ser deduzido como perda, no encerramento das atividades da empresa, se comprovada, nessa data, a inexistência do fundo de comércio ou do intangível que lhe deu causa.

§ 4º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a posterior utilização econômica do fundo de comércio ou intangível sujeitará a pessoa física ou jurídica usuária ao pagamento dos tributos ou contribuições que deixaram de ser pagos, acrescidos

de juros de mora e multa, calculados de conformidade com a legislação vigente (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 4º).

§ 5º O valor que servir de base de cálculo dos tributos e contribuições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser registrado em conta do ativo, como custo do direito (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, § 5º).

§ 6º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

I - o investimento não for, obrigatoriamente, avaliado pelo valor do patrimônio líquido;

II - a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

§ 7º Sem prejuízo do disposto nos incisos III e IV, a pessoa jurídica sucessora poderá classificar, no patrimônio líquido, alternativamente ao disposto no § 2º deste artigo, a conta que registrar o ágio ou deságio nele mencionado (Lei nº 9.718, de 1998, art. 11).

Como se vê, tanto o registro da ocorrência do ágio quanto os de sua amortização, de acordo com a legislação tributária devem ser feitos na contabilidade do sujeito passivo, que por sua vez deve seguir as normas de escrituração da legislação comercial.

Ora, o art. 20 do DL. 1598/77 define a existência de ágio ou deságio como sendo a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição. Deste conceito emanam duas grandezas a serem determinadas com vistas à apuração da existência de ágio (ou deságio). A primeira é o custo de aquisição e a segunda é o valor do patrimônio líquido. Quanto a este último não há dúvidas de que se trata do valor patrimonial da empresa investida na data do investimento. Quanto à primeira é que surgem controvérsias quando se trata de operações societárias realizadas internamente num grupo econômico: qual é o custo de aquisição?

O Conselho Federal de Contabilidade, por meio da resolução 750/93⁸, que dispõe sobre os princípios fundamentais da contabilidade, ao tratar do registro dos componentes patrimoniais assim estabelecia no seu art 7º:

Art. 7º Os componentes do patrimônio devem ser registrados pelos valores originais das transações com o mundo exterior, expressos a valor presente na moeda do País, que serão mantidos na avaliação das variações patrimoniais posteriores, inclusive quando configurarem agregações ou decomposições no interior da ENTIDADE.

Parágrafo único – Do Princípio do REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL resulta:

I – a avaliação dos componentes patrimoniais deve ser feita com base nos valores de entrada, considerando-se como tais os resultantes do consenso com os agentes externos ou da imposição destes;

⁸ Essa redação foi Alterada pela Resolução CFC nº 1282/2010, por conta do processo de convergência às normas internacionais de contabilidade introduzidas pela Lei nº 11.941/2009.

[...]

(grifo nosso)

Fundada nesses princípios a Comissão de Valores Mobiliários, por meio do Ofício Circular CVM/SNC/SEP no 01/2007 condenou o reconhecimento do chamado ágio interno, ou seja, gerado dentro do mesmo grupo de empresas sob controle comum, *in verbis*:

"20.1.7 "Ágio" gerado em operações internas

A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de "ágio".

Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas, inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.

Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

*Em nosso entendimento ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge única e exclusivamente, quando o **preço (custo) pago** pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial supera o valor patrimonial desse investimento. E mais preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim não há do ponto de vista econômico geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.*

***Não é concebível, econômica e contabilmente o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios.** Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como "arm's length". Portanto é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade." (Os grifos constam do original).*

Resta evidente a convergência Ofício Circular CVM/SNC/SEP no 01/2007 com o princípio emanado do CFC quando se trata da definição do custo de aquisição de um componente patrimonial.

Não obstante, respeitáveis vozes têm se insurgido contra a invocação desta norma da CVM para fins de interpretação da lei tributária, alegando que a mesma não teria o condão de modificar os conceitos legais do ágio ou mesmo ser utilizada na interpretação da legislação tributária, pois abrigaria conceitos de caráter meramente econômicos ou contábeis.

Com a devida vênia aos que assim pensam, entendo que a nota da CVM apenas proclama o óbvio, seja em termos jurídicos, contábeis ou econômicos, deixando nua a falta de substância das operações societárias realizadas com o intuito de gerar ágios artificialmente, unicamente com vistas à redução da carga tributária, situação não amparada pela lei, conforme já examinamos. Ora, se não se concebe a ocorrência de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios, como se justificaria a existência de um ágio nestes casos? Afinal, qual a finalidade da lei tributária (do imposto de renda, em especial), senão estabelecer a carga tributária conforme a capacidade econômica do contribuinte?

No voto que restou vencido, no Acórdão nº 1101-00.708, a ilustre Conselheira Edeli Pereira Bessa, cita o exame do conceito de ágio pela doutrina contábil, *in verbis*:

[...]

“[...]o Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações, elaborado pela referida FIPECAFI (Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras), e citado pela Fiscalização nos termos de sua edição de 2008, afirma o mesmo entendimento no âmbito doutrinário, expondo com clareza o conceito contábil de ágio nos termos a seguir transcritos:

11.7.1 — Introdução e Conceito

Os investimentos, como já vimos, são registrados pelo valor da equivalência patrimonial e, nos casos em que os investimentos foram feitos por meio de subscrições em empresas coligadas ou controladas, formadas pela própria investidora, não surge normalmente qualquer ágio ou deságio. Veja-se, todavia, caso especial no item 11.7.6.

*Todavia, no caso de uma companhia **adquirir** ações de uma empresa já existente, pode surgir esse problema.*

O conceito de ágio ou deságio, aqui, não é o da diferença entre o valor pago pelas ações e seu valor nominal, mas a diferença entre o valor pago e o valor patrimonial das ações, e ocorre quando adotado o método da equivalência patrimonial.

Dessa forma, há ágio quando o preço de custo das ações for maior que seu valor patrimonial, e deságio, quando for menor, como exemplificado a seguir.

11.7.2 Segregação Contábil do Ágio ou Deságio

*Ao **comprar** ações de uma empresa que serão avaliadas pelo método da equivalência patrimonial, deve-se, já na ocasião da compra, segregar na Contabilidade o preço total de custo em duas subcontas distintas, ou seja, o valor da equivalência patrimonial numa subconta e, o valor do ágio (ou deságio) em outra subconta (...)*

11.7.3 Determinação do Valor do Ágio ou Deságio

a) GERAL

*Para permitir a determinação do valor do ágio ou deságio, é necessário que, na data-base da **aquisição das ações**, se determine o valor da equivalência patrimonial do investimento, para o que é necessária a elaboração de um Balanço da empresa da qual se **compraram as ações**, referencialmente na mesma data-base da compra das ações ou até dois meses antes dessa data. Todavia, se a **aquisição** for feita com base num Balanço de negociação, poderá ser utilizado esse Balanço, mesmo que com defasagem superior aos dois meses mencionados. Ver exemplos a seguir.*

b) DATA-BASE

*Na prática, esse tipo de negociação é usualmente um processo prolongado, levando, As vezes, a meses de debates até a conclusão das negociações. A data-base da contabilização da compra é a da efetiva **transmissão dos direitos de tais ações aos novos acionistas** a partir dela, passam a usufruir dos lucros gerados e das demais vantagens patrimoniais.()*

11.7.4 Natureza e Origem do Ágio ou Destigio

(...)

c) ÁGIO FOR VALOR DE RENTABILIDADE FUTURA

*Esse ágio (ou deságio) **ocorre quando se paga pelas ações um valor maior (menor)** que o patrimonial, em função de expectativa de rentabilidade futura da coligada ou controlada adquirida.*

Esse tipo de ágio ocorre com maior frequência por envolver inúmeras situações e abranger diversas possibilidades.

No exemplo anterior da Empresa B, os \$ 100.000.000 pagos a mais na compra das ações representam esse tipo de ágio e devem ser registrados nessa subconta específica.

Sumariando, no exemplo anterior, a contabilização da compra das ações pela Empresa A, por \$ 504.883.200, seria (...).

11.7.5 Amortização do Ágio ou Destigio

a) CONTABILIZAÇÃO

I - Amortização do ágio (deságio) por valor de rentabilidade futura

*O ágio pago por expectativa de lucros futuros da coligada ou controlada deve ser amortizado dentro do período pelo qual se pagou por tais futuros lucros, ou seja, contra os resultados dos exercícios considerados na projeção dos lucros estimados que justifiquem o ágio. **O fundamento aqui é o de que, na verdade, as receitas equivalentes aos lucros da coligada ou controlada não representam um lucro efetivo, já que a investidora pagou por eles antecipadamente** devendo, portanto, baixar o ágio contra essas receitas. Suponha que uma empresa tenha pago pelas ações adquiridas um valor adicional ao do patrimônio líquido de \$ 200.000, correspondente a sua participação nos lucros dos 10 anos seguintes da empresa adquirida. Nesse caso, tal ágio deverá ser amortizado na base de 10% ao ano. (Todavia, se os lucros previstos pelos quais se pagou o ágio não forem projetados em uma base uniforme de ano para ano, a amortização deverá acompanhar essa evolução proporcionalmente).(...)*

Nesse sentido, a CVM determina que o ágio ou o deságio decorrente da diferença entre o valor pago na aquisição do investimento e o valor de mercado dos ativos e passivos da coligada ou controlada deverá ser amortizada da seguinte forma (...).

[..]

(destaques cfe original)

Como se observa, tanto as normas contábeis quanto a doutrina são convergentes em não reconhecer a existência de ágio quando não há negociação, ainda que indireta, com terceiros e efetivo pagamento pelas participações subscritas.

A utilização dos princípios contábeis para dar uma resposta satisfatória ao desafio de mensuração do resultado das pessoas jurídicas, foi bem observado por Schoueri, que aborda a solução encontrada pelo legislador pátrio para a questão da dedutibilidade do ágio, *in verbis*:

“Conforme já referido, pelo princípio contábil do confronto das despesas com as receitas (*o matching principle*), as despesas que sejam diretamente relacionadas a receitas de determinado período devem ser com estas confrontadas, a fim de que não sejam geradas quaisquer distorções. Não seria razoável que se contabilizasse uma receita sem que a despesa que a originou fosse a essa contraposta; caso contrário, se verificariam valores absolutamente fictícios, com resultados negativos no período em que se contabilizasse a despesa e positivos no período que se escriturasse a receita, quando, em verdade, esses valores contrapostos acarretariam um resultado global neutro.

Segundo explana Sérgio de Iudibus, os princípios dão as grandes linhas filosóficas da resposta contábil aos desafios do sistema de informação da Contabilidade, operando num cenário complexo, no nível dos postulados, formando, pois, o núcleo da doutrina contábil.

Muito além de influenciar as ciências contábeis, é de se notar que os princípios influenciam todos os demais âmbitos de estudo dotado de cientificidade, dentre esses o Direito. Um princípio que fornece respostas satisfatórias a uma ciência pode perfeitamente oferecer respostas também satisfatória a outros âmbitos científicos. E ocorreu justamente isso em matéria de amortização de ágio. Além de fornecer resposta aos desafios contábeis, o princípio do confronto das despesas com as receitas também foi utilizado pelo legislador para fornecer respostas satisfatórias aos desafios fiscais de amortização do ágio.

Foi de rara felicidade a introdução desse princípio, de natureza primordialmente contábil, na apuração do lucro real das pessoas jurídicas nacionais, por parte do Poder Executivo quando formulou o tratamento do ágio na incorporação que atualmente observamos em nosso ordenamento jurídico. Entendeu-se que o momento de dedutibilidade fiscal do ágio deveria estar estritamente vinculado ao momento em que as receitas que acarretaram o seu **pagamento** fossem auferidas, isto é, o momento em que o ágio fosse considerado realizado.

Ora, qual o motivo de se ter pago um montante superior ao valor do patrimônio líquido de uma pessoa jurídica para adquiri-la? A expectativa de auferir resultados positivos futuros em decorrência desse ágio pago é a resposta. Se os resultados positivos futuros tiveram sua origem em dispendio com ágio ocorrido no passado, nada mais correto que registrar esse ágio em ativo para que apenas seja considerado em conta de resultado quando os referidos resultados

positivos futuros foram auferidos. Eis onde o legislador acertou ao edificar a regulamentação do ágio ora em vigor.”⁹ (grifos nosso)

Muito feliz a observação de Schoueri de que o legislador buscou na ciência contábil a solução para a questão da amortização do ágio. E o fez tanto com relação à adoção do princípio do confronto entre despesas e receitas como também ao já citado princípio do registro pelo valor original, resultante do consenso com os agentes externos ou da imposição destes, pois ambos se complementam neste caso.

Senão, como se pode falar em dispêndio com ágio pago numa transação que não envolve terceiros? Como se admitir a dedução de um dispêndio que não existiu sobre uma receita que dele não decorreu?

Seria absolutamente contraditório aceitar um princípio e negar o outro.

[...]

Ora se é lógico não haver a tributação do resultado antes de deduzido o ágio efetivamente pago [...], da mesma forma não faz sentido deduzir do lucro, como despesa, um valor que não foi efetivamente despendido. O lucro, neste último caso, é o mesmo que a empresa já teria antes da suposta reorganização societária e não ocorreu nenhum dispêndio que justifique a sua redução.

Observe-se ainda que, quando se fala em ágio pago, não se está discutindo a possibilidade do pagamento de uma subscrição ser feita por outros meios que não o pagamento em dinheiro, tais como a dação em pagamento de bens ou direitos.

Não há dúvidas de que o pagamento de uma subscrição possa ser feito sob diversas formas ou meios, como a dação em pagamento de bens ou direitos, p.ex.

A questão que se coloca é que para que se admita a existência do pagamento de ágio é que haja um efetivo sacrifício patrimonial por parte da adquirente.

Não caracteriza qualquer desembolso a mera transferência escritural das ações registrados pela investidora em seu patrimônio (indevidamente reavaliados) para o da investida. Mormente, se, ato contínuo, é feita a reversão do investimento, mediante a incorporação reversa, apenas para cumprir um requisito legal, sem qualquer modificação do seu controle direto ou indireto, seja quantitativa, seja qualitativamente.

A ausência de um efetivo pagamento (sacrifício patrimonial) por parte da investidora pelas participações subscritas em operações com empresas controladas revela a falta de substância econômica das operações o que impede o seu registro e reconhecimento contábil, pois não há efetiva modificação da situação patrimonial.

Ora, como já visto, os resultados tributáveis das pessoas jurídicas, apurados com base no Lucro Real, têm como ponto de partida o resultado líquido apurado na escrituração comercial, regida pela Lei nº 6.404/1976, conforme estabelecido pelo DL. 1.598/1977.

O ágio na subscrição de investimentos é um fato econômico captado pela ciência contábil e regulado pela lei tributária com substrato nos princípios contábeis.

É nessa perspectiva que a orientação normativa da CVM e demais normas contábeis devem ser vistas. Não como fonte normativa tributária, mas como

⁹ SCHOUERI, Luis Eduardo. op cit, p. 71 e 72

elementos para a adequada interpretação da lei quanto aos efeitos do fato econômico (ágio) por ela regulado, pois os seus fundamentos foram buscados na ciência contábil.

Assim, os princípios contábeis geralmente aceitos e as normas emanadas dos órgãos fiscalizadores e reguladores, como Conselho Federal de Contabilidade e Comissão de Valores Mobiliários, observadas disposições legais específicas em contrário, têm pertinência e devem ser observadas na apuração dos resultados contábeis e fiscais.

Pelo exposto, entendo que, também sob o ponto de vista de apuração dos resultados segundo os princípios e as normas contábeis, só pode ser aceita a dedutibilidade de ágio, com base nos artigos 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, quando este puder ser reconhecido segundo as normas contábeis, uma vez que os referidos dispositivos remetem ao ágio apurado nos termos do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/1997, que por sua vez deve ser reconhecido contabilmente conforme com as normas da escrituração comercial estabelecidas pela Lei nº 6.404, de 1976.

Estabelecidas as premissas acima transcritas, passo a analisar os argumentos da recorrente e os fundamentos do auto de infração.

Para melhor análise das operações e dos fundamentos da autuação e da defesa, transcrevo abaixo a sequência cronológica dos fatos conforme apontados às fls. 13 do TVF (fls.488 do processo):

A seguir, os fatos já narrados são sistematizados cronologicamente, a fim de facilitar a sua compreensão:

1) 30/05/2007 - NA BRUXELAS - transferência dos 22 Títulos Patrimoniais da Bovespa do Banco Alvorada para a Bruxelas, em contrapartida do aumento de capital. Custo dos títulos R\$ 29.033.762,12

2) 31/05/2007 - NA MÁLAGA - recebimento das ações da Companhia Rubi em contrapartida do aumento de capital efetuado pela Embaúba.

3) 05/06/2007 - NA MÁLAGA - permuta de ações com a Serei. A Málaga entrega as ações da Rubi para a Serei e recebe, em troca, ações da Bruxelas. Nesta operação é criado o ágio no valor de R\$ 141.846.877,02.

4) 08/06/2007 - NA MÁLAGA E BRUXELAS - extinção da Málaga, através de sua incorporação pela Bruxelas. Com isso há a transferência do ágio para a Bruxelas.

5) 30/06/2007 - NA BRUXELAS - lançamento da atualização dos títulos no valor de R\$ 1.942.326,10.

6) 31/07/2007 - NA BRUXELAS - nova atualização dos títulos, valor R\$ 1.148.180,22.

7) 27/08/2007 - NA BRUXELAS - Venda de 12 Títulos para o Goldman Sachs, tendo recebido o valor de R\$ 91.680.000,00. Como parte do custo foi considerado o valor de R\$ 77.371.023,93, referente ao ágio proporcional aos 12 Títulos.

8) 31/08/2007 - NA BRUXELAS - nova atualização do valor dos Títulos remanescentes, valor R\$ 545.433,90.

9) 04/09/2007 - NA BRUXELAS - nova atualização do valor dos Títulos remanescentes, valor R\$ 541.527,80.

10) 18/09/2007 - NA BRUXELAS - conversão dos títulos em ações da Bovespa Holdings S.A., em razão da desmutualização ocorrida em 28/08/2007. Transferência do valor da conta contábil Títulos Patrimoniais Bovespa para a conta Outras Empresas.

11) 18/09/2007 - NA BRUXELAS - lançamento contábil da conta Ágio Títulos Bovespa contra a conta Outras Empresas. O ágio remanescente, no valor de R\$ 64.475.853,19, não está mais segregado do custo do investimento.

12) 19/10/2007 - NA BRUXELAS e BRADESPLAN - extinção da Bruxelas com sua incorporação pela Bradesplan. Ocorre a transferência das ações da Bovespa Holdings para a Bradesplan pelo valor total de R\$ 80.236.645,79. Não há mais qualquer segregação de valores no custo escriturado.

13) 30/10/2007 - NA BRADESPLAN - venda das ações da Bovespa Holdings, recebidas na incorporação da Bruxelas. Valor recebido R\$ 162.555.260,00. Dentro do valor de R\$ 80.236.645,79, referente ao custo escriturado, R\$ 64.475.853,19 eram referente ao ágio que agora estava definitivamente incorporado ao custo.

14) 30/10/2007 - NA BRADESPLAN - recebimento de R\$ 29.220.886,20, referente ao valor residual, previsto em contrato sobre a venda dos 12 Títulos Patrimoniais. Este valor foi levado ao resultado do exercício.

É inegável que as empresas Bruxelas Holding e Málaga foram utilizadas como meras empresas de passagem com vistas a possibilitar a reavaliação dos títulos da Bovespa que seriam vendidos, antes da formalização da venda. É certo que, parte dos títulos foram alienados em nome das empresa Bruxelas Holding, antes de sua incorporação pela recorrente, mas tal fato se dá imediatamente após às operações de permuta de ativos, das quais resultaram a reavaliação dos títulos da Bovespa, formando-se o ágio registrado inicialmente na empresa Málaga.

Em poucos dias, estas empresas passaram de inativas, com capital de R\$ 1.000,00, tiveram seu capital aumentado exponencialmente mediante o aporte de participação societárias (e títulos patrimoniais) de empresas do grupo, foram objeto de operações de permuta de ativos, incorporações e extinção, como destacou a autoridade fiscal no TVF, *verbis*:

A Málaga foi constituída em 25/10/2006, não teve qualquer atividade até 31/05/2007, quando recebeu as ações da Companhia Securitizadora de Créditos Rubi. Sete dias depois realizou a permuta de ações com a Serei Participações, que deu origem ao ágio. Em 08/06/2007 foi extinta devido à sua incorporação pela Bruxelas. Teve, incontestavelmente, vida efêmera, operou efetivamente de 31/05/2007 a 08/06/2007, durante apenas 9 dias, sendo que neste período teve seu Capital Social aumentado de R\$ 1.000,00 para R\$ 400.000.000,00 e produziu o ágio Títulos Patrimoniais da Bovespa no valor de R\$ 141.846.877,20.

A Bruxelas, também constituída em 25/10/2006, também ficou adormecida até 30/05/2007 e sobreviveu até 19/10/2007 quando foi incorporada pela Bradesplan, transferindo as ações da Bovespa Holdings S.A. já com o ágio, criado na Málaga, incorporado ao custo do investimento. Neste período teve seu capital aumentado de R\$ 1.000,00 para R\$ 3.287.978.617,66

A recorrente questiona a utilização pela fiscalização de normas emanadas da CVM que teriam sido editadas na constância das Lei 11.638/07 e 11.941/09, alegando a irretroatividade da lei.

Penso que, na esteira do que acima sustentei quanto ao meu entendimento sobre a aplicação das normas contábeis, a norma citada no TVF, expedida pela CVM (Ofício-Circular CVM SNC/SEP nº 1/2007), faz tão somente proclamar, com vistas à expressa orientação das empresas sob sua supervisão e fiscalização, o que já dispunham as normas contábeis e societárias que disciplinam a apuração do resultado pelas sociedades comerciais, conforme se extrai da própria doutrina contábil citada no TVF.

Trata-se, como já dito, de orientação visando a respeitar princípio fundamental da contabilidade, já fixado na Resolução CFC 750/1993, que determinava que os componentes do patrimônio fossem expressos pelos valores de entrada, ou seja, os valores originais decorrentes das transações com o mundo exterior, resultantes do consenso com os agentes externos ou da imposição destes.

Visa precipuamente a que os resultados e valores patrimoniais não sejam objeto de manipulação dentro do grupo empresarial que venham a deturpar a real situação econômica e patrimonial das empresas.

No caso sob análise, houve mera permuta de ativos entre as empresas do mesmo grupo, com reavaliação dos componentes patrimoniais da empresa Bruxelas Holding, entre os quais, os títulos da Bovespa, seguida de sua imediata absorção pela empresa reavaliada, mediante a incorporação reversa da empresa controladora, que recebera os ativos reavaliados na permuta (Málaga).

É exatamente o que a orientação do Ofício Circular visava coibir.

A diferença é que neste caso ocorreram passos adicionais, dando uma aparência de maior complexidade às operações, com a permuta de ações entre as empresas do grupo, após a sua capitalização, no bojo da qual surgiu o ágio contestado pelo Fisco.

Ora, o que houve de fato foi uma tentativa reavaliação de ativos, utilizando-se do artifício da permuta de ações.

A característica de onerosidade da permuta, nos termos do Código Civil, aventada pela recorrente, não é suficiente, por si só, para validar o reconhecimento do ágio sob a perspectiva contábil. O suposto sacrifício consistente na perda do bem anteriormente havido em troca de outro ativo de empresa sob o mesmo controle se esvazia na medida em que entabulada a permuta por quem tem interesse de ambos os lados, sendo inconcebível o reconhecimento de um ganho econômico de um lado e um dispêndio de outro, decorrente de manipulação dos elementos de troca por quem detém ambos os direitos. O laudo de avaliação emitido por empresa especializada, tampouco tem o condão de validar economicamente a operação.

E não se está aqui afastando a aplicação dos arts. 109 e 110 do CTN, nem se cogita de negar validade aos institutos do direito civil, comercial ou societário, mas, ao contrário, de aplicá-los de acordo com as normas emanadas pela entidade responsável pela fiscalização e controle das leis societárias e das normas contábeis.

Afinal, a apuração do resultado das empresas se obtém por meio da correta aplicação das normas societárias e contábeis e são a base para a apuração do lucro sob a perspectiva fiscal.

Esta é a base da acusação fiscal que entendo estar correta e por isto deve ser mantida.

Não obstante, a recorrente alega ainda que, embora a autoridade fiscal não mencione, teria se utilizado das disposições do art. 116, parágrafo único do CTN, introduzido pela LC. 104/2001, para possibilitar a glosa do ágio, porém tal dispositivo teria eficácia limitada, pois depende de regulamentação por lei ordinária; portanto, não poderia ser aplicada.

Analisando os elementos dos autos e a forma em que as operações foram entabuladas penso que estamos, efetivamente, diante de operações simuladas que tiveram o único propósito de aumentar o custo contábil do ativo a ser vendido (títulos da Bovespa), com vistas a supressão ou redução do ganho de capital que se vislumbrava com a perspectiva imediata de sua alienação, diante do novo cenário que se desenhou com o processo de desmutualização da bolsa.

Sem dúvida estamos diante da hipótese de cabimento do lançamento de ofício com base no art. 149, inc. VII do CTN, *verbis*:

Art. 149. O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação.

[...]

*VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou **simulação**;*

Assim, entendo que seria mesmo o caso da autoridade fiscal ter aplicado a multa qualificada de 150% sobre as infrações apuradas, pois é evidente o intuito doloso de suprimir ou reduzir os tributos devidos. Evidente também o conluio perpetrado mediante o concurso de diversas empresas do mesmo grupo econômico com o intuito deliberado de prática dos atos tendentes à prática da sonegação.

Obviamente, não tendo sido este o fundamento apontado pela autoridade fiscal para a glosa da despesa, falece competência à autoridade julgadora para agravar a exigência e determinar a imposição da penalidade qualificada.

Inúmeros doutrinadores destacam que a norma contida no art. 116, parágrafo único do CTN, introduzida pela LC. 104/2001 pouco inova no ordenamento jurídico, em face do que já dispunha o art. 149, inc. VII do CTN, acima citado, e, ainda, que a norma insculpida no art. 50 do Código Civil dispensaria a sua própria existência. Vejamos algumas posições:

"... o direito positivo já autorizava a desconsideração de negócios jurídicos dissimulados, à vista do disposto no art. 149, inc. VII do CTN, que estabelece que o lançamento deva ser procedido de ofício na hipótese de o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, ter agido com dolo, fraude ou simulação."

(COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*. Saraiva, 2009, p.184)¹⁰

"O ordenamento brasileiro, a meu ver, já autorizava a desconconsideração de negócios jurídicos dissimulados, a exemplo do disposto no art. 149, VII, do Código Tributário Nacional. O dispositivo veio apenas ratificar regra existente no sistema em vigor. Por isto mesmo, assiste razão a Heleno Torres, ao asseverar que a referida lateração (sic) tão só aperfeiçoa o que já se encontrava previsto, de modo genérico, afastando quaisquer dúvidas quanto a possibilidade da Administração em desconsiderar os negócios fictícios ou dissimulados. (...)" (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 21ª edição. Saraiva, 2009, p. 309/310)¹¹

"A teoria da desconconsideração da personalidade jurídica aplica-se indistintamente em qualquer ramo da Ciência Jurídica, inclusive no direito tributário, pois constitui uma sanção ao abuso do direito subjetivo à personalidade jurídica. É instituto que pertence à Teoria Geral do Direito.[...] Ainda corrobora para a repressão ao abuso de direito à personalidade jurídica o princípio não expresso da função social da empresa, que, de uma forma mais abstrata, observa a pessoa jurídica sob uma ótica funcionalista de seu uso adequado e regular. Nestes termos, saliente-se também a desnecessidade de regra expressa que autorize a aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica no direito tributário, sendo frágil o argumento e que vulneraria o princípio da legalidade, ou mesmo a inaplicabilidade do art. 50 do Código Civil à seara tributária, em virtude desse diploma ser lei ordinária, e a matéria tributária exigir lei complementar. [...]...o parágrafo único do art. 116 do CTN em nada inovou. Resta, portanto, interpretá-lo num contexto de unidade e complementaridade sistêmica com os arts. 50 e 187 do CC, podendo, inclusive, prestar como fundamento legal da desconconsideração da personalidade jurídica no direito tributário. É evidente que isso fica a cargo do intérprete, pois é sabido que a desconconsideração da personalidade jurídica prescinde de regra expressa que a estabeleça. Ressalte-se, também, sobre a possibilidade de aplicação dessa teoria já na esfera administrativa, pois não há porque negar aplicação à teoria da desconconsideração, se esta se constitui na repressão a uma forma de abuso de direito.8) Em síntese, é perfeitamente possível e aceitável a aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica no direito tributário. ... o direito tributário pode se valer da previsão normativa do art. 50 do CC, pois como visto, esse diploma não somente acolher (sic) normas de direito privado como também encerra regras de Teoria Geral do Direito, permitindo aplicação subsidiária a outros campos do direito. (SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. A

¹⁰ in PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 13. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2011. p 951.

¹¹ PAULSEN, Leandro. Op. cit, p. 952.

*Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário. Quartier Latin, 2007, p.230 e 232)*¹²

Com efeito, grande parte da doutrina aponta que o art. 116, parágrafo único teria o condão de incorporar expressamente ao direito tributário às normas já insculpidas na lei civil, como o abuso de forma, o abuso de direito e a fraude à lei, indo além da simulação, já prevista expressamente no CTN, como já visto.

O abuso de forma, segundo Luciano Amaro¹³, "*consistiria na utilização, pelo contribuinte, de uma forma jurídica atípica, anormal ou desnecessária, para a realização de um negócio jurídico que, se fosse adotada a forma 'normal', teria um tratamento tributário mais oneroso. Em certa medida, confundindo-se com o abuso de forma, o abuso de direito traduzir-se-ia em procedimentos que, embora correspondentes modelos abstratos legalmente previstos, só estariam sendo concretamente adotados para fins outros que não aqueles normalmente adotados para fins outros que não aqueles que normalmente decorreriam sua prática*".

Marciano Seabra Godoi¹⁴, entende que "*o dispositivo veio inserir no direito tributário brasileiro uma norma de 'combate à fraude à lei tributária'; segundo esta norma, continua permitido o planejamento tributário, mas quando este, buscando uma vantagem fiscal, promove uma distorção ou um uso artificioso e 'forçado' de determinados atos ou negócios jurídicos (ou um conjunto destes) previstos na lei civil ou comercial para outros fins, então podem ser desconsideradas tais formalizações e se aplicará a norma tributária elidida ou defraudada*"

Para Ricardo Lobo Torres¹⁵, a "***desconsideração se refere aos atos ou negócios jurídicos praticados, ou seja, requalificam-se os fatos geradores concretos***" e a "*requalificação do ato ou negócio praticado, o que nada tem a ver com as consequência da simulação, a saber: a anulação prevista no art. 149, VII do CTN. Pelo contrário. Visa apenas reaproximar do verdadeiro conteúdo material do ato decorrente do desenho da hipótese de incidência*".

Mais adiante em sua obra, Lobo Torres analisa o alcance e o sentido da expressão "...com a finalidade de dissimular", contida no parágrafo único do art. 116 do CTN e explica, *verbis*:

A dissimulação pode ser tomada em dois sentidos: a) como mecanismo da simulação, como fizeram os juristas de índole formalista; b) como ingrediente da elisão, na linha adotada no modelo francês, que adotamos.

[...]

¹² PAULSEN, Leandro. Op cit. p. 956

¹³ AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. Saraiva, 15ª ed., 2009, p. 231/234, in PAULSEN, Leandro. Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 13. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2011. p 949.

¹⁴ GODOI, Marciano Seabra de. A figura da "fraude à lei tributária" prevista no art. 116, parágrafo único do CTN. RDDT nº 68, maio/01, p. 101/123), in PAULSEN, Leandro. Op cit. p. 952/953.

¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. Planejamento Tributário: elisão abusiva e evasão fiscal. Rio de Janeiro. Elsevier, 2013. p.47.

A teoria do direito civil considera a dissimulação como forma de simulação relativa. Trata-se de ponto de vista teórico, que não se positiva no direito civil brasileiro, o qual cuida simplesmente da simulação (art. 102 do Código Civil).

Explica Roberto de Ruggiero que **na simulação ocorre a desconformidade consciente e querida da declaração com a vontade, mas é preordenada com a parte à qual a declaração se dirige e acordada com ela, a fim de enganar terceiros.**

Se o acordo cria um negócio que não era querido (simulamos uma venda, mas não queremos nem vender nem criar qualquer relação jurídica), a simulação é absoluta. Outras vezes se cria um negócio distinto daquele que em realidade se quer (encobrimos uma venda com uma doação), ou se declara o querido, mas um do sujeito é distinto ... ou é diverso o objeto... ou algum outro elemento, a simulação nestes casos é relativa, porque um negócio é querido, mas resulta dissimulado sob falsas aparências.

A dissimulação referida no art. 116, parágrafo único, do CTN foi interpretada nesse sentido de *simulação relativa* pela doutrina normativista e conceptualista, que sempre defendeu o primado na forma sobre a substância.

Não nos parece que assim seja, tendo em vista que a desconsideração da autoridade administrativa refere-se a ato ou negócio jurídico realmente acontecido, sem qualquer simulação, absoluta ou relativa, porque, como já vimos, na elisão o fato gerador concreto é verdadeiro. Ademais, não existe outra pessoa envolvida na realização do fato gerador, como acontece na simulação.

Com efeito, me parece bastante razoável a interpretação trazida pelo ilustre autor na medida em que o próprio CTN já trazia regramento sobre a possibilidade de lançamento de ofício quando configurada a simulação por parte do sujeito passivo.

Inferir que o parágrafo único do art. 116 teria sido incluído no CTN pelo legislador para disciplinar o que já existia, me parece pouco razoável e contrário às mais comensais regras de interpretação.

No caso sob exame, me parece que a situação configurada nada mais é que a simulação de operações societárias, estruturadas em sequência, de modo a modificar a base tributável da futura alienação dos títulos, situação (possibilidade de venda dos títulos da Bovespa) que a própria recorrente admite que foi considerada quando levou a efeito tais operações.

Mas, ainda que se considere que a situação ora examinada pudesse configurar "mero" abuso de direito ou de forma por parte da contribuinte e fosse o caso de efetivamente aplicar-se o disposto no parágrafo único do art. 116 do CTN com vistas a alcançar a base tributável real e malgrado o entendimento majoritário da doutrina no sentido defendido pela recorrente de que a referida norma estaria com sua eficácia limitada, no aguardo de regulamentação por lei ordinária, alinho-me ao pensamento contrário de Lobo Torres no sentido de que pré-existe, no âmbito federal, a norma ordinária reclamada pela lei complementar, qual seja o Decreto-Lei nº 70.235/1972, que regula o processo administrativo fiscal.

Os defensores da tese de eficácia contida da norma estabelecida no parágrafo único do art. 116 do CTN apóiam-se na rejeição aos arts. 14 a 19 da MP. 66/2002¹⁶ para

¹⁶ MP. 66/2002:

proclamar que não, tendo sido aprovadas tais disposições pelo Congresso Nacional, confirmada estaria a tese da necessidade de edição de uma nova lei para regular o instituto.

Lobo Torres faz uma crítica ao texto da MP, por pretender regular não o procedimento mas sim por tentar conceituar as normas antielisivas, acabou revelando-se incompleta e contraditória, sendo rejeitada pelos contribuintes e pela comunidade acadêmica e, afinal, pelo Congresso Nacional na conversão da MP à Lei nº 10.637/2002.

Art. 14. São passíveis de desconconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º Para a desconconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

- I - falta de propósito negocial; ou
- II - abuso de forma.

§ 2º Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado.

Art. 15. A desconconsideração será efetuada após a instauração de procedimento de fiscalização, mediante ato da autoridade administrativa que tenha determinado a instauração desse procedimento.

Art. 16. O ato de desconconsideração será precedido de representação do servidor competente para efetuar o lançamento do tributo à autoridade de que trata o art. 15.

§ 1o Antes de formalizar a representação, o servidor expedirá notificação fiscal ao sujeito passivo, na qual relatará os fatos que justificam a desconconsideração.

§ 2o O sujeito passivo poderá apresentar, no prazo de trinta dias, os esclarecimentos e provas que julgar necessários.

§ 3o A representação de que trata este artigo:

I - deverá conter relatório circunstanciado do ato ou negócio praticado e a descrição dos atos ou negócios equivalentes ao praticado;

II - será instruída com os elementos de prova colhidos pelo servidor, no curso do procedimento de fiscalização, até a data da formalização da representação e os esclarecimentos e provas apresentados pelo sujeito passivo.

Art. 17. A autoridade referida no art. 15 decidirá, em despacho fundamentado, sobre a desconconsideração dos atos ou negócios jurídicos praticados.

§ 1o Caso conclua pela desconconsideração, o despacho a que se refere o caput deverá conter, além da fundamentação:

I - descrição dos atos ou negócios praticados;

II - discriminação dos elementos ou fatos caracterizadores de que os atos ou negócios jurídicos foram praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato gerador de tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária;

III - descrição dos atos ou negócios equivalentes aos praticados, com as respectivas normas de incidência dos tributos;

IV - resultado tributário produzido pela adoção dos atos ou negócios equivalentes referidos no inciso III, com especificação, por tributo, da base de cálculo, da alíquota incidente e dos encargos moratórios.

§ 2o O sujeito passivo terá o prazo de trinta dias, contado da data que for cientificado do despacho, para efetuar o pagamento dos tributos acrescidos de juros e multa de mora.

Art. 18. A falta de pagamento dos tributos e encargos moratórios no prazo a que se refere o § 2o do art. 17 ensejará o lançamento do respectivo crédito tributário, mediante lavratura de auto de infração, com aplicação de multa de ofício.

§ 1o O sujeito passivo será cientificado do lançamento para, no prazo de trinta dias, efetuar o pagamento ou apresentar impugnação contra a exigência do crédito tributário.

§ 2o A contestação do despacho de desconconsideração dos atos ou negócios jurídicos e a impugnação do lançamento serão reunidas em um único processo, para serem decididas simultaneamente.

Art. 19. Ao lançamento efetuado nos termos do art. 18 aplicam-se as normas reguladoras do processo de determinação e exigência de crédito tributário.

Aponta Torres¹⁷ que "o erro maior da MP. 66/2002, a nosso ver, centrou-se na tentativa de regulamentar normas gerais abertas e de conteúdo polissêmico, que apenas podem ser objeto de complementação ou interpretação pelo trabalho da doutrina e da jurisprudência. Em nenhum país que possua normas gerais antielisivas - e são todas as nações cultas - procurou o Executivo regulamentá-las; nem mesmo na França, que exhibe o modelo no qual se inspirou a LC nº 104/2001".

No entanto, para o renomado jurista¹⁸ a rejeição da MP veio em prejuízo dos contribuintes, na medida em que a MP.66 previa um rito prévio, mediante o qual o contribuinte poderia se eximir da aplicação da multa caso viesse a concordar com o entendimento fiscal e pagasse os tributos no prazo de 30 dias da ciência do despacho que decidisse pela desconconsideração dos atos ou negócios praticados, *verbis*:

Mas a MP nº 66 continha dispositivos de grande importância para a normalidade do direito tributário brasileiro, como eram os de ordem processual.

Previo no art. 15 a instauração de procedimento específico de fiscalização. No art. 16 determinava que o ato de desconconsideração seria precedido de representação do servidor competente para efetuar o lançamento, com a notificação ao sujeito passivo que teria 30 dias para os esclarecimentos e provas. A autoridade administrativa, segundo o art. 17, decidiria, em despacho fundamentado sobre a desconconsideração dos atos ou negócios jurídicos praticados. O sujeito passivo teria 30 dias para efetuar o pagamento (art. 17, §2º), que, não realizado, ensejaria a lavratura do auto de infração (art. 18). **Ao lançamento assim efetuado aplicar-se-iam as normas reguladoras do processo de determinação e exigência do crédito tributário** (art. 19).

Parece-nos que a recusa do Congresso Nacional em aprovar os arts. 15 a 19 da MP nº 66/2002 desnorteou a ulterior ação da fiscalização, por ausência de normas procedimentais. **Mas não afetou a eficácia da LC nº104/2001, que nunca esteve limitada à ulterior regulamentação, se o ente público possuir regras de processo administrativo, como acontece com a União e os principais Estados brasileiros.**

Lobo Torres¹⁹, ao analisar especificamente a parte final do texto do parágrafo único do art. 116 do CTN assim leciona, *verbis*:

Resta saber se o art. 116, parágrafo único, do CTN, trazido pela LC nº 104/2001 é de aplicação imediata.

Parece-nos que fica na dependência de normas federais, estaduais ou municipais de caráter procedimental para que possa ser aplicado. Tendo surgido a norma antielisiva por lei complementar federal, a regra procedimental ordinária correspondente não será apenas federal, mas deverá operar no âmbito do processo administrativo fiscal da União, dos Estados e dos Municípios. **Se as legislações desses entes da federação já possuem regras de procedimento administrativo que permitam a aplicação da norma antielisiva, nada obsta a incidência imediata do art. 116, parágrafo único do CTN.** Afinal de contas, a LC nº104/2001 não está introduzindo uma novidade no direito brasileiro, senão que veio explicitar o que já era aplicado pelos Tribunais sob a forma de combate à fraude à lei ou ao abuso de forma jurídica.

¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. Op cit, p. 164

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. Op cit, p. 164/165.

¹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. Op cit, p. 52.

Sucede que o Governo Federal optou por baixar a MP. 66/2002, introduzindo desnecessárias complicações na sistemática da norma antielisiva. Mas a Medida Provisória foi recusada pelo Congresso Nacional. De modo que, **no plano federal, as normas que regulam o processo tributário administrativo podem ser aplicadas nos casos de combate à elisão abusiva**, embora sejam rudimentares e lacunosas.

Me parece que as conclusões do renomado tributarista são bastante razoáveis. É certo que a MP. 66/2002, pretendia estabelecer um rito prévio ao lançamento no qual o contribuinte, caso concordasse com a desconsideração dos atos ou negócios jurídicos pelo Fisco, poderia efetuar, no prazo de 30 dias, o pagamento sem a incidência de multa. Mas, uma vez discordando, sofreria o lançamento dos tributos, com aplicação da multa de ofício, que se submeteria, no âmbito federal, ao rito previsto no Decreto nº 70.235/1972.

Com a rejeição dos dispositivos da MP. 66/2002 perderam os contribuintes a oportunidade desse "rito prévio", mas nenhum prejuízo sofreu a aplicação das normas de constituição e exigência do crédito tributário previstas no Decreto nº 70.235/1972, que de resto já regulavam toda a relação processual entre o Fisco e os contribuintes na esfera federal.

Note-se que os lançamentos envolvendo fraude, dolo e simulação sempre estiveram submetidos ao rito do Decreto nº 70.235/1972, sendo copiosa a jurisprudência deste tribunal administrativo no sentido de reconhecer e homologar tais lançamentos ao exame dos casos concretos.

O coro dos que defendem a necessidade de regulamentação específica da norma antielisiva contida no parágrafo único do art. 116 do CTN, como forma de evitar sua aplicação é, me parece, o derradeiro grito da doutrina "normativista e conceptualista" (no dizer de Lobo Torres) e "formalista e reacionária" (digo eu) contra a evolução social do direito tributário brasileiro, tentando evitar que as leis que regem as relações civis e vedam o abuso de direito ou de forma ou a fraude a lei alcancem o direito público, em detrimento do interesse de toda a sociedade, o tão decantado e muitas vezes escanteado "interesse público".

Repilo, desde já, o surrado argumento de que tais normas atentam contra a segurança jurídica. Ora, a segurança jurídica se alcança mediante a aplicação reiterada da norma, sempre submetida aos princípios gerais do direito, ao devido processo legal, consubstanciado nos princípios do contraditório e da ampla defesa e, ainda, ao controle de legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

Como bem aponta Lobo Torres²⁰, *verbis*:

A elisão fiscal abusiva só pode ser combatida pela legislação, através do fechamento dos conceitos jurídicos, ou pela Administração, mediante a requalificação dos atos e negócios jurídicos praticados pelo contribuinte. Sobre a autoridade administrativa recai o ônus da prova.

O Judiciário não tem competência para desconsiderar o ato ou negócio, ao contrário do que prevê o Projeto de Lei de Defesa do Contribuinte, em exame no Senado Federal, relativamente à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. **Ao Judiciário, entretanto, compete o controle do ato de requalificação levado a efeito pela administração.**

²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. Op cit, p. 45.

(grifei)

Este ponto é extremamente relevante. O ato administrativo jamais poderá deixar de ser submetido ao crivo do Poder Judiciário (CF/88, art. V, inc XXXV), mas a sua concretização não pode e não depende da manifestação prévia daquele Poder, em qualquer caso.

Nesta linha de pensamento não pode ser acolhida a alegação da recorrente de que a justificativa econômica para as operações, decorre da decisão de cunho empresarial de alienar os títulos da Bovespa, tendo em vista a possibilidade surgida com sua transformação em ações, e que é direito do contribuinte escolher a melhor forma de realizar seus ativos, inclusive no sentido de pagar menos tributos.

Como já frisei antes, a liberdade de auto-organização dos contribuintes não é absoluta; está sujeita a restrições, como o respeito à livre concorrência, à boa fé, à função social da empresa, etc. Tampouco se aplica às hipóteses de simulação, fraude à lei e abuso de direito.

Assim, por qualquer ângulo que se analise os efeitos das operações engendradas pelo contribuinte a conclusão é a mesma, no sentido de rejeitar seus efeitos na apuração do ganho de capital ocorrido na venda dos títulos da Bovespa e, posteriormente, das ações que deles derivaram.

Por oportuno, observo que, todas as análises feitas neste voto em torno da aplicabilidade do art. 116, parágrafo único do CTN decorrem da alegação trazida pela recorrente no sentido de que a motivação subjacente da autuação seria a aplicação de tal preceito. Deste modo toda a argumentação acima trazida a esse respeito tem por objeto o enfrentamento da alegação suscitada, não importando, em hipótese alguma, na alteração dos critérios jurídicos do lançamento feito pela autoridade fiscal.

Ante ao exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário quanto à glosa do ágio na apuração do ganho de capital, mantendo tanto a exigência de IRPJ quanto de CSLL neste ponto.

Conclusão

Por todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

RECURSO DE OFÍCIO

Em face da exoneração parcial do crédito pelo acórdão recorrido foi interposto recurso de ofício pelo colegiado *a quo*.

O recurso de ofício deve ser conhecido, pois o valor exonerado extrapola o limite fixado pelo Ministro da Fazenda, por meio da Portaria MF. nº 63, de 09/02;2017 (créditos de tributos e encargos de multa superior a R\$ 2.500.000,00).

O acórdão de primeiro grau deu parcial acolhimento à impugnação do contribuinte para reconhecer a existência de saldos de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas na empresa Bruxelas Holding, que foi incorporada pela ora recorrente e nela própria,

"acatando a solicitação de compensação de prejuízo e base negativa de períodos anteriores (já que formalizada tal opção na DIPJ apresentada pela autuada e existente saldo compensável) e reconstituindo a base de cálculo da incorporada (na medida em que declarado resultado negativo), resultam como devidos pela Bradesplan os seguintes valores a título de IRPJ e CSLL":

Valores devidos	IRPJ	CSLL
Como Sucessora por incorporação da Bruxelas	19.496.053,00	6.873.343,32
Como Contribuinte	11.283.274,31	4.061.978,75
Soma	30.779.327,31	10.935.322,07

Após examinar as DIPJ das duas empresas (Bruxelas Holding e Bradesplan), a autoridade julgadora de primeira instância concluiu, *verbis*:

Analizando a DIPJ apresentada para o ano-calendário 2007, pela incorporadora Bradesplan, vê-se que houve opção pela compensação, no limite legal de 30%, de prejuízos e base de cálculo negativa de CSLL de períodos anteriores, bem como identifica-se, nos sistemas informatizados (Sapli) a existência de saldos de prejuízo e de base negativa compensáveis, como segue:

Bradesplan:

[...]

Já a Bruxelas apurou no período de 2007 resultado negativo de R\$ 2.405.318,24.

[...]

Assim, necessário se faz a recomposição da base de cálculo apurada pela incorporada Bruxelas em razão das infrações nela apuradas na autuação, pelas quais responde a Bradesplan na qualidade de sucessora por incorporação.

Bruxelas – DIPJ AC 2007	Valores em R\$
Prejuízo do período declarado (a)	- 2.405.318,24
Infrações sujeitas à incidência de IRPJ (b)	80.461.530,25 (=77.371.023,93+ 1.404.775,60 + 1.685.730,72)
Resultado após infrações (c = b – a)	78.056.212,01
IRPJ (d = c x 15%)	11.708.431,80
Adicional [e = (c - 180.000,000) x 10%]	7.787.621,20
IRPJ devido como sucessora das Bruxelas (=d+e)	19.496.053,00

Lucro Líquido declarado (f)	- 2.405.318,24
Infrações sujeitas à incidência de CSLL (g)	78.775.799,53 (= 77.371.023,93 + 1.404.775,60)

BC da CSLL após infrações ($h = g + f$)	76.370.481,29
CSLL devida ($= h \times 9\%$) como sucessora da Bruxelas	6.873.343,32

E, quanto à Bradesplan, verificada a opção pela utilização de prejuízos e base negativa de CSLL de períodos anteriores, bem como a existência de saldos compensáveis, são recalculados os valores devidos na qualidade de contribuinte, como segue:

Bradesplan – DIPJ AC 2007	
Saldo de prejuízo de períodos anteriores atividades em geral	323.544.577,94
Lucro real antes da comp de per ant. declarado (i)	394.614.840,00
Infrações operacionais (j)	64.475.853,19
Resultado após infrações ($k = i + j$)	459.090.693,19
Compensação prejuízo per anteriores 30% (l)	137.727.207,95
Lucro real após comp ($m = k - l$)	321.363.485,24
IRPJ ($= m \times 15\%$)	48.204.522,79
Adicional [$= (m - 240.000,00) \times 10\%$]	32.112.348,52
IRPJ + adicional apurado com as infrações	80.316.871,31
IRPJ+adic declarados (41.434.558,20+ 27.599.038,80)	69.033.597,00
IRPJ sobre infrações devido como contribuinte	11.283.274,31

Saldo de BC negativa de CSLL de per anteriores	782.705.071,09
BC da CSLL declarada antes da comp de BC neg per ant	430.480.425,86
Infração	64.475.853,19
BC da CSLL antes da comp de BC neg per ant (n)	494.956.279,05
Compensação da BC neg. de per anteriores 30% (o)	148.486.883,71
BC da CSLL após comp ($p = n - o$)	346.469.395,34
CSLL apurada com a infração ($q = p \times 9\%$)	31.182.245,58
CSLL apurada na declaração (r)	27.120.266,83
CSLL sobre infrações, devida como contribuinte ($s = q - r$)	4.061.978,75

[...]

Diante do exposto, o presente VOTO é no sentido de considerar PROCEDENTE EM PARTE a impugnação para, em razão da reconstituição da base de cálculo apurada pela incorporada Bruxelas e da compensação de prejuízos e base de cálculo negativa de CSLL de períodos anteriores da autuada Bradesplan, MANTER EM PARTE os valores exigidos a título de IRPJ e CSLL, conforme quadro resumo ao final deste voto, decisão que se sujeita a recurso de ofício.

Não tenho reparos à decisão recorrida, na medida em que constatada a existência de prejuízos fiscais e base de cálculo negativas de anos anteriores na Bradesplan e tendo sido apurado prejuízo no próprio ano de 2007, objeto da autuação, pela empresa Bruxelas Holding, revela-se correto o deferimento do aproveitamento dos saldos existentes.

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto no sentido de negar provimento aos recursos voluntário e de ofício.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado

Declaração de Voto

Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa

Com a devida vênia, divirjo do relator somente em relação aos argumentos lançados acerca do aproveitamento do ágio imposto pela lei fiscal e/ou societária e os efeitos da aplicação do parágrafo único do art.116 do CTN na análise do caso em apreço. Por esses motivos o acompanhamento pelas conclusões. Vejamos os nossos argumentos:

Deve-se ter em mente que o sistema jurídico pressupõe uma coerência entre as normas jurídicas observadas com fundamento na norma hipotética fundamental. Para que uma norma seja considerada jurídica, e, portanto, seja incluída no ordenamento jurídico, esta deve guardar coerência com a norma que dá fundamento ao sistema. Se não houver a mencionada correspondência, nem se poderá dizer que a referida norma é jurídica.

Com efeito, a norma que outorga validade ao sistema jurídico é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, devendo toda norma que se pretenda jurídica guardar relação de pertinência com as hipóteses descritas na mesma. Uma vez que se verifique a inobservância de quaisquer dos preceitos constitucionais, a norma de qualquer natureza deve ser imediatamente expurgada do sistema.

Assim, a norma vigente no ordenamento pressupõe tanto a obediência aos preceitos constitucionais, quanto a harmonização com as demais normas do sistema que, por sua vez, também devem obedecer às hipóteses constitucionais. Consequentemente, a obrigação tributária bem como a atividade do Fisco que a exige, devem sempre vir respaldadas pela Lei; caso contrário, o ato administrativo que objetive a cobrança do tributo será nulo.

Olhando para a legislação em vigor à época do período fiscalizado, vê-se que o artigo 20, *caput*, inciso II; e § 2º, alínea “b”, do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, não apenas possibilitava, mas obrigava que as pessoas jurídicas que detivessem investimentos em controladas e coligadas, ao realizar escrituração pelo MEP, que desdobrassem o custo destas (i) no valor do patrimônio líquido existente no momento da aquisição da respectiva empresa investida e (ii) no ágio ou deságio eventualmente suportado para a aludida aquisição.

Cumulativamente, o artigo 7º da Lei 9.532/97, possibilitava o aproveitamento do ágio à fração de 1/60 ao mês, desde o momento em que o ágio escriturado pela investidora viesse a ser confrontado, em um mesmo acervo patrimonial, com os lucros advindos da empresa investida que justificaram o pagamento desse sobrepreço por expectativa de rentabilidade futura.

No presente caso, com os documentos carreados aos autos, assim como pelo expresso reconhecimento da Fazenda Nacional quanto à adequação das operações procedidas e a disposição legal, resta ao aplicador do Direito, apenas, a tarefa de subsumir os fatos à norma, sendo irrelevantes quaisquer juízos de valor relativos à intenção com a qual o contribuinte incorreu na hipótese legal.

Logo, se a lei não distingue sobre a forma pela qual se procedeu para obter-se o ágio; não distinguiu quanto ao tempo decorrido entre a constituição dos atos societários de uma empresa e sua posterior incorporação; não dispôs sobre a necessidade

de independência entre as partes vinculantes; e não distinguiu as operações societárias feitas com propósito negocial, ou não, não deverá o intérprete da norma proceder a esta distinção.

Ives Gandra da Silva Martins, em Parecer constante da Revista Dialética de Direito Tributário nº 187, preleciona:

“É elementar o princípio hermenêutico de que “ubi lex non distinguit, distinguere non debemus”, axioma que vem de priscas eras, inspirado no Direito Romano, pelo qual o intérprete não pode se transformar em legislador positivo. Sempre que o intérprete distinguir, onde a lei não distingue, estará criando hipótese legislativa não constante de lei e substituiu-se ao legislador positivo, passando de exegeta a produtor de leis”.

No sobredito parecer, o renomado Professor analisa o aproveitamento do ágio da integralização do em caso deveras semelhante ao aqui julgado. Adiante, esclarece que:

“...a interpretação econômica não foi recepcionada, quando promulgado o CTN. Os artigos 107 e 112 do CTN não admitem a imposição de tributos, sob a alegação de que “não haveria escopo econômico” na operação legalmente realizada pelo contribuinte à luz do direito privado. Ao contrário, impõe que a interpretação mais benéfica em favor do contribuinte (artigo 112 do CTN) e que a analogia só pode ser usada em favor dele; nunca contra o contribuinte, para exigir tributos (artigo 108, parágrafo 1º).

É que a estrita legalidade não admite, de um lado, que uma operação legal possa ser desconsiderada por não ter o contribuinte demonstrado “escopo econômico” e, de outro, que, entre duas formas legais de atuar, ele seja obrigado a adotar aquela forma que implicar maior imposição.

(...)

A falta de “proposta negocial” não está consagrada em nenhum dispositivo da legislação tributária, não podendo ser confundida com “simulação”, que pressupõe operação escusa, escondida e não feita “às claras”, como ocorreu no caso da consultente.”

Não obstante, sob a ótica da lógica ainda é possível infirmar a argumentação fiscal quanto à necessidade de propósito negocial nas sobreditas operações de reestruturação societária. Isto porque, a Lei do Terceiro Excluído (em latim, *principium tertii exclusi ou tertium non datur*) afirma que para qualquer proposição, ou esta proposição é verdadeira, ou sua negação é verdadeira. Desta forma, à título de exemplo, não seria possível a seguinte construção: se praticada a conduta A, então deve ser B; porém, se praticada a conduta A, psicologicamente motivada pelo propósito Z, então deve ser C. Impossível!

O Direito Tributário deve se ater, exclusivamente, aos eventos ocorridos no mundo fático, posto que jungido à tipicidade cerrada. Não há espaço para a análise subjetiva das condutas. Deve-se ater ao disposto em lei.

A análise da motivação subjetiva com a qual os contribuintes atuaram em conformidade com a lei tributária é uma afronta à segurança jurídica que as normas objetivam

conferir. A norma jurídica tributária, por exemplo, está submetida aos princípios da estrita legalidade (apenas o que estiver plenamente desenhado na lei obriga), da tipicidade fechada (impõe que o legislador preveja, na maior medida do possível, os aspectos necessários à constituição do fato gerador) e o princípio da reserva da lei (vincula a imposição tributária à reserva de lei formal, entendida como aquela elaborada com participação precípua da representação popular).

Para o debate em tela, reservo-me à análise do princípio da estrita legalidade que, em outras palavras, decorre do caráter de restrição imputados tanto à Administração quanto ao Administrado. Sobre o referido princípio Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 41.) expressa:

“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei n. 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.”

Como exposto, o princípio da estrita legalidade aplicado à Administração (Legalidade da administração), compreende a ideia de subordinação da Administração Pública às leis; sendo deferido à Administração, unicamente, o procedimento daquilo expressamente determinado em lei.

Estando, o ato administrativo, estritamente aprisionado aos quadrantes da lei, não cabe à Administração adentrar na motivação do particular em proceder conforme os ditames legais. A alegação de “inexistência de propósito negocial” advém de construção jurisprudencial estrangeira que não encontra validade no nosso Ordenamento Jurídico, justamente por conflitar com uma gama de princípios, como o da estrita legalidade tributária, descrito acima, além de outros princípios como a liberdade de iniciativa e iniciativa privada, estes últimos provenientes da Ordem Econômica.

Neste sentido, colaciono as seguintes ementas de Acórdãos deste Conselho:

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. PROPÓSITO NEGOCIAL. EMPRESA VEÍCULO.

Os dispositivos legais concernentes ao registro e amortização do ágio fiscal não vedam que as operações societárias sejam realizadas, única e exclusivamente, com fins ao aproveitamento do ágio. Bem como, nota-se que tal regra não está presente em nenhum outro dispositivo legal de nosso sistema jurídico, seja nacional ou federal. Neste tom, registra-se, nenhuma norma pátria veda que a realização de negócios tenha por finalidade a redução da carga tributária de forma lícita. É o que se observa no §3º, art. 2º da Lei das SA, o qual dispõe que a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades (empresa

veículo), também, como forma de beneficiar-se de incentivos fiscais.

Some-se a tal assertiva o fato de que a contribuinte possuía motivação negocial, clara, posto que se encontrava impedida, por regras da ANEEL, de realizar a incorporação diretamente. Motivo pelo qual se valeu de uma empresa veículo. (Acórdão nº 1302001.978; Relatora: Talita Pimenta Felix; Data da Sessão: 14/09/2016)

**REQUISITOS PARA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.
EXISTÊNCIA DE PROPÓSITO NEGOCIAL.**

Ausente conduta tida como simulada, fraudulenta ou dolosa, a busca de eficiência fiscal em si não configura hipótese de perda do direito de dedução do ágio, ainda que tenha sido a única razão aparente da operação.

A existência de outras razões de negócio que vão além do benefício fiscal, apenas ratifica a validade e eficácia da operação.

**UTILIZAÇÃO DE EMPRESA-VEÍCULO. LEGALIDADE.
MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.**

A utilização de empresa-veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude. (Acórdão nº 1201001.507; Relator: Luis Fabiano Alves Penteado; Data da Sessão: 14/09/2016).

As ementas acima são contundentes por afirmarem que a existência de propósito negocial seria apenas um “*plus*” para demonstrar a validade e lisura das operações societárias, não havendo fundamento legal para a referida exigência no âmbito da legalidade, nem cabendo à Administração realizar exigências diversas das previstas em lei.

Neste sentido, é importante pontuar que a lei tributária assume seu atributo de imperatividade quando constatada a ocorrência do fato jurídico tributário, não tolerando outra conduta do sujeito passivo que não o adimplemento da obrigação tributária, sob pena de sanção punitiva.

Por conseguinte, a imperatividade da lei tributária reside, justamente, no consequente de sua norma, ou seja, na obrigação do sujeito passivo em recolher um valor exprimível em moeda ao sujeito ativo da prestação. Esta obrigação decorre da verificação de um fato ocorrido em determinada local e tempo, e constituída por meio do lançamento tributário. Logo, se o atributo imperativo da lei tributária está em seu consequente, conclui-se que somente haverá fraude à referida lei, se seu comando (recolher tributo) for frustrado por quem incorra no fato jurídico tributário.

Não existe, contudo, qualquer comando imperativo no antecedente da norma tributária obrigando o particular a incorrer no fato jurígeno tributário e/ou naquele fato mais oneroso, sendo ele livre para organizar-se da forma que, lícitamente, lhe oferte menor oneração.

Acreditando ter demonstrado meu posicionamento, concluo afirmando que não é possível ao intérprete da lei adentrar o mérito do propósito negocial com que a operação foi realizada.

A Administração tem sua atuação vinculada à Lei, e, uma vez que perceba a semelhança de uma ocorrência, no mundo dos fatos, de uma conduta prevista no ordenamento jurídico, é obrigada a subsumir os fatos à norma, encerrando aí, sua participação no processo de positivação.

Pois bem. O conceito de ágio criado pela legislação do imposto sobre a renda jamais guardou identidade com aquele oriundo da ciência contábil. Enquanto o ágio, para a Teoria Contábil, é a diferença entre o valor de aquisição da participação societária e o valor do patrimônio após a alocação da mais-valia dos ativos e do reconhecimento dos intangíveis ainda não registrados, para o Decreto-Lei nº 1.598/77 (conceito jurídico) o ágio era a singela diferença entre o valor pago e o patrimônio líquido a valor de custo.

Aprofundo, embora do ponto de vista contábil, o ágio somente possa existir quando estiverem envolvidas partes independentes não relacionadas, sendo resultado de um processo de barganha negocial, raciocínio este adotado inclusive no Ofício-circular CVM SNC/SEP nº 01/2007, não se pode dizer o mesmo com relação ao ‘ágio tributário’.

Do ponto de vista tributário, o investidor deve, sempre, registrar um ágio que corresponderá, sempre, à diferença positiva entre o valor patrimonial e o preço pago pela participação societária. É dizer, na esteira do que apontam Roberto Quiroga Mosquera e Rodrigo de Freitas, que, diante do “*repúdio ao ágio interno pela Ciência Contábil*”, cumpre ao jurista ter em mente que “*essa realidade existente para a Ciência Contábil não é automaticamente aplicável ao Direito*” (*Controvérsias jurídico-contábeis aproximações e distanciamentos*, 2º vol., São Paulo, Dialética, 2011, p. 276).

Previsto em lei o conceito de ágio, novamente, tem-se em conta que não cabe ao intérprete da lei realizar distinções não expressas naquela norma. Tal conceito, encontra-se expressa e claramente disposto no art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, que dá fundamento ao art. 385 do RIR/99, inclusive fazendo menção ao desdobramento do custo de aquisição de investimentos em coligadas e controladas.

No âmbito da legalidade, então, não havia nenhuma restrição ao aproveitamento do ágio em relação a operações efetuadas com partes relacionadas. Logo, ao admitir que o ágio possa ser amortizado apenas quando decorrente de operações entre partes independentes não relacionadas, o intérprete imiscuiu-se na função de legislador positivo, distinguindo onde a Lei não distingue.

Ademais, apenas com o advento da Lei nº 12.973/2014 surgiu, para o “mundo jurídico” a proibição de dedutibilidade do ágio interno, isto é, do ágio surgido em operações societárias realizadas entre partes dependentes. Este fato, no meu entendimento, apenas confirma que, sob a égide da legislação tributária anterior, não era proibida a amortização do ágio gerado dentro de um grupo econômico.

Nesse aspecto, é importante ressaltar que a oposição ao ágio interno possui raízes vincadas na contabilidade. Isto porque, o ágio, conhecido como ‘o mais intangível dentre os intangíveis’, implica uma grande dificuldade de mensuração, e faz com que a teoria contábil apenas admita seu reconhecimento quando decorrente de uma negociação de mercado (“*at arm’s length*”). No entanto, como já amplamente demonstrado, o ‘ágio jurídico’ possui

conceito próprio o qual, à época do período fiscalizado, era distinto do conceito do 'ágio contábil'.

Isto posto, mais uma vez, cabe a análise da legislação aplicável ao caso, ou seja, o Decreto-Lei 1598/77 que disciplinava sobre o desdobramento do custo de aquisição das pessoas jurídicas que detinham investimentos em controladas e coligadas, bem como a Lei 9.532/97, que regulamenta a forma como se dava a amortização do ágio em operações de incorporação, fusão e cisão:

Art. 20, DL 1.598/77: O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

I – valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e

II – ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

(...)

§ 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

(...)

b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

(...)

Art. 7º, Lei 9.532/97: A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto -Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

(...)

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea "b" do § 2º do art. 20 do Decreto- lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes a apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração; (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

(...)

Art. 8º, Lei 9.532/97: O disposto no artigo anterior aplica-se, inclusive, quando;

(...)

b) a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária."

Ora, a Lei nº 9.532/97 fez expressa referência ao ágio apurado de acordo com o Decreto-Lei nº 1.598/77 (conceito jurídico autônomo). Dada a existência de um conceito legal de ágio, não é possível a sua alteração em razão da superveniência de novas normas contábeis adotadas pela legislação contábil ou societária. É preciso respeitar a opção do legislador, que poderia ter realizado.

Contudo, como bem pontuado pelo Ilustre Relator no seu voto, não estamos tratando de um “ágio propriamente dito”, mas sim de uma tentativa de reavaliação de ativos, caindo por terra qualquer argumento do contribuinte visando caracterizar tal operação como se fosse de glosa de despesa de ágio, *litteris*:

“a diferença é que neste caso ocorreram passos adicionais, dando uma aparência de maior complexidade às operações, com a permuta de ações entre as empresas do grupo, após a sua capitalização, no bojo da qual surgiu o ágio contestado pelo Fisco.

Ora, o que houve de fato foi uma tentativa reavaliação de ativos, utilizando-se do artifício da permuta de ações.

A característica de onerosidade da permuta, nos termos do Código Civil, aventada pela recorrente, não é suficiente, por si só, para validar o reconhecimento do ágio sob a perspectiva contábil. O suposto sacrifício consistente na perda do bem anteriormente havido em troca de outro ativo de empresa sob o mesmo controle se esvazia na medida em que entabulada a permuta por quem tem interesse de ambos os lados, sendo inconcebível o reconhecimento de um ganho econômico de um lado e um dispêndio de outro, decorrente de manipulação dos elementos de troca por quem detém ambos os direitos. O laudo de avaliação emitido por empresa especializada, tampouco tem o condão de validar economicamente a operação.

E não se está aqui afastando a aplicação dos arts. 109 e 110 do CTN, nem se cogita de negar validade aos institutos do direito civil, comercial ou societário, mas, ao contrário, de aplicá-los de acordo com as normas emanadas pela entidade responsável pela fiscalização e controle das leis societárias e das normas contábeis.

Afinal, a apuração do resultado das empresas se obtém por meio da correta aplicação das normas societárias e contábeis e são a base para a apuração do lucro sob a perspectiva fiscal.

Esta é a base da acusação fiscal que entendo estar correta e por isto deve ser mantida.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa