



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

Processo n° 16327.720593/2013-12
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-002.093 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de abril de 2017
Matéria INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL
Recorrente DEUTSCHE BANK - CORRETORA DE VALORES S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Exercício: 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. Eventuais equívocos de aplicação ou interpretação da legislação tributária podem implicar em cancelamento da exigência, fato que não se verifica no presente processo.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO DE AÇÕES. TRIBUTAÇÃO.

A incorporação de ações da Bovespa Holding pela empresa Nova Bolsa equivale a uma alienação de ações, sujeitando o respectivo ganho à incidência do imposto de renda.

PIS/COFINS. FATO GERADOR. VENDA DE AÇÕES.

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

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração e, no mérito, por maioria de votos, em negar

provimento ao recurso voluntário, vencido o Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, com relação a exigência do Pis/Cofins. O conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca solicitou a apresentação de declaração de voto.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Rogério Aparecido Gil - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Júnior, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Rogério Aparecido Gil, Ester Marques Lins de Sousa, Gustavo Guimarães da Fonseca e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto face ao acórdão 14-58.560 da 5ª Turma da DRJ de Ribeirão Preto que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, referente ao auto de infração, de 29/05/2013, fl. 142, relativo ao IRPJ, CSLL, PIS, COFINS dos anos-calendário de 2008, relativamente a incorporação e resgate de ações perante a Bovespa Holding S.A. e a Nova Bolsa S.A.

Da fiscalização

A recorrente, no âmbito de suas atividades de corretora de títulos e valores mobiliários, possuía (31/12/2007) saldo de 8.036.518 ações da Bovespa Holding, contabilizadas na rubrica na conta COSIF 1.3.1.20.10.005 "Ações de Companhias - Carteira Própria", perfazendo o montante de R\$17.921.435,14.

Em 08/05/2008, a Nova Bolsa S.A. incorporou as ações da Bovespa Holding S.A. e a Bolsa de Mercadorias & Futuros - BM&F S.A.

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.

As ações preferenciais foram atribuídas aos então acionistas da Bovespa Holding S.A. e imediatamente resgatadas ao valor unitário de 17,15340847.

Em 13/06/2008, efetuou-se o resgate das 803.652 ações PN da Nova Bolsa pelo valor de R\$13.785.367,59, conforme informações prestadas pela recorrente.

A fiscalização registrou que nessa operação a Deutsche Bank Corretora deveria ter reconhecido esse valor, como lucro auferido na venda das ações, sob o fundamento de que a incorporação das ações da Bovespa Holding S.A. pela Nova Bolsa S.A. caracterizou-se em alienação das ações dos acionistas originários.

Nesse contexto, registra que a recorrente não poderia ter excluído esse resultado da venda dessas ações (R\$13.785.367,59) 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 nº 9.718/98 (art. 8º da Lei nº 10.637/2002 e art. 10, I, da Lei nº 10.833/03). Concluiu, assim, que esse resultado deveria ter sido adicionado à base de cálculo dessas contribuições.

A fiscalização concluiu, ainda, que teria havido postergação de IRPJ e CSLL pelo fato de que, somente no resgate das ações pela recorrente perante a Nova Bolsa S.A., teria havido o reconhecimento dos resultados.

Houve, também, a aplicação de multa isolada, em virtude da não inclusão pela recorrente das diferenças entre os valores entregues para a formação do patrimônio da Nova Bolsa S.A., na base de cálculo das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL.

Da Impugnação

Em sua impugnação (fl. 175), a recorrente apresentou as razões pelas quais defende que não haveria, no caso, omissão de receita. Alegou, também, que o auto de infração não teria fundamentado a suposta omissão de receita.

Em sequência, sustentou que não caracterizaria fato gerador de IRPJ e CSLL a incorporação das ações da Bovespa Holding S.A. pela Nova Bolsa S.A.; que a operação constituiria substituição de bens, promovida de forma compulsória e independente da vontade da acionista recorrente. Saliencia que, na operação de incorporação não teria havido alienação de ações, mas mera substituição de bens sem transferência de patrimônio; que somente quando as ações da recorrente fossem vendidas, em momento posterior, poderia haver tributação.

Sustentou a inexigibilidade do PIS e da COFINS, sob a alegação de que o fato de haver contabilizado as ações no ativo circulante teria sido um erro que, dessa forma, teria sido correta a exclusão das respectivas bases de cálculo.

Alegou que o fato de as ações da Bovespa Holding S.A. terem sido incorporadas a valor de mercado (R\$24,82), não geraria impacto tributário na recorrente.

Encerrou sustentando que não poderia haver cumulação de multa de ofício e multa isolada.

Do Acórdão da DRJ

A primeira decisão da DRJ foi anulada por esse Conselho. Na oportunidade, concluiu-se que teria havido equívoco quanto ao objeto desse PAF. A decisão anulada adentrou a questões relativas à desmutualização, ocorrida por ocasião da extinção da Bovespa associação civil sem fins lucrativos e a instituição da Bovespa Holding S.A.

A DRJ proferiu nova decisão e com base nos fundamentos a seguir sintetizados, manteve a conclusão de improcedência da impugnação da recorrente.

A preliminar de nulidade, sobre inexistência de omissão de receita e falta de enquadramento legal, foi rejeitada pela DRJ.

Quanto à alegação da recorrente de que entre a Bovespa Holding S.A. e a Nova Bolsa S.A. teria havido apenas uma substituição de bens, a DRJ concluiu que sujeita-se à tributação pelo IRPJ o ganho apurado nessa operação, por se constituir em alienação de ações, materializada pela transmissão onerosa da propriedade de ativos.

A DRJ também ratificou o entendimento da fiscalização no sentido de que as ações recebidas pela recorrente devem ser classificadas no ativo circulante, por terem sido adquiridas com a intenção de venda em curto prazo (art. 179, inc. I da Lei nº 6.704/76) e a receita decorrente de sua alienação é operacional e decorrente da atividade operacional típica da empresa, o que atrai a incidência do PIS e COFINS.

A multa isolada, concomitantemente à multa de ofício, também foi mantida pela DRJ.

Do Recurso Voluntário

A recorrente foi cientificada do Acórdão 14-58.560 da DRJ, em 03/06/2015, conforme Aviso de Recebimento dos Correios – AR (JH70146331 8 BR), fl. 422. Apresentou recurso voluntário, em 02/07/2015, fl. 424.

O recurso voluntário reapresenta as razões sustentadas na impugnação da recorrente, conforme retro sintetizado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rogério Aparecido Gil - Relator

A recorrente está devidamente representada e o recurso voluntário foi interposto tempestivamente. Conheço do recurso.

Preliminar de Nulidade

A recorrente alega nulidade do auto de infração, por considerar que não há omissão de receita e, caso houvesse, o auditor fiscal estaria obrigado a tipificar a ocorrência de omissão de receita.

O auto de infração (fl. 144) registrou que houve omissão de receitas referentes a permuta das ações da Bovespa Holding por ações da Nova Bolsa S.A. (BM&F Bovespa, em conformidade com o Termo de Verificação Fiscal (TVF). Indicou que o fato gerador se deu em 31/12/2008, valor apurado: R\$108.926.969,49 e multa de 75%.

Enquadrou essa ocorrência nas disposições do art. 3º da Lei nº 9.249/95; arts. 247, 248, 249 inc. II, 251, 277, 278, 279 e 288 do RIR/99.

Analisados os fatos e os fundamentos consignados no auto de infração e TFV, verifica-se, ao contrário das razões preliminares da recorrente, que o auto de infração preenche os requisitos e formalidades legais. Nesse sentido, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade, ratificando-se os fundamentos do acórdão recorrido.

Do Mérito

O acórdão recorrido concluiu que:

- a) é devido IRPJ e CSLL sobre a alienação das ações da Bovespa Holding S.A. no processo de incorporação de suas ações pela Nova Bolsa S.A., atual BM&F Bovespa S.A.; que nesse processo houve postergação pela recorrente de parte do IRPJ e CSLL devidos;
- b) é devido o recolhimento de PIS e COFINS na venda de ações PN resgatáveis da Nova Bolsa, bem assim na venda de ações da Bovespa Holding em maio de 2008;
- c) é devida a multa de ofício e a multa isolada, cumulativamente.

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 17/04/2008.

Dessa forma o valor total do investimento da recorrente avaliado a preço de mercado por ocasião da incorporação seria de R\$119.679.831,02 (4.821.911 x R\$ 24,82). A DRJ ratificou o entendimento da DRF de que a incorporação das ações da Bovespa Holding S.A. pela Nova Bolsa S.A. caracterizou-se como alienação de ações e a receita bruta auferida pela recorrente naquela operação constitui-se em ganho que deveria ter sido oferecido à tributação na forma detalhada no TVF, a seguir reproduzida:

Valor de mercado das 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

	Quantidade	Custo Unitário	Valor Total (R\$)
Bovespa Holding S.A.	4.821.911	24,82	119.679.831,02
Bovespa Holding S.A.	2.048.619	0	0
Total	6.870.530	17.4193	119.679.831.02

O custo médio das ações da Nova Bolsa S.A., resultado da incorporação das ações da Bovespa Holding e da BM&F S.A., passou a ser R\$17.4193, conforme quadro acima.

Em 04/05/2009, a recorrente efetuou a alienação de 6.870.530 ações BM&F Bovespa ON, tendo apurado o resultado conforme "Quadro Demonstrativo de Vendas Ocorridas em 2009" apresentado em resposta à intimação fiscal:

Data da Venda (Pregão)	04/05/2009
Quantidade de ações ON vendidas	6.870.530
Valor da Venda	R\$64.492.078,71
Custo das Ações	R\$1.798.000,64
Resultado Apurado	R\$62.694.078,07

Na alienação ocorrida em 04/05/2009, a recorrente 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 a seguir demonstrado:

Data da Venda	04/05/2009
Quantidade de ações ON vendidas	6.870.530
Valor da Venda	64.492.078,71
Custo das ações considerando custo médio de R\$ 17,4193	119.679.831,02
Resultado apurado	-55.187.752,31
Resultado apurado pelo contribuinte	62.694.078,07
Diferença: resultado apurado - resultado reconhecido	-117.881.830,38

Constata-se 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. A DRF e a DRJ concluíram que esse resultado deveria ter sido tributado pelo IRPJ e CSLL, em 2008, de acordo com os artigos 247, 248, 251 e parágrafo único, 277 do RIR/99.

Consultada a DIPJ/2010, ano-calendário 2009, verificou-se que a recorrente apurou lucro real de R\$104.937.235,41 e base de cálculo da CSLL de R\$103.938.929,41.

Consultada a DIPJ/2011, ano-calendário 2010, verificou-se que a recorrente apurou lucro real de R\$39.826.374,23 e base de cálculo da CSLL de R\$ 37.483.745,13.

No TVF (fl. 118 e 119) apresentaram-se quadros demonstrando 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.

No ano calendário 2009 a recorrente apurou IRPJ no valor de R\$26.210.308,85 e CSLL no valor de R\$15.890.839,41. Na forma demonstrada no TVF, esses valores recolhidos referentes ao ano calendário de 2009 foram considerados postergação do pagamento desses tributos sobre o resultado auferido na permuta das ações em 2008.

No ano calendário de 2010 a recorrente apurou IRPJ no valor de R\$9.932.593,55 e CSLL no valor de R\$5.622.561,77. Conforme apresentado, parte desses valores recolhidos referentes ao ano calendário de 2010 foram considerados postergação do pagamento desses tributos sobre o resultado auferido na permuta das ações em 2008.

Analisando-se o recurso voluntário, verifica-se que a **recorrente**, sobre esse ponto, alegou que a alienação de ações ocorrida no referido processo de incorporação, não constituiria fato gerador de IRPJ e CSLL e que **o ganho de capital somente deveria ser oferecido à tributação por ocasião do efetivo resgate das ações.**

Alegando se tratar de entendimento coincidente com o seu, a recorrente colacionou **apenas trechos do acórdão** 9202-003.579 - 2ª Turma, de 03/03/2015. Proc. 10680.726772/2011-88. Todavia, como se pode observar na ementa a seguir transcrita, integralmente, o caso citado se refere a imposto de renda de pessoas físicas, trata-se de sócios de empresas que tiveram ações ou cotas incorporadas. Portanto, não se aplica à presente situação, como segue:

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2008

IRPF - OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL.

A figura da incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76, difere da incorporação de sociedades e da subscrição de capital em bens. Com a incorporação de ações, ocorre a transmissão da totalidade das ações (e não do patrimônio) e a incorporada passa a ser subsidiária integral da incorporadora, sem ser extinta, ou seja, permanecendo com direitos e obrigações. Neste caso, se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação.

Os sócios, pessoas físicas, independentemente de terem ou não aprovado a operação na assembléia de acionistas que a aprovou, devem, apenas, promover tal alteração em suas declarações de ajuste anual.

Ademais, nos termos do artigo 38, § único, do RIR/99, a tributação do imposto sobre a renda para as pessoas físicas está sujeita ao regime de caixa, sendo que, no caso, o contribuinte não recebeu nenhum numerário em razão da operação autuada.

Não se aplicam à incorporação de ações o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88, nem tampouco o artigo 23 da Lei nº 9.249/95. Inexistência de fundamento legal que autorize a exigência de imposto de renda pessoa física por ganho de capital na incorporação de ações em apreço. Recurso especial negado.

Da mesma forma, verifica-se que as **citações doutrinárias** colacionadas pelo recorrente não amparam sua tese de que, somente no efetivo resgate das ações é que haveria a incidência tributária.

De outro lado, em relação à caracterização da incorporação de ações da Bovespa Holding S.A. pela Nova Bolsa S.A. como alienação sujeita à incidência do IRPJ e CSLL, o **acórdão recorrido** apresenta os seguintes fundamentos:

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 nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), e corresponde a uma forma de alienação em sentido amplo, conforme exposto na doutrina a seguir transcrita. .

Incorporação de Ações

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

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

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

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

A respeito do art. 252 da Lei das S.A., encontramos a seguinte doutrina de Modesto Carvalhosa (Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, Ed. Saraiva, 2009, tomo II, fls.132):

"Na constituição derivada, de que trata este artigo, há uma falsa incorporação, ou seja, a aquisição das ações de determinada companhia, sendo a incorporadora a única adquirente. Tendo em vista a proteção dos interesses dos acionistas minoritários de ambas as sociedades - a incorporadora e a incorporada - a lei criou uma série de dispositivos especiais, em tudo semelhantes ao negócio e aos procedimentos da incorporação autêntica.

Trata-se, o negócio de incorporação de ações, ao mesmo tempo de uma incorporação e de uma alienação fictas. No primeiro caso, porque não se incorpora uma sociedade em outra, na medida que a incorporadora subsiste como pessoa jurídica, ou seja, como sociedade mercantil de direito privado, revestindo o tipo de companhia. No segundo caso, porque o controlador da sociedade incorporada aliena não apenas suas ações à incorporadora, mas também a dos minoritários, num negócio sui generis, que lembra a expropriação do direito administrativo. Trata-se, com efeito, de negócio sui generis a que, por lei, está permanentemente sujeito o acionista minoritário da incorporadora: ter suas ações vendidas à incorporadora independentemente de sua vontade (...)

Ou seja, considerando que no ato jurídico não há uma mera substituição de ativos, e sim uma transmissão onerosa da propriedade de ativos mensurados por laudo de avaliação, temos que a incorporação de ações constitui uma das espécies do gênero alienação, no sentido amplo. Tal entendimento acarreta a tributação da pessoa física e da pessoa jurídica.

O procedimento de incorporação de ações é bem descrito por Edmar de Oliveira Andrade Filho em "Imposto de Renda das Empresas", Editora Atlas, 9ª Edição, 2012, pág. 519, que por sua didática transcrevemos a seguir trechos do mesmo:

"A incorporação de ações é regida pelo artigo 252 da Lei 6.404/76 e que tem por objetivo a criação de uma subsidiária integral (sociedade unipessoal referida no artigo 251 da referida lei) a partir de sociedade já existente; envolve, pois a conversão de uma sociedade com dois ou mais sócios ou acionistas para torná-la unipessoal de modo que todas as ações sejam de titularidade de uma sociedade brasileira. Pode ou não haver transformação em sentido próprio (art. 220 da Lei 6.404/76) que designa a mudança de tipo de sociedade; só haverá transformação se a sociedade que vier a se tornar subsidiária integral não for uma sociedade por ações. A transformação é exigida porque o caput do art. 251 da Lei nº 6.404/76 determina que a "subsidiária integral" seja uma sociedade por ações.

O artigo 252 da Lei nº 6.404/76 estabelece um procedimento especial para esta conversão e dá o nome de incorporação de ações. A palavra incorporação, nesse

contexto, não tem a mesma significação de incorporação de sociedade, pois não há a extinção de sociedade, mas sim mera conversão de sociedade anônima.

A operação de incorporação de ações requer a existência de pelo menos três partes distintas. A sociedade investida, que se tornará uma subsidiária integral e, portanto, passará a ter um único acionista; a sociedade incorporadora de ações ou cotas, que terá seu capital aumentado em decorrência, de subscrição feita pela terceira parte, representada pelos demais sócios ou acionistas da sociedade investida e que "trocarão" as ações ou cotas do capital daquela que, se tornará subsidiária integral por ações ou cotas da sociedade incorporadora que, como visto, terá o seu capital aumentado mediante a emissão de novas ações ou cotas

Em termos práticos, a sociedade que vier a ser a incorporadora das ações adquire todas as ações (ou o restante para completar a totalidade, se ela já for acionista) da sociedade que vier a ser sua subsidiária integral; essa aquisição é feita mediante o recebimento por conferência das ações ou cotas em subscrição do aumento de seu próprio capital. Assim, a recebedora das ações ou cotas da sociedade que vier a se tornar a subsidiária integral extingue a obrigação pela subscrição das ações mediante a entrega de ações de seu próprio capital.

.....

Na sociedade que se tornará a única acionista da subsidiária integral (incorporadora de ações ou cotas) a realização de uma assembléia geral é necessária porque haverá aumento de seu capital social e porque certos acionistas ou sócios poderão dissentir da decisão e requerer o reembolso do valor de suas ações ou cotas. Ademais a, lei impõe formalização de um protocolo de justificação com os termos do negócio jurídico a ser realizado e a apresentação de um laudo de avaliação do valor econômico das ações ou cotas que estarão sendo objeto de troca e que, em última análise, diz respeito ao valor do aumento do capital social, que pode ser realizado com ou sem prêmio (ágio na emissão de ações). Na sociedade (ou nas sociedades) que vier a subscrever ações ou cotas do capital da sociedade incorporadora das ações, a assembléia geral deve ser convocada em razão do disposto em Lei (parágrafo 2º o artigo 252), que exige que uma operação desta natureza deva contar com a deliberação prévia dos sócios ou acionistas que podem dela dissentir. Neste caso, a Lei retira dos administradores os poderes para realizar uma operação que envolve ativos da sociedade.

.....

Sob a perspectiva daquele que realiza a troca das ações ou quotas, há a substituição de investimentos que pode acarretar ou não a apuração de ganho ou perda de capital; tudo fica a depender do valor a ser atribuído a operação, se maior ou menor que o valor contábil do investimento primitivo, que é substituído por outro.

Está operação pode ser qualificada como sendo passível de produzir uma alienação ou uma liquidação do investimento. A incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo. Com efeito, o detentor das ações ou cotas as entrega sob a forma de conferência de bens para subscrição de capital e recebe ações ou cotas da sociedade que teve seu capital aumentado e que passou a ser a única acionista da sociedade convertida em subsidiária integral. Todavia, não se pode olvidar que o fenômeno possui afinidade funcional com a liquidação de investimento por incorporação de sociedade nos termos do artigo 227 da Lei nº 6.404/76; de fato, o investimento na antiga sociedade (aquela que se tornou a subsidiária integral) deixa de existir em razão do cancelamento das antigas ações ou cotas da controladora (único acionista ou cotista) da subsidiária integral.

Os negócios jurídicos que compõem o instituto da incorporação de ações ocorrem em razão de manifesta deliberação dos sócios ou acionistas das sociedades envolvidas mediante assembleias, nos termos do artigo 252 da Lei 6.404/76; portanto, são os acionistas que determinam os valores pelas quais as operações são realizadas (observadas as prescrições legais tendentes a proteger acionistas minoritários) de modo que se a operação de subscrição realizar-se por valor superior ao valor contábil haverá apuração de ganho de capital tributável e, se for o caso, haverá a realização do ágio ou deságio já amortizado e objeto de controle na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real."

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 alienação das ações possuídas pelos acionistas originários.

Na primeira instância de julgamento administrativo, temos o seguinte acórdão específico para um caso de incorporações de ações da Bovespa Holding pela Nova Bolsa:

Acórdão nº 16-40.122-29/12/2012

10ª Turma da DRJ/SPI

Assunto: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008s-

*INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO DE AÇÕES.
ATIVIDADE TÍPICA DE CORRETORA. TRIBUTAÇÃO*

A incorporação de ações da Bovespa Holding pela empresa Nova Bolsa equivale a uma alienação de ações, atividade típica do objeto social da contribuinte, sendo, portanto, uma receita tributada pelo IRPJ.

E, finalmente, recentemente, deu-se o julgamento de Recurso Especial pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, onde manifestou-se no sentido de que a "incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo". (Acórdão nº 9202-00.662 da 2ª Turma de 12/04/2010).

Acórdão nº 9202-00.662- 12/04/2010

*Assunto: IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA - IRPF
- OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES -
GANHO DE CAPITAL*

As operações que importem alienação a qualquer título, de bens e direitos, estão sujeitas a apuração do ganho de capital. A incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo. O sujeito passivo transferiu ações, por incorporação de ações, para outra empresa, a título de subscrição e integralização das ações que compõem seu capital, pelo valor de mercado. A diferença a maior (entre o valor de, mercado e o valor constante na declaração de bens) deve ser tributada como ganho de capital. Recurso especial provido."

Primeira conclusão de mérito

Analisados os fundamentos do acórdão recorrido e as razões de recurso voluntário, cujos pontos principais foram retro citados, entendo como **correta a conclusão da DRJ no sentido de que a referida substituição de ações da Bovespa Holding S.A. por ações da Nova Bolsa S.A., atual BM&F Bovespa S.A., de fato, implicou ganho de capital para a recorrente, o qual deveria ter sido oferecido à tributação pelo IRPJ e CSLL**, por ocasião da incorporação das ações e entrega das novas ações pela Nova Bolsa S.A.

É evidente que houve substituição de bens, como sustenta a recorrente. Porém, também é evidente que o resultado dessa operação se materializou em ganho para a acionista recorrente, tendo em vista que a incorporação integral das ações da Bovespa Holding S.A. pela Nova Bolsa S.A. foi realizada a preço de mercado.

Acompanhando ainda a conclusão do acórdão recorrido, o fato de a recorrente deixar de oferecer esse resultado à tributação para fazê-lo somente na oportunidade que resgatou as ações, caracterizou postergação, como demonstrado no TVF, cujos pontos específicos foram retro transcritos. Nesse ponto, portanto, não assiste razão à recorrente. Não há fundamento para a verificada postergação quanto ao oferecimento à tributação.

Do PIS e da COFINS sobre a Alienação e Resgate das Ações

A fiscalização concluiu que as ações recebidas pela recorrente deveriam ser classificadas no ativo circulante, por terem elas sido adquiridas com a intenção de venda em curto prazo (artigo 179, I da Lei nº 6.404/76), e a receita decorrente de sua alienação é operacional e decorrente da atividade operacional típica da empresa, o que atrai a incidência do PIS e da COFINS.

Conforme exposto no TVF, a recorrente é tributada pelo PIS e pela COFINS, nos termos da Lei nº 9.718/98, a qual em seus artigos 2º e 3º estabelece 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 2º do art. 3º da Lei nº 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.

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º excluem-se da receita bruta:

IV- a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente.

A recorrente 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 na 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 referente ao resgate de ações preferenciais) em junho de 2008.

Efeitos da alienação de ações da Bovespa Holding S/A na base de cálculo do PIS e da COFINS

Em 04/06/2008, a recorrente 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".

Examinando os registros contábeis, constatamos que a recorrente, após subscrever e receber as ações da Bovespa Holding S.A, classificou-as no ativo circulante, inclusive aquelas vendidas no IPO, na conta COSIF 1.3.1:20.10.005 "Ações de Companhias : Carteira Própria".

A fiscalização entendeu que essa classificação contábil está correta, considerando especificamente as seguintes contas COSIF (Plano Contábil das Instituições Financeiras definido pelo Banco Central):

I - Ativo

I - CIRCULANTE E REALIZÁVEL A LONGO PRAZO

1.3 - TÍTULOS~E VALORES MOBILIÁRIOS E INSTRUMENTOS FINANCEIROS DERIVATIVOS.

1.3.00.00-4 - TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS E INSTRUMENTOS FINANCEIROS DERIVATIVOS

1.3.1.00.00-7-Livres

1.3.1.20.00-1 -TÍTULOS DE RENDA VARIÁVEL

1.3.1.20.10-4 - Ações de Companhias Abertas

Verificou-se que as normas permitem somente a exclusão das receitas da venda do ativo permanente. Na forma apresentada, o resultado da venda das ações compõe o Resultado Operacional da recorrente, pois estavam classificadas no Ativo Circulante. Por conseguinte, a receita proveniente da venda não pode ser excluída da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Por sua vez, a recorrente apresenta as seguintes alegações, a respeito:

45. Contudo, o fato de a Recorrente 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. O equívoco no registro daqueles títulos não pode ensejar tributo e acréscimos legais, pois o erro não é fato tributável, conforme tem decidido reiteradamente esse prestigiado Conselho Administrativo.

46. Com efeito, as referidas ações deveriam ter sido contabilizadas em conta do permanente 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.

Citou ementa de acórdão que não aplica ao presente caso.

Já o acórdão recorrido, concluiu que a receita bruta apurada na alienação das ações da Bovespa Holding, na incorporação de ações pela Nova Bolsa S/A, integra a base de

cálculo da contribuição devida no exercício de atividade empresarial típica de instituição financeira (corretora de títulos e valores mobiliários), em conformidade com as disposições do art. 2º da Lei nº 9.718/98, vigente à época, *verbis*:

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

(...)

IV - a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente.

Segunda conclusão de mérito

Analisados os registros da fiscalização, os fundamentos do acórdão recorrido e as razões de recurso voluntário, cujos pontos principais foram retro citados, entendo como correta a conclusão da DRJ no sentido de que as receitas em questão decorreram da atividade operacional da recorrente, sendo correta a classificação contábil no ativo circulante e devida a incidência do PIS e da COFINS. Assim, não há como acolher os argumentos da recorrente. Ratificam-se, dessa forma, as respectivas conclusões e fundamentos do acórdão recorrido.

Da Multa Isolada e Multa de Ofício Proporcional

A fiscalização registrou que na DIPJ da recorrente, relativa ao ano-calendário de 2008, às fichas 11 e 16, verifica-se que o contribuinte utilizou-se do pagamento da estimativa com base na receita bruta e acréscimos, para fins de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social por Estimativa.

No entanto, a recorrente não incluiu na base de cálculo das estimativas mensais, tanto do imposto de renda quanto da contribuição social sobre o lucro líquido, o valor das diferenças entre os valores entregues para a formação do patrimônio da Nova Bolsa. Nesse sentido, concluiu que seria devida a multa isolada sobre tais valores. Fundamentou a aplicação da multa nas disposições do art. 44, II "b" da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, em seu art. 14, *verbis*:

Art. 14. O art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, transformando-se as alíneas a, b e c do § 2o nos incisos I, II e III:

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

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

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

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

Diante de tais constatações, aplicou-se a multa isolada e a multa de ofício proporcional.

A recorrente sustentou que não é devido cumular tais multas, sobre os mesmos valores. Transcreveu ementas de acórdãos do Carf, nesse sentido.

O acórdão recorrido apresenta fundamentos, por meio dos quais concluiu-se na mesma linha da fiscalização, isto é, que é devida a multa isolada, em virtude da falta de recolhimento, nas estimativas mensais, do IRPJ e da CSLL relativos ao ganho de capital auferido pela recorrente, relativamente às ações que recebeu da Nova Bolsa S.A., no referido processo de incorporação integral das ações da Bovespa Holding S.A.

Terceira conclusão de mérito

Analisados os registros da fiscalização, os fundamentos do acórdão recorrido e as razões de recurso voluntário, cujos pontos principais foram retro citados, também entendo como correta a conclusão da DRJ, pois, alinhado aos fundamentos legais expressos no TVF, concordo que não se trata de duplicidade de pena sobre os mesmos valores.

Verifica-se que a recorrente optou por regime de tributação que lhe obriga a promover antecipações mensais. Nesse sentido, o fato de não fato de excluir o referido ganho de capital do cálculo da estimativa, enseja a multa isolada.

O fato de haver encerrado o exercício, não afasta a multa isolada. Pois essa decorre especificamente da opção da recorrente pelo regime de tributação anual (receita bruta) com pagamento de estimativas mensais. Essa é a essência do art. 44, inc. II, alínea "b" da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, em seu art. 14, retro transcritos.

A multa proporcional, no caso, é devida, cumulativamente com a multa isolada, em função das faltas de recolhimentos no ajuste anual, como observado no auto de infração.

Assim, nesse ponto, concluo que não há como acolher as razões de recurso da recorrente. Mantenho a multa isolada e a multa proporcional, pelos fundamentos da DRF, ratificados pela DRJ.

Conclusão final

Por todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Rogério Aparecido Gil

Declaração de Voto

Conselheiro Suplente – Gustavo Guimarães da Fonseca

Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa Deutsche Bank – Corretora de Valores S.A., por meio da qual se insurge contra acórdão da DRJ que manteve autuação fiscal em seu desfavor que, em apertada síntese:

- a) efetuou o lançamento tributário a fim de exigir o recolhimento da contribuição para o PIS e da COFINS quanto a operação de resgate das Ações Preferenciais detidas pela recorrente na “Nova Bolsa”;
- b) declarou a existência de obrigação tributária concernente às duas contribuições mencionadas anteriormente, desta vez, em razão da alienação efetiva da ações havidas pela empresa junto à Bovespa;
- c) lançou crédito tributário afeito à exigência de IRPJ e CSLL, incidentes sobre o ganho de capital observado quando da incorporação de ações da Bovespa Holding S.A. pela Nova Bolsa S.A.

Inicialmente, entendi haver vício material na exigência implementada pela Auditoria Fiscal, especificamente em relação ao lançamento da contribuição para o PIS e da COFINS em relação, tanto à liquidação das ações da Nova Bolsa, como quanto a alienação das ações havidas pela recorrente junto a Bovespa.

Numa primeira análise, considerando que as ações da Bovespa havidas pela empresa estavam originariamente registradas em conta do ativo permanente em 31/12/2007, me pareceu razoável assumir que as ações recebidas quando ato de incorporação destas pela Nova Bolsa tivessem sido registradas em conta da mesma natureza, ainda que formalmente consideradas pela própria Recorrente em conta do ativo circulante (daí a alegação de erro material).

A premissa, por mim assumida, contudo, vai de encontro ao próprio princípio da verdade material, invocado pelo contribuinte para justificar o alegado erro de escrituração; isto porque, não há nos autos, notícias, fatos ou documentos que demonstrem que, antes da autuação, semelhante vício tivesse sido reconhecido pelo insurgente, não tendo sido verificada

qualquer retificação dos balanços pela empresa a fim de (re) colocar tais títulos na conta do ativo permanente ou, quando menos, no ativo realizável de longo prazo.

Vale lembrar que o princípio da verdade material impõe, realmente, à autoridade lançadora (e também a este Conselho) o mister de exaurir a matéria fática que permeia o ato de lançamento. Sobre tema, calha trazer a colação os ensinamentos de José Eduardo Soares de Melo:

Considerando os princípios da tipicidade cerrada e da legalidade, somente se pode cogitar da existência do fato gerador da obrigação tributária quando ocorridos os aspectos previstos na norma de incidência, uma vez que as relações jurídicas devem pautar-se pelos critérios da segurança jurídica e certeza, não se aceitando lançamentos tributários louvados em singelas presunções, ficções e indícios. (JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO, Curso de Direito Tributário, Ed. Dialética).

Por certo, a assunção de presunções (não decorrentes de lei – *iure et de iure*), notadamente quando existem documentos previamente disponibilizados ao fisco suficientes para retirar a certeza das conclusões constantes do ato de lançamento, é a antítese do primado da verdade material.

Todavia, não se pode exigir da autoridade lançadora, ainda que sob o pálio da verdade material, que desconsidere, justamente, as informações prestadas pelo próprio contribuinte para desnaturar os fatos volitivamente confessados, sem, de forma substancial, se apresentar dados ou documentos que possam demonstrar, efetivamente, que tais informações não eram verdadeiras ou, lado outro, foram registradas pela empresa por erro de fato.

O contribuinte, diga-se, limitou-se a afirmar em sua defesa, que as ações recebidas da Nova Bolsa teriam sido, equivocadamente, registradas em conta do ativo circulante; quando menos, teria que demonstrar ter ocorrido a retificação de seus balanços antes do resgate da ações PN/Bovespa verificada em 30/06/2008 ou, mesmo, da alienação noticiada na mesma data.

Aliás, diga-se, o curto lapso temporal entre a data do recebimento das ações e a sua posterior alienação dão conta da real intenção do recorrente de negociá-las em operações típicas de corretagem de títulos e valores imobiliários (atividade descrita no inciso IV da cláusula 4ª do Estatuto Social da empresa). E, para reforçar tal assertiva, impende trazer a colação as disposições da Lei 6.404/75, invocadas, inclusive, pela Auditoria Fiscal:

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

I - no ativo circulante: as disponibilidades, os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente e as aplicações de recursos em despesas do exercício seguinte (...).

Inegavelmente, a minguia de qualquer dado adicional, há que se considerar correto o lançamento realizado pela empresa na conta de ativo circulante, já que as operações ora tratadas foram realizadas no mesmo exercício em que recebidas as ações.

Objetivamente, o recorrente não ofereceu nenhum dado fático que permitisse, seja à própria autoridade lançadora, seja aos órgãos colegiados de julgamento, inferir a veracidade de suas alegações (no tocante ao alegado “erro de escrituração”).

Insista-se, é o próprio princípio da verdade material que impede a adoção de outra conclusão que não aquela demonstrada a partir dos documentos contábeis do contribuinte; se não nos é dado presumir fatos para efetuar o lançamento tributário (ou julga-lo válido), também não nos será permitido presumir a veracidade das alegações do recorrente sem um *minus documental*, quando menos, indiciar a procedência de suas assertivas.

Uma vez registradas em conta do ativo circulante, o tratamento tributário das alienações ulteriores tem, obrigatoriamente, que seguir as disposições do arts. 2º e 3º da Lei 9.718 e 11 do Decreto-Lei 1.598, de 26 de dezembro de 1977 (como bem pontuado pelo D. Relator, na exposição de seu voto); os resultados observados a partir, tanto do resgate das ações PN, quanto da venda das ações havidas junto à Bovespa, teriam que ser considerados como operacionais (por que registrados pelo próprio contribuinte como tal) e não como vendas de ativos permanentes, sujeitando-se, pois, integralmente, à exigência da contribuição para o PIS e da COFINS.

Nestes termos, e revendo meu posicionamento (externado quando da sessão de julgamento), ei por bem negar provimento ao recurso voluntário, acompanhando integralmente, o voto do Relator.