



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

Processo nº 12448.724720/2011-55
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1202-001.109 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de março de 2014
Matéria IRPJ - Distribuição Disfarçada de Lucros
Recorrentes Ativa S/A Corretora de Títulos, Câmbio e Valores e
Fazenda Nacional

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. ALIENAÇÃO A PESSOA LIGADA, POR VALOR NOTORIAMENTE INFERIOR AO DE MERCADO.

A parte da transferência que corresponde à diferença entre os valores de mercado e contábil, deve ser tributada como distribuição disfarçada de lucros, pois representa uma alienação, por valor notoriamente inferior ao de mercado, de bens a pessoas ligadas.

APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA - Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela falta de pagamento de tributo apurado no balanço.

INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO - INAPLICABILIDADE - Não incidem os juros com base na taxa Selic sobre a multa de ofício, vez que o artigo 61 da Lei n.º 9.430/96 apenas impõe sua incidência sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: por unanimidade de votos, EM NEGAR provimento ao recurso de ofício; quanto ao recurso voluntário, por unanimidade de votos, EM REJEITAR a preliminar de cerceamento do direito de defesa, EM CONSIDERAR válida a taxa Selic como percentual dos juros de mora e, no mérito, pelo voto de qualidade, EM MANTER a tributação em relação à matéria distribuição disfarçada de lucros, vencidos os Conselheiros Nereida de Miranda Finamore Horta (relatora), Geraldo Valentim Neto e Orlando José Gonçalves Bueno. Designado o Conselheiro Plínio Rodrigues Lima para redigir o voto vencedor; por maioria de votos, EM CONHECER da matéria relativa à incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício, vencidos os Conselheiros João Bellini Junior e Carlos Alberto Donassolo. Nessa última parte, o

Conselheiro Plínio Rodrigues Lima votou pelas conclusões; por maioria de votos, EM AFASTAR a incidência da multa isolada e dos juros de mora sobre a multa de ofício e AUTORIZAR a compensação dos valores do IRPF-ganho de capital pago sobre as mesmas ações alienadas com o crédito tributário ora exigido, vencidos os Conselheiros João Bellini Junior e Carlos Alberto Donassolo.

(documento assinado digitalmente)

Plínio Rodrigues Lima - Presidente e redator *ad hoc*.

EDITADO EM: 07/07/2015

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Donassolo (Presidente em Exercício à época do julgamento), Plínio Rodrigues Lima (Redator designado), João Bellini Junior (suplente convocado), Nereida de Miranda Finamore Horta (Relatora à época do julgamento), Geraldo Valentim Neto e Orlando José Gonçalves Bueno.

O Presidente da Segunda Turma Ordinária da Segunda Câmara da Primeira Seção, nos termos do art. 17, III, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, publicada no DOU em 10/06/2015, formalizará a seguir o relatório e o voto vencido do presente acórdão, considerando:

(I) a publicação no Diário Oficial da União (DOU) nº 66, de 08/04/2015, da Portaria do Ministério da Fazenda nº 186, que dispensou, a pedido, NEREIDA DE MIRANDA FINAMORE HORTA do mandato de Conselheira, representante dos Contribuintes, junto a Segunda Turma Ordinária da Segunda Câmara da Primeira Seção de Julgamento do CARF;

(II) a designação inicial de MARCELO BAETA IPPOLITO para redator *ad hoc*, nos termos do art. 17, III, do RICARF(Fls. 1.181); e

(III) a publicação no DOU nº 102, de 01/06/2015, da Portaria do Ministério da Fazenda nº 314, que dispensou, a pedido, em razão do Decreto nº 8.441, publicado no DOU em 30 de abril de 2015, MARCELO BAETA IPPOLITO do mandato de Conselheiro Suplente, representante dos Contribuintes, junto a Segunda Câmara da Primeira Seção de Julgamento do CARF.

Relatório

A autoridade fiscal lavrou seguintes autos de infração contra a contribuinte acima identificada:

- IRPJ – Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - R\$ 177.972.221,87.

Infrações:

a) Distribuição Disfarçada – Pagamento de Bem por valor notoriamente inferior ao de mercado – Pessoa Física Ligada. Base legal: artigos 247, 249, II, 464, VI, 466, 467, I, do RIR/99.

b) Resultados operacionais não declarados. Base Legal: artigos 249 e 926 do RIR/99; artigo 17, §3º, da Lei nº 9.532/97.

- CSLL – R\$ 64.087.917,51.

Infrações:

a) CSLL financeiras – resultados não operacionais não declarados: artigo 2º e §§ da Lei nº 7.689/88; artigo 1º da Lei nº 9.316/96 e artigo 28 da Lei nº 9.430/96; artigo 37 da Lei nº 10.637/02.

b) Distribuição disfarçada (a partir do ano-calendário de 1998) – Falta de adição ao Lucro Líquido do Valores distribuídos disfarçadamente. Base legal: artigo 60 da Lei nº 9.532/97 e artigo 37 da Lei nº 10.637/02

- MULTAS ISOLADAS POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA - R\$2.033.591,09.

Base Legal : Arts. 222, 230 e 843 do RIR/99; Art. 44, inciso II, alínea "b", da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14, da Lei nº 11.488/07.

- MULTAS ISOLADAS POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE CSLL SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA - R\$ 732. 092,64

Base Legal : Arts. 222 e 843 do RIR/99 c/c Art. 44, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14, da Lei nº 11.488/07.

A motivação para a autuação se deu em decorrência do recebimento de ações pela desmutualização da BOVESPA e BM&F, quando a autoridade autuante entendeu que se deixou de tributar R\$ 10.251.491,37 a título de ganho de capital (R\$ 10.251.491,37 = R\$ 9.759.528,88 - ganho com a desmutualização da Bovespa (Fls. 218) + R\$ 10.461.280,13 - ganho com a desmutualização da BM&F (Fls. 223) - R\$ 9.969.318,00 - ganho declarado com as desmutualizações (Fls. 234). Nesses valores foi considerado o valor de ganho de capital a maior de R\$133.535,11, constatado pela fiscalização. Com isso, resultou o ganho total não tributado de R\$ 10.117.956,26 (R\$ 10.251.491,37 - ganho não tributado na desmutualização - R\$ 133.535,11 - ganho tributado a maior na venda das ações (Fls. 228) = R\$ 10.117.956,26 - ganho total não tributado).

Em relação à infração supra, em 4 de dezembro de 2013 (Fls. 1.178 a 1.180), a contribuinte informou que aderiu, via eletrônica, ao programa de parcelamento instituído pela Lei nº 9941/2009 (prazo estendido pela Lei nº 12.865/2013, artigo 17), quando então desistiu da discussão em relação ao item I do Recurso Voluntário – “O não recolhimento a menor do IRPJ e da CSLL – a correção na apuração do ganho de capital decorrente do processo de desmutualização da Bovespa e da BM&F” e II do Recurso Voluntário – “O correto tratamento tributário do processo de desmutualização da Bovespa e da BM&F”, restando apenas a discussão em relação ao item III do Recurso Voluntário, não caracterização da distribuição disfarçada de lucros, tratada a seguir.

A manutenção da exigência referente à distribuição disfarçada de lucro gerou insuficiência de recolhimentos mensais com base nas estimativas, que resultou na aplicação de multa de 50% com base no artigo 44, § 1º, IV, da Lei nº 9.430/1996, conforme Demonstrativos de Apuração das Multas Isoladas - IRPJ e CSLL.

Transcreve-se trechos do relatório do acórdão recorrido sobre a distribuição disfarçada de lucros, em referência ao Termo de Verificação Fiscal:

(...)

III.6 ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DO PAGAMENTO DE DIVIDENDOS ATRAVÉS DE AÇÕES DA BOVESPA E DA BM&F AOS ACIONISTAS DA ATIVA. (DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS - DDL)

40. Após a alienação de parte das ações objeto das desmutualização das duas bolsas, a Ativa ainda mantinha em seu Ativo Permanente 4.000.000 ações da Bovespa Holding S.A, no valor de R\$ 8.560.000,00 e 8.800.000 ações da BM&F S.A., pelo valor de R\$ 8.790.000,00 no total de R\$ 17.350.000,00.

41. Tendo em vista o lucro apurado no processo de desmutualização, a Ativa realizou AGEs em 10 e 11 de dezembro de 2007, deliberando pelo pagamento de dividendos antecipados de R\$ 40.000.000,00, com base nos lucros apurados em Balanço Patrimonial intermediário levantado em 30/11/2007, distribuídos da seguinte forma:

- R\$ 17.350.000,00 através da cessão e transferência de propriedade de 4.000.000 ações da Bovespa e 8.800.000 ações da BM&F, registradas a valor nominal no Ativo Permanente da instituição;

- R\$ 22.650.000,00 em moeda corrente.

42. O procedimento acima citado, de pagamento dos dividendos através da transferência da titularidade das ações da Bovespa Holding e da BM&F não encontra suporte no estatuto social da fiscalizada, tampouco tem amparo no artigo 205 § 1º da Lei 6.404/76, que estabelece que os dividendos podem ser pagos por cheque nominativo, ou mediante crédito em conta-corrente bancária, não estabelecendo outra forma de pagamento.

43. Em consequência, o procedimento caracterizou claramente transferência indevida de resultado para as pessoas físicas controladoras, com o intuito de reduzir a base de tributação, principalmente pelo fato de que as ações foram distribuídas a título de dividendos pelo valor registrado no balanço da Ativa, embora como comprovaremos mais adiante seu valor de mercado na data da distribuição dos dividendos 11/12/2007, era significativamente superior ao valor distribuído na época (sem destaque no original).

III.8 PROCEDIMENTO DE AUDITORIA BOVESPA

49. Com a desmutualização, em troca dos 6 (seis) títulos patrimoniais da BOVESPA a ATIVA recebeu 4.240.572 ações da BOVESPA HOLDING S/A, no montante de R\$ 9.412.822,26, em 18/09/2007. Estas ações representam a devolução de participação no patrimônio da Bolsa (entidade isenta).

50. Em troca das 700 ações da CBLC, a ATIVA recebeu 1.294.244 ações da BOVESPA HOLDING S/A, no montante de R\$ 2.886.164,12.

.....

3ª Hipótese de Incidência - Distribuição Disfarçada de Lucros (em 11/12/2007)

· Saldo na conta ações BOVESPA HOLDING em 11/12/2007: 4.000.000 ações, no valor total de R\$ 8.888.451,94 (custo unitário de R\$ 2,222112984)

· Preço médio da ação Bovespa Holding em 11/12/2007 = R\$ 36,08

· Valor das ações distribuídas aos acionistas = $4.000.000 \times 36,08$
= R\$ 144.320.000,00

· DDL tributável na distribuição das ações aos acionistas = R\$ 135.431.548,06

BM&F

61. No momento da desmutualização, a ATIVA tinha 2 (dois) títulos patrimoniais de Corretora Membro, 1 (um) título patrimonial de Membro de Compensação e 1 (um) título patrimonial de Sócio Efetivo da BM&F.

63. Com a desmutualização, em troca dos 4 (quatro) títulos patrimoniais da BM&F a ATIVA recebeu 14.767.640 ações da BM&F S/A, no montante de R\$ 14.767.640,00, em 18/10/2007. Estas ações representam a devolução de participação no patrimônio da Bolsa (entidade isenta).

.....

3ª Hipótese de Incidência - Distribuição Disfarçada de Lucros (em 11/12/2007)

· Saldo na conta ações BM&F em 11/12/2007:

8.800.000 ações, no valor total de R\$ 8.800.000,00 (custo unitário de R\$ 1,00)

· Preço médio da Ação BM&F S.A. em 11/12/2007 = R\$ 23,48

· Valor das ações distribuídas aos acionistas = $8.800.000 \times 23,48$
= R\$ 206.624.000,00

· DDL tributável na distribuição das ações aos acionistas = R\$ 197.824.000,00

DDL total a ser adicionada ao Lucro Real em 2007 = R\$ 333.255.548,00 =

R\$ 197.824.000,00 + R\$ 135.431.548,06 (DDL apurada com as ações da Bovespa)

III.9 RECOMPOSIÇÃO DAS ESTIMATIVAS DE IRPJ E CSLL DE SETEMBRO E OUTUBRO DE 2007

67. *Apuração da estimativa com base em balancete de suspensão/redução.*

No balancete de suspensão/redução apresentado pela empresa apura-se um lucro real de R\$

3.865.745,51.

68. *Contudo, como visto, a contribuinte deixou de computar, no cálculo da estimativa, o ganho com a devolução de capital, na desmutualização da BOVESPA, no valor de R\$ 9.759.528,88.*

69. *As multas isoladas de 50% sobre as diferenças de IRPJ e CSLL estimativa não declaradas é R\$ 1.219.941,11 e R\$ 439.178,65, conforme demonstrado nas planilhas de fls. 226/227 e 230/231, respectivamente.*

Estimativas de IRPJ e CSLL para outubro de 2007

70. *A apuração da estimativa com base em balancete de suspensão/redução. No balancete de suspensão/redução apresentado pela empresa apura-se um lucro real (base de cálculo da CSLL) de R\$ 43.855.972,72.*

71. *Contudo, como visto, a contribuinte deixou de computar, no cálculo da estimativa, o ganho com a devolução de capital, na desmutualização da BM&F, no valor de R\$ 10.461.280,13, ocorrida em 18/10/2007.*

.....

74. *Assim sendo, ajustando o valor do ganho de capital a ser adicionado ao Lucro Real (Base de Cálculo da CSLL) no cálculo da estimativa do período (jan/2007 a out/2007), o resultado passa a ser, como demonstrado a seguir:*

(+) Ganho na devolução de capital na desmutualização da BM&F: R\$ 10.461.280,13

(-) Lucro das 1.534.816 ações BOVESPA declarados a maior: R\$ 133.535,11

(-) Ganho na desmutualização ocorrida em setembro e declarado em outubro: R\$ 6.789.537,00

(=) Saldo a ser adicionado no cálculo da estimativa de outubro de 2007: R\$ 3.538.208,02

75. *As multas isoladas de 50% sobre as diferenças de IRPJ e CSLL estimativa não declarado são de R\$ 813.649,98 e R\$ 292.913,99, conforme demonstrado nas planilhas de fls. 228/229 e 232/233, respectivamente."*

A partir da lavratura dos mencionados autos extraíram-se dois processos distintos, a saber, de nº 12.448.724720/2011-55 e de nº 12.448.728370/2011-04, unificados a

pedido da contribuinte. Todavia, como a unificação do processo se deu após o prazo para resposta, apresentaram-se duas impugnações.

Argumentou a impugnante não haver Distribuição Disfarçada de Lucros (DDL). Em preliminar, invoca a nulidade da autuação, pela capitulação incorreta da suposta infração cometida. Indica que o Fisco apontou como infringidos os artigos 247, 249, II, 464, VI, 465, 466 e 467, I, do RIR/99; artigo 60 da Lei nº 9.532/97 e artigo 37 da Lei nº 10.637/02. Assinala que a infração contida no Auto referia-se ao inciso VI do art. 464 do RIR/99, mas na descrição da conduta impugnante, apontara-se o artigo 467, I, do RIR/99, sem correspondência entre a conduta e a capitulação legal. Traz julgado da DRJ de Brasília e doutrina de Hiromi Higuchi sobre o tema.

Destacou que, como não houve efetiva distribuição de dividendos, não houve dedução de qualquer valor da base de cálculo da CSLL (descrição da capitulação legal), não possuindo qualquer efeito a infração imputada.

Disse ainda que, para justificar a adição ao lucro líquido do valor de DDL, caberia a capitulação da infração nos incisos I e IV do artigo 464 do RIR/99, o que não ocorreu, portanto, houve prejuízo à contribuinte, a qual não poderia presumir que a infração apontada pela autoridade fiscal estivesse capitulada em determinado dispositivo. Cita o artigo 10 do Decreto nº 70.235/72 quanto aos requisitos de validade dos Autos de Infração, dentre os quais o da exigência da disposição legal infringida e a penalidade aplicável (inciso IV), combinado com o artigo 142 do CTN. Razão pela qual requereu o reconhecimento da nulidade.

Informou que o procedimento do Fisco cerceou seu direito de defesa, eis que sequer conheceu as infrações as quais lhe foram imputadas. Acrescentou que sua defesa, quanto à matéria da DDL, fora restringida pela ausência de delimitação da matéria tributável e das infrações cometidas.

Argumentou que procedeu de forma correta, esclarecendo sobre a distribuição dos dividendos *in natura* que esta é uma forma de pagamento dos dividendos, os quais foram distribuídos sob a forma de bens não pecuniários permitida por deliberação societária. Segundo o Fisco, esse procedimento não teve amparo legal.

Refutou a referida autuação do Fisco, quanto à impossibilidade de se pagar dividendos *in natura*, sob o argumento de que o direito comercial é regido pelo princípio da permissão negativa, sendo lícito toda conduta não proibida por lei ou compatível com o sistema jurídico das sociedades por ações, mencionando a necessidade de obediência ao preceito constitucional contido no artigo 5º, II. Apontou que o dispositivo legal invocado pelo Fisco (artigo 205, §1º da Lei n. 6404/76) não expressa dever, mas sim o verbo “poder”, sendo preceito meramente autorizativo e não veda a distribuição de dividendos em bens. Citando doutrina de Fábio Konder Comparato, diz que o referido dispositivo deve ser entendido como um modo de ampliar as possibilidades de solução do débito.

Indicou que o lucro líquido, verificado pela existência de elementos no Ativo da Sociedade e expresso no balanço em moeda nacional, não necessariamente sob a forma de dinheiro, pode compor-se de bens. Assim, entendeu que se o lucro nem sempre é dinheiro e os dividendos são parte do lucro, não há empecilho à sua distribuição *in natura*, já que não há proibição expressa pela lei neste sentido, destacando que seu estatuto social também não o faz.

Apontou que, mesmo sendo o capital social uma expressão monetária, também não há óbice à distribuição dos lucros *in natura*, eis que ocorre a redução das relações jurídicas à expressão monetária quando da escrituração contábil. Adicionalmente, indicou que a Lei nº 6404/76, artigo 7º, permite a integralização do capital social em bens, pelo que não há que se vedar o pagamento dos dividendos da mesma forma. Nesse sentido, citou doutrina de Alfredo Lamy Filho, Nelson Eizirik e Arnoldo Wald e posicionamento da Comissão de Valores Mobiliários – CVM (parecer da Superintendência Jurídica), discorrendo sobre o artigo 121 da Lei nº 6404/76.

Entendeu que a Assembléia Geral, devidamente convocada e instalada, tem poderes para decidir todos os assuntos que dizem respeito ao objeto da sociedade, cabendo-lhe também a decisão sobre a distribuição de dividendos.

Quanto à avaliação das ações da Bovespa e da BM&F distribuídas como dividendos, informou inicialmente que a valoração dos bens transferidos entre pessoas físicas e pessoas jurídicas pode ocorrer valor contábil dessas. Citou o artigo 23 da Lei nº 9.532/97, artigos 21, 22 e 23 da Lei nº 9.249/95, artigo 215, §1º da Lei nº 6.404/76, demonstrando a possibilidade indicada. Assinalou que, embora não haja legislação específica quanto aos dividendos *in natura* – e portanto, não há definição legal quanto à valoração destes – não há a imposição de que a entrega dos bens aos sócios como pagamento dos dividendos deva ser realizada pelo valor de mercado, cabendo no caso a utilização de métodos interpretativos e integrativos do direito, indicando que o CTN trata da matéria nos artigos 107 a 112.

Citou doutrinadores sobre o tema da interpretação e da integração, bem como da utilização da analogia, lembrando que, neste caso, a distribuição dos dividendos (pelas ações da Bovespa e da BM&F) possui nítido caráter de retorno aos sócios do capital investido na sociedade.

Disse tratar-se de pressuposto da existência da sociedade corretora de valores mobiliários a aquisição de título patrimonial da bolsa de valores. Citou dispositivos da Resolução nº 1.655, de 26 de outubro de 1989, do Conselho Monetário Nacional, indicando tratar-se a distribuição de dividendos era, em essência, do retorno do capital investido pelos sócios na sociedade, já que era obrigatória a aquisição do título patrimonial para operação na Bolsa, apontando a semelhança dessa distribuição com a devolução do capital estabelecida no artigo 22, da Lei nº 9.249/95.

Apontou que, na ausência de disposição específica quanto à situação da contribuinte, por analogia, deve-se considerar a norma citada, pelo que os dividendos *in natura* podem ser valorados pelo registrado contabilmente.

Concluiu o tema, informando que, como decorrência lógica da possibilidade de distribuição dos dividendos *in natura* pelo valor contábil dos bens, por si só, não há a possibilidade de se configurar a DDL, como assinalou o Fisco. Além do mais, indicou que as hipóteses previstas para a infração são decorrentes todas da alienação, sem semelhança com o caso.

Trouxe explicações doutrinárias sobre o conceito de alienação, entre eles Sílvio de Salvo Venosa, Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Junior e Caio Mário da Silva Pereira, que concordam que a alienação decorre de um negócio jurídico, o que não ocorre na distribuição de dividendos. Destacou que a distribuição de dividendos *in natura* não se enquadra em nenhuma das hipóteses do artigo 464, do RIR/99.

Apontou que os dividendos tratam de direito subjetivo, inerente à qualidade do sócio, trazendo doutrina de Arnoldo Wald. Citou o artigo 3º, da Lei nº 7713/88, em que se verifica a ligação da alienação a atos de comércio, os quais não se verificam na distribuição de dividendos, nem representam alienação para fins fiscais. Trouxe jurisprudência do STJ e decisão proferida pelo TRF 1ª Região sobre o assunto e pugnou pelo afastamento da autuação neste ponto.

Quanto às multas isoladas entre os meses de setembro a outubro de 2007, nos termos do art. 44, §1º, inciso IV, da Lei nº 9430/96, assinalou tratar-se de exigência improcedente, como segue:

(i) a multa de ofício pelo recolhimento insuficiente de antecipações somente se justifica quando aplicada no curso do próprio ano-calendário a que se refere, isto porque o recolhimento das estimativas é antecipação do imposto devido ao final do período de apuração, que ocorre em 31 de dezembro do ano-calendário, não havendo de se falar em multa após tal situação, quando já se sabe o imposto devido. Trouxe doutrina de Marco Aurélio Greco e jurisprudência administrativa sobre o tema.

(ii) houve denúncia espontânea, consoante artigo 138, do CTN, já que, com o conhecimento da Solução de Consulta COSIT nº 10/2007, a contribuinte refez os cálculos e recolheu o tributo devido, voluntariamente, sem qualquer interferência do Fisco, no próprio ano de 2007, já com o acréscimo dos juros moratórios. Trouxe julgados do STJ e da seara administrativa.

(iii) por se tratar de situação peculiar, muito semelhante à permuta de ativos, o ganho de capital decorrente dessas atualizações somente poderia ser verificado no momento de alienação das ações e não no seu recebimento, sob pena de violação do princípio da capacidade contributiva

Indicou que, nos termos do artigo 4º, da Lei nº 9.959/2000, só haverá o cômputo da contrapartida da reavaliação, na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, na alienação ou liquidação do investimento. Trouxe, no mesmo sentido, a Solução de Consulta nº 98, de 12 de agosto de 2002, da Superintendência Regional da Receita Federal da 6ª Região Fiscal e doutrina de Ives Gandra da Silva Martins e de Roque Antônio Carrazza sobre a capacidade contributiva. Adicionalmente, disse que a matéria de que decorreram as diferenças verificadas nas estimativas encontrava-se sob procedimento de consulta formal ao Fisco, não cabendo a aplicação da multa.

A 9ª Turma da DRJ/RJ1, por meio do Acórdão nº 12-45.276, na sessão de 13 de abril de 2012, deu provimento parcial à impugnação, nos seguintes termos (Fls. 803 a 847):

Quanto à nulidade do lançamento por suposto erro de capitulação das infrações, apontou que a descrição da infração, contida às Fls. 239, corresponde à infração prevista no artigo 464, inciso I, do RIR/99 e a respectiva consequência, a adição da diferença ao lucro líquido, encontra-se correta, moldando-se ao artigo 467, inciso I, do RIR/99, indicado no enquadramento legal.

Apontou que, com base nos artigos 59 e 60, do Decreto nº 70.235/72, segundo a jurisprudência administrativa, as deficiências na fundamentação de direito podem ser supridas pela fundamentação de fato, não havendo nulidade se o autuado demonstra, por sua impugnação, o entendimento das infrações que lhe foram imputadas. No caso, não coube

invocar nulidade por cerceamento de defesa, pois se verificou que o contribuinte compreendeu a imputação, tanto que tentou demonstrar que os dividendos “podem ser valorados de acordo com o registrado contabilmente” (cf. Fls.456).

Como houve a desistência de parte do lançamento a que se refere os resultados não operacionais, tratar-se-á a seguir dos fundamentos da Distribuição Disfarçada de Lucros (DDL), item X do Acórdão em primeira instância, em que o julgador dividiu a análise em subtópicos.

Partiu da premissa de que não há nulidade do lançamento como já foi discutida inicialmente. Quanto ao valor das ações distribuídas como dividendos, indicou que o valor do pagamento deve considerar o valor justo e não o valor contábil, nos termos do item 11 do ITG 07- Distribuição de Lucros *in natura* aprovado pela Resolução CFC nº 1.260/09. Indicou que o conceito de “valor justo” encontra-se no item 48 A da NBC TG 38, aprovada pela Resolução CFC nº 1.196/09, pelo que o Fisco aplicou corretamente o critério de mensurar os dividendos distribuídos *in natura* por seu valor de mercado.

Sobre a natureza da distribuição de dividendos, indicou que o contribuinte trouxe argumentação com base em julgado do STJ, segundo o qual não constitui alienação a integralização de capital por meio de transferência de imóvel. Explicou que a impugnante entendera que a devolução de capital em bens também não tem a natureza de alienação e que, pela semelhança entre as operações, a mesma conclusão aplicar-se-ia à distribuição de dividendos. Além disso, aduziu que, para a legislação fiscal, o vocábulo “alienação” está intimamente ligado à realização de atos de comércio, e, obviamente, na relação entre sociedade e sócios, consistente na distribuição de dividendos, não há qualquer ato de comércio.

Entendeu o julgador que, em relação ao primeiro argumento, o capital representa recursos investidos pelos sócios e os dividendos decorrem das demais atividades sociais, e possuindo estes origens diversas, não cabe o argumento trazido.

Da mesma forma, afastou o argumento da necessidade da prática dos atos de comércio para aplicar o artigo 464, inciso I, do RIR/99, reiterando que, quando houver distribuição dos dividendos *in natura*, os bens devem ser avaliados a mercado.

No caso concreto, informou a realização da avaliação pelo valor contábil, com a parte da transferência correspondente à diferença entre os valores de mercado e contábil tributada como distribuição disfarçada de lucros, pois representa uma alienação de bens por valor notoriamente inferior ao de mercado a pessoas ligadas.

Em conclusão ao tema DDL, entendeu o julgador que:

“O Interessado alienou, por valor notoriamente inferior ao de mercado, bens do seu ativo a pessoas ligadas. Conforme demonstrado na fl. 221, os acionistas receberam, por R\$ 17.688.451,94, ações que valiam R\$ 350.944.000,00. Portanto, está correta a tributação da diferença como DDL: R\$ 333.255.548,06 = R\$ 350.944.000,00 - R\$ 17.688.451,94.”

Para a multa isolada, entende que é devida nos termos do artigo 44, II, b, da Lei nº 9430/96. A denúncia espontânea aqui arguida não afasta a aplicação dessas multas, uma vez que não houve o recolhimento, portanto, não houve parcela não denunciada.

Indica que, como houve a opção pelo Lucro Real Anual, o fato gerador ocorreu em 31.12.07, aplicando-se a Solução de Consulta nº 10/2007 (publicada em 30.10.07), e quanto ao prazo de pagamento das estimativas e aplicação das multas por atraso, o artigo 14, §5º desta tem-se que a consulta não suspende o prazo para recolhimento do tributo, mantendo-se, no caso, os prazos da Solução de Consulta nº 13/97. Destaca que esta última considerava que a operação não possuía efeitos tributários.

Ainda, indica que, também nos termos do art. 14, §1º, a consulta formulada antes do prazo do recolhimento do tributo impede a aplicação da multa e juros de mora, sobre a matéria consultada até o trigésimo dia da ciência da resposta, prazo também cabível quando a solução implicar pagamento. Em 18 de abril de 2011, houve a ciência do lançamento, o prazo para recolhimento sem acréscimo já havia se esgotado, pelo que devem ser mantidas as multas sobre as diferenças apuradas nas estimativas.

Traz tabela onde consta novo valor apurado em virtude do ajuste do ganho de capital; para melhor ilustrar a solução, comparam-se os valores constantes do Auto de Infração com as cobranças constantes da decisão da DRJ:

a) a DRJ passou a considerar R\$ 85.484.480,56 em Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ); enquanto que o valor era de R\$ 85.819.375,97, sendo a diferença de R\$364,892,40;

b) R\$ 30.774.413,01 em Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), e era de R\$30.903.615,35, sendo a diferença de R\$129.202, 30;

c) R\$ 1.040.493,86 em multa isolada sobre estimativa de IRPJ referente a setembro de 2007;

d) R\$ 635.202,24 em multa isolada sobre estimativa de IRPJ referente a outubro de 2007; sendo que a multa isolada sobre estimativas de IRPJ era no total de R\$ 2.033.591,09. Somando-se as duas multas isoladas sobre estimativa de IRPJ temos a diferença de R\$357.894,99;

e) R\$ 374.577,61 em multa isolada sobre estimativa de CSLL referente a setembro de 2007;

f) R\$ 228.435,43 em multa isolada sobre estimativa de CSLL referente a outubro de 2007, sendo que o total de multa isolada sobre estimativa de CSLL era de R\$732.092,64. Somando-se as duas multas isoladas sobre estimativas de CSLL temos a diferença de R\$129.079, 60.

A multa de 75% e os juros de mora calculados com base na SELIC permanecem para os tributos devidos conforme letra a e b.

Em 1º de junho de 2012, a contribuinte apresentou seu Recurso Voluntário.

Preliminarmente, aponta a impossibilidade da utilização do arbitramento e da mera presunção na lavratura do Auto, que deve conter todos os meios necessários para apresentação de defesa cabível pelo contribuinte. Diz que os valores indicados pela contribuinte como custo de aquisição foram desconsiderados sem qualquer respaldo legal, em

afronta ao artigo 148 do CTN. Sobre o tema, traz doutrina de Aliomar Baleeiro e jurisprudência do STJ.

Não obstante tal situação, a fiscalização arbitrou o valor de mercado das ações, quando da distribuição dos dividendos para os acionistas, ignorando que, em função do lock-up, estas não eram negociadas no mercado. Pede a nulidade dos autos de infração, em virtude do arbitramento indevido.

Aponta ainda que a cotação das ações discutidas indicadas no Auto de Infração é superior à cotação máxima destas no dia 11 de dezembro de 2007 (para ações da Bovespa BOVH3), e no caso das ações da BM&F é superior a cotação média no mesmo dia, trazendo neste ponto, tabela com os valores das ações na data indicada, quando foi realizada a AGE que determinou a distribuição dos dividendos. Com os valores das ações, aponta que não houve qualquer critério lógico que justificasse a cotação imposta pelo fisco, demonstrando o afastamento da realidade e da razoabilidade deste, gerando valor artificial e conseqüente presunção inverídica.

Tal situação, ao gerar para o contribuinte o ônus da prova, afronta o disposto no artigo 113 do CTN, §1º. Assinala doutrina de Samuel Monteiro e Marco Aurélio Greco. Indica que cabe à Autoridade Fiscal trazer a prova necessária à comprovação dos exatos valores utilizados para determinar os custos de aquisição dos títulos patrimoniais das Bolsas, o valor de mercado das ações da Bovespa Holding S.A. e da BM&F distribuídas como dividendos e o montante correto devido a título de IRPJ e CSLL, ante o pagamento de IRPJ já efetuado.

Destaca que o valor de mercado das ações não é preciso, variando de acordo com a oferta e procura. Nestes termos, assinala que o valor envolvido na negociação da BOVH3 foi de R\$ 80.544.383,00, no dia 11.12.2007, e da BM&F de R\$ 141.999.185, e que estes foram considerados como R\$ 144.320.000,00 para a BOVH3 e de R\$ 206.624.000,00 para a BM&F, indicando que o valor de venda considerado pelo fisco é superior a todo o volume financeiro negociado no dia (a saber, para a BOVH3 mais de 179% e para a BM&F mais de 145%), o que traria obviamente alteração no valor das ações, de onde se evidencia que não lhe seria possível efetuar toda a venda de suas ações pela cotação indicada pelo Auto de Infração, mais um motivo pelo qual se deve decretar sua nulidade. Traz julgado do TRF da 5ª Região sobre o tema.

Assim, entende pela existência de vício que compromete a validade da acusação, em prejuízo da defesa da contribuinte, em ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa, carreando julgados para reforçar suas alegações.

No mérito, em relação à caracterização da DDL, indica inicialmente a inaplicabilidade das normas da DDL ao pagamento de dividendos com bens. O pagamento de dividendos não pode ser caracterizado como negócio que envolve alienação e, se aplicadas as normas concernentes à DDL, haveria erro de tipo. Explica que a alienação é negócio jurídico, que no caso é ato de comércio, que não ocorre no pagamento de dividendos, decorrentes do vínculo societário. Cita doutrina de Arnoldo Wald e jurisprudência sobre o tema.

Esclarece que há legislação societária que não impede o pagamento *in natura* dos dividendos, citando o artigo 205, §1º da Lei nº 6404/76 e que referida lei é silente quanto à forma de tais pagamentos, havendo mera expectativa de que estes sejam efetuados em moeda nacional, trazendo doutrina sobre o tema.

Argumenta sobre a possibilidade de pagamento de dividendos *in natura* pelo valor contábil dos bens, indicando que a Resolução CFC nº 1260/09 não pode ser aplicada ao caso concreto, já que não existia em 2008, quando houve a distribuição dos dividendos, e que tal Resolução não poderia retroagir. No entender da contribuinte, cabe à matéria a disciplina trazida no artigo 22 da Lei nº 9249/95, que faculta a devolução de bens a valor contábil aos acionistas da sociedade, entendimento confirmado pela Instrução Normativa nº 11, de 21 de fevereiro de 1996, artigo 61.

Aponta que a disciplina trazida no dispositivo de lei citado não pode ser aplicada de maneira restritiva, com seu alcance limitado apenas à hipótese em que bens são transferidos aos acionistas em função da redução de capital, e que se esta não fosse a intenção do legislador, haveria manifestação expressa no texto legal.

Invoca a impossibilidade de consideração da cotação em bolsa como valor de mercado das ações distribuídas como dividendos, utilizando-se do valor patrimonial. Destaca que, à época, conforme previsão do Acordo de Restrição à Negociação das Ações, havia um período de *lockup* das ações da Bovespa Holding S.A. e da BM&F, durante o qual estas não poderiam ser negociadas pelos acionistas da recorrente (período de 180 dias), pelo que ficaram fora do mercado de 28.8.07 a 24.02.08 relativas à Bovespa e de 25.10.07 a 21.04.08, pra a BM&F. Era evidente, assim, a impossibilidade de auferir o valor de mercados destas ações com base na cotação das bolsas de valores ou mesmo fora das bolsas, ante restrições impostas no período indicado. Esclarece no tema, que o *lockup* era oponível apenas a terceiros não relacionados, mas que as ações poderiam ser transferidas para os acionistas da recorrente desde que esses respeitassem as cláusulas do acordo, o que motivou o pagamento de dividendos nos termos discutidos.

Indica que a fiscalização não pode ignorar as disposições contidas no Acordo de Restrição à Negociação das Ações, eis que soa oponíveis *erga omnes*, nos termos do artigo 118 da Lei nº 6404/76.

Cita doutrina de Carlos Augusto da Silveira Lobo, em apoio ao seu entendimento. Traz também, como ilustração do tema de bens fora do mercado, doutrina de Maria Helena Diniz.

Como conclusão do tema, traz jurisprudência do CARF.

Quanto à multa, reitera os termos de sua impugnação.

Há recurso de ofício, consoante Portaria MF nº 3, de 3 de janeiro de 2008, na parte exonerada que se refere ao cálculo do ganho de capital das ações da CBLC. Entendeu a turma julgadora que, nos termos da Circular Externa CBLC nº 018, de 15 de agosto de 2007, foi aprovado um aumento do capital social no valor de R\$ 234.000.000,00, mediante a utilização de parte dos saldos das contas Reserva Legal e Lucros Acumulados, com emissão de 32.600 novas ações ordinárias, atribuindo-se aos acionistas, a título de bonificação, duas ações novas para cada cinco possuídas. Como o Interessado possuía 500 ações, recebeu mais 200. Portanto, concordou a turma julgadora com o cálculo apresentado pela recorrente, haja vista que:

$$\text{R\$ } 234.000.000,00 / 32.600 = \text{R\$ } 7.177,91; \text{ e}$$

$$\text{R\$ } 7.177,91 \times 200 = \text{R\$ } 1.435.582,00; \text{ logo, o custo de aquisição foi de:}$$

R\$ 988.595,00 + R\$ 1.435.582,00 = R\$ 2.424.177,00.

Em 21 de maio de 2013, a recorrente juntou parecer do jurista Nelson Eizirik nominado “Legitimidade dos dividendos in natura. Inexistência de distribuição disfarçada de lucros, bens avaliados pelo valor contábil.”

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Plínio Rodrigues Lima, Redator *ad hoc*

Presentes os pressupostos de admissibilidade, inclusive o temporal, toma-se conhecimento do Recurso Voluntário e do Recurso de Ofício.

Tratam-se os Autos de Infração de cobrança de IRPJ e CSLL fundamentada em distribuição disfarçada de lucros por terem sido as ações alienadas por valor notoriamente inferior ao de mercado, a pessoas ligadas. A autoridade lançadora entendeu que os acionistas receberam, por R\$ 17.688.451,94, ações que valiam R\$ 350.944.000,00; logo, dever-se-ia tributar a diferença como distribuição disfarçada de lucros, cuja diferença monta R\$ 333.255.548,06 (R\$ 350.944.000,00 - R\$ 17.688.451,94), com base nos artigos 464, VI, e 467, I, do RIR/99 (Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000/99)

Ainda, houve cobrança de IRPJ e CSLL, bem como multa isolada sobre as bases estimadas desses mesmos tributos, em razão da diferença apurada no cálculo do ganho de capital, revista pela turma julgadora de primeira instância a parcela a que se refere o Recurso de Ofício.

Outra parcela do ganho de capital que foi julgada procedente pela referida turma julgadora foi incluída no programa de parcelamento REFIS, estendido pela Lei nº 12865/2013, como informado em 4 de dezembro de 2013 pela recorrente.

RECURSO DE OFÍCIO

Como já relatado, a fiscalização não considerou no custo de aquisição para o cálculo do ganho de capital as ações recebidas em bonificação. Através da Circular Externa CBLC nº 018, de 15 de agosto de 2007, a turma julgadora de primeira instância verificou que foi aprovado um aumento do capital social no valor de R\$ 234.000.000,00, mediante a utilização de parte dos saldos das contas Reserva Legal e Lucros Acumulados, com emissão de 32.600 novas ações ordinárias, atribuindo-se aos acionistas, a título de bonificação, duas ações novas para cada cinco possuídas.

A recorrente possuía 500 ações, conseqüentemente, recebeu mais 200 ações. Portanto, o custo deveria incluir essas 200 ações.

Esse fato está suportado pela Instrução Normativa da SRF nº 25/2001, artigo 25, § 1º, cujo fundamento legal encontra-se na Lei nº 9.249/1995, artigo 10, *verbis*:

Art. 25. Omissis.

§ 1º No caso de ações recebidas em bonificação, em virtude de incorporação ao capital social da pessoa jurídica de lucros ou reservas, considera-se custo de aquisição da participação o valor do lucro ou reserva capitalizado que corresponder ao acionista ou sócio, independentemente da forma de tributação adotada pela empresa”.

Com base nos fatos expostos e o normativo acima, a Relatora negou provimento ao Recurso de Ofício, dado que, por orientação da Secretaria da Receita Federal, para o cálculo nesses casos deveriam ser incluídas as ações recebidas em bonificação.

RECURSO VOLUNTÁRIO

A cobrança do IRPJ e CSLL fundamenta-se em alegação de distribuição disfarçada de lucros, em forma de dividendos *in natura*, pela parcela das ações recebidas quando da desmutualização das bolsas de valores.

Em relação às ações da BOVESPA, temos que, em 18 de setembro de 2007, com a desmutualização, a recorrente recebeu 5.534.816 ações BOV3, apurando ganho de capital de R\$6.789.537,43, tributado em 2007 (DIPJ 2008- Ficha 9 - B/02). Em 30/9/2007, alienou parcialmente as ações (1.534.816 ações), apurando ganho de capital de R\$32.033.768,55, totalmente tributado (DIPJ 2008 – Ficha 6 – B/54). Em 11/12/07, deu-se a devolução das 4.000.000 ações bloqueadas (lock-up). O custo de aquisição foi de R\$8.560.000,00, que é o mesmo valor utilizado para a devolução. A cotação da bolsa, neste dia, para as ações desbloqueadas era de R\$33,60, enquanto que a autoridade fiscal usou R\$36,08 para o lançamento. A cláusula de *lock-up* findou-se em 22/4/08, quando a quotação das ações foi de R\$21,00.

Em relação às ações da BM&F, em 18/10/07, os 4 títulos tinham custo histórico total de R\$11.577.859,36. Nesse mesmo dia, o valor contábil das ações era de R\$14.757.640,00, portanto, apurou e tribudou ganho de capital no montante de R\$3.179.780,64 (DIPJ 2008 – Ficha 9 – B/02). Houve alienação parcial de 5.967.640 ações em 16/10/07, 30/11/07 e 7/12/07, cujo custo de aquisição era de R\$5.967.640,45, e o valor de alienação era de R\$104.521.147,81, resultando em ganho de capital, totalmente tributado, de R\$98.586.507,81 (DIPJ 2008, Ficha 6, B/54). Em 11/12/07, houve a devolução das ações bloqueadas – 8.800.000 ações – cujo custo de aquisição era de R\$8.790.000,00 - avaliação para devolução. Nesse mesmo dia, a cotação da bolsa das ações não bloqueadas foi de R\$23,43, e o lançamento foi feito com a cotação de R\$23,48. Em 22/6/08, deu-se o termo final do *lock-up* quando a cotação foi de R\$18,18.

Inicialmente, mister apontar que a recorrente, após a publicação da Solução de Consulta COSIT nº 10/1997, revisitou sua apuração – dentro do próprio ano-calendário de 2007 – e reconheceu o ganho de capital auferido na permuta entre ações e títulos patrimoniais. Houve sim cobrança de IRPJ e CSLL em relação à parcela de ganho de capital não reconhecida pela recorrente e, após ser considerado o lançamento procedente pela turma julgadora de primeira instância, a parcela remanescente foi objeto de parcelamento. Logo, frise-se que todo o ganho de capital obtido em virtude do processo de desmutualização da BM&F e BOVESPA foi reconhecido e levado à tributação pela recorrente.

Em preliminar, a recorrente alega a nulidade do lançamento em razão de precariedade do fundamento legal da suposta distribuição disfarçada de lucro. Houve erro na

capitulação legal e na motivação, uma vez que, no Auto de Infração, o fundamento para o lançamento é o artigo 464, VI, e o artigo 467, I, do RIR/99, todavia, a aplicação do artigo 464, IV, é incompatível com o artigo 467, I.

Aqui transcrevemos os referidos artigos para maior clareza:

“Artigo 464. Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica:

(...)

VI – realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no outro mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros.”

“Art. 467. Para efeito de determinar o lucro real da pessoa jurídica:

I – nos casos dos incisos I e IV do artigo 464, a diferença entre o valor de mercado e o de alienação será adicionado ao lucro líquido do período de apuração;”

Alegou a recorrente que o conseqüente da premissa de que trata o artigo 464, VI, não é o inciso I, como indicado pela autoridade lançadora. Mormente, a norma não se subsumiu aos fatos, tendo em vista que não houve alienação, ou venda, ou qualquer outro negócio entre a pessoa jurídica e o seu sócio. Esse tipo de nulidade gera cerceamento de defesa que resulta no cancelamento do Auto de Infração.

Essa não vinculação é reconhecida pela DRJ, conforme a seguinte transcrição:

(...)

“130 – No caso sob análise, não há que se falar em nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa, apesar da deficiência no enquadramento, o Interessado demonstrou compreender o motivo da autuação.”

Como trouxe a recorrente, há julgados desse colegiado tem entendimento nesse sentido, a saber:

Acórdão 302-33883, assim ementado:

“ Nulidade – Considera-se nulo o Auto de Infração que não especifique, de forma clara e incontroversa, a disposição legal infringida.”

Acórdão 106-148090 –

“ PAF. Nulidade de Lançamento – A falta de indicação no auto de infração da disposição legal infringida e das justificativas das alterações procedidas na declaração de rendimentos apresentada, causa cerceamento de defesa e impede o exame da correção dos valores lançados.”

Todavia, apesar da não vinculação, não há o que se falar em cerceamento de defesa uma vez que a recorrente entendeu o

lançamento tanto que refutou a avaliação proposta pela autoridade fiscal no lançamento. Com base nos artigos 59 e 60 do Decreto nº 70.235/1972, as deficiências na fundamentação podem ser preenchidas pela fundamentação dos fatos, que pode ser vislumbrada pelo entendimento do contribuinte das infrações que lhe foram imputadas baseadas em sua defesa. Nesse sentido, temos o seguinte julgado:

“ENQUADRAMENTO LEGAL – NULIDADE – INOCORRÊNCIA - Ainda que existente erro no enquadramento legal do Auto de Infração não seria o bastante, por si só, para acarretar a nulidade das exigências, quando a descrição dos fatos, que dele é parte integrante, e os cálculos efetuados pelo fisco para encontrar a matéria tributável permitem ao autuado o conhecimento por inteiro do ilícito que lhe é imputado. (CARF, Ac. 107-09587, rel. Luiz Martins Valero, sessão de 16/12/2008, unânime).

Portanto, não há cerceamento de defesa, sendo rejeitada essa preliminar.

Da distribuição disfarçada de lucros

Consoante Ata de Assembléia Geral Extraordinária datada de 11/12/07, foi deliberado o pagamento de dividendos extraordinários no total de R\$40.000.000,00, sendo R\$22.650.000,00 pagos em caixa, e R\$17.350.000,00 pagos por meio de transferência de propriedade de 4.000.000 ações da BOVESPA e 8.800.000 ações da BM&F. Essas ações correspondem a 65% do total das ações obtidas no processo de desmutualização, as quais somente poderiam ter sua titularidade transferida após 6 meses da realização do IPO.

A autoridade autuante entendeu que houve distribuição disfarçada de lucros em virtude de:

1 – impossibilidade de pagamento de dividendos in natura;

2 – suposta necessidade de utilização do valor de mercado dos bens para fins de cálculo dos dividendos, inclusive aplicando a Resolução CFC nº 1260/2009.

Dos dividendos in natura

O artigo 205, parágrafo 1º, da Lei das S/A dispõe que os dividendos podem ser pagos por cheque nominativo ou mediante crédito em conta-corrente bancária. Nada expressa sobre o pagamento em bens, portanto, não veda essa distribuição uma vez que, em nosso sistema constitucional, tudo é lícito desde que não seja expressamente proibido por lei ou incompatível com o regime jurídico da própria Lei das S/A. Como não está expresso e não é incompatível, é permitido.

Além do mais, como o artigo 7º da mesma lei das S/A admite a integralização de capital em bens, da mesma forma que o acionista pode contribuir em bens, a sociedade pode retribuir ou remunerar essa contribuição em bens também.

Esse entendimento é conjugado pela doutrina, como a apresentada pela recorrente em parecer entregue em maio de 2013.

Ainda, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) também reconhece a legalidade, conforme Parecer de Superintendência Jurídica – Parecer CVM/SJU nº 1/1987, *verbis*:

Nestas condições, caso se entenda possível, isto é, não vedado implícita ou explicitamente pela lei, o pagamento de dividendo em bens, não há porque negar à assembleia de acionistas plenos poderes para decidir a respeito, eis que ela 'tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao órgão da companhia a tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento' (art. 121, Lei nº 6404/76).

A decisão assemblar, no entanto, exista ou não previsão estatutária, deverá ser precisa e minuciosa quanto aos bens e critérios de avaliação e distribuição dos mesmos aos acionistas, de modo a assegurar-lhes tratamento igualitário e evitar o arbítrio dos administradores e/ou acionista controlador.

A precisão e minúcia da deliberação assemblar é imprescindível à defesa dos direitos dos interessados, garantindo-lhes as indispensáveis informações para avaliar a legitimidade da mesma, em face dos princípios próprios do direito societário (...)

Nestas condições concluo ser legítima (...), bem como a distribuição in natura de dividendos suplementares que a assembleia com base vier a deliberar, desde que, expressa e legitimamente fundamentada, estabeleça ademais, com precisão e minúcia os critérios de avaliação dos bens e de distribuição dos mesmos, assegurando tratamento igualitário aos acionistas.

Portanto, é clara a permissão para o pagamento de dividendos in natura quando deliberado pela assembleia dos acionistas, respeitando que seja pago a todos os acionistas e com base na mesma avaliação (Princípio da Igualdade).

Vimos que o pagamento de dividendos in natura está em consonância com nosso sistema jurídico; não é vedado, ao contrário acatado pela própria CVM.

Assim, não assiste razão nesse quesito à autoridade fiscal.

Necessidade de utilização do valor de mercado dos bens para fins de cálculo dos dividendos, inclusive aplicando a Resolução CFC nº 1260/2009.

Em relação à avaliação dos bens que serão entregues como pagamento dos dividendos, entendemos que se aplica o mesmo critério de avaliação dos bens utilizados para contribuição do capital social, consoante artigo 8º da Lei das S/A. Ainda, no reembolso de ações, consoante artigo 45, parágrafo 1º da Lei das S/A alterado pela Lei nº 9457/1997, o valor devido aos acionistas é o valor correspondente ao patrimônio líquido conforme apurado no último balanço aprovado em assembleia geral. Citando a CVM, o pagamento de dividendos in natura é possível desde que deliberado, decidido pelos acionistas, quem tem plenos poderes para tanto.

Quanto à avaliação dos bens a serem utilizados para pagamento de dividendos, também não há óbice à que seja realizada com base em valor contábil desde que atestado por perito, da mesma forma que a contribuição para formação do capital, que era a

indicação de avaliação à época. Essa confirmação do valor do bem, através de avaliação, deve ser feita a fim de assegurar a realidade e a efetividade do capital social.

A turma julgadora de primeira instância entendeu que a avaliação deveria ser pelo valor justo nos termos da Resolução CFC (Conselho Federal de Contabilidade) nº 1260/2009, a qual aprova o “ITG 07 – Distribuição de lucros in natura”. Ocorre que os fatos aqui sob comento ocorreram no ano-calendário de 2007 e a referida Resolução foi publicada em 2009 e, nos termos do seu artigo 2º, entrou em vigor em 1º de janeiro de 2010 – portanto, após o acontecimento dos fatos. O aspecto temporal aqui é crucial para comprovar que à época da ocorrência dos fatos, não havia qualquer regra que obrigava a recorrente a avaliar por determinado método, portanto, não cabe a alegação trazida pela referida turma julgadora. Está suportado pela sistemática proposta pela Lei das S/A o procedimento da recorrente em avaliar o bem por valor contábil.

Voltando à questão da distribuição disfarçada de lucros, temos que as regras estão dispostas no artigo 464 do RIR/99. Com base no inciso I, teríamos a distribuição disfarçada de lucros tendo em vista que houve alienação de bem, por valor notoriamente inferior ao de mercado, à pessoa ligada; ou com base no inciso VI, teríamos a realização de negócios com pessoa ligada em condições de favorecimento.

Inicialmente, ressaltamos que a distribuição de dividendos não é alienação de bem, mas retribuição aos acionais pelo capital social contribuído, ou remuneração em função da participação no capital social. Não há como atribuir ao pagamento de dividendos, mesmo em caixa, o conceito de alienação.

Quanto à configuração de negócio, também não há o que se falar, não temos comércio ou compra e venda, mas distribuição de lucros em virtude de participação no capital social.

Portanto, concluímos que não é possível verificarmos a alegada distribuição disfarçada de lucros. Portanto, merece revisão o entendimento da autoridade lançadora.

Verificamos também que tanto num como noutro caso, teríamos que observar o que se denomina como valor de mercado. O §4º, do artigo 465, do RIR/99, dispõe que valor de mercado é a importância em dinheiro que o vendedor pode obter mediante negociação do bem no mercado. Ora, como relatamos, as ações estavam bloqueadas à época da distribuição, não havia mercado para a quotação dessas ações e, como antes aludido, o valor contábil era forma de avaliação de bens para contribuição de capital, bem como se configura como valor de mercado à época por não ter quotação. Além do mais, não há suporte para a utilização da quotação que foi utilizada no lançamento.

No artigo 464, IV, do RIR/99, o conseqüente pressupõe a adição de despesas. No caso aqui em comento, não houve registro de despesas em contas de resultado, portanto, não é cabível sua aplicação tendo em vista que a norma não se aplica aos fatos. Também o artigo 464, I, trata de alienação de bens, a distribuição de dividendos não é alienação de bens, mas retribuição aos sócios pelo capital investido, e a alienação pressupõe uma relação jurídica com terceiros, não, com os acionistas, novamente, não é possível vincular os fatos ao artigo que referendou o lançamento ou a decisão da turma julgadora de 1ª instância.

Além do mais, mesmo que admitida a distribuição de dividendos com o alienação, não há valor de mercado para que se classifique a ocorrência com valor

notoriamente inferior ao de mercado. O valor que a autoridade lançadora utilizou para valorizar as ações pelo valor médio, é desconhecido pela contribuinte, não foi explicado.

Esse colegiado já confirmou o entendimento que o valor contábil pode ser utilizado para devolução do capital se assim decidido pela pessoa jurídica, Acórdão nº 10194008 do Processo 10680013454200181, cuja ementa aqui reproduzimos:

“I. R. P. J. - GANHO DE CAPITAL - Nos termos do art. 22 e seus §§, da Lei nº 9.249, de 1995, inexistente ganho de capital a ser tributado na devolução de participação no capital social com a dação em pagamento, quando o bem é transferido pelo valor contábil, assim entendido o que estiver registrado na escrituração, mesmo que este seja notoriamente inferior ao valor de mercado.

I. R. P. J. - CUSTO CONTÁBIL. - O custo contábil de um bem para efeito de devolução do capital decorre da opção efetuada pela pessoa jurídica que estiver devolvendo o capital, e se materializa pelo valor adotado no procedimento contábil da baixa, não sendo influenciado pelo valor que o acionista titular da participação extinta vier a adotar, devendo este atentar para o valor que o alienante registrar e não o inverso.

I. R. P. J. - VALOR CONTÁBIL DOS BENS E VALOR CONTÁBIL DA PARTICIPAÇÃO NÃO SE CONFUNDEM. - Em face do estabelecido no art. 22, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.249, de 1995, o valor contábil dos bens e o valor contábil da participação são inconfundíveis, pois no § 1º se menciona "valor contábil dos bens ou direitos entregues", e no § 2º, se refere a "valor contábil da participação". LANÇAMENTO REFLEXO - Devido à relação de causa e efeito que o vincula ao lançamento principal, as mesmas razões utilizadas para excluir aquele aplicam-se por decorrência ao lançamento reflexo. Recurso conhecido e provido.”

Ainda, não podemos esquecer que as ações não eram passíveis de transferência; pela cláusula de *lock-up*, não havia disponibilidade jurídica aos sócios, tanto é que o livro de transferência de ações observa o prazo do *lock-up* para fazer a transferência de ações aos acionistas. Em relação ao tratamento a ser dado a contratos especiais sem a faculdade de livre negociação, esse colegiado já decidiu consoante Acórdão nº 108-09371, Processo nº 18471002754200293, assim ementado:

“RECURSO EX OFFICIO - IRPJ E CSL - PERDA DE CAPITAL NA INCORPORAÇÃO - CONTRATO ESPECIAL - AVALIAÇÃO A PREÇOS DE MERCADO - IMPOSSIBILIDADE - Quando o contribuinte possui um contrato especial, mas não pode negociar livremente tal direito com terceiros não há como lhe atribuir valor a preços de mercado.

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE - REDUÇÕES INDEVIDAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO - POSSIBILIDADE - Na incorporação de sociedade com extinção de ações ou quotas de capital, o ágio apurado anteriormente com base em rentabilidade futura pode ser amortizado, se o acervo líquido houver sido avaliado a preços de mercado. Precedentes jurisprudenciais (Acórdão 107-05875). Recurso de ofício negado.”

Vale também trazer para reforçar a conclusão que, quando comparado à redução de capital ou devolução de ações, o pagamento de dividendos in natura tem o mesmo resultado contábil, sendo assim, poder-se-ia aplicar o mesmo entendimento já manifestado por esse colegiado:

“DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. INOCORRÊNCIA NAS REDUÇÕES DE CAPITAL MEDIANTE ENTREGA DE BENS OU, PELO VALOR PATRIMONIAL. A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI n 9249/1995 – Constitui propósito negocial legítimo, o encadeamento de operações societárias visando a redução das incidências tributárias, desde que efetivamente realizadas antes da ocorrência do fato gerador, bem como não visem gerar economia de tributos mediante criação de despesas ou custos artificiais ou fictícios. A partir da vigência do artigo 22 da Lei nº 9249/1995, a redução de capital mediante entrega de bens ou direitos, pelo valor patrimonial, não mais constituiu hipótese de distribuição disfarçada de lucros, por expressa determinação legal.”

Consoante o referido artigo 22, *in verbis*:

“Art. 22. Os bens e direitos do ativo da pessoa jurídica, que forem entregues ao titular ou a sócio ou acionista, a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado.”

O valor contábil é aceito para devolução dos bens e, a distribuição de dividendos ou a devolução têm os mesmos lançamentos contábeis.

Com base no acima exposto, a Relatora deu provimento ao Recurso Voluntário, cancelando o lançamento quanto à distribuição disfarçada de lucros, bem como em relação aos lançamentos das multas isoladas decorrentes desse ajuste.

Em relação à CSLL, devido à relação de causa e efeito que a vincula ao lançamento principal, aplicam-se as mesmas razões utilizadas para desconsiderar o lançamento do IRPJ.

A recorrente argumentou não caber juros de mora à taxa SELIC sobre o crédito tributário em sua totalidade, o que levou a relatora a conhecer da matéria juros de mora sobre a multa de ofício.

Caso prevaleça a tese da aplicação da DDL, os juros de mora sobre o valor do principal ocorrem à taxa SELIC, matéria sumulada pela jurisprudência do CARF (enunciado nº 4). Não devem incidir os juros de mora sobre a multa de ofício. Há juros de mora somente sobre os débitos de que trata o caput do artigo 61, conforme o § 3º da Lei nº 9.430/96, isto é, só se aplicam os juros sobre os tributos e contribuições e, não, sobre as penalidades aplicadas aos tributos e contribuições.

Esse também foi o entendimento desse colegiado, cuja ementa do Acórdão assim dispõe sobre os juros sobre multa de ofício:

“Processo nº 19515.003663/2005-27

Acórdão 101-96523

Sessão de 23/01/2008

INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO - INAPLICABILIDADE - Não incidem os juros com base na taxa Selic sobre a multa de ofício, vez que o artigo 61 da Lei n.º 9.430/96 apenas impõe sua incidência sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições. Igualmente não incidem os juros previstos no artigo 161 do CTN sobre a multa de ofício. RO Negado. RV Provido em Parte.”

Caso prevaleça a tese da aplicação da DDL, a ATIVA requer que seja compensado o valor de IRPF, pago pelos acionistas, sobre o lucro obtido na venda das ações, com o que concordou a Relatora.

INCIDÊNCIA DA MULTA ISOLADA

Quanto à multa isolada aplicada sobre as antecipações dos tributos federais em bases estimadas, tem razão a recorrente. Esse colegiado tem diversos julgados que suportam esse entendimento, a saber:

Acórdão 1301-001.148

Assunto: MULTA ISOLADA-FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE PAGAMENTO DAS ESTIMATIVAS - Não pode subsistir a multa de ofício por falta de recolhimento das estimativas mensais lançada após o encerramento do ano-calendário de 2000.

Acórdão 9101-00520

Ementa: Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL Ano-calendário: 1999, 2000, 2001 CSLL. MULTA ISOLADA. Encerrado o período de apuração do tributo, a exigência de recolhimentos por estimativa deixa de ter eficácia, uma vez que prevalece a exigência do tributo efetivamente devido apurado com base no lucro real e, dessa forma, não comporta a exigência da multa isolada pela ausência de base impositiva, sobretudo quando apurado prejuízo fiscal e base negativa do tributo.

Acórdão da CSRF/01-05.875

Ementa: MULTA ISOLADA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA - O artigo 44 da Lei nº 9.430/96 preceitua que a multa de ofício deve ser calculada sobre a totalidade ou diferença de tributo, materialidade que não se confunde com o valor calculado sob base estimada ao longo do ano. O tributo devido pelo contribuinte surge quando é o lucro apurado em 31 de dezembro de cada ano. Improcede a aplicação de penalidade pelo não-recolhimento de estimativa quando a fiscalização apura, após o encerramento do exercício, valor de estimativas superior ao imposto apurado em sua escrita fiscal ao final do exercício.

APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA NA ESTIMATIVA - Incabível a aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas no curso do período de apuração e de ofício pela

falta de pagamento de tributo apurado no balanço. A infração relativa ao não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória do ato de reduzir o imposto no final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira conduta é meio de execução da segunda. O bem jurídico mais importante é sem dúvida a efetivação da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do fluxo de caixa do governo, representada pelo dever de antecipar essa mesma arrecadação. Recurso especial negado.

Portanto, não se deve aplicar a multa isolada, quando aplicada multa de ofício.

Foi como votou a Relatora.

(documento assinado digitalmente)

Plínio Rodrigues Lima.

Voto Vencedor

Conselheiro Plínio Rodrigues Lima, redator designado

Trata-se de divergência do entendimento da I. Relatora quanto ao cancelamento dos lançamentos referentes à distribuição disfarçada de lucros (DDL).

Inicialmente, cabe transcrever a decisão em primeira instância sobre essa questão:

(...)

VALOR DAS AÇÕES DISTRIBUÍDAS COMO DIVIDENDO

160. A mensuração do dividendo a ser pago deve considerar o valor justo, e não o valor contábil, conforme o item 11 do ITG 07 – Distribuição de Lucros in natura, aprovado pela Resolução CFC nº 1.260/09, in verbis:

“Mensuração do dividendo a ser pago

11. A entidade deve mensurar um passivo relacionado à obrigação de distribuir ativos “não caixa” como dividendo aos seus beneficiários pelo valor justo dos ativos a serem distribuídos”.

161. O conceito do valor justo encontra-se no item 48A da NBC TG-38, aprovada pela Resolução CFC nº 1.196/09, abaixo transcrito:

“48A. A melhor evidência de valor justo é a existência de preços cotados em mercado ativo. Se o mercado para um instrumento financeiro não estiver ativo, a entidade estabelece o valor justo usando uma técnica de avaliação. O objetivo de usar uma técnica de avaliação é estabelecer qual teria sido o preço da transação na data de mensuração em uma troca entre partes não relacionadas, sem favorecidos motivada por considerações comerciais normais”. (Grifamos).

162. Portanto, foi correto o critério utilizado pela fiscalização, qual seja, o de mensurar os dividendos distribuídos in natura, pelo seu valor de mercado.

NATUREZA DA DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS

163. Baseado em julgado do STJ, segundo o qual não constitui alienação a integralização de capital por meio de transferência de imóvel, argumenta o Interessado que a devolução de capital em bens também não tem aquela natureza e que, pela semelhança entre as operações, a mesma conclusão aplicar-se-ia à distribuição de dividendos. Além disso, aduz que, para a legislação fiscal, o vocábulo "alienação" está intimamente ligado à realização de atos de comércio, e, obviamente, na relação entre sociedade e sócios consistente na distribuição de dividendos não há qualquer ato de comércio.

164. Quanto ao primeiro argumento, deve-se considerar que o capital representa recursos investidos pelos sócios, enquanto os dividendos, ou lucros distribuídos, decorrem das atividades sociais. Logo, como origens do capital e dos dividendos são substancialmente diversas, não se pode aceitar a analogia proposta pelo Interessado.

165. Também não tem qualquer fundamento a alegação de que, para aplicação do art. 464, I, do RIR/99, seria necessária a realização de atos de comércio. Se, por exemplo, certa pessoa jurídica vender um imóvel, por valor notoriamente inferior ao de mercado, a um de seus sócios, caracteriza-se a distribuição disfarçada de lucros, embora o negócio não seja um ato de comércio.

166. Cabe ainda acrescentar que, na seção anterior, “Valor das ações distribuídas como dividendo”, ficou demonstrado que, na distribuição de dividendos in natura, os bens devem ser avaliados a mercado. Como no caso sob análise a avaliação foi feita pelo valor contábil, a parte da transferência que corresponde à diferença entre os valores de mercado e contábil, deve ser tributada com distribuição disfarçada de lucros, pois representa uma alienação, por valor notoriamente inferior ao de mercado, de bens a pessoas ligadas.

CONCLUSÃO PARCIAL 2 – SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS - DDL

167. O Interessado alienou, por valor notoriamente inferior ao de mercado, bens do seu ativo a pessoas ligadas. Conforme demonstrado na fl. 221, os acionistas receberam, por R\$

17.688.451,94, ações que valiam R\$ 350.944.000,00. Portanto, está correta a tributação da diferença como DDL:

$R\$ 333.255.548,06 = R\$ 350.944.000,00 - R\$ 17.688.451,94$

(...)

Conforme o Termo de Verificação Fiscal (Fls. 221 a 222) a que se referiu a decisão em primeira instância, transcrevem-se os seguintes fundamentos:

(...)

Quanto às ações que não foram vendidas, há tributação no momento de seu recebimento (devolução de capital de entidade isenta); chegado o momento da redução de capital, cumpre distinguir: se as ações forem transferidas aos sócios pelo mesmo valor pelo qual foram recebidas; por valor notoriamente inferior ao de mercado, ou seja, em situação mais favorável do que a que seria praticada com terceiros, caracteriza-se com uma distribuição disfarçada de lucros, há que se tributar à diferença. Conforme demonstrativo a seguir:

3ª Hipótese de Incidência - Distribuição Disfarçada de Lucros (em 11/12/2007)

Saldo na conta ações BOVESPA HOLDING em 11/12/2007: 4.000.000 ações, no valor total de R\$ 8.888.451,94 (custo unit. R\$2.222112984)

Preço médio da Ação Bovespa Holding em 11/12/2007 - R\$ 36,08

*Valor das ações distribuídas aos acionistas - $4.000.000 \times 36,08$
= R\$ 144.320.000,00*

D.D.L. Tributável na distribuição das ações aos Acionistas - R\$ 135.431.548,06

3ª Hipótese de Incidência - Distribuição Disfarçada de Lucros (em 11/12/2007).

Saldo na conta ações BM&F em 11/12/2007:

8.800.000 ações, no valor total de R\$ 8.800.000,00 (custo unit R\$ 1,00)

Preço médio da Ação BM&F S.A. em 11/12/2007 - R\$ 23,48

*Valor das ações distribuídas aos acionistas - $8.800.000 \times 23,48$
= R\$ 206.624.000,00*

D.D.L. Tributável na distribuição das ações aos Acionistas - R\$ 197.824.000,00

**TOTAL da D.D.L. a ser adicionada ao Lucro Real em 2007 -
R\$ 333.255.548,00**

(...)

Por sua vez, argumenta a Recorrente em sede de Recurso Voluntário, *verbis*:

(...)

(iii) A não caracterização da DDL

Como visto, após o processo de desmutualização, com a permuta dos títulos patrimoniais por ações das Bolsas, a Recorrente efetuou alienação de parte de suas ações durante o IPO das Bolsas, conforme previsão do Acordo de Restrição à Negociação das Ações.

Diante do acúmulo dos lucros decorrentes da venda de parte das ações recebidas após o processo de desmutualização, a Recorrente deliberou em sua AGE do dia 11.12.2007 o pagamento de dividendos aos seus acionistas no valor de R\$40.000.000,00.

Os dividendos eram compostos dos seguintes valores: R\$22.650.000,00, a serem pagos em moeda corrente, e R\$17.350.000,00, a serem pagos por meio de transferência de propriedade das 4.000.000 ações da BOVESPA Holding S.A. e 8.800.000 ações da BM&F S.A.

Diante da dupla natureza dos seus dividendos (moeda corrente e ações), a D. Fiscalização entendeu que houve a prática de DDL, sustentando esse entendimento com base em duas premissas, são elas: (i) impossibilidade de pagamento de dividendos por meio de ações, os chamados dividendos in natura; e (ii) necessidade de transferência da titularidade das ações pelo valor de mercado e não pelo valor contábil.

Por essa razão foram estimados os supostos valores que teriam sido auferidos pela Recorrente caso as ações tivessem sido vendidas pelo seu valor de mercado para terceiros independentes. Tendo sido esse montante adicionado à base de cálculo do IRPJ e da CSLL e cobrados os tributos supostamente não pagos pela Recorrente.

(a) A inaplicabilidade das normas de DDL ao pagamento de dividendos com bens

Primeiramente cumpre demonstrar que as normas de DDL não são aplicáveis ao caso concreto, na medida em que o pagamento de dividendos pelo valor contábil não se enquadra em nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 464 do RIR/99. Confirma-se:

"Art. 464. Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, inciso II):

I - aliena, por valor notoriamente inferior ao de mercado, bem do seu ativo a pessoa ligada;

II - adquire, por valor notoriamente superior ao de mercado, bem de pessoa ligada;

III - perde, em decorrência do não exercício de direito à aquisição de bem e em benefício de pessoa ligada, sinal, depósito em garantia ou importância paga para obter opção de aquisição;

IV - transfere a pessoa ligada, sem pagamento ou por valor inferior ao de mercado, direito de preferência à subscrição de valores mobiliários de emissão de companhia;

V - paga a pessoa ligada aluguéis, royalties ou assistência técnica em montante que excede notoriamente ao valor de mercado;

VI - realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros." (não grifado no original).

Na oportunidade, cabe lembrar que a r. decisão recorrida esclarece que o auto de infração ora combatido pela Recorrente "trata da infração prevista no art. 464, I", qual seja alienar "por valor notoriamente inferior ao de mercado, bem do seu ativo a pessoa ligada".

*O aspecto central desse dispositivo é a ênfase dada à realização de um **negócio que envolva a alienação**, por valor notoriamente inferior ao de mercado, de determinado bem do ativo.*

Ocorre que o pagamento de dividendos não pode ser caracterizado como um negócio que envolve uma alienação, razão pela qual não podem ser aplicadas as normas de DDL ao caso concreto, sob pena erro de tipo, que significa imputar um tipo penal sobre uma ação não tipificada, o que violaria completamente os preceitos da norma.

Nesse sentido, a Recorrente esclarece que o negócio que envolve a alienação ocorre quando "o proprietário, por vontade própria, transfere a coisa ou direito a outrem por compra e venda, doação, dação em pagamento, permuta, etc", também pode ser definida como "um modo de perda de um direito por sujeito e de aquisição derivada para outro" ou mesmo como uma perda que "se funda no negócio jurídico, na declaração de vontade geradora de direito a obrigações, e tanto pode ser a título oneroso, como gratuita".

Pelo entendimento doutrinário sobre o tema, resta óbvio que o negócio que envolve a alienação é decorrente de um acordo entre partes, mais precisamente um negócio jurídico e que posteriormente a sua celebração, há a transferência de titularidade de um bem ou direito. Ou seja, há flagrante ato de comércio, o que não ocorre no caso de pagamento de dividendos, por terem origem estes últimos em um vínculo societário existente entre a sociedade e os seus acionistas.

Tanto isso é verdade que o dividendo é considerado um "benefício líquido pagável periodicamente sobre cada ação" ou mesmo "a parcela do lucro relativa a cada ação". Logo, não há

que se falar em ato de comércio no pagamento de dividendos, sendo eles uma decorrência das atividades da empresa, como que uma recompensa pelo investimento feito pelo acionista na atividade empresarial.

187. Dessa forma, ao contrastar os dois institutos, resta nítido que **o negócio que envolve a alienação de bens e o pagamento de dividendos por meio de bens** não se confundem, bem como um não pode ser considerado espécie (dividendos) de um gênero (alienação). Como não poderia deixar de ser, a melhor doutrina nacional também entende dessa forma, confira-se a lição do Professor Arnoldo Wald

"Na realidade, existe, por parte da sociedade, num primeiro momento, a obrigação de decidir a respeito da distribuição do dividendo fixado, na forma estabelecida pela Assembléia Geral. O primeiro é o chamado direito expectativo, é o direito ao dividendo; e o segundo o direito de recebê-lo, como bem pondera Luiz Gastão de Barros Leães. Dentro da terminologia de Pontes de Miranda, o primeiro seria o direito expectativo que cria, para seu titular, uma habilitação para adquirir o direito expectado ou definitivo"

O Professor Arnoldo Wald vai além ao afirmar que:

"em nenhum momento surge uma obrigação de pagamento em dinheiro para ser substituída, posteriormente, pela vontade das partes, por outra de pagar em bens, o que caracterizaria a dação em pagamento (art. 995 do CC [1916]). O direito expectado é abstrato e o direito de recebimento do dividendo já surge definido quanto ao seu objeto, que pode consistir em dinheiro, em bens ou em bens e dinheiro. Não se tratando de substituição de bens por dinheiro, embora estes tenham sido avaliados em moeda corrente - o que é diferente - não se trata, salvo melhor juízo, de dação em pagamento, na qual é necessário o consentimento do credor, mas de exercício pela Assembléia Geral de poder discricionário que a lei lhe atribui".

A jurisprudência também entende que não constitui um **negócio que envolva a alienação** os casos em que há conferência de bens para aumento do capital social pelos sócios, in verbis:

"TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - LUCRO IMOBILIÁRIO - DL 1.641/79 - TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEL - PARA INTEGRALIZAR COTA EM SOCIEDADE LIMITADA - FATO GERADOR NÃO OCORRÊNCIA. - A transferência de imóvel, para integralizar cota em sociedade limitada não é fato gerador de imposto de renda sobre lucro imobiliário. Em rigor, tal transferência não constitui alienação. O suposto alienante, simplesmente o transformou em fração ideal de um condomínio de capitais personalizado (a sociedade). Bem por isso, o Art; 1º do DL 1.641/78 não inseriu tal negócio entre aqueles geradores de rendimento tributável."

No mesmo sentido, a distribuição de dividendos in natura, assim como a integralização de capital social com bens e a distribuição do acervo líquido na dissolução da sociedade, não representa um ato de comércio e, por isso, não pode ser classificada como um **negócio que envolva a alienação**.

Logo, como a distribuição de dividendos não pode ser caracterizada como um negócio que envolva a alienação, não é aplicável a regra de DDL constante do inciso I do artigo 464 do RIR/99, uma vez que no caso concreto não há um negócio que

envolva a alienação das ações aos acionistas da empresa de forma favorecida e sim o pagamento de dividendos in natura.

Afinal, é completamente contraditório e descabido considerar que o dispositivo legal que pretende impedir a distribuição disfarçada de lucros acabe por atacar uma distribuição efetiva de lucros, que preencheu todos os requisitos previstos em lei.

Assim, resta demonstrado que os dispositivos legais que prevêm a DDL não são aplicáveis ao caso concreto, notadamente o inciso I do artigo 464 do RIR/99, uma vez que pagamento de dividendos não pode ser confundido com um negócio que envolva a alienação de bens.

Por essa razão, a Recorrente requer desde já que a caracterização da DDL seja rejeitada de plano por Vossas Senhorias, uma vez que não ocorreu qualquer dos eventos previstos no artigo 464 do RIR/99.

(b) A autorização da legislação societária para o pagamento de dividendos mediante a entrega de bens

A regra geral para as sociedades por ações é que a companhia somente pode pagar dividendos à conta de lucro líquido do exercício, de lucros acumulados e de reserva de lucros (artigo 201 da Lei nº 6.404, de 15.12.1976 - "Lei nº 6.404/76"), com base em balanço levantado.

A forma de pagamento dos dividendos vem regulada no § 1º do artigo 205 da Lei nº 6.404/76, estabelecendo que "os dividendos poderão ser pagos por cheque nominativo remetido por via postal para o endereço comunicado pelo acionista à companhia, ou mediante crédito em conta-corrente bancária aberta em nome do acionista".

Percebe-se, portanto, que pelo emprego da palavra "poderão", se trata de uma faculdade da companhia utilizar um dos meios descritos no § 1º do artigo 205 da Lei nº 6.404/76 para fazer o pagamento de dividendos a seus acionistas, mas não uma obrigação ou dever. Trata-se de uma norma autorizativa, e não exaustiva, que visa facilitar o trabalho da companhia quando do pagamento de dividendos a seus acionistas.

De modo consentâneo com a interpretação acima, a Exposição de Motivos da Lei nº 6.404/76, quando trata da matéria, indica que "o art. 206 contém algumas normas sobre o pagamento de dividendos, visando à redução de custos para a companhia e proteger o interesse dos acionistas mediante a fixação de prazo para o pagamento do dividendo declarado".

Assim, a Lei nº 6.404/76 também é silente com relação à matéria em discussão. Dessa forma, o máximo que se pode afirmar é que o acionista tem uma expectativa de receber os dividendos a que faz jus em moeda nacional devido aos usos e costumes adotados no Brasil, uma vez que o lucro da sociedade é expresso em moeda.

Ou seja, na Lei nº 6.404/76, que regulamenta a matéria, não há qualquer vedação à distribuição de dividendos in natura pelas empresas, pelo contrário a própria justificativa da norma demonstra que a previsão de pagamento de dividendos do artigo 206 é meramente exemplificativa.

Vale ressaltar que a melhor doutrina entende que é perfeitamente cabível o pagamento de dividendos sem ser por meio de moeda corrente, ou seja, com a transferência de bens para os sócios, confira-se:

"Não é usual o pagamento de dividendos em bens do ativo, embora nada obste que tal ocorra."

"O DIREITO BRASILEIRO - Passando ao exame de nosso direito, cabe referir que, no domínio do revogado Decreto-lei nº 2.627/40, alguns comentaristas (cf. Cunha Peixoto, 1972-1973), v. 4, p. 209) entendiam que o rendimento só poderia ser pago em moeda.

O mesmo ocorre em relação à Lei vigente (nº 6.404/76) sob o argumento básico de que o capital da companhia, sendo sempre representado em dinheiro (mesmo que para a sua formação participem outros bens), os dividendos, como seus "frutos civis" deveriam ser pagos na mesma espécie (dinheiro).

Esse ponto de vista, e o argumento que lhe serve de apoio, não nos parecem da menor procedência: o fato de o capital social ser sempre expresso em moeda nacional, embora possa ser formado em qualquer espécie de bens (arts. 5º e 7º da Lei) é de todo equivalente ao dividendo, também sempre expresso em moeda (até para satisfazer requisitos da legislação do imposto de renda) embora venha a ser distribuído "in natura". Trata-se, apenas, de problema de avaliação e/ou conversão em moeda. (...)

Deles não divergimos, em princípio, porque a lei não impede o pagamento de dividendos em bens. Existem, todavia, ressalvas a fazer, especialmente quanto aos dividendos prioritários, e aos dividendos obrigatórios. (...)

Em resumo, não vemos na lei vigente (como não víamos na anterior) nenhuma impossibilidade de a sociedade deliberar a entrega a seus acionistas (ao invés de vendê-los para ratear o dinheiro) de bens de seu ativo, de que deve ou pretenda desfazer-se, desde que fora e além do dividendo preferencial e do obrigatório: não se cogita, no caso, repetimos, de quitar uma obrigação, mas, sim, de um "plus", que a sociedade pode, ou não, distribuir, e, se o fizer, está livre para deliberar seu pagamento em dinheiro, ou em bens."

"Em nota publicada sobre a mesma questão de direito objeto da presente consulta (Novos ensaios e pareceres de direito empresarial, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 165 e s.), sustentei, em síntese, a legalidade do pagamento de dividendo in natura no vigente direito brasileiro das sociedades por ações. Aduzi a conveniência, por razões de cautela jurídica, de uma deliberação da assembléia geral a respeito, na hipótese de o estatuto social ser omissivo nessa matéria, o que quase sempre acontece.

Não há ilicitude alguma, em princípio, no pagamento dos dividendos in natura. A fortiori, é perfeitamente lícito a uma companhia aberta pagar, sob forma de transferência a seus acionistas de ações de uma subsidiária integral, um dividendo extraordinário, complementar ao

pagamento em dinheiro do mínimo obrigatório e do dividendo preferencial fixado em seu estatuto.

Não há obrigatoriedade legal da prévia existência de disposição estatutária, autorizando a prática do ato acima referido. A licitude do pagamento de dividendos in natura, por companhia aberta, abrange quaisquer bens como conteúdo desse pagamento."

Pelo entendimento da melhor doutrina, fica claro que o pagamento de dividendos in natura é perfeitamente possível, mesmo que a sua previsão não esteja expressa na lei.

Afinal, diferentemente do direito público, o direito privado é regido pela idéia das normas dispositivas, que apenas regulamentam determinada relação entre particulares, normalmente para impedir alguma conduta ou igualar forças entre as partes. Isto é, em caso de "silêncio" da norma, o particular está autorizado a realizar o ato jurídico, mesmo quando não regulado pela legislação vigente.

Logo, a legislação permite o pagamento de dividendos por meio de "cheque nominativo remetido por via postal para o endereço comunicado pelo acionista à companhia, ou mediante crédito em conta-corrente bancária aberta em nome do acionista", mas, como já visto, em momento algum veda a possibilidade desse pagamento ser por bens ou direitos.

No caso concreto, foi exatamente essa faculdade que foi exercida pela Recorrente, uma vez que diante do lucro auferido e contabilizado, distribuiu dividendos compostos por pagamentos em moeda corrente e em bens, tendo sido essa decisão deliberada em AGE, conforme determina o seu estatuto social.

Logo, não cabe ao Estado, no caso à União Federal, interpretar o artigo 206 da Lei nº 6.404/76 de forma restritiva, lendo onde está escrito "pode" como se estivesse escrito "deve".

Além disso, na ponta inversa da distribuição dos dividendos, ou seja, na formação do capital da sociedade, a Lei nº 6.404/76 expressamente prevê a possibilidade de integralização do capital social em bens (artigo 7º), e o mesmo também deve ser expresso em moeda nacional (artigo 5º).

Dessa forma, se a integralização do capital social foi gatilho para que o sócio possua o direito a receber o lucro decorrente das atividades empresariais, nada impede que ele receba esses lucros com a mesma natureza em que investiu na sociedade.

Cumpre destacar, na oportunidade, que a distribuição de dividendos em bens já foi prática comum no Brasil, tendo sido substituída com a modernização da sociedade pelo pagamento em dinheiro, mas ainda é especificamente regulamentada em outros países.

Portanto, nada impede, se for do interesse da sociedade e de seus acionistas, que o pagamento dos dividendos seja feito em bens, Como já visto há doutrinadores de renome que concordam com essa possibilidade.

Frise-se que, no caso em exame, os acionistas detentores de 100% do capital social da Recorrente concordaram com o pagamento de dividendos, com base em balanço levantado, mediante a transferência de moeda corrente, bem como das ações da BOVESPA Holding S.A. e da BM&F S.A. com base em seu valor de livros, razão pela qual não há qualquer reparo a ser feito sob o ponto de vista societário.

Cumprе ressaltar que a própria r. decisão recorrida não aborda diretamente essa questão, ficando limitada ao argumento de que o valor dos dividendos distribuídos in natura deve ser calculado pelo valor de mercado dos bens distribuídos.

Dessa forma, presume-se que a DRJ/RJ concordou com esse ponto, uma vez que em momento algum os Doutos Julgadores rebateram os argumentos sobre o tema trazidos pela Recorrente em sua impugnação. Logo, a Recorrente requer que Vossas Senhorias também mantenham esse entendimento, indeferindo a caracterização de DDL, com base na suposta impossibilidade de distribuição de dividendos pela transferência de bens aos acionistas da Recorrente.

(c) A possibilidade de pagamento de dividendos in natura pelo valor contábil dos bens

Como visto acima, a Recorrente entregou a seus acionistas pessoas físicas as ações detidas na BOVESPA Holding S.A. e na BM&F S.A., a valor contábil, em função da deliberação do pagamento de dividendos realizada na AGE do dia 11.12.2007.

No entendimento da D. Fiscalização, as ações transferidas pela Recorrente quando da distribuição de dividendos deveriam ter sido avaliadas pelo seu valor de mercado e não pelo seu valor contábil, uma vez que não haveria embasamento legal para tanto.

Apesar da impugnação apresentada pela Recorrente demonstrar que é possível a distribuição de dividendos in natura pelo seu valor contábil, a DRJ/RJ manteve o entendimento do D. Auditor Fiscal Autuante, já que, segundo a DRJ/PJ, a Resolução CFC nº 1.260/09 estabelece que os dividendos a serem pagos in natura devem ser distribuídos pelo seu preço justo, bem como que preço justo é aquele cotado em mercado, conforme definição da Resolução CFC nº 1.196/09.

*Com todas as vênias aos argumentos trazidos pela D. Auditor Fiscal e pela **DRJ/RJ**", a Recorrente entende que ambos não estão aplicando o melhor direito ao caso concreto. Isto porque não havia na legislação em vigor à época dos fatos qualquer dispositivo que impedisse a distribuição de dividendos pelo seu valor contábil, bem como tampouco havia lei ou interpretação contábil que estabelecesse a obrigatoriedade de distribuição de dividendos in natura pelo seu valor de mercado.*

A esse respeito, merece ser esclarecido que a Resolução CFC nº 1.260/09 não pode ser aplicada ao caso concreto, na medida em que ela não existia em 2008, ou seja, no momento da distribuição dos dividendos. Portanto, a orientação constante na Resolução CFC nº 1.260/09, no sentido de que os dividendos in

natura deveriam ser avaliados por valor justo, somente passou a produzir efeitos a partir de dezembro de 2009. Logo, os dispositivos existentes na Resolução CFC nº 1.260/09 não poderiam validamente retroagir para alcançar fatos ocorridos muito antes da sua entrada em vigor.

Por outro lado, a Recorrente entende que deve ser aplicada à distribuição de dividendos in natura a disciplina trazida pelo artigo 22 da Lei nº 9.249/95, que faculta a devolução de bens a valor contábil aos acionistas da sociedade, in verbis:

"Art. 22 Os bens e direitos do ativo da pessoa jurídica, que forem entregues ao titular ou a sócio ou acionista, a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado.

§ 1º No caso de a devolução realizar-se pelo valor de mercado, a diferença entre este e o valor contábil dos bens ou direitos entregues será considerada ganho de capital, que será computado nos resultados da pessoa jurídica tributada com base no lucro real ou na base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido devidos pela pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado.

§ 2º Para o titular, sócio ou acionista, pessoa jurídica, os bens ou direitos recebidos em devolução de sua participação no capital serão registrados pelo valor contábil da participação ou pelo valor de mercado, conforme avaliado pela pessoa jurídica que esteja devolvendo capital.

§ 3º Para o titular, sócio ou acionista, pessoa física, os bens ou direitos recebidos em devolução de sua participação no capital serão informados, na declaração de bens correspondente à declaração de rendimentos do respectivo ano-base, pelo valor contábil ou de mercado, conforme avaliado pela pessoa jurídica.

§ 4º A diferença entre o valor de mercado e o valor constante da declaração de bens, no caso de pessoa física, ou o valor contábil, no caso de pessoa jurídica, não será computada, pelo titular, sócio ou acionista, na base de cálculo do imposto de renda ou da contribuição social sobre o lucro líquido." (não destacado no original).

Verifica-se, portanto, que o artigo 22 da Lei nº 9.249/95 permite que a devolução da participação no capital social seja feita a valor contábil ou a valor de mercado. Dessa forma, cabe demonstrar que o termo "devolução" utilizado no citado dispositivo legal também compreende a hipótese de pagamento de dividendos in natura.

Vejamos que a origem histórico-sistemática desse dispositivo remonta à época anterior à edição da Lei 9.249/95, quando, em função das regras de distribuição disfarçada de lucros, discutia-se se a empresa que estava entregando os bens a seus sócios poderia avaliar tais bens pelo custo contábil. A dúvida girava em torno da empresa que estava entregando os bens ou direitos a seus sócios.

A Lei 9.249/95 veio para encerrar essa discussão, esclarecendo que a pessoa jurídica que entregar o bem ou direito poderá

*optar entre avaliar o referido bem ou direito a valor de mercado ou contábil. Para confirmar esta afirmação, a parte final do § 2º do artigo 22, da Lei 9.249/95 ("**conforme avaliado pela pessoa jurídica que esteja devolvendo capital**") - não destacado no corpo da lei) determina que a pessoa jurídica que está entregando o bem é quem define se o bem será entregue pelo valor de mercado ou contábil.*

Em síntese, após a Lei 9.249/95, a devolução de bens ou direitos pode ser efetuada a valor contábil, ainda que exista um valor de mercado dos bens ou direito previamente conhecido. Isso significa que, mesmo que a devolução seja realizada a valor contábil, não há que se falar em DDL.

O § 3º do artigo 22 da Lei 9.249/95 estabelece que para o titular, sócio ou acionista, pessoa física, os bens ou direitos recebidos em devolução de sua participação no capital social serão informados, na declaração de bens correspondente à declaração de rendimentos do respectivo ano-base, pelo valor contábil ou de mercado, conforme avaliado pela pessoa jurídica.

Se os bens entregues à pessoa física foram avaliados pela empresa que devolveu a participação societária pelos seus respectivos valores contábeis, a pessoa física deverá atribuir aos bens recebidos o custo de aquisição da participação societária extinta em razão da devolução. De outro modo, se os bens forem entregues pelos seus valores de mercado (com a tributação do ganho de capital na sociedade que está entregando esses bens), então a pessoa física poderá registrar como custo de aquisição o valor de mercado dos bens recebidos.

Confirmando esse entendimento, a Instrução Normativa nº 11, de 21.2.1996 ("IN 11/96"), ao regular o disposto na Lei nº 9.249/95, estabeleceu que:

"Art. 61 No caso de participação societária adquirida por valor inferior ao patrimonial, em que a pessoa jurídica que estiver devolvendo capital tenha optado pela avaliação a valor contábil, a pessoa física ou jurídica que estiver recebendo os bens ou direitos deverá proceder da seguinte forma:

I - Se pessoa física, à sua opção:

a) incluir, em sua declaração de bens, os bens ou direitos pelo valor pelo qual houverem sido recebidos, tributando como ganho de capital a diferença entre este e o valor declarado da participação extinta; ou

b) incluir, em sua declaração de bens, os bens e direitos pelo mesmo valor da participação extinta."

Desse modo, de acordo com a interpretação da Lei 9.249/95 e com o disposto no artigo 61 da IN 11/96, resta claro que, em geral, toda vez que existe a devolução de capital com a entrega de bens e direitos avaliados pelo seu valor contábil a uma pessoa física, esta deverá apenas substituir o bem ou direito, mantendo o custo de aquisição existente na sua Declaração do Imposto sobre a Renda. Ou seja, essa operação tem um caráter meramente permutativo, sem a implicação de qualquer ganho de capital tributável na pessoa física.

Assim, não há dúvida de que a pessoa jurídica pode devolver o capital social a valor contábil, sem apurar qualquer ganho de capital na operação, uma vez que esse ganho será tributado na eventual posterior venda a ser feita pela pessoa física.

Vale ressaltar que a disciplina trazida pelo artigo 22 da Lei nº 9.249/95 não pode ser aplicada de forma restritiva, limitando o seu alcance à hipótese em que bens são transferidos aos acionistas em função da redução de capital de uma companhia.

Isso porque a redução de capital é conceito de Direito Comercial amplamente desenvolvido na doutrina e na jurisprudência. Dessa forma, sempre que o legislador tributário quis se referir exclusivamente às operações de redução de capital, o fez expressamente. Sendo assim, se a intenção do legislador tributário era a de restringir a utilização do artigo 22 da Lei 9.249/95 apenas aos casos de redução de capital, ele o teria feito de modo expresso.

É importante ressaltar que o legislador não restringiu a aplicação daquele dispositivo somente à hipótese de redução de capital. Pelo contrário, o legislador adotou a expressão genérica "a título de devolução de sua participação no capital social", a qual, com base em uma interpretação sistemática, leva ao entendimento de que qualquer hipótese em que haja devolução decorrente da participação do acionista no capital social está sujeita à aplicação dessa regra.

Nesse sentido, pela leitura do artigo 204 da Lei nº 6.404/76 e análise sistemática da legislação, é de se concluir que o pagamento de dividendos mediante a entrega de bens é forma de devolução da participação do acionista no capital social da sociedade anônima. Isso porque, o capital social das sociedades anônimas é dividido em ações, as quais representam a participação de cada acionista no patrimônio da empresa.

Ora, a distribuição de dividendos é operação típica, prevista e regulada pelos artigos 201 a 204 da Lei nº 6.404/76. Nos termos do §2º, do artigo 204, da Lei nº 6.404/76, o estatuto poderá autorizar os órgãos de administração a declarar dividendos intermediários, à conta de lucros acumulados ou de reservas de lucros existentes no último balanço anual ou semestral.

Assim, quando a própria sociedade paga dividendos mediante a entrega de bens, a sociedade estaria devolvendo ao acionista a sua participação no patrimônio da sociedade e, portanto, o pagamento de dividendos em bens seria uma forma de devolução do capital social.

Vale transcrever, na oportunidade, a ementa de decisão prolatada pelo antigo Primeiro Conselho de Contribuintes que reconhece a possibilidade de devolução de bens a valor contábil:

"I.R.P.J. - GANHO DE CAPITAL - Nos termos do art. 22 e seus §§, da Lei nº 9.249, de 1995, inexistente ganho de capital a ser tributado na devolução de participação no capital social com a dação em

pagamento, quando o bem é transferido pelo valor contábil, assim entendido o que estiver registrado na escrituração, mesmo que este seja notoriamente inferior ao valor de mercado. I.R.P.J. - CUSTO CONTÁBIL - O custo contábil de um bem para efeito de devolução do capital decorre da opção efetuada pela pessoa jurídica que estiver devolvendo o capital, e se materializa pelo valor adotado no procedimento contábil da baixa, não sendo influenciado pelo valor que o acionista titular da participação extinta vier a adotar, devendo este atentar para que o valor que o alienante registrar e não inverso." (Acórdão nº 101-94008, da 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, Rel. Sebastião Rodrigues Cabral, sessão de 6.11.2002) (não destacado no original).

236. Isso não é tudo, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região já se manifestou sobre o tema, confira-se:

Isso não "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. INOCORRÊNCIA. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE ANÔNIMA. RATEIO DO ÚNICO BEM IMÓVEL ENTRE OS ACIONISTAS, EM IGUAIS CONDIÇÕES, A TÍTULO DE RESTITUIÇÃO DE COTA PARTE NO CAPITAL SOCIAL INTELIGÊNCIA DO ART. 215 DA LEI Nº 6.404/76, 9.249/95 E RIR/94. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Trata-se de liquidação de sociedade anônima, aprovada em assembléia, na qual deliberado o pagamento de todos os credores e posterior rateio entre os acionistas, exatamente na forma prevista na Lei nº 6.404/76, entendendo o fisco ter havido distribuição disfarçada de lucros.

O caso concreto é de dissolução de sociedade anônima, cujo único bem imóvel apurado ao final da liquidação foi dividido em quotas iguais entre todos os acionistas. Ora, se o próprio ordenamento jurídico, a lei societária específica das sociedades anônimas, 6.404/76, autoriza a extinção da companhia com atribuição de bens aos acionistas pelo valor contábil, descabida a pretensão fiscal de considerar fraudulenta a operação com imposição de tributação por distribuição disfarçada de lucros. Há que se compatibilizar tais regramentos.

A norma fiscal não se dirige para a hipótese dos autos, mas para aqueles casos em que se verifica, de fato, o prejuízo da sociedade em benefício do sócio, visando burlar o fisco. No caso, na extinção da empresa, ainda que o valor contábil seja inferior ao de mercado, não ocorre a burla, tendo em vista que, quando da futura alienação do bem recebido pelo acionista, em devolução de sua quota parte no capital social, haverá tributação pelo ganho de capital.

Bem por isso, o legislador acabou por editar a Lei nº 9.249/95, que traz previsão expressa neste sentido.

Verifica-se, ainda, que o §3º. do art. 432 do RIR/94 traz norma que afasta a presunção de distribuição disfarçada de lucros, quando provado que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas. Como a sociedade está sendo liquidada, após a efetivação de todos os pagamentos devidos, resta apenas sua dívida para com os acionistas, que, no caso, equivale ao valor do único imóvel. O rateio em iguais condições entre todos encerra a dívida da sociedade e o respectivo crédito dos acionistas. operação tipicamente comutativa.

E seja ela realizada pelo valor contábil ou pelo valor de mercado, não encerra qualquer fraude fiscal, seja porque a lei comercial autoriza tal

procedimento, seja porque o próprio RIR/94 exclui a presunção, quando se tratar de operação comutativa.

O critério adotado pelo fisco, de que prevalece a data do negócio jurídico, ou seja, a da assembleia que deliberou acerca da transferência do imóvel (30.11.95) e não a do registro do ato translativo no ofício competente (02.01.2006), para afastar a incidência da Lei nº 9.249/95, não está amparado por norma legal, tanto que a União apenas alega, sem apontar qual seria o dispositivo legal respectivo.

Quanto aos honorários advocatícios, entendo que foram fixados de acordo com o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, considerado o regramento das alíneas do § 3º, donde descaber majoração ou redução.

Apelo da União, remessa oficial e recurso adesivo do embargante a que se nega provimento."

Como pode se depreender da brilhante decisão proferida pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a norma autoriza a sociedade a entregar bens por valor contábil aos seus acionistas em decorrência de sua participação no capital social, sem que isso caracterize DDL, uma vez que haverá tributação quando da venda dos bens pelo sócio.

No caso concreto foi exatamente isso o que ocorreu, a Recorrente devolveu ações da BOVESPA Holding S.A. e da BM&F S.A. a valor contábil a seus acionistas, que foram posteriormente vendidas por esses acionistas, com o recolhimento do IRPF, conforme pode ser demonstrado pelos anexos DARF's (docs. nºs 4 e 5 acima).

Assim sendo, não há que se falar na aplicação das normas de DDL à distribuição dos dividendos in natura, ainda que os bens sejam devolvidos aos acionistas a valor contábil, na medida em que essa operação encontra-se respaldada na disciplina trazida pelo artigo 22 da Lei nº 9.249/95.

Considerando que os acionistas da Recorrente efetuaram o recolhimento integral do IRRF, quando da alienação das ações da BOVESPA Holding S.A. e da BM&F S.A., a exigência ora formulada pela D. Fiscalização merece ser integralmente cancelada. Alternativamente, caso Vossas Senhorias não concordem com esse posicionamento, que seja deferida a dedução dos valores de IRRF já pagos pelos seus acionistas dos valores de IRPJ e da CSLL ora exigidos pelo D. Fisco Federal.

(d) A impossibilidade de consideração da cotação em Bolsa como valor de mercado das ações distribuídas como dividendos - A utilização do valor patrimonial

Cumpre ressaltar, ainda, que à época da realização da AGE que deliberou a distribuição de dividendos para os acionistas, mediante pagamento em moeda corrente e em ações da

BOVESPA Holding S.A. e da BM&F S.A., não era possível se definir o valor de mercado dessas ações dentro ou fora da Bolsa.

Isto porque, conforme previsão do Acordo de Restrição à Negociação das Ações, as ações da BOVESPA Holding S.A. e da BM&F S.A. teriam um período de lockup, durante o qual não poderiam ser negociadas pelos acionistas da Recorrente. Esse período durou 180 dias contados da data da publicação do anúncio do início do IPO das ações da BOVESPA Holding S.A. e da BM&F S.A. nas Bolsas.

Ou seja, as ações da BOVESPA Holding S.A. detidas pela Recorrente eram bens fora do mercado entre 28.8.2007 (publicação do início do IPO) e 24.2.2008. Por outro lado, as ações da BM&F S.A. detidas pela Recorrente eram bens fora do mercado entre 25.10.2007 (publicação do IPO) e 21.4.2008. Fica evidente, portanto, que não era possível auferir o valor de mercado das ações, com base na cotação das bolsas de valores ou mesmo fora de Bolsa dadas as vedações e restrições para negociação de tais ações previstas nos Acordos de Restrição à Negociação das Ações, na data da realização da AGE (11.12.2007).

Cumpra esclarecer que a Recorrente não podia nem mesmo firmar contrato de derivativos com essas ações, ou seja, não havia a possibilidade de dentro ou fora da bolsa efetuar uma venda dessas ações, mesmo que essa transferência fosse se dar após o período de lockup.

Tanto isso é verdade que a ausência de preço de mercado proporcionou a elaboração da Carta nº 517/2007-DG (doc. nº 10) que expressamente consigna o preço das ações que foram vendidas no período de lockup pela Recorrente para o IPO.

Cumpra esclarecer que o lockup era oponível apenas a terceiros não relacionados, mas que as ações podiam ser transferidas para os acionistas da Recorrente, desde que esses respeitassem as demais cláusulas do lockup, conforme se depreende do seguinte trecho do Acordo de Restrição à Negociação das Ações:

"A transferência, sob qualquer forma, de ações ordinárias de emissão da Companhia por nós detidas, ou de outros valores mobiliários conversíveis em ou permutáveis por, ou que representem o direito de receber, ações ordinárias de emissão da Companhia, gravadas com o presente compromisso de não disposição, para sociedades a nós ligadas, nossos acionistas ou sócios (diretos ou indiretos), pessoas com grau de parentesco direto conosco ou agentes fiduciários não serão consideradas uma violação ao presente compromisso e poderão ser efetivadas, desde que o novo proprietário das ações concorde, por escrito, com os termos do presente compromisso. Para os fins deste compromisso, "grau de parentesco direto" significa qualquer parentesco que resulte de consangüinidade, casamento ou adoção, até o quarto grau."

Dessa forma, a Recorrente transferiu para seus acionistas, por meio do pagamento de dividendos, as ações da BOVESPA Holding S.A. e da BM&F S.A. Entretanto, como as ações estavam fora do mercado regular por força das disposições do Acordo de Restrição à Negociação das Ações, não havia maneira de se calcular o valor das ações pelo seu preço de

mercado, uma vez que eram bens impossíveis de serem adquiridos por terceiros, conforme amplamente reconhecido pelo mercado.

Vale ressaltar que as disposições do Acordo de Restrição à Negociação das Ações não podem ser ignoradas pela D. Fiscalização, uma vez que é oponível erga omnes, conforme previsão legal do artigo 118 da Lei nº 6.404/76, que expressamente consigna que:

"Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.

§ 1º As obrigações ou ônus decorrentes desses acordos somente serão oponíveis a terceiros, depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos.

§ 2º Esses acordos não poderão ser invocados para eximir o acionista de responsabilidade no exercício do direito de voto (artigo 115) ou do poder de controle (artigos 116 e 117).

§ 3º Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas.

§ 4º As ações averbadas nos termos deste artigo não poderão ser negociadas em bolsa ou no mercado de balcão."

Por força dessa disposição legal, resta mais do que evidenciado que as ações da BOVESPA Holding S.A. e da BM&F S.A. não estavam disponíveis no mercado para compra e venda na data da assinatura da AGE, pelo contrário foram transferidas para os acionistas da Recorrente, apenas porque os mesmos se comprometeram a cumprir os termos do Acordo de Restrição à Negociação das Ações.

Esse é o entendimento esposado por Carlos Augusto da Silveira Lobo, ao tratar da oponibilidade dos acordos de acionistas perante terceiros, bem como os acordos que vedam a alienação de ações pelos acionistas, confira-se:

*"Os acordos de acionistas sobre compra e venda de ações dispõem sobre os modos pelos quais os acionistas exercerão o direito de dispor de suas ações, ou seja 'o regime de circulação das ações'(COMPARATO, 1981c, p.56), mas não são contratos típicos de compra e venda de ações, embora possam constituir opções ou promessas de compra ou de venda de ações (v. § 117-5). **Esses acordos são oponíveis erga omnes e passíveis execução específica**, por força de outras disposições de lei além do **artigo 118 da LSA** (art. 40, par. único da LSA, art. 466-B do CPC e art. 464 do C. Civil). (...)*

*As expressões 'compra e venda de suas ações' e 'preferência para adquiri-las', constantes do artigo 118, devem ser interpretadas extensivamente para **abranger todos os atos de disposição das ações**. Podem, portanto, ser objeto de acordos de acionistas, não somente a compra e venda e a preferência, como também a doação, a permuta, a conferência ao capital de sociedades, o usufruto e o penhor das ações. (...) **A lei não exige forma especial para o acordo de acionistas, mas é***

indispensável a forma escrita (escritura pública, instrumento particular, troca de cartas etc.) para que seja passível de arquivamento na sede da companhia e de averbação no livro de registro de certificados de ações. (...)

9. Acordos de Vedação - Os acordos que simplesmente vedam a alienação das ações são legítimos desde que a vedação vigore por prazo razoável e seja justificada em face das circunstâncias de cada caso, isto é, que não seja abusiva." (grifos nossos).

Já sobre os bens que estão fora do mercado, também chamados de bens inalienáveis, vale trazer o conhecimento da Professora Maria Helena Diniz, que com o brilhantismo que lhe é peculiar assevera:

"E) Bens que estão fora do comércio

Os bens alienáveis, disponíveis ou no comércio, são os que se encontram livres de quaisquer restrições que impossibilitem sua transferência ou apropriação, podendo, portanto, passar, gratuita ou onerosamente, de um patrimônio a outro, quer por sua natureza, quer por disposição legal, que permite, p. ex., a venda de bem público. Washington de Barros Monteiro esclarece que o termo "comércio" designa a possibilidade de compra e venda, liberdade de circulação, poder de movimentação dos bens, logo o bem que está no comércio pode ser comprado, vendido, trocado, doado, alugado, emprestado, o mesmo não acontecendo com os bens fora do comércio que não podem ser objeto de relações jurídicas desse tipo.

Assim, os bens inalienáveis ou fora do comércio são os que não podem ser transferidos de um acervo patrimonial a outro ou insuscetíveis de apropriação.

Constituem espécies de bens inalienáveis:

(...)

3) Os inalienáveis pela vontade humana, que lhes impõe cláusula de inalienabilidade, temporária ou vitalícia, nos casos e formas previstos em lei, por ato inter vivos ou causa mortis. (...)" (grifos nossos).

Pelo entendimento doutrinário exposto, resta evidenciado que um acordo de acionistas pode vetar a alienação de ações, desde que por um período razoável de tempo, bem como que essas ações, durante esse período de lockup, são considerados bens inalienáveis, sendo eles intransferíveis aos demais indivíduos e não possuindo valor de mercado.

Logo, se as ações da BOVESPA Holding S.A. e da BM&F S.A. detidas pela Recorrente e pelas demais corretoras não podiam ser negociadas nas Bolsas, não há que se falar em avaliação desses bens pelo seu valor de mercado no momento em que são transferidos para os acionistas da Recorrente, por meio do pagamento de dividendos. Afinal, não havia um preço de mercado para essas ações no momento da deliberação da sua transferência para os sócios da Recorrente.

Por essa razão, não sendo possível determinar o valor de mercado dessas ações no momento da deliberação da AGE que decidiu pelo pagamento dos dividendos in natura, as D. Autoridades Fiscais deveriam ter adotado outro critério de avaliação que não o valor de mercado, como por exemplo, o

valor do patrimônio líquido. Como não poderia deixar de ser, este é o entendimento desse Egrégio CARF, confira-se:

*"IRPJ - DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS - ALIENAÇÃO DE BENS AO ACIONISTA CONTROLADOR POR VALOR NOTORIAMENTE INFERIOR AO DE MERCADO - Caracteriza-se como distribuição disfarçada de lucros a alienação de bem do ativo, a pessoa ligada, por valor notoriamente inferior ao de mercado. Inclui-se na hipótese a alienação de participação societária, em sociedade controlada pela alienante, ao sócio majoritário que seja diretor-superintendente e acionista majoritário, tanto da autuada como da emitente das ações transacionadas, quando o preço de venda for notoriamente inferior ao valor do Patrimônio Líquido da controlada, apresentado em balanços patrimoniais levantados em datas próximas às vendas. **A minguagem de elementos seguros para se apurar o valor de mercado o patrimônio líquido se apresenta como parâmetro confiável para confronto do valor atribuído a cada ação e, de consequência, tornar válida a presunção de que ocorreu a hipótese de distribuição disfarçada de lucros**"*

Diante disso, fica claro que no momento da realização da AGE (11.12.2007) não havia preço de mercado para as ações da BOVESPA Holding S.A. e da BM&F S.A. detidas pela Recorrente, eis que ditas ações não estavam sendo negociadas dentro ou fora de bolsa e apenas poderiam passar a ser negociadas após o fim do período de lockup.

*Diante do exposto, a Recorrente tem como perfeitamente demonstrada a validade do pagamento dos dividendos in natura, mediante a entrega a valor contábil das ações da BOVESPA Holding S.A. e da BM&F S.A., **dada a ausência de valor de mercado por força do período de lockup**, justificando, consequentemente, o cancelamento integral da autuação que determina a adição dos valores de mercado das ações à base de cálculo do IRPJ e da CSLL da Recorrente, por suposta ocorrência de DDL.*

(...)

Em que pesem as considerações da Recorrente e da I. Relatora quanto à ausência de alienação na distribuição de dividendos e quanto à ausência de mercado na avaliação das ações por força do período de *lockup*, ousou divergir pelos fundamentos a seguir dispostos.

Inicialmente, cabe destacar, como já demonstrado pela decisão em primeira instância, que houve devolução do patrimônio de associação isenta à Recorrente com baixa do investimento e acréscimo auferido entre o aporte inicial e a devolução do patrimônio, em vez de simples permuta de títulos patrimoniais por ações como afirmado pela Recorrente. E a apuração de ganho de capital deve observar o disposto no art. 17 da Lei nº 9.532/1997.

Conforme mencionou a Recorrente, diante do acúmulo dos lucros decorrentes da venda de parte das ações recebidas após o processo de *desmutualização*, deliberou-se em sua AGE do dia 11.12.2007 o pagamento, de forma antecipada, de dividendos aos seus acionistas no valor de R\$40.000.000,00, dos quais R\$17.350.000,00, pagos por meio de

transferência de propriedade das 4.000.000 ações da BOVESPA Holding S.A. e 8.800.000 ações da BM&F S.A., com base no valor registrado no Balanço da Recorrente.

Diante desse quadro, resta-nos analisar o efeito fiscal da entrega de valores a sócios, na forma de ações da Recorrente, diante do disposto na legislação sobre a distribuição disfarçada de lucros (DDL) e da abstração da validade jurídica do negócio praticado pela Recorrente, de acordo com o art. 118, do CTN, para verificação da existência de fato gerador de IRPJ/CSLL.

Entendo relevante contextualizar a questão a partir da legislação sobre a DDL. Segundo o art. 464, do RIR/99:

Art. 464. Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, inciso II):

I - aliena, por valor notoriamente inferior ao de mercado, bem do seu ativo a pessoa ligada;

II - adquire, por valor notoriamente superior ao de mercado, bem de pessoa ligada;

III - perde, em decorrência do não exercício de direito à aquisição de bem e em benefício de pessoa ligada, sinal, depósito em garantia ou importância paga para obter opção de aquisição;

IV - transfere a pessoa ligada, sem pagamento ou por valor inferior ao de mercado, direito de preferência à subscrição de valores mobiliários de emissão de companhia;

V - paga a pessoa ligada aluguéis, royalties ou assistência técnica em montante que excede notoriamente ao valor de mercado;

VI - realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros." (não grifado no original).

Segundo as lições de Edmar de Oliveira Andrade Filho (*in Imposto de Renda das Empresas*, São Paulo: Atlas, 2013, pp. 774 ss):

(...)

Sob o aspecto semântico, a palavra disfarçar significa mascarar, dissimular, camuflar, encobrir, ou tornar desconhecido. Todavia, esse vocábulo associado à palavra distribuição traduz idéia errada do que verdadeiramente representam as normas jurídicas referidas. Quando ocorre a situação descrita em lei como típica da distribuição disfarçada de lucros, para a pessoa jurídica a consequência não é a cobrança de imposto sobre o lucro que deixou de ser distribuído, porque o fora de forma disfarçada. A consequência é outra; cabe ao sujeito passivo ou à autoridade fiscal recompor o lucro líquido para fins de determinação do lucro real.

Esse problema semântico pode levar à falsa idéia de que tais regras só se aplicam aos casos em que pudesse haver distribuição ostensiva (não disfarçada) de lucros. Nada mais incorreto, todavia, pois elas alcançam inclusive negócios em condições de favorecimento realizados por pessoas que não poderiam receber lucros de forma ostensiva e incidem independentemente da existência de lucros a distribuir.

38.2 FINALIDADE DAS NORMAS

Há, no direito societário, uma gama de normas (regras e princípios) que visam a evitar que os resultados da pessoa jurídica sejam afetados por negócios em condições de favorecimento que diminuam os benefícios atribuíveis aos sócios que não participam do bloco e controle, e também visam a preservar interesses de credores e de investidores (...)

Aquele que pratica atos que implicam a drenagem de recursos da sociedade, ou que consente que sejam praticados, acaba por desmerecer o princípio da integridade do capital social como elemento garantidor dos interesses de terceiros. A obtenção de rendimentos injustificáveis - em razão da ausência ou insuficiência de contraprestação - falseia os resultados das operações sociais e nega vigência ao princípio da veracidade do Balanço (...)

No âmbito do direito tributário, o item 28 da "Exposição de motivos" do Decreto-lei nº 1.598/77 evidencia que a finalidade dos preceitos que formam a figura da "distribuição disfarçada de lucros", ao menos na configuração que estabeleceu originalmente, levava em consideração as normas do direito societário acerca da responsabilidade de administradores e de acionistas controladores. Ocorre que a lei tributária não se aplica apenas e tão somente às sociedades por ações, de modo que as normas sobre "distribuição disfarçada de lucros" são aplicáveis - desde o início - a qualquer tipo de sociedade e incide sem que seja necessária a demonstração de qualquer espécie de lesão a qualquer classe de acionistas ou sócios. A lei aplica-se também nas operações realizadas em condições de favorecimento em que a contraparte seja um acionista minoritário, e mesmo nos casos em que realizados por pessoas jurídicas que não tenham lucros disponíveis para distribuição, de modo ostensivo ou encoberto. Tais normas visam, portanto, evitar a erosão da base tributável por intermédio da distribuição encoberta de dividendos (disguised dividends) por intermédio de atos anormais de gestão, assim considerados aqueles que não são realizados no interesse da sociedade (ou da pessoa jurídica).

Tais normas incidem nas hipóteses previstas na lei sem exigir a prova do exercício abusivo do poder de controle; basta, para a incidência da lei tributária, que haja lesão aos interesses da pessoa jurídica contribuinte em face da ausência de equidade ou razoabilidade nos negócios celebrados com pessoas ligadas. A lei tributária protege o interesse da arrecadação projetado no

interesse da pessoa jurídica, tanto que § 3º do art. 464 do RIR/99 dispõe que:

"§ 3º A prova de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros, exclui a presunção de distribuição disfarçada de lucros (Decreto-Lei nº 1.598, de 1997, art. 60, § 2º)."

A lei tributária, neste caso, pressupõe que a pessoa jurídica - como pessoa distinta dos sócios ou acionistas - tem interesses próprios, de modo que as pessoas ligadas não podem obter vantagens indevidas à custa do patrimônio social. A pessoa jurídica é um instrumento a serviço dos sócios e acionistas que é criada para permitir a exploração da empresa, que, por sua vez, visa à obtenção de lucro. Logo, o interesse da pessoa jurídica coincide com o interesse social, que abarca todos os outros que giram em torno da fonte de geração de riqueza que é a empresa

A identidade de propósitos entre as normas de direito societário e tributário se torna evidente quando se constata que ambas as cadeias normativas visam a evitar o desfalque do patrimônio da pessoa jurídica que favoreçam pessoas ligadas e que afetem interesses dos sócios ou acionistas ou do erário. Enfim, tais normas regulam certas questões tributárias em torno dos negócios jurídicos típicos ou atípicos celebrados entre partes relacionadas.

Em 1986 a CVM editou a Deliberação CVM nº 26/86, onde estipulou um conceito de "partes relacionadas" nos seguintes termos: "Partes relacionadas podem ser definidas, de um modo amplo, como aquelas entidades, físicas ou jurídicas, com as quais uma companhia tenha possibilidade de contratar, no sentido lato deste termo, em condições que não sejam as de comutatividade e independência que caracterizam as transações com terceiros alheios à companhia, ao seu controle gerencial ou a qualquer outra área de influência."

(...)

Por conseguinte, importa verificar quanto ao critério para a presunção de DDL, no caso do negócio realizado pela Recorrente, se houve detrimento do seu patrimônio em face de favorecimento de pessoas ligadas (sócios da corretora), afetando o seu interesse e o de outros credores, dentre estes a Fazenda Pública Federal.

Em relação à forma de pagamentos de valores a pessoas ligadas (sócios da corretora) - segundo os argumentos recursais, *distribuição de dividendos por meio de ações* -, para fins de verificação da existência da alienação a que se refere o art. 464, inciso I, do RIR/99, cabe transcrever os ensinamentos do Professor José Luiz Bulhões Pedreira (*in Imposto sobre a renda - pessoas jurídicas - Vol. II*, Rio de Janeiro: Justec Editora Ltda, 1979, pp. 804 e ss):

1. Distribuição Disfarçada de Lucros - *Distribuição de lucros é ato pelo qual a pessoa jurídica reparte seus lucros entre pessoas que têm o direito de nele participar.*

Economicamente, a distribuição de lucros é ato de repartição de renda; juridicamente, é ato peculiar ao direito societário, que

tem forma própria; é negócio unilateral, pelo qual a pessoa jurídica transmite direitos do seu ativo a outra pessoa, cuja causa é o direito dessa pessoa de participar nos lucros da pessoa jurídica.

O ato econômico pode, entretanto, revestir mais de uma forma jurídica, inclusive forma própria de ato econômico de outra natureza. Assim, por exemplo, as formas próprias da troca de serviços produtivos do trabalho (em que um dos figurantes fornece serviços pessoais, recebendo como contraprestação salário, honorários ou pagamentos por serviços prestados) são os contratos de trabalho e de prestação de serviços; mas essa troca pode ser formalizada juridicamente mediante doação com encargo de prestação de serviço, em benefício do doador ou de terceiro.

Muitas vezes os agentes econômicos procuram, deliberadamente, dissimular a essência do ato econômico que praticam, adotando forma jurídica de ato econômico de outra natureza, ou recorrendo a negócios indiretos para alcançar os verdadeiros efeitos econômicos pretendidos. As incidências tributárias são um dos principais motivos para os negócios dissimulados e indiretos.

A legislação do imposto define a aquisição da disponibilidade de lucro distribuído pela pessoa jurídica como fato gerador de diversas obrigações tributárias; o ato de distribuição de lucros, cria, portanto, a obrigação de pagar imposto. Além disso, para que haja lucro distribuído é necessário que a pessoa jurídica tenha antes reconhecido na escrituração a aquisição de disponibilidade de lucro, que é fato gerador de outra obrigação tributária. Daí alguns contribuintes procurarem, com o fim de evitar uma ou mais incidências, disfarçar ou ocultar a natureza econômica do ato de distribuição de lucros sob a forma jurídica de outros atos econômicos.

A legislação tributária define como fatos geradores dos tributos situações de fato e não formas jurídicas. Quando a lei dispõe que a aquisição da disponibilidade de lucro distribuído é fato gerador do imposto, refere-se ao fato econômico da repartição de renda mediante ato de distribuição. Esse ato em regra é identificado pela sua forma jurídica, mas quando o contribuinte procura disfarçá-lo sob forma diferente, o mesmo ato é conceituado de modo diverso, conforme considerado na substância econômica ou na forma jurídica.

Como o fato gerador do imposto é o fato econômico, e não a forma jurídica, a obrigação tributária nasce com a ocorrência do ato econômico definido na lei, ainda que revestido de forma jurídica própria de outro ato econômico.

A cobrança do imposto sobre a renda baseia-se nas obrigações acessórias do sujeito passivo de declarar à autoridade tributária a ocorrência de fatos geradores e de determinar a base de cálculo do imposto. À autoridade cabe verificar o cumprimento dessas obrigações. Por isso, quando o contribuinte dissimula a

substância econômica de ato que a lei define como fato gerador, cabe à autoridade tributária o encargo de verificar e demonstrar a ocorrência do fato gerador.

As declarações do sujeito passivo são - em regra - tidas como verdadeiras, e somente podem ser impugnadas pela autoridade tributária com base em elementos seguros de prova ou indício veemente de falsidade ou inexatidão. Por conseguinte, se a autoridade tributária afirma que determinado ato está compreendido no conceito legal do fato gerador, apesar de não revestir a forma jurídica que não lhe é própria, cabe-lhe o ônus da prova.

A legislação tributária, com o fim de facilitar a fiscalização e cobrança do imposto e desestimular fraudes ou modalidades de evasão, às vezes cria exceções ao princípio geral de que o ônus da prova cabe à autoridade lançadora, instituindo presunções em matéria de prova: dispõe que, provada a existência de negócio jurídico com características que descreve, tem-se como provada a existência de determinado fato econômico. A presunção legal tem a seguinte estrutura: provada a existência de A, então existe B. É, portanto, relação de inferência definida pela lei.

(...)

O efeito prático da presunção legal é inverter o ônus da prova: invocando-a, a autoridade lançadora fica dispensada de provar, no caso concreto, que, ao negócio jurídico com as características descritas na lei corresponde, efetivamente, o fato econômico que a lei presume - cabendo ao contribuinte, para afastar a presunção (se é relativa), provar que o fato presumido não existe no caso.

As formas de distribuição disfarçada de lucros definidas pela legislação tributária são presunções legais de que os negócios jurídicos com as características que descrevem escondem o ato econômico de distribuição dos lucros. Essas formas são tipificadas com base na experiência da aplicação da legislação; resultam da observação dos negócios a que os contribuintes mais usualmente recorrem com o fim de dissimular a distribuição de lucros.

(...)

2. Presunção Relativa - O DL nº 1.598/77 dispõe expressamente que as formas de distribuição disfarçada descritas na lei são presunções relativas, que podem ser excluídas - em cada caso concreto - se fica provado que a pessoa jurídica não contratou o negócio com a finalidade de distribuir lucro a pessoa física ligada.

A lei configura como formas de distribuição disfarçada negócios economicamente desvantajosos para a pessoa jurídica, que importam - direta ou indiretamente - transferência de valor em dinheiro do patrimônio da pessoa jurídica para o da pessoa que com ela contrata. São "maus negócios", no sentido de que têm por efeito diminuir o patrimônio líquido da pessoa jurídica. O que fundamenta a presunção legal não é, entretanto, apenas o

fato de o negócio ser danoso, mas a conjugação dessa qualificação com a circunstância de ser contratado pela pessoa jurídica com pessoa física a ela ligada. A definição legal das pessoas físicas ligadas, para efeito de aplicação dos dispositivos em questão, revela que a lei presume distribuição disfarçada quando o contratante é pessoa (ou seu parente próximo) que está em posição de influir sobre as decisões da pessoa jurídica.

Toda pessoa jurídica pode realizar pode realizar maus negócios. Quando sofre prejuízos em negócios contratados com pessoas que não são seus administradores, não exercem poder sobre esses administradores, nem são parentes de administradores ou sócios, não há razão para se presumir distribuição disfarçada porque a experiência mostra que as pessoas jurídicas não contratam deliberadamente maus negócios, a não ser para beneficiar pessoas ligadas.

O ato econômico de distribuição de lucros, que é o fato gerador do imposto, é ato voluntário que transfere valores do patrimônio da pessoa jurídica para pessoas que participam nos seus lucros. A intenção de repartir lucros é, portanto, requisito necessário para que se caracterize o ato de distribuição. A diferença entre o negócio danoso (com terceiros ou com pessoas ligadas) e a distribuição disfarçada de lucros é a intenção. A função da distribuição disfarçada é dispensar a prova dessa intenção, legitimando a inferência de que ela existe toda vez que a pessoa jurídica contrata certos negócios danosos com pessoas ligadas.

A presunção legal pode ser excluída, em cada caso, se provado que o negócio foi realizado (a) no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou (b) em condições que a pessoa jurídica contrataria com terceiros.

A prova de que o negócio foi contratado no interesse da pessoa jurídica é suficiente, por si só, para excluir a presunção, pois o ato de distribuição é praticado no interesse do beneficiário da distribuição; mas como a intenção da pessoa jurídica ao praticar determinado ato nem sempre pode ser provada de modo cabal, a lei também requer a prova de que o negócio foi feito em condições estritamente comutativas. Assim, se a pessoa jurídica perde importância paga a pessoa ligada para obter opção de compra, não basta (para excluir a presunção) que as decisões de adquirir a opção e, posteriormente, deixar de exercê-la, tenham sido tomadas no interesse da pessoa jurídica; é necessário que a importância paga pela opção tenha sido compatível com seu valor.

A lei admite ainda a exclusão da presunção se há prova de que o negócio foi realizado em condições que a pessoa jurídica contrataria com terceiros. Essa circunstância é suficiente para excluir a suspeita de favorecimento da pessoa ligada, que está implícita em todas as presunções legais de distribuição disfarçada.

(...)

Os negócios que a lei configura como distribuição disfarçada de lucros não são, portanto, atos de distribuição por ficção legal, mas presunções legais juris tantum. São instrumentos para facilitar à autoridade tributária a prova da existência do ato econômico de distribuição, e não para cobrar imposto independentemente da existência desse ato. Na interpretação dos dispositivos legais que tipificam as formas de distribuição disfarçada, assim como na sua aplicação a casos concretos, é essencial que se tenha presente esse objetivo de identificar atos econômicos de distribuição, sob pena de se afirmar - ilegalmente - que o fato gerador do imposto não é o ato econômico de distribuição, mas a forma jurídica descrita na lei para construir a norma de presunção.

Alienação de Bem a Pessoa Física Ligada - A lei autoriza a presunção de distribuição disfarçada de lucros quando a pessoa jurídica aliena, por valor notoriamente inferior ao de mercado, bem do seu ativo a pessoa ligada.

(...)

Alienação é conceito que compreende qualquer ato voluntário pelo qual a pessoa transmite a outrem propriedade ou titularidade de direitos.

(...)

A verdadeira interpretação jurídica requer que se procure o significado das expressões empregadas pela lei que seja compatível com a função da norma legal em cujo enunciado são empregadas.

A função do dispositivo legal é permitir que a inferência de que um negócio jurídico bilateral, que constitui forma própria de uma troca, foi usado para dissimular o negócio unilateral de distribuição de lucros. Daí a lei usar como padrão de referência o valor de troca no mercado; as trocas que se processam nas condições de competição e publicidade que caracterizam o mercado não se afastam de modo apreciável desse padrão, e a existência de troca entre pessoas ligadas por valor notoriamente diferente do de mercado autoriza a suspeita de negócio simulado.

A alienação a que se refere a lei tributária no dispositivo em questão pressupõe negócio oneroso, em que a pessoa jurídica transmite direitos e recebe como contraprestação dinheiro, outros bens ou quitação de obrigações, pois é a disparidade entre o padrão de relação de troca do mercado e o adotado no negócio contratado que justifica a presunção. O preceito da lei somente pode ter aplicação, portanto, nas modalidades de alienação que são negócios onerosos.

Assim, a doação é, inquestionavelmente, negócio mediante o qual a pessoa jurídica aliena bem do seu ativo, mas a interpretação da lei impõe a conclusão de que a doação não está compreendida no conceito de alienação, no sentido com que a palavra foi empregada na norma em questão. É evidente que qualquer doação da pessoa jurídica a pessoa física ligada deve ser conceituada como distribuição disfarçada de lucros, e

não apenas aquelas em que o bem seja doado por valor inferior ao de mercado.(sem destaques no original)

Valor de mercado - Valor de mercado é a quantidade de dinheiro que o titular do bem pode obter mediante sua troca no mercado.

(...)

O DL nº 1.598/77, com o fim de reduzir interpretações extravagantes da expressão "valor de mercado", por vezes adotadas na aplicação da lei nº 4.506/64, procurou precisar os conceitos das normas transcritas nos incisos deste número.

(...)

A redação da lei não deixa dúvidas de que o juízo sobre determinado negócio foi realizado a preços de mercado não pode basear-se em comparações com trocas posteriores, mas apenas anteriores ou contemporâneas.

(...)

Valor Notoriamente Superior ou Inferior ao de Mercado - a presunção legal somente existe quando a pessoa jurídica aliena por valor notoriamente inferior ou adquire por valor notoriamente superior ao de mercado.

Notório é aquilo que é conhecido de todos, é público ou manifesto. A lei somente autoriza a presunção, portanto, quando as circunstâncias permitem dizer que a diferença entre o valor pelo qual a pessoa jurídica negociou e o valor de mercado é de tal ordem que qualquer pessoa razoavelmente informada concorda que o negócio merece ser considerado suspeito de ter sido realizado com o objetivo de beneficiar a pessoa que com ela contratou.(sem destaques no original)

(...)

No caso, verifica-se que a entrega de ações aos sócios, disfarçada na forma de dividendos, colocou o patrimônio social da Recorrente numa situação desvantajosa, conforme a avaliação do Fisco no Termo de Verificação Fiscal - TVF (Fls. 28 a 29)-, a seguir transcrita:

(...)

Quanto às ações que não foram vendidas, há tributação no momento de seu recebimento (devolução de capital de entidade isenta); chegado o momento da redução de capital, cumpre distinguir: se as ações forem transferidas aos sócios pelo mesmo valor pelo qual foram recebidas, por valor notoriamente inferior ao de mercado, ou seja, em situação mais favorável do que a que seria praticada com terceiros, caracteriza-se com uma distribuição disfarçada de lucros, há que se tributar à diferença. Conforme demonstrativo a seguir:

3ª Hipótese de Incidência - Distribuição Disfarçada de Lucros
(em 11/12/2007)

Saldo na conta ações BOVESPA HOLDING em 11/12/2007:
4.000.000 ações, no valor total de R\$ 8.888.451,94 (custo unit.R\$2.222112984) Preço médio da Ação Bovespa Holding em 11/12/2007 - R\$ 36,08 Valor das ações distribuídas aos acionistas - 4.000.000 x 36,08 = R\$ 144.320.000,00
D.D.L.Tributável na distribuição das ações aos Acionistas - R\$ 135.431.548,06

3ª Hipótese de Incidência - Distribuição Disfarçada de Lucros (em 11/12/2007).

Saldo na conta ações BM&F em 11/12/2007:

8.800.000 ações, no valor total de R\$ 8.800.000,00 (custo unit R\$ 1,00)

Preço médio da Ação BM&F S.A. em 11/12/2007 - R\$ 23,48

Valor das ações distribuídas aos acionistas - 8.800.000 x 23,48 = R\$ 206.624.000,00

D.D.L.Tributável na distribuição das ações aos Acionistas - R\$ 197.824.000,00

TOTAL da D.D.L. a ser adicionada ao Lucro Real em 2007 - R\$ 333.255.548,00

(...)

Segundo o TVF, e a interpretação doutrinária supracitada sobre a hipótese da DDL, o Fisco apontou indícios para presumir a doação de ativos oriundos do patrimônio social da Recorrente sem que esta demonstrasse, nos termos da legislação em vigor, o seu interesse em não prejudicar o respectivo patrimônio, nem os credores, com a entrega de ações aos sócios.

Por todo o exposto e por tudo o que consta dos autos, em relação à DDL, nego provimento ao presente recurso.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Plínio Rodrigues Lima