



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

Processo n° 16327.720593/2013-12
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1301-001.785 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de fevereiro de 2015
Matéria Incorporação de Ações
Recorrente DEUTSCHE BANK - CORRETORA DE VALORES S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

NULIDADE. HIPÓTESES FIXADAS NO ARTIGO 59 DO DECRETO Nº 70.235/72. CARACTERIZAÇÃO.

Havendo distinção entre o objeto julgado e as imputações levadas a efeito, é claro o cerceamento ao direito de defesa da contribuinte, hipótese versada no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Primeira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, acatada a preliminar suscitada de nulidade do acórdão recorrido e determinado o retorno dos autos à DRJ a quo para nova decisão.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rego

Presidente

(assinado digitalmente)

Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior

Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros: Adriana Gomes Rego, Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jakson da Silva Lucas, Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário interposto pela contribuinte acima identificada, contra decisão proferida pela 5ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto/SP.

Depreende-se pela análise do presente processo administrativo que em desfavor da ora recorrente foram lavrados autos de infração (fl. 142 em diante), relativos ao IRPJ e Reflexos atinentes aos anos-calendário 2005 a 2007, acrescidos de multa de ofício de 75%, multa isolada por falta de recolhimento de estimativas e juros de mora, calculados até maio de 2013.

Confira-se o disposto no Termo de Verificação Fiscal (fls. 1025-1039):

(...)

Todos os termos lavrados no contribuinte tiveram como objeto:

- 1) Auditoria da apuração das bases de cálculo do PIS e da COFINS, sua conciliação com os registros contábeis e os valores reconhecidos como despesas operacionais referentes a esses tributos;*
- 2) Efeitos da venda de ações da Bovespa/BMF;*
- 3) Incorporação das Ações da Bovespa e da BMF por Nova Bolsa.*

Na Ação Fiscal foram encontradas a seguintes irregularidades:

- I) Não recolhimento do IRPJ e CSLL, sobre a alienação das ações da Bovespa Holding no processo de incorporação de ações por Nova Bolsa S/A;*
- II) Postergação de parte do imposto (IRPJ e CSLL) devido na alienação das ações da Bovespa Holding no processo de incorporação de ações por Nova Bolsa S/A;*
- III) Não recolhimento do PIS e da COFINS na venda das Ações PN resgatáveis da Nova Bolsa.*
- IV) Não recolhimento do PIS e da COFINS na venda das da Bovespa Holding em maio de 2008.*

2. Do Contribuinte

A pessoa jurídica Deutsche Bank - Corretora de Valores S/A, doravante denominada Deutsche Bank Corretora, com sede em São Paulo, atuava efetivamente, no ano-calendário sob ação fiscal, como Corretora de Títulos e Valores Mobiliários, cuja, classificação na CNAE (Classificação Nacional das Atividades Econômicas) é 66.12-6/01.

(...)

O Contribuinte está constituído sob a forma de sociedade anônima, sendo tributado pelo lucro real, apura IRPJ e CSLL anualmente e está sujeita à alíquota de 15% da CSLL. Apura o PIS e a COFINS pelo regime cumulativo.

3. DA INCORPORAÇÃO DAS AÇÕES DA BOVESPA E DA BM&F POR NOVA BOLSA

3.1. BREVE HISTÓRICO DAS BOLSAS E DA SUA DESMUTUALIZAÇÃO.

Convencionou-se chamar de desmutualização o conjunto de alterações societárias ocorridas em agosto de 2007, amplamente divulgadas na mídia, em que a Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa), então associação civil sem fins lucrativos, transferiu suas atividades para uma companhia aberta (sociedade anônima). Assim, o acervo que pertencia à entidade civil passou a ser acervo da sociedade empresarial Bovespa Holding S/A.

A associação Bovespa aprovou sua desmutualização na Assembleia Geral Extraordinária, (AGE) de 28/08/2007, que consistiu no seguinte: o primeiro procedimento foi a cisão parcial da associação Bovespa, com redução do seu patrimônio em 99,7%; em seguida, a parcela do patrimônio cindido foi incorporado às empresas Bovespa Serviços e Participações S.A. (BVSP) e Bovespa Holding S/A; posteriormente houve a incorporação das ações da BVSP e da Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (CBLC) pela Bovespa Holding S/A.

Resumidamente, a operação da desmutualização da BOVESPA ocorreu da seguinte forma:

- i) criação da Bovespa Holding S/A e Bovespa Serviços e Participações S/A (BVSP);*
- ii) cisão parcial da antiga associação Bovespa;*
- iii) incorporação do capital cindido, parte diretamente na Bovespa Holding e parte na BVSP S/A;*
- iv) incorporação pela Bovespa Holding S/A das ações da BVSP e da CBLC.*

Com essas operações, o patrimônio que era de associação sem fins lucrativos foi transferido para uma associação anônima com fins lucrativos. Em outros termos, a natureza jurídica que era associação civil passou a ser sociedade anônima.

Dessa forma, com o recebimento dessas ações, os antigos associados passaram a ser acionistas da nova companhia em que se converteu a Bolsa Encerrada a desmutualização, partiu-se para a oferta das ações no mercado, via IPO (Initial Public Offering) Oferta Pública Inicial, que ocorreu em 26/10/2007, momento em que as corretoras, agora acionistas da Bovespa

Holding, venderam parte de suas ações em oferta ao público em geral.

(...)

No processo de incorporação de ações, uma ação da Bovespa Holding passou a valer 1,42485643 ações da Nova Bolsa, de forma que pelas 4.821.911 ações BOVH3 que a Deutsche Bank Corretora detinha foram recebidas 6.870.530 ações de emissão da Nova Bolsa.

Os acionistas da Bovespa Holding também receberam ações PN resgatáveis da Nova Bolsa, na proporção de uma ação PN resgatável para cada 10 ações da Bovespa Holding. À Deutsche Bank Corretora recebeu 803.652 ações PN resgatáveis da Nova Bolsa em maio de 2008. Já no caso da Bovespa Holding S/A o valor unitário atribuído a cada ação ordinária foi de R\$ 24,82.

O Extrato de Movimentação de Ativos, emitido pelo Banco Bradesco S/A, entidade responsável pela custódia das ações da Nova Bolsa, confirma as quantidades de ações possuídas pela Deutsche Bank Corretora antes e depois de junho de 2008.

Devendo ser ressaltado que as ações preferenciais foram atribuídas aos então acionistas da Bovespa Holding S/A e imediatamente resgatadas ao valor unitário de 17,15340847.

Dessa forma, em 13 de junho de 2008 foi efetuado o resgate das 803.652 ações PN da Nova Bolsa pelo valor de R\$ 13.785.367,59, conforme informações prestadas pelo contribuinte. Nessa operação a Deutsche Bank Corretora reconheceu um lucro na venda de R\$. 13.785.367,59.

A DEUTSCHE BANK CORRETORA, entretanto excluiu o resultado da venda dessas ações da base de cálculo do PIS e da COFINS. Por ser sociedade corretora, sujeita-se à tributação do PIS e da COFINS nos moldes dos artigos 2º e 3º da Lei 9.718/98 (art. 8º da Lei 10.637/2002 e art. 10, I, da Lei 10.833/03).

Dessa Forma deve ser adicionado na base de cálculo dessas contribuições o resultado auferido no resgate das ações preferenciais, no valor de R\$ 13.785.367,59.

No processo de incorporação das ações da Bovespa Holding pela Nova Bolsa, o valor unitário atribuído a cada ação ordinária da Bovespa Holding S/A foi de R\$ 24,82, conforme item 3.4 do "Fato relevante" publicado em 17.008. Dessa forma o valor total do investimento avaliado a preço de mercado por ocasião da incorporação era de R\$ 119.679.831,02 (4.821.911 x R\$ 24,82). A incorporação das ações da Bovespa HoWng S/A pela Nova Bolsa S/A caracteriza-se como alienação de ações, representa a receita bruta auferida pela Deutsche Bank Corretora nesta operação é o ganho deveria ter sido apurado conforme abaixo:

Valor de mercado ações Bovespa na incorporação: R\$ 119.679.831,02 (-) Valor contábil ações Bovespa na incorporação: R\$ 10.752.861,53 = Resultado líquido na

incorporação de ações: R\$ 108.926.969,49 Assim, a composição da carteira de ações da Nova Bolsa passou a ser:

(...)

Na alienação ocorrida em 04/05/2009, o contribuinte reconheceu um resultado maior, por considerar um custo menor, que o custo médio apurado na alienação das ações da Nova Bolsa de R\$ 17,4193.

Considerando o custo médio apurado após a Incorporação das ações da Bovespa Holding, o custo das ações da Nova Bolsa vendidas em maio de 2009 seria de R\$ 119.679.831,02. Dessa forma teria apurado um prejuízo de R\$ 55.187.752,31, conforme exposto na página seguinte:

(...)

Constata-se, então que, o ganho de R\$ 108.926.969,49 apurado em maio de 2008, foi postergado para o ano-calendário de 2009, quando foram alienadas as 6.870.530 ações da Nova Bolsa e foram reconhecidos resultados, conforme se verifica acima.

Conforme já vimos anteriormente o resultado líquido obtido na incorporação de ações em 2008 foi de R\$108.926.969,49, esse resultado será tributado pelo IRPJ e CSLL, em 2008, de acordo com os artigos 247, 248, 251 e parágrafo único, 277 do RIR/99.

Em consulta à Demonstração do Lucro Real da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ/2010, ano-calendário 2009, a DEUTSCHE BANK CORRETORA apurou lucro real de R\$104.937.235,41 e base de cálculo da CSLL de R\$103.938.929,41.

Em consulta à Demonstração do Lucro Real da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ/2011, ano-calendário 2010, a DEUTSCHE BANK CORRETORA apurou lucro real de R\$39.826.374,23 e base de cálculo da CSLL de R\$ 37.483.745,13.

Abaixo temos a recomposição do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL nos anos calendário 2009 e 2010, considerando o resultado recalculado na venda das ações em 2009:

(...)

3.4. CARACTERIZAÇÃO DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES DA BOVESPA HOLDING S/A PELA NOVA BOLSA S/A COMO ALIENAÇÃO SUJEITA À INCIDÊNCIA DO IRPJ E CSLL.

Como o evento de incorporação de ações da BOVESPA S.A, a valor de mercado, CONFIGURA ALIENAÇÃO ficta, pois acarretará a liquidação do investimento temporário original, o ganho líquido (receita financeira) deverá ser objeto de tributação pelo IRPJ, CSLL, PIS e COFINS. Como

consequência, o investimento original deverá ser baixado e o novo ativo recebido escriturado ao custo de aquisição correspondente ao preço de mercado constante do laudo de avaliação ... A operação de incorporação de ações está prevista no artigo 252 da Lei n 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), e corresponde a uma forma de alienação em sentido amplo, conforme exposto na doutrina a seguir transcrita.

(...)

Em suma, resta a conclusão de que o ato societário de incorporação da totalidade das ações da Bovespa Holding S/A, ocorrido em maio de 2008, implicou na alienação das ações possuídas pelos acionistas originários.

(...)

A Deutsche Bank Corretora, é tributada pelo PIS e pela COFINS, nos termos da Lei 9.718/98, a qual em seus artigos 29 e 39 estabelecem que as contribuições devem ser calculadas com base no faturamento das pessoas jurídicas, faturamento este que corresponde a sua receita bruta. Observando-se que para fins de determinação da base de cálculo do PIS e da COFINS são permitidas algumas exclusões da receita bruta, que estão prescritas no parágrafo 29 do art. 3º da Lei 9.718/98.

Entre as exclusões permitidas, encontra-se a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente, prevista no inciso IV do referido dispositivo legal.

A Deutsche Bank Corretora reconheceu no Demonstrativo de Base de Cálculo do PIS e da COFINS o resultado da venda das ações preferenciais na rubrica "Outras Rendas Operacionais":

O contribuinte, porém excluiu, em junho de 2008, da base de cálculo do PIS e da COFINS o ganho auferido ... venda dessas ações preferenciais, no grupo "Outras Exclusões (sem COSIF específico), na linha "Lucros na Alienação de Investimentos do Ativo Permanente".' Por ser sociedade corretora, os resultados obtidos nas operações de venda das ações PN resgatáveis da Nova Bolsa e alienação das ações da Bovespa Holding no processo de incorporação de ações pela Nova Bolsa, comporiam o resultado operacional, sujeito à incidência das contribuições do PIS e da COFINS, pois o objeto social da empresa, previsto em seu estatuto contemplava a compra e venda de títulos e valores mobiliários, por conta de terceiros ou por conta própria, e o artigo 11 do Decreto -lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, estabeleceu que fosse classificado como lucro operacional o resultado das atividades, principais e acessórias, que constituísse objeto da pessoa jurídica. Portanto devem ser adicionados na base de cálculo do PIS e da COFINS o montante de R\$ 13.785.367,59 (receita no resgate de ações preferenciais) em junho de 2008.

4. EFEITOS DA ALIENAÇÃO DE AÇÕES DA BOVESPA HOLDING S/A NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS

Em 4 de junho de 2008 a Deutsche Bank Corretora alienou 3.214.607 ações da Bovespa Holding S/A, apurando resultado líquido de R\$78.014.753,49. A receita da venda dessas ações foi contabilizada na conta COSIF 7.15.2.0.00-7 "Resultado.com Ações Próprias":

(...)

Assim, está comprovado que a receita obtida com a venda das ações da Bovespa compõe o Resultado Operacional da Deutsche Bank Corretora.

Dessa forma, ficou demonstrado que não há previsão legal para a exclusão do resultado obtido com a venda -das ações acima j-eferidas da base de cálculo do PIS e da COFINS.

(...)

Devidamente cientificada das imputações acima transcritas, a contribuinte apresentou Impugnação cujos principais tópicos reproduzo, por oportuno:

(...)

II - PRELIMINARMENTE: DA NÃO CONFIGURAÇÃO DA HIPÓTESE DE OMISSÃO DE RECEITA E DA AUSÊNCIA DA NECESSÁRIA TIPIFICAÇÃO DA SUPOSTA INFRAÇÃO

3. No anexo "Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal" que constitui parte integrante do auto de infração, a autoridade fiscal autuante expõe que o motivo determinante do lançamento teria sido a omissão de receitas, invocando como fundamento legal os arts. 247 a 249, 251, 277, 278, 279, 280 e 288 do Regulamento do Imposto de Renda ("RIR/99"), aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, bem como o art. 30. da Lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995. (grifamos)

4. Pois bem. O art. 247 e 248 do RIR/99 citados como infringidos no referido anexo tratam apenas e tão somente da conceituação do lucro real e lucro líquido. Por sua vez, o art. 249, também apontado para esse fim, impõe a adição, ao lucro líquido do período, dos valores não incluídos na sua apuração e que devam ser adicionados na determinação do lucro real.

5. As demais normas do RIR/99 citadas como fundamento legal do lançamento, quais sejam, o art. 251 - que simplesmente exige a observância das leis comerciais e fiscais pelo contribuinte, bem assim a conservação adequada dos registros utilizados para esse fim - ou ainda os arts. 277 e 278 - que conceituam o lucro operacional e o lucro bruto, respectivamente -, não foram, em momento algum, desrespeitados pela Impugnante. Aliás, e é bom que se diga, se tivesse mesmo havido inobservância dessas disposições, impositiva seria a desconsideração da escrita da Impugnante e o arbitramento de seu lucro tributável.

6. Por fim, o art. 3o. da Lei nº 9.249, também assinalado como violado, limita-se a informar a alíquota do IRPJ devido pelas pessoas jurídicas.

7. Por outro lado, é inequívoco que ao citar como aplicável ao caso dos autos o art. 288 do RIR/99, a zelosa fiscalização entendeu ter se configurado a prática de omissão de receita pela Impugnante, o que é de todo confirmado pelo auto de infração, cujo item 1 indica ter sido esse o motivo do lançamento.

8. Ora, se houve omissão de receita, caberia à fiscalização enquadrar esse expediente em uma das hipóteses contempladas nos incisos do art. 281 do RIR/991, sob pena de cercear o direito de defesa da Impugnante.

9. Por se tratar de mera presunção, a autoridade fiscal deveria redobrar os cuidados ao considerar ter havido omissão de receitas, não bastando simplesmente alegá-la, mas tipificá-la indicando as circunstâncias em que teria ocorrido e enquadrando-a dentre as hipóteses previstas em lei, sob risco de infração ao art. 10 do Decreto nº 70.235 , de 6 de março de 1972, que rege o processo administrativo tributário e exige, entre outros requisitos, a descrição do fato, a disposição legal infringida e a penalidade aplicável, bem como o art. 142 do CTN, que impõe a autoridade lançadora a obrigação de determinar a matéria tributável, sem o que a Impugnante fica impossibilitada de contestá-la.

10. Isso significa que o lançamento encontra-se viciado, pois a Impugnante não foi informada sobre qual das hipóteses de omissão de receitas aplicar-se-ia ao caso dos autos, impedindo-a de produzir provas para elidir a presunção, o que compromete definitivamente o lançamento, como dá conta a seguinte ementa:

(...)

11. Ademais, conforme demonstra a sua própria denominação, a prática de omissão de receitas pressupõe necessariamente a ausência de registro contábil de valor que tenha implicado, necessariamente, aumento de patrimônio sujeito à tributação.

12. Em suma, a falta incorrida pela autoridade fiscal ao deixar de indicar qual a hipótese de omissão de receitas dentre aquelas previstas nos incisos I a III do art. 281 do RIR/99 teria sido praticada leva à nulidade do auto de infração, por implicar cerceamento do direito à defesa e ao contraditório, pois se o contribuinte desconhece os reais motivos que levaram a administração a acusá-lo de omitir receitas, impossível produzir prova em contrário, como bem atesta a seguinte decisão proferida pela E. Câmara Superior de Recursos Fiscais:

(...)

No presente caso, não restou demonstrado pela autoridade fiscal autuante qualquer omissão, ocultação, ou disfarce de receita pela Impugnante. Houve, sim, divergência entre o entendimento por ela esposado e o da dita autoridade fiscal em relação a valores que no entender desta última, deveriam ser tributados.

14. Não houve, tampouco, qualquer ação deliberada por parte do contribuinte no sentido de obstacularizar, ocultar, ou dificultar o acesso da fiscalização a qualquer informação. Pelo contrário, os sucessivos termos de intimação foram integralmente atendidos pela Impugnante, que disponibilizou ao fisco todas as informações solicitadas, utilizadas inclusive para fins de constituição do crédito tributário.

15. Por essa razão, requer desde logo se digne essa E. Turma Julgadora declarar nulo o lançamento no tocante à exigência feita a título de IRPJ e CSLL, seja por não especificar a hipótese em que supostamente teria ocorrido a prática de omissão de receita imputada pela autoridade lançadora, seja por não ter havido qualquer omissão a ensejar a autuação.

III -NÃO OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO IRPJ E CSLL NA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES DA BOVESPA HOLDING

16. No que se refere especificamente à incorporação de ações da Bovespa Holding, o diligente agente fiscal entendeu tratar-se de alienação sujeita ao IRPJ e CSLL.

17. Em apertadíssima síntese, o raciocínio cartesiano desenvolvido pela referida autoridade pode ser assim sintetizado:

(i) as ações da Bovespa Holding objeto de incorporação foram avaliadas a mercado;

(ii) o valor de mercado das ações da Bovespa Holding excedia o respectivo custo de aquisição

(iii) a mais valia correspondente a essa diferença é tributável pelo IRPJ e CSLL como ganho de capital no momento da incorporação.

18. O agente lançador passou então a apurar o custo médio das ações da Nova Bolsa recebidas em troca das ações da Bovespa Holding, e concluiu ser de valor bem superior àquele considerado pela Impugnante quando da efetiva venda. Por conta disso, recompôs as bases de cálculo do IRPJ e CSLL da Impugnante no ano-calendário de 2009, apurando prejuízo fiscal e base negativa, respectivamente, a após compensá-los no ano-calendário de 2010, chegou aos valores tidos como postergados.

19. Ocorre que o entendimento que fundamentou o lançamento não pode prosperar, por várias razões. Em primeiro lugar, porque a operação de incorporação de ações equívale a mera substituição de bens, feita de forma compulsória e independente da vontade do acionista que dela discorda.

20. Trata-se, pois, de operação cuja natureza jurídica é de substituição, distinguindo-se, nesse ponto, da incorporação de sociedades tratada no art. 227 da Lei das S.A., pois além de não implicar extinção da sociedade incorporada, é deliberada e

decidida pela diretoria da incorporadora, operando-se então a substituição de uma coisa por outra.

21. Nesse ponto, o renomado Professor Nelson Eizirik, ao comentar esse instituto, salienta que na hipótese de incorporação de ações, o acionista vê sua posição acionária trocada por outra de igual valor, razão pela qual não se verifica alteração e tampouco transmissão do patrimônio do acionista.

22. A impotência do acionista da sociedade cujas ações são objeto de incorporação para impedir a consumação desse ato é inequívoca, e enfatizada pelo festejado Professor Alberto Xavier, segundo o qual "o titular das ações a serem objeto de incorporação nada faz, nada transmite, nada permuta: limita-se, 'passivamente', a receber da sociedade incorporadora ações substitutivas das originariamente detidas, e que ocupam, no seu patrimônio, lugar equivalente ao das ações substituídas por um fenômeno de sub-rogação real."

23. É dizer, muito embora não tenha a natureza de permuta, por operar-se independentemente da vontade do acionista da sociedade cujas ações são objeto de incorporação, não deixa de ser fruto de uma relação de troca, denominada de "troca teórica" por Eizirik, por permitir ao minoritário compará-la com aquela resultante do critério adotado pela administração da incorporadora, fundamental para que se possa calcular o valor de eventual reembolso no caso de dissidência.

24. Por essa razão, assinala o autor que a incorporação de ações muito se assemelha à expropriação disciplinada no direito administrativo. Dela difere, no entanto, pelo fato de o controlador, ao entregar ações de sua emissão aos minoritários, permite que estes recebam uma quantidade de títulos equivalente ao valor indicado no laudo de avaliação, restando-lhes, se considerarem o negócio desvantajoso, exercer o direito de recesso.

25. No caso dos autos, as ações da Bovespa Holding foram avaliadas pela Impugnante a valor patrimonial contábil quando de seu recebimento, e isso é confirmado pelo agente fiscal autuante. Irrelevante, portanto, o fato de a controladora (Nova Bolsa) tê-las avaliado a preço de mercado, e considerado esse critério para fins de substituição por ações de sua própria emissão, como, aliás, já decidiu o então Conselho de Contribuintes, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF. Confira-se:

(...)

26. Foi exatamente isso o que ocorreu no caso dos autos, ou seja, a Impugnante ficou impedida de alienar a terceiros as ações da Bovespa Holding em face da transferência forçada destes títulos à incorporadora. Assim, dada a atipicidade do instituto da incorporação de ações, e considerando que a Impugnante nada podia fazer para evita-la, o eventual ganho de capital somente poderia ser aferido por ocasião da alienação das ações da Nova Bolsa, e não antes desse evento.

27. *Por conta disso, não se pode dispensar ao caso dos autos o mesmo tratamento tributário previsto na incorporação de sociedades, contemplado no art. 235 do RIR/99, que determina o cômputo, na apuração do lucro real, da diferença entre o custo de aquisição e o valor de mercado atribuído pela sociedade incorporada para levar a efeito essa operação, pois no caso de incorporação de ações, o valor de mercado é imputado pela incorporadora das ações, e não pela sociedade incorporada.*

28. *Além disso, não ocorre na incorporação de ações o fenômeno da extinção da participação societária ao qual se refere o art. 235 do RJR/99, e sim, transferência à Nova Bolsa, da participação societária que a Impugnante mantinha da Bovespa Holding, para registro como reserva de ágio e posterior incorporação ao capital social.*

29. *Tenha-se na devida conta que a Impugnante agiu de forma absolutamente correta ao considerar como fato gerador do IRPJ e CSLL a data da alienação das ações da Nova Bolsa, e não a data da incorporação destas, por inexistir, naquela ocasião, valor de mercado propriamente dito a ser considerado para esse fim.*

30. Tanto isso é verdade que na data da efetiva venda, o valor obtido pela Impugnante foi substancialmente inferior aquele considerado pela incorporadora como sendo o valor de mercado.

31. *Não há dúvida de que se a Impugnante tivesse recebido, por ocasião da incorporação, ações já normalmente negociadas no mercado de bolsa, a diferença a maior entre o valor de mercado desses títulos e o da participação na Bovespa Holding poderia ser tributada como ganho de capital, uma vez que haveriam parâmetros seguros para mensurá-lo de acordo com a lei da oferta e da procura, ou seja, com base na cotação de mercado.*

32. *Nesse sentido é a lição do saudoso Professor Bulhões Pedreira, renomado autor de vasta e preciosa obra voltada à legislação societária e tributária, e que se pronuncia sobre o tema com peculiar precisão, nos seguintes termos:*

(...)

33. *Essa distinção é de fundamental importância no caso dos autos, pois na data da incorporação das ações da Bovespa Holding, os títulos da Nova Bolsa recebidos no âmbito dessa operação ainda não se encontravam precificados, e só tiveram o seu valor de mercado fixado quando do primeiro pregão realizado nas bolsas de valores.*

34. *Fica assim evidenciado que a autoridade fiscal autuante incorreu em patente erro material na determinação da matéria tributável, sobretudo na indicação do aspecto quantitativo da hipótese de incidência tributária, atribuindo aos bens recebidos o valor que lhes foi atribuído pela incorporadora, que não representava aquilo que se poderia receber em futura*

negociação. Ao adotar esse procedimento, acabou viciando o lançamento como um todo, e levando à sua nulidade, conforme atesta a jurisprudência pacífica do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda, assim ementada:

(...)

35. O que não se pode é fechar os olhos para essa situação, e impor à Impugnante a obrigação de levar em conta o valor considerado como sendo "de mercado" pela sociedade incorporadora, pois este não corresponde necessariamente àquele que seria obtido na venda efetiva realizada no recinto próprio.

36. Pecou também o lançamento impugnado por ter indicado a incorporação de ações como evento tributável, e não a venda efetiva, implicando erro na determinação do aspecto temporal da hipótese de incidência da obrigação tributária.

37. Nesse sentido, convém recordar que a incorporação de ações, por se tratar de mera substituição, não implica alienação de patrimônio da incorporada, que permanece íntegro, nem tampouco se traduz em acréscimo patrimonial a justificar a tributação, e sim mera expectativa de que um dia ocorra.

38. Por todas essas razões, não se pode equiparar a operação de incorporação, pela Nova Bolsa, das ações da Bovespa Holding detidas pela Impugnante, e por consequência, merece imediato cancelamento a exigência de IRPJ e CSLL feita a título de ganho de capital e de postergação.

IV - DA INEXIGIBILIDADE DAS CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS E COFINS SOBRE A ALIENAÇÃO E RESGATE DE AÇÕES

39. Não procedem também as exigências das contribuições para o PIS e COFINS sobre as negociações de ações da Nova Bolsa e da Bovespa Holding.

40. A principal questão a ser analisada, sem prejuízo de outras também extremamente relevantes, diz respeito à classificação contábil dos títulos pretensamente alienados pela Impugnante, adquiridos em decorrência do processo de desmutualização das bolsas e também das ações da Nova Bolsa adquiridas quando da incorporação das ações da Bovespa Holding, dado que a legislação aplicável ao caso exclui da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente (art. 3º, § 2º, inciso IV, da Lei nº 9.718/98).

41. Nesse ponto, a Fiscalização apega-se ao fato de a Impugnante ter registrado as ações em conta do ativo circulante, e isso seria um indício de que ela pretendia vendê-las.

42. Contudo, o fato de a Impugnante ter contabilizado tais ações em conta do ativo circulante em nada altera esse cenário, pois como se sabe, a contabilidade não cria fatos, apenas os registra. E o equívoco da Impugnante no registro daqueles títulos não pode ensejar tributo e acréscimos legais, pois o erro não é fato

tributável, conforme vem decidindo reiteradamente esse prestigiado Conselho Administrativo, conforme atesta a seguinte ementa:

(...)

43. Com efeito, as referidas ações deveriam ter sido contabilizadas em conta do permanente da Impugnante até o momento da venda em bolsa de valores, razão pela qual sua negociação jamais poderia ser alcançada pela incidência das contribuições para o PIS e para a COFINS, por força de expressa isenção.

44. Nesse ponto, convém enfatizar que a Impugnante simplesmente substituiu bens que já integravam o seu ativo permanente por outros bens com essa mesma característica, como decorrência de natural sucessão inerente ao processo de reorganização das bolsas de valores e mercadorias.

45. Ou seja, pouco importa a forma como o contribuinte reportou ou contabilizou determinada operação, pois a autoridade fiscal tem o dever funcional de investigar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributária e quantificar adequadamente o tributo, nos exatos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional.

46. Disso resulta que no caso dos autos, a verdade material somente pode ser alcançada se precedida de cuidadosa análise do conteúdo, da natureza e dos efeitos produzidos pela operação contratada pela Impugnante, e não da forma adotada para contabilizá-la.

47. Para fundamentar seu posicionamento, a Fiscalização se vale também do argumento de que o estatuto da Impugnante permite que ela subscreva títulos e valores mobiliários para revenda, sugerindo que a finalidade da operação de desmutualização das bolsas seja para aquisição de ações destinadas à revenda.

48. De fato, o estatuto da Impugnante prevê a possibilidade de "subscrever emissões de títulos e valores mobiliários para posterior alienação". Ocorre que o objeto social contido nos estatutos da Impugnante é aquele permitido a todas as outras companhias corretoras de valores e títulos mobiliários, tendo sido determinado pelo art. 2º do Anexo à Resolução CMN nº 1.655/89, que elenca dentre eles a atividade de subscrever, isoladamente ou em consórcio com outras sociedades autorizadas, emissões de títulos e valores mobiliários para revenda e de comprar e vender títulos e valores mobiliários por conta própria e de terceiros, observada regulamentação baixada pela Comissão de Valores Mobiliários e Banco Central do Brasil nas suas respectivas áreas de competência.

49. No entanto, o simples fato de constar do objeto social da Impugnante por imposição do BACEN a possibilidade de subscrever emissões de títulos e valores mobiliários para

revenda não significa que todas as emissões por ela subscritas tenham como único fim a revenda.

50. O texto contido no objeto social da Impugnante não pode ser utilizado pela Fiscalização como motivo válido a demonstrar a intenção genérica e constante da corretora em relação aos títulos adquiridos (notadamente aqueles obtidos em decorrência da desmutualização), uma vez que as ações por ela recebidas e posteriormente alienadas são fruto de sucessão patrimonial, e não de compra com o fim de revenda.

51. De fato, a Impugnante não saiu em busca de ações para negociá-las no mercado, e sim, recebeu-as no âmbito do processo de desmutualização. Saliente-se que no caso das ações da Nova Bolsa, foram elas recebidas em razão de incorporação à qual não deu causa, fruto de ato unilateral praticado pela incorporadora.

52. Sendo notório que a ações recebidas pela (Impugnante no âmbito do processo de desmutualização não ocorreu por livre vontade da Impugnante, mas sim como decorrência do processo de reorganização das bolsas, não se pode admitir que o Fisco vislumbre nela qualquer intenção de compra com intuito de revenda.

3. Apesar de a Impugnante ter para si que, com base nas considerações já expostas, fica demonstrada a total improcedência do auto de infração, cumpre apontar mais uma razão pela qual a autuação fiscal não pode subsistir, em homenagem ao princípio da eventualidade.

54. Como foi visto, um dos fundamentos do auto de infração reside na operação de incorporação de ações da Bovespa Holding pela Nova Bolsa, na qual as ações detidas pela Impugnante foram avaliadas a valor de mercado, e substituídas por ações de emissão da incorporadora.

55. Entendeu a Fiscalização, erroneamente, que esta operação teria implicado, para a Impugnante, uma alienação das ações, representando assim receitas tributáveis pelo PIS e pela COFINS.

56. Ainda que pudesse prevalecer o critério adotado pela Fiscalização de que essas ações deveriam mesmo ser classificadas no circulante, o que de fato teria ocorrido na operação de incorporação de ações, seria mera marcação a mercado das ações, não sujeita à tributação em tal momento.

57. Ou seja, a atribuição do valor de R\$ 24,82 para cada ação da Bovespa Holding nada mais seria do que a marcação a mercado do valor mobiliário, que não produz qualquer efeito no campo tributário.

58. Nesse sentido, segundo o artigo 2º da Circular BACEN nº 3.068, de 08 de novembro de 2001, títulos e valores mobiliários detidos por instituições financeiras "devem ser

ajustados pelo valor de mercado, no mínimo por ocasião dos balancetes e balanços, computando-se a valorização ou a desvalorização em contrapartida (...)".

59. De acordo com tal normativo, os títulos e valores mobiliários sujeitos a esta regra são aqueles classificados pela instituição financeira como "títulos para negociação" ou "títulos disponíveis para venda".

60. O normativo do BACEN anteriormente mencionado prevê que a metodologia de apuração do valor de mercado é de responsabilidade da instituição financeira e "deve ser estabelecida com base em critérios consistentes e passíveis de verificação, que levem em consideração a independência na coleta de dados em relação às taxas praticadas em suas mesas de operação", podendo ser utilizado como parâmetro outros métodos indicados no parágrafo 1o, do artigo 2o, da Circular7.

61. Os demais critérios para ajuste no valor dos ativos de propriedade de instituições financeiras estão previstos na mencionada Circular BACEN nº 3.068, e nas Cartas-Circulares BACEN nº 3.023, 3.026 e 3.033, todas de 2001.

62. Ocorre que como se disse antes, a marcação a mercado não tem qualquer repercussão na base de cálculo do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS.

63. De fato, nos termos do artigo 35 da Lei nº 10.637/2002, posteriormente regulamentado pela Instrução Normativa SRF nº 334, de 23 de junho de 2003, os resultados apurados em decorrência da avaliação a mercado de ativos financeiros detidos pelas instituições financeiras não geram efeitos tributários enquanto tais ativos não forem alienados. Confira-se:

(...)

64. Extrai-se desse dispositivo legal que o ajuste a valor de mercado de valores mobiliários somente comporá a base de cálculo do IRPJ, da CSLL, do PIS e da Cofins quando da efetiva alienação do bem.

65. Isto é, ao se proceder ao ajuste contábil a valor de mercado, a contrapartida deve ir para conta específica e não para resultado, de modo a não ser tributado. Ocorrida a alienação do bem, a referida contrapartida deve ser baixada e adicionada à base de cálculo dos aludidos tributos.

66. Desse modo, acatando-se o critério adotado pela fiscalização (contabilização das ações no Ativo Circulante), a diferença entre o custo contábil e o valor de

mercado a elas atribuído quando da incorporação das ações corresponderia à marcação a mercado, e esse montante não é tributável até a alienação das ações.

67. Apenas para assentar o que foi dito até aqui, considerando que na operação de incorporação não houve a alienação, e sim mera substituição de ações sem transferência patrimonial, as quais somente foram vendidas em momento posterior, não poderia a fiscalização tê-las tributado no momento da incorporação.

V - DA INEXIGIBILIDADE DA MULTA ISOLADA CUMULADA COM A MULTA DE OFÍCIO

A aplicação de multa isolada concomitantemente com a multa de ofício tem sido objeto de severas críticas no CARF, pois isso significaria exigir duas penalidades em razão de uma única infração.

69. O entendimento de que a multa de ofício não pode ser cumulada com a multa isolada encontra-se sedimentado no repertório de jurisprudência da mais alta Corte administrativa, qual seja, a Câmara Superior de Recursos Fiscais. Confira-se:

(...)

70. As decisões acima indicadas demonstram claramente que a multa isolada não pode ser exigida de forma concomitante com a multa de ofício, pois isso significaria verdadeiro "bis in idem", já que as duas sanções estariam sendo impostas com base em um mesmo evento, e recaindo sobre uma mesma base de cálculo.

71. Por essa razão, admitindo-se apenas e tão somente para argumentar que a Impugnante tenha incorrido em qualquer falta relacionada ao pagamento do tributo, impossível seria a aplicação concomitante de duas penalidades sobre um mesmo fato, conforme atesta a pacífica jurisprudência cujas ementas encontram-se acima transcritas.

IV - DO PEDIDO

72. Ante as razões exaustivamente expostas, requer seja a presente impugnação conhecida, porquanto tempestiva, e acolhida a preliminar de nulidade do auto de infração, cancelando-se o lançamento.

73. No mérito, requer seja dado integral provimento à presente Impugnação, afastando-se em definitivo as exigências tributárias, e protesta pela produção de todas as provas em Direito admitidas, sobretudo a realização de diligências, perícias e a juntada de novos documentos.

(...)”

A 4ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto/SP, nos termos do acórdão e voto de folhas 241 em diante, julgou o lançamento procedente, ficando assim ementada a decisão:

[...]

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008

AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE.

Satisfeitos os requisitos do art. 10 do Decreto 70.235/72, bem como do art. 142 do CTN, além disso não tendo ocorrido o disposto no art. 59 do mesmo decreto, válidos são os autos de infração.

DESMUTUALIZAÇÃO DE BOLSAS DE VALORES. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO DE ASSOCIAÇÃO. SUJEIÇÃO À TRIBUTAÇÃO.

A operação de desmutualização sob a forma de cisão parcial seguida de incorporação, não se faz possível, em razão do disposto no art. 61 do Código Civil de 2002, que veda a destinação de qualquer parcela do patrimônio de associações a entes com finalidade lucrativa.

DESMUTUALIZAÇÃO DA BOVESPA E BM&F. SOLUÇÃO DE CONSULTA.

Formulada consulta pela Comissão Nacional de Bolsas de Valores e proferida a respectiva Solução de Consulta pela COSIT, que analisou a questão da desmutualização das Bolsas, o entendimento ali proferido passa a ser o entendimento da Secretaria da Receita Federal e vincula a autoridade julgadora de primeira instância.

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

Devem ser classificados no Ativo Circulante as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente. Correta a classificação, no Ativo Circulante, das ações da BOVESPA HOLDING S/A e da BM&F S/A que foram recebidas pela contribuinte em decorrência de processo de desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA, e da Bolsa de Mercadorias & Futuros de São Paulo - BM&F.

PIS/COFINS. FATO GERADOR. FATURAMENTO. VENDA DE AÇÕES.

A venda de ações, incluindo as ações subscritas das novas sociedades constituídas após a etapa de desmutualização das bolsas de valores, integra a receita oriunda do exercício da atividade empresarial típica da instituição financeira, compondo o faturamento da contribuinte, fato gerador da Cofins.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA.

A falta de recolhimento do imposto sobre a base de cálculo estimada por empresa que optou pela tributação com base no lucro real anual, enseja a aplicação da multa de ofício isolada.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

[...]

A contribuinte foi devidamente cientificada da decisão acima mencionada, tendo apresentado Recurso Voluntário (fls. 308 em diante), no qual reiterou a preliminar de nulidade do auto de infração, que teria imputado omissão de receitas, em vez de divergência no critério utilizado para qualificar o processo de desmutualização.

Sustentou ainda, a nulidade da decisão recorrida ao proclamar, ela decisão, que não seria possível a cisão parcial de sociedade sem fins lucrativos, porquanto entende a recorrente que tal discussão não estaria presente nos autos, já que aqui se trata de evento posterior à desmutualização das bolsas, ou seja, a incorporação das ações da Bovespa Serviços e Participações S.A. e da Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia pela Bovespa Holdings S.A., pela Nova Bolsa, e o resgate de parte das ações por esta emitida, levando a Fiscalização a questionar os efeitos tributários dessa operação.

Segundo reputou a recorrente os efeitos provocados pela desmutualização das bolsas de valores estão sendo discutidos nos autos n. 16327.000163/2010-20. O presente processo trata de evento posterior à desmutualização, qual seja, incorporação das ações da Bovespa Holding pela Nova Bolsa, e o resgate de parte das ações emitidas, levando a fiscalização a questionar os efeitos tributários dessa operação. Logo, a decisão de primeira instância é nula, por estar totalmente dissociada da situação fática do processo.

A contribuinte não apresentou qualquer razão de mérito referente à autuação e pugnou pela reforma do acórdão recorrido apenas pelas preliminares de nulidade aduzidas acima.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Edwal Casoni de Paula Fernandes Jr., Relator.

O Recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos de recorribilidade. Admito-o para julgamento.

Tal como descrito no relatório acima circunstanciado a contribuinte apresentou Recurso Voluntário versando apenas a nulidade do auto de infração e, alternativamente, a nulidade da decisão recorrida, as razões de mérito não foram reiteradas ou mesmo aludidas, razão pela qual a análise do presente recurso se circunscreve ao conteúdo limitado pelo Recurso Voluntário, a saber, as proclamadas nulidades.

Ainda que a ordem adotada adiante subverta a cronologia do que sustenta a recorrente, antes mesmo de verificar se os autos de infração são nulos é mister tratar da segunda preliminar invocada pela contribuinte

Segundo reputa a recorrente, em resumo, que em vista dos fundamentos adotados pela DRJ, consagradores de que *"a cisão parcial de entidade sem fins lucrativos não seria possível, por não ser admitida pelo ordenamento jurídico, tratando-se, na verdade, de extinção seguida de devolução de capital"*, puniria o conteúdo de nulidade, já que, segundo a contribuinte, nada disso está em discussão nos autos, eis que os efeitos provocados pela desmutualização das bolsas de valores estariam sendo discutidos nos autos nº 16327.000163/2010-20 e presente processo versaria evento posterior à desmutualização, qual seja, incorporação das ações da Bovespa Holding pela Nova Bolsa, e o resgate de parte das ações emitidas, levando a fiscalização a questionar os efeitos tributários dessa operação, conclui seu raciocínio, destarte Logo, a decisão de primeira instância é nula, por estar totalmente dissociada da situação fática do processo.

Assiste rigorosa razão à contribuinte. Com efeito, a decisão recorrida confundiu-se ao abordar os temas e não observou que as imputações do Fisco não são aquelas típicas da denominada desmutualização das bolsas de valores, aqui se cuida de evento posterior, tendo a Fiscalização lavrado autos de infração relativos ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, ano-calendário 2008.

De acordo com o TVF, o Deutsche Bank era titular de ações da Bovespa Holding. Em 17/04/2008 a Bovespa Holding e a BM&F comunicaram ao mercado o objetivo de integrar suas atividades com a incorporação de ambas pela empresa Nova Bolsa S/A (Nova Bolsa), sendo que no comunicado, constaram algumas das etapas da reorganização societária, dentre as quais, a incorporação das ações da Bovespa Holding a valor de mercado (R\$ 24,82), passando Bovespa a ser subsidiária integral de Nova Bolsa, sendo que em favor dos acionistas de Bovespa, foram emitidas ações ordinárias da Nova Bolsa, além de ações preferenciais resgatáveis pelo valor de R\$ 17,15340847 por ação.

Anotou-se assim, que pelas 4.821.911 ações da Bovespa Holding que a autuada detinha foram recebidas 6.870.530 ações de emissão da Nova Bolsa. Os acionistas da Bovespa Holding também receberam ações PN resgatáveis da Nova Bolsa, na proporção de

uma ação PN resgatável para cada 10 ações da Bovespa Holding, o que totalizou 803.652 ações PN resgatáveis da Nova Bolsa em maio de 2008.

Segundo apurou-se, em 13 de junho de 2008, foi efetuado o resgate das 803.652 ações PN da Nova Bolsa pelo valor de R\$ 13.785.367,59. Nessa operação, a Deutsche Bank Corretora reconheceu um lucro na venda de R\$ 13.785.367,59. Todavia, excluiu o resultado da venda dessas ações da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A glosa se deu justamente porque, de acordo com a fiscalização, por ser sociedade corretora, o valor de R\$ 13.785.367,59 deveria ter sido adicionado na base de cálculo do PIS e da COFINS. Outrossim, a incorporação de ações da Bovespa Holding pela Nova Bolsa caracterizaria-se como alienação de ações, razão pela qual o ganho deveria ter sido tributado pelo IRPJ e CSLL.

Em suma, as bases de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins devem incluir as receitas obtidas com a incorporação das ações da Bovespa Holding pela Nova Bolsa e com o resgate das ações preferenciais da Nova Bolsa, esta foi a imputação.

Conquanto seja compreensível o equívoco cometido pela decisão recorrida, é fato que não contemplou o estrito objeto tratado pela Fiscalização nas imputações, eis que o auto de infração fora julgado como típica exigência decorrente do denominado processo de desmutualização, quando em verdade, trata do entendimento fiscal de que, por se tratar de sociedade corretora, o valor de R\$ 13.785.367,59 deveria ter sido adicionado na base de cálculo do PIS e da COFINS da recorrente, e a incorporação de ações da Bovespa Holding pela Nova Bolsa caracterizaria-se como alienação de ações, razão pela qual o ganho deveria ter sido tributado pelo IRPJ e CSLL.

Havendo distinção entre o objeto julgado e as imputações levadas a efeito, é claro o cerceamento ao direito de defesa da contribuinte, hipótese versada no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, de sorte que ao meu sentir se impõe o provimento do Recurso Voluntário para os fins de anular-se a decisão recorrida, determinando que novo julgamento seja proferido, contemplando a exata imputação lançada pela Fiscalização.

Sala das Sessões, em 03 de fevereiro de 2015

(assinado digitalmente)

Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior.