



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

Processo n° 16327.720614/2011-20
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-001.341 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 5 de março de 2013
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - IRPJ / CSLL
Recorrente SOCOPA - SOCIEDADE CORRETORA PAULISTA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. INOCORRÊNCIA NAS REDUÇÕES DE CAPITAL MEDIANTE ENTREGA DE BENS OU DIREITOS, PELO VALOR PATRIMONIAL A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI 9.249/1995. Constitui propósito negocial legítimo o encadeamento de operações societárias visando a redução das incidências tributárias, desde que efetivamente realizadas antes da ocorrência do fato gerador, bem como não visem gerar economia de tributos mediante criação de despesas ou custos artificiais ou fictícios. A partir da vigência do art. 22 da Lei 9.249/1995 a redução de capital mediante entrega de bens ou direitos, pelo valor patrimonial, não mais constituiu hipótese de distribuição disfarçada de lucros, por expressa determinação legal.

Recurso Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Leonardo de Andrade Couto que dava provimento parcial para deduzir da exigência o imposto pago pelas pessoas físicas.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(assinado digitalmente)

Antônio José Praga de Souza – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

SOCOPA-SOCIEDADE CORRETORA PAULISTA S/A recorre a este Conselho contra a decisão de primeira instância administrativa, que julgou procedente a exigência, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo supra qualificado, efetuou-se, em 03/06/2011, o lançamento de ofício para a constituição dos créditos tributários, consubstanciados nos autos de infração e demonstrativos de fls. 20 a 29, no valor total de R\$ 194.696.993,72 a título de IRPJ e CSLL, decomposto da seguinte maneira:

IRPJ.....	R\$ 68.428.638,32
Juros de mora (calculados até 31/05/2011)	R\$ 23.409.437,16
Multa proporcional (75%).....	R\$ 51.321.478,74
Total.....	R\$ 143.159.554,22
CSLL.....	R\$ 24.634.309,79
Juros de mora (calculados até 31/05/2011)	R\$ 8.427.397,37
Multa proporcional (75%).....	R\$ 18.475.732,32
Total.....	R\$ 51.537.439,50

A lavratura se deu em função da apuração das seguintes infrações, com os respectivos enquadramentos legais:

IRPJ

001 – Distribuição disfarçada – Negócios em condições de favorecimento de Pessoa Física/Jurídica ligada.

Fato gerador: 31/12/2007

Valor tributável do imposto: R\$ 273.714.553,32

Enquadramento legal: Arts. 247, 249, inciso I, 464, inciso VI, 465, 466 e 467, inciso V, do RIR/99.

CSLL

001 – CSLL – Distribuição disfarçada (A partir do AC 98 – Financeiras) – Falta de adição ao Lucro Líquido dos valores distribuídos disfarçadamente.

Fato gerador: 31/12/2007

Valor tributável da contribuição: R\$ 273.714.553,32

Enquadramento legal: Art. 60 da Lei nº 9.532/97 e Art. 37 da Lei nº 10.637/02

O contribuinte foi notificado da autuação, no mesmo dia da lavratura do auto de infração, ou seja, 03/06/2011, conforme ciências exaradas nas fls. 23 e 28.

No Termo de verificação de Infração, de fls. 03 a 19, a autoridade autuante informa, em síntese, o seguinte:

- O autuado promoveu a apuração do ganho de capital decorrente do processo de desmutualização da BOVESPA e da BM&F, entretanto, repassou parte das ações da Bovespa Holding e a totalidade das ações da BM&F para o Banco Paulista (única acionista da Socopa) e seus respectivos acionistas Álvaro Augusto Vidigal (64,90% do capital do Banco Paulista) e Homero Amaral Junior (35,10% do capital do Banco Paulista).

- Em 27/08/2007, um dia antes do encadeamento do processo de desmutualização da Bovespa, a Socopa promoveu um aumento de Capital de R\$7.540.000,00 (sete milhões, quinhentos e quarenta mil reais) para R\$25.530.704,98 (vinte e cinco milhões, quinhentos e trinta mil, setecentos e quatro reais e noventa e oito centavos) sendo o correspondente aumento, no valor de R\$ 17.990.704,98 (dezessete milhões, novecentos e noventa mil, setecentos e quatro reais e noventa e oito centavos) operado mediante a emissão de 627 (seiscentos e vinte e sete) ações preferenciais, nominativas e sem valor nominal, ao preço de emissão de R\$28.693,31 (vinte e oito mil, seiscentos e noventa e três reais e trinta e um centavos) por ação, conforme Assembléia Geral Extraordinária realizada em 27.08.2007.

- Por deliberação da Assembléia Geral foi aprovado o seguinte:

- Item 5.1 - A criação de ações preferenciais nominativas, sem valor nominal.
- Item 5.2 – A inclusão, no estatuto social, da possibilidade de resgate, parcial ou total, das ações preferenciais de emissão da sociedade, a qualquer tempo, com sua conseqüente retirada definitiva de circulação, com ou sem redução do capital social, pelo valor patrimonial da ação resgatada;
- Item 5.3 – O aumento do Capital Social...
- Item 5.4 – Foi dispensada a fixação de prazo para o exercício do direito de preferência na subscrição das ações emitidas em função do aumento de capital, sendo que o acionista Banco Paulista S/A renunciou ao exercício do direito de preferência que lhe assistia em favor dos subscritores Álvaro Augusto Vidigal e Homero Amara Júnior, que, também presentes à Assembléia, e juntamente com o acionista Banco Paulista S/A subscreveram e integralizaram em moeda nacional, a totalidade das ações preferenciais nominativas e sem valor nominal emitidas, nos termos e nas proporções indicadas no Boletim de Subscrição que constitui o Anexo I à presente Ata", conforme segue:

a) O acionista Banco Paulista S/A subscreveu e integralizou 157 (cento e cinquenta e sete) ações preferenciais nominativas, e sem valor nominal, ao preço total de R\$4.504.849,57;

b) O acionista Álvaro Augusto Vidigal subscreveu e integralizou 305 (trezentos e cinco ações) preferenciais nominativas, e sem valor nominal, ao preço total de R\$8.751.459,36;

c) O acionista Homero Amaral Júnior subscreveu e integralizou 165 ações preferenciais nominativas, e sem valor nominal, ao preço total de R\$ 8.751.459,36 (sic) (o valor correto é R\$ 4.734.396,05, conforme anexo de fls. 62);

- Item 5.9 - Aprovou as alterações dos artigos do Estatuto Social;
- Item 5.10 - Aprovou a renumeração de alguns artigos e a consolidação do Estatuto Social.

- A elevação do Capital Social da Socopa foi submetida à aprovação do Banco Central do Brasil, que, conforme comunicado Deorf/GTSP1-2007/0920, em despacho proferido em 17.10.2007, aprovou o acima citado aumento de capital e a reforma estatutária.

- O valor do aumento de capital corresponde ao valor do custo de aquisição das ações das empresas Bovespa Holding S/A e BM&F S/A que seriam entregues aos acionistas em operação de resgate das 627 ações preferenciais.

- Os processos de desmutualização das bolsas consistiram, em síntese, na redução da Bovespa e na extinção da BM&F, duas associações sem fins lucrativos. Essas reduções se deram mediante transferência de seus patrimônios para duas empresas constituídas sob a forma de Sociedades Anônimas, com fins lucrativos, a Bovespa Holding S/A, a Bolsa de Mercadorias e Futuros - BM&F. Nestes processos, os títulos patrimoniais na respectiva bolsa de propriedade dos associados membros, foram substituídos por ações da pessoa jurídica incorporadora do patrimônio das bolsas. Antes de ocorrer a desmutualização, os associados já tinham conhecimento do fato, tanto que efetuaram consulta à RFB para saber o efeito tributário advindo destes processos, em datas anteriores aos mesmos.

- Pela documentação acostada, no processo de desmutualização da BOVESPA, a Socopa recebeu um total de 5.534 ações (Bovespa + CBLC) no valor total de R\$ 11.525.831,14 (valor unitário de R\$2,08). Já na da BM&F a mesma recebeu 9.869.625 ações pelo valor unitário de R\$ 1,00.

- Para a colocação das novas ações no mercado foram promovidas ofertas públicas iniciais conhecida pela sigla "IPO" (do inglês initial public offering). O IPO da Bovespa foi realizado em 25/10/07 (lote principal) e em 29/10/07 (lote suplementar), cujas ações alcançaram o valor unitário de R\$23,00. O IPO da BM&F S/A foi realizado em 28/11/2007 (lote principal) e em 30/12/2007 (lote suplementar), cujo valor por ação foi de R\$20,00.

- Do total de 5.534.816 ações da Bovespa Holding recebidas, 4.149.816 foram transferidas para o Banco Paulista e seus sócios em 22/10/07, em operação de resgate das ações preferenciais emitidas em 27.08.2007, a seguir descrita. O saldo de 1.385.000 ações foi alienado nas duas ofertas iniciais.

- Em reunião da diretoria da Socopa, realizada em 22/10/2007, foi aprovado o resgate da totalidade das 627 ações preferenciais, com a consequente retirada de circulação, sem a redução do Capital Social, pelo valor patrimonial líquido da ação resgatadas. O valor total do resgate foi de R\$ 18.912.717,60, sendo parte em ações e parte (R\$ 417.719,17) em

moeda nacional. O valor contábil das ações transferidas da BM&F S/A e da Bovespa Holding S/A era de R\$9.859.331,39 e R\$8.641.667,45 respectivamente, conforme resumo a seguir:

TRANSFERÊNCIA DE AÇÕES CONFORME ATE DE REUNIÃO REALIZADA EM 22/10/2007				
ACIONISTA	BM&F S/A		BOVESPA HOLDING S/A	
	QTE	VALOR	QTE	VALOR
BANCO PAULISTA S/A	2.471.341	2.468.763,39	1.039.109	2.163.863,90
ALVARO AUGUSTO VIDIGAL	4.801.014	4.796.006,54	2.018.650	4.203.679,67
HOMERO AMARAL JÚNIOR	2.471.341	2.594.561,46	1.092.057/	2.274.123,88
TOTAL	9.869.625	9.859.331,39	4.149.81Ê	8.641.667,45

- Em consequência, as ações da Socopa voltaram a ser todas ordinárias. O resgate das ações preferenciais foi realizado sem redução do capital social que permaneceu em R\$25.530.704,98 agora dividido em 1.200 ações ordinárias nominativas e sem valor nominal, com lastro nas contas de Reserva de Capital e Lucros Acumulados.

- A alteração do Estatuto Social com as modificações propostas se deu em 20/03/2008 conforme AGO/E. O Banco Central aprovou as alterações estatutárias em despacho de 27.08.2008, em cujo comunicado Deirf/GTSPi-2008/ de 02.09.2008, item "2.b.ii", registrou irregularidade por descumprimento das disposições da Circular 518/80, com as alterações introduzidas pela Circular 624/81, consistente na falta de envio, no prazo estabelecido, de mapa com as modificações da composição de capital da Sociedade, conforme alterado pelo resgate da totalidade das ações preferenciais ocorrido em 22.10.2007. No item "3" ressalva que não entrou no mérito de questões de competência de outros órgãos da administração pública.

- Assim sendo, a posse precária das ações da Bovespa Holding e da BM&F S/A pelos acionistas, considerando que a aprovação do Banco Central se deu apenas em 27.08.2008, não autorizava os mesmos a efetuarem vendas de ações antes desta data. Entretanto, em 28/11/2007 e em 30/12/2007, o Banco Paulista e seus acionistas, Homero Amaral Júnior e Álvaro Augusto Vidigal, participaram do IPO da BM&F conforme se verifica no "Prospecto Definitivo de Oferta Pública de Distribuição Secundária de Ações Ordinárias de Emissão da Bolsa de Mercadorias & Futuros BM&F S/A.

- A tributação incidente sobre os ganhos auferidos na venda de ações, à época da ocorrência dos fatos, era menos onerosa para a pessoa física (IR exclusivo na fonte = 15%) do que na pessoa jurídica (IRPJ = 15%, adicional = 10%, CSLL = 9%, PIS = 0,65% e COFINS = 4%). Conclui-se que a operação foi montada e executada às pressas, de forma a transferir as ações da BM&F S/A e Bovespa Holding S/A para os acionistas, sem redução de suas participações societárias na SOCOPA e no Banco Paulista, de forma a permitir uma tributação menos onerosa para a instituição financeira. Desta maneira, a interpretação legal assumida pela instituição financeira para embasar sua conduta, consubstanciada na figura da "DEVOLUÇÃO DE CAPITAL SOCIAL EM BENS E DIREITOS", prevista no art. 22 da Lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995, matriz legal dos arts. 238 e 419 do RIR/99, não se configurou, caracterizando-se então a ocorrência da hipótese "distribuição disfarçada de lucros" prevista no inciso VI do art. 464 do RIR/99 (Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 60, e Decreto-Lei nº 2.065/83, art. 20, inciso II).

- Em sede do direito aplicam-se ao caso o art. 10 da Lei nº 4.595/64 que trata de competências privativas do BACEN (Banco Central do Brasil), dentre as quais se destaca a concessão de autorização para alterações dos estatutos das instituições financeiras; artigo 1º da Lei nº 8.934/94 que dispõe sobre a necessidade de registro público do ato de natureza societária e os artigos 32 e 36 da mesma lei que estabelecem os atos que devem ser submetidos a registro e sua eficácia.

- Como não houve a redução do Capital Social da SOCOPA, pois o patrimônio líquido em outubro de 2007 é praticamente igual ao de julho de 2007, restou não cumprido o disposto no artigo 419 do RIR/99. Segundo este normativo, a SOCOPA deveria ter efetuado a devolução de capital em ações da BM&F S/A e da Bovespa Holding S/A diretamente ao Banco Paulista seu único acionista. Por sua vez, de posse destas ações, o Banco Paulista deveria ter efetuado a preconizada devolução de capital aos seus acionistas mediante entrega das referidas ações e analisando a DIPJ do Banco Paulista se verificou que não houve devolução de capital, pois houve aumento do patrimônio líquido.

- A operação engendrada pelo contribuinte encontra previsão legal no artigo 44 da Lei nº 6.404/76.

- É direito do contribuinte a busca pela redução do ônus tributário, desde que respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico. Entretanto a licitude formal dos atos praticados e seu propósito não são suficientes para impedir que a Autoridade Fiscal conteste os resultados produzidos, cumprindo verificar, não apenas as formalidades, mas também os propósitos e resultados alcançados. Os atos praticados pelo contribuinte devem se revestir de razões econômico-financeiras, comercial ou societária que os justifiquem, e não somente embutir exclusivamente a finalidade de pagar menos tributos. Desta forma, não haveria razão para se aceitar que a existência de um ato societário ainda sem eficácia jurídica pudesse alterar a regra de incidência do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica no seu aspecto pessoal (quem auferir ganho/renda/lucro) e neste caso não há dúvidas de que quem auferiu lucros foi a SOCOPA, correspondente a diferença entre o custo de aquisição das ações e seus valores de mercado atribuídos nas ofertas públicas iniciais.

- No caso presente ficou constatado que não houve alteração do capital social da instituição financeira e nem de seu único acionista Banco Paulista, tendo em vista que a mesma realizou um aporte de capital em dinheiro no mesmo montante do valor contábil das ações entregues em devolução deste capital, subscrito por acionistas provisoriamente incluídos, de forma a permitir que no resgate deste investimento os mesmos recebessem ações das empresas BM&F S/A e Bovespa Holding S/A sem redução, de suas participações societárias. Assim, não sendo observado pelo contribuinte o disposto na legislação tributária, ficou plenamente caracterizada a presunção de "distribuição disfarçada de lucros", sendo-lhe aplicável o disposto no inciso VI do art. 464 do RIR/99.

- Presente os pressupostos legais impôs-se o refazimento fiscal dos cálculos, para fins de apuração e valoração jurídica dos fatos concretos. Assim considerando os valores contábeis das ações e os respectivos valores alcançados nas ofertas públicas iniciais das ações da BM&F S/A e Bovespa Holding S/A, apurou-se o valor tributável de R\$ 273.714.553,32 e efetuou-se a recomposição do Lucro Real e da Base de cálculo da CSLL, do ano-calendário 2007, conforme os seguintes quadros: (...)

Irresignado com a autuação o contribuinte apresentou, em 01/06/2011, a impugnação de fls. 103 a 146, informando e arguindo, em síntese, o seguinte:

- No momento do aumento do Capital Social de R\$ 7.540.000,00 para R\$ 25.530.740,98, mediante emissão de 627 ações preferenciais, dado o aumento de competitividade do mercado, existiam negociações em curso que caminhavam para a provável alienação das ações preferenciais emitidas pelo Impugnante, que seria uma alternativa para a angariação de novos recursos. Também foi reformulado o estatuto para prever mecanismos que permitissem uma adequada composição de interesses entre a Sociedade e seus acionistas.

- Em 28/08/2007 e 20/09/2007, respectivamente ocorreram as desmutualizações da BOVESPA e da BM&F, havendo sido oferecido à tributação, por parte do impugnante, os valores do suposto ganho de capital advindos deste processo. Em 22/10/2007, tendo em vista que as negociações para ingresso de novo parceiro não prosperaram, ocorreu o resgate da totalidade das ações preferenciais, sem redução do Capital Social (contrapartida em conta de reserva de capital), pelo valor patrimonial líquido de R\$ 18.912.717,60.

- Não houve a exclusiva finalidade de pagar menos tributos, como alega a fiscalização, visto que grande parte das ações foram entregues ao Banco Paulista S/A, pessoa jurídica sujeita à mesma carga tributária do impugnante. Assim, pelo menos com relação a estas ações entregues ao Banco Paulista S/A, não há que se falar em DDL, uma vez que tal instituição se sujeitou à mesma carga tributária do impugnante, não havendo assim o intuito de economia tributária.

- Em 25/10/2007 (lote principal) e 29/10/2007 (lote suplementar), foi realizado o IPO da Bovespa Holding, com o preço da ação estabelecido em R\$ 23,00 e em 28/11/2007 (lote principal) e 30/12/2007 (lote suplementar) o da BM&F S/A, com o valor de R\$ 20,00. Posteriormente, em 27/08/2008 foi aprovado pelo BACEN o resgate das ações preferenciais (formalidade não essencial para que o resgate de ações gerasse efeitos definitivos, pois o BACEN poderia, no máximo, ter aplicado alguma sanção à Impugnante, como uma advertência ou uma multa, nos termos do artigo 44 da Lei nº 4.595/64 - o que não aconteceu no presente caso).

- Não ocorreu a hipótese legal de DDL prevista no inciso VI do artigo 464 do RIR/99, pois o artigo 467 do mesmo regulamento dispõe no seu inciso V que nestes casos “*as importâncias pagas ou creditadas à pessoa ligada, que caracterizarem as condições de favorecimento, não serão dedutíveis*”, tratando-se assim de despesas pagas ou creditadas, que seriam indedutíveis, e não de suposta receita recebida a menor, como é o caso em tela. A fiscalização fundamentou o acréscimo da diferença apurada no art. 6º, §2º da Lei nº 1.598/77, base legal do artigo 249 do RIR/99, no entanto este dispositivo menciona a adição de “*resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores não incluídos na apuração do lucro líquido que, de acordo com a legislação tributária, devam ser computados na determinação do lucro real*”. Ocorreu, assim, uma falha por parte da Autoridade Fiscal, pois o mandamento utilizado remete à adições previstas em lei, não havendo tal previsão para a presente situação.

- Ante o exposto acima, não houve subsunção da situação fática à hipótese legal descrita pela Autoridade Fiscal, em clara afronta aos princípios da legalidade e tipicidade, ensejando a nulidade e o conseqüente cancelamento dos lançamentos consubstanciados nestes autos.

- Mesmo que fosse possível a aplicação da regra de DDL ao presente caso, os autos de infração lavrados não poderiam subsistir pois o impugnante efetuou a transferência das ações da BM&F S/A pelo valor de mercado vigente à época, não ocorrendo, portanto, qualquer condição de favorecimento aos acionistas. Conforme se extrai do próprio Termo de Verificação Fiscal o autuado recebeu as referidas ações em decorrência dos processos de desmutualização das bolsas, em troca dos títulos patrimoniais que detinham e optou por tributar os ganhos advindos deste processo, assim, no momento do resgate das ações preferenciais pelos acionistas, as ações da BM&F e da Bovespa Holding já haviam sido avaliadas a valor de mercado, com o pagamento do respectivo ganho de capital pelo impugnante, no valor de R\$ 21.385.162,53, ou seja, em razão do registro da atualização periódica do valor dos títulos patrimoniais detidos pelo Impugnante (que foram substituídos pelas ações no processo de desmutualização), decorrente da oscilação do patrimônio das Bolsas, verifica-se que o valor contábil de registro desses ativos/ações (que foi utilizado como base para a devolução de capital) estava em consonância com o seu valor de mercado., pois este valor atualizado não foi arbitrado pelo autuado e sim calculado conforme informes anexos fornecidos pela BM&F e pela BOVESPA e a atualização dos títulos patrimoniais estavam de acordo com as orientações expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.

- As ações recebidas em troca dos títulos patrimoniais não eram bens costumeiramente negociados em mercado no momento em que foram entregues aos acionistas a título de devolução de capital. Somente passou a existir um mercado ativo para elas com o advento dos IPO (Initial Public Offering) mencionado pelo Sr. Agente Fiscal, mas que era um evento futuro e incerto no momento da devolução. A legislação que trata da apuração do “valor de mercado” define que este deve se dar em função de negociações anteriores e recentes do mesmo bem, sendo que, no presente caso, a Autoridade Fiscal se pautou em valores futuros, totalmente imprevisível e incerto. Se o autuante tivesse consultado a base de dados da própria Receita Federal do Brasil teria verificado que a maior parte das negociações anteriores e recentes com os mesmos bens haviam sido feitas ou a custo histórico ou pelo valor corrigido no momento da desmutualização.

- Verifica-se, assim que o valor de mercado existente à época da entrega dessas ações para os acionistas do Impugnante era o próprio valor fornecido pela BM&F e pela Bovespa, por meio dos já citados informes, em decorrência das oscilações de seus patrimônios, que foi efetivamente reconhecido no momento das desmutualizações (processos realizados entre partes independentes, que podem ser considerados como suporte para o valor de mercado).

- Ainda que se considere que o valor contábil no momento do resgate das ações não correspondia ao valor de mercado, não pode prosperar a apuração feita pelo Agente Fiscal, uma vez que este utilizou, como valor de mercado, aquele atingido nas IPOs, quais sejam, R\$ 23,00 para as ações da Bovespa Holding S/A e R\$ 20,00 para as ações da BM&F S/A

- Os valores utilizados na autuação não possuem qualquer substância. Primeiramente porque as ações não possuíam mercado ativo no momento da entrega aos acionistas, motivo pelo qual a regra a ser aplicada ao caso deveria ser a do § 3º do artigo 465 do RIR/99 (determinado com base em negociações anteriores e recentes do mesmo bem).

- Mesmo que se admitisse a existência de um mercado ativo para tais ações, ainda não se aplicaria o § 2º do artigo 465 do RIR/99, pois o referido dispositivo menciona o

“preço das vendas efetuadas em condições normais de mercado” o que não poderia ser aquele definido em um prospecto, sem qualquer relação com uma avaliação concreta de valor com base em vendas concretas à época da entrega aos acionistas. Para ficar claro o equívoco cometido, basta mencionar o preço adotado para as ações da BM&F S/A (R\$ 20,00, sem o desconto das comissões, sendo que o valor líquido seria R\$ 19,45) que fora definido no prospecto definitivo, sendo que antes de sua edição houve o prospecto preliminar no qual se estimava que o preço da ação estaria situado entre R\$ 14,50 e R\$ 16,50, o que demonstra a incongruência na adoção do valor de R\$ 20,00, já que estes valores representavam mera expectativa. O mesmo equívoco foi cometido na definição do preço das ações da Bovespa Holding S/A (R\$ 23,00), cujo prospecto preliminar previa o preço entre R\$ 15,50 e R\$ 18,50.

- Basta observar os exemplos e as notícias juntadas para se concluir que o preço efetivamente praticado poderá ficar abaixo do definido em prospecto, mostrando assim que este último trata de mera expectativa. Ademais, para a BM&F S/A, consta na notícia anexada, que parte das ações foram vendidas, antes da IPO, para a CME e para a General Atlantic a um valor médio de R\$ 10,00, valor bem abaixo do adotado pela Autoridade Fiscal como supostamente sendo o valor de mercado, sendo que sequer tal valor fora considerado como parâmetro para o cálculo. Ainda, para evidenciar o equívoco cometido, o impugnante havia celebrado “Acordo de Restrição à Negociação de Ações - Acionista Não Vendedor” em 02 de outubro de 2007. Neste Acordo, restou evidente que sequer seria possível a venda da integralidade das ações no IPO, em razão do “período de Lock-up”, em que a venda, negociação, transferência ou oneração de parte das ações estava proibida (ou seja, adotou-se como parâmetro o valor de negociação que sequer poderia ser exercido pela Impugnante já que “bloqueado” pelo período de lock-up). Neste sentido é de se ressaltar que as ações recebidas pelos acionistas foram negociadas posteriormente a valores diversos, muitas por valores abaixo do que definido pelo Sr. Agente Fiscal (o que mostra a grande volatilidade de negociações desses papéis).

- Com base também em decisão do antigo Conselho de Contribuintes, no sentido de que a prova do valor de mercado constitui parâmetro indispensável para a configuração de DDL, os autos de infração devem ser integralmente cancelados pelo fato do valor adotado pela Autoridade Fiscal não guardar suporte com a realidade dos fatos ocorridos à época.

- Houve a entrega de bens a título de devolução do capital, conforme prevista no artigo 22 da Lei nº 9.249/95, pois pela interpretação literal de tal dispositivo é possível extrair os seguintes elementos: Se os bens do ativo da pessoa jurídica (Elemento 1) forem entregues aos acionistas (Elemento 2) em razão da devolução de sua participação no capital social (Elemento 3), tais bens podem ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado (Elemento 4). A situação fática ocorrida se subsumiu aos elementos descritos, uma vez que entrega de bens escriturados no ativo permanente do impugnante, aos acionistas titulares das ações preferenciais, a título de devolução da participação no capital social (pois com o resgate das ações preferenciais, houve a devolução de recursos aos titulares destas ações, que deixaram de ter a referida participação após o resgate), configurando-se assim a hipótese de autorização da entrega de bens aos acionistas pelo valor contábil (caso não seja aceito o argumento de que as ações foram entregues a valor de mercado). Assim, havendo expressa autorização legal para o praticado, o fato não caracteriza a DDL, devendo os autos de infração serem integralmente cancelados.

- Não houve planejamento tributário mas sim “opção legal” feita pelo contribuinte. Com base no entendimento de Marco Aurélio Greco, o impugnante se utilizou de uma opção legalmente estabelecida (devolução de participação no capital social a valor contábil), configurando-se assim uma conduta lícita e expressamente prevista pelo legislador. O próprio Agente Fiscal reconhece ser cabível a operação de devolução de capital, ao afirmar que *“a Socopa deveria ter efetuado a devolução de capital em ações da BM&F S/A e da Bovespa Holding S/A diretamente ao Banco Paulista seu único acionista. Por sua vez, de posse destas ações, o Banco Paulista deveria ter efetuado a preconizada devolução de capital aos seus acionistas mediante entrega das referidas ações”*. Em vista disto, não haveria razão para descaracterizar como devolução de capital as ações recebidas pelo Banco Paulista S/A, mostrando total incongruência no entendimento firmado pela fiscalização. Não havendo razão para se diferenciar o ocorrido da situação descrita pelo Agente Fiscal, há que ser considerada legítima a opção legal feita pelo impugnante.

- Mesmo que seja considerado como planejamento tributário o mesmo deve ser considerado válido, pois segundo Marco Aurélio Greco, o primeiro limite positivo reconhecido como aplicável em nosso sistema jurídico corresponde ao motivo, à finalidade e à congruência do negócio jurídico. Para este autor, o motivo e a finalidade do negócio jurídico não podem ser predominantemente tributários. Com efeito, a intenção das partes (motivo) em obter uma economia tributária não seria suficiente para a realização do negócio. Seria necessário demonstrar que houve outros motivos para sua realização. Além de existir o motivo e a finalidade predominantemente não tributários, seria necessário que eles fossem congruentes entre si. Portanto, deveria ser possível demonstrar que o motivo não predominantemente tributário era compatível com a finalidade pretendida com a realização do negócio jurídico. No presente caso o motivo era a reorganização societária (patrimonial e política) de forma a permitir o ingresso de possível investidor estrangeiro e a finalidade da operação era atrair um parceiro externo, sendo que todos os atos praticados inseriam-se congruentemente neste contexto: (i) criação de ações preferenciais, que poderiam ser vendidas ao potencial investidor externo; (ii) capitalização do Impugnante, conferindo maior solidez patrimonial; e (iii) reorganização dos poderes políticos dos sócios titulares das ações preferenciais, para corresponder aos interesses dos potenciais investidores. Resta evidente que a finalidade da operação não era predominantemente tributária havendo propósito comercial e pressuposto econômico, devendo assim ser afastada a caracterização do planejamento fiscal.

- Ainda poderia se questionar se a operação estaria inserida coerentemente no planejamento estratégico do empreendimento econômico, ou seja, haveria que se verificar se a mesma se relacionava coerentemente com as estratégias e os planos futuros do empreendimento como um todo. Este limite não é reconhecido nem mesmo por Marco Aurélio Greco, entretanto, a despeito de sua aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico, é de se ressaltar que a operação encontra-se claramente inserida no planejamento estratégico do impugnante. Num cenário de desmutualização das bolsas era preciso tomar todas as medidas possíveis para que o impugnante continuasse a ser um agente competitivo nesse novo mercado que se descortinava. Uma medida que se lhe apresentava à época era o ingresso de um investidor externo, que poderia contribuir com a robustez patrimonial necessária nesse novo contexto. Como a negociação não prosperou, o impugnante houve por bem fazer o resgate das ações preferenciais emitidas.

4.6.3 Restaria claro que mesmo com aplicação da doutrina e jurisprudência mais restritas acerca dos limites para a realização de operações que tenham efeitos tributários, a presente operação seria válida, uma vez que (i) está demonstrada claramente a congruência entre o motivo e a finalidade da operação realizada pelo Impugnante, que não era predominantemente tributária (gerar economia fiscal); e (ii) as operações realizadas inseriam-se evidentemente no contexto do planejamento estratégico do Impugnante, ou seja, no contexto de desmutualização existente à época.

- Os acionistas, ao contrário do afirmado pela fiscalização, poderiam ter vendidos as ações da BM&F S/A e da Bovespa Holding S/A antes da aprovação das alterações estatutárias pelo BACEN, pois não houve a “posse precária” (classificação do Agente Fiscal), uma vez que o Banco Central acabou autorizando tal alteração, ainda que posteriormente. Se houvesse alguma irregularidade o próprio BACEN teria formado um processo administrativo para penalizar o impugnante. Ademais, no âmbito do Direito Civil, a “posse precária” seria uma espécie desse injusta, decorrente daquele que recebe uma coisa com a obrigação de restituir mas se arroga da qualidade de possuidor, abusando da confiança, ou deixando de devolvê-la ao proprietário (ou ao legítimo possuidor). Tal não é a situação dos autos, pois, no presente caso, houve a entrega das ações de boa-fé aos acionistas. Além do que, segundo o artigo 44 da Lei nº 4.595/64, as penalidades aplicáveis, no caso de constatação de irregularidade pelo BACEN, não abarcam a hipótese de tornar “precária a posse” das ações da BM&F e da Bovespa Holding recebidas em resgate de capital.

- Os autos devem ser cancelados pois houve incorreta apuração por parte da Autoridade Fiscal. Deveria o Agente fiscal, ao menos, ter compensado de ofício o valor já recolhido pelos antigos acionistas do impugnante, sob pena de haver a dupla incidência, claramente vedada pelo sistema tributário nacional.

- Ainda que se entenda pela manutenção das autuações em análise, os juros calculados com base na taxa SELIC não poderiam ser exigidos sobre a multa de ofício lançada, por absoluta ausência de previsão legal. O artigo 13 da Lei 9.065/95, que prevê a cobrança de juros de mora com base na Taxa SELIC, remete ao artigo 84 da Lei 8.981/95, que, por sua vez, estabelece a cobrança de tais acréscimos apenas sobre tributos, estes, segundo o artigo 3º do CTN, não constituem sanção de ato ilícito. Assim a multa, por ser penalidade pecuniária, não se confunde com o tributo e conseqüentemente não pode sofrer a incidência dos juros moratórios calculados à Taxa Selic. Ao exigir os juros sobre a multa de ofício lançada a Autoridade Fiscal agiu em evidente afronta ao princípio constitucional da legalidade. Também não pode se alegar que a referida incidência encontra amparo no artigo 43 da Lei 9.430/96, pois tal dispositivo se refere à multa exigida isoladamente, o que não é a hipótese dos autos.

- Diante de todo o exposto, protestando provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, além dos documentos anexados, requer sejam acolhidas as razões expostas, com a decretação da improcedência integral das autuações e a conseqüente extinção dos créditos tributários de IRPJ e CSLL exigidos.

A decisão recorrida está assim ementada:

ALIENAÇÃO A QUALQUER TÍTULO. PESSOAS LIGADAS. VALOR INFERIOR AO DE MERCADO. DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS. Considera-se distribuição disfarçada de lucros a alienação, efetuada a qualquer título, a pessoas ligadas à pessoa jurídica por valor inferior àquele praticado no mercado.

PREÇO DE MERCADO. BENS SEM MERCADO ATIVO. VALOR QUE PODE SER ALCANÇADO NA VENDA. Considera-se preço de mercado, para bens que normalmente não sejam freqüentemente negociados no mercado e/ou não tenham mercado ativo, o valor que o mesmo pode atingir numa negociação no mercado.

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. ABUSO DE DIREITO. FRAUDE À LEI. SIMULAÇÃO (VÍCIO NA CAUSA/MOTIVO DO NEGÓCIO JURÍDICO). INOPONIBILIDADE AO FISCO. É inoponível ao Fisco o ato ou a sequência de atos praticados com distorção na amplitude da dimensão do exercício do direito em qualquer de suas variáveis (abuso de direito); com vício na causa/motivo do negócio jurídico (simulação) e com fraude à legislação tributária, assim entendida como conduta formalmente enquadrável a determinado dispositivo legal com tributação mais favorecida do que aquela prevista em outra norma imperativa. Aplicam-se, nestes casos os efeitos advindos do negócio real, quando demonstrado que há vícios na motivação ensejadora do negócio aparente, bem como os da norma contornada (no caso de fraude à lei).

ERRO NA MENÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - INOCORRÊNCIA - A simples ocorrência de erro no enquadramento legal da infração não é bastante, por si só, para acarretar a nulidade do Auto de Infração, quando a descrição dos fatos, que dele é parte integrante, e os cálculos efetuados pelo fisco para encontrar a matéria tributável permitem ao autuado o conhecimento por inteiro do ilícito que lhe é imputado.

CSLL. DECORRÊNCIA. O resultado do julgamento do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ espalha seus efeitos sobre a CSLL lançada em decorrência das mesmas infrações.

Impugnação Improcedente. Crédito Tributário Mantido.

Cientificada da aludida decisão, a contribuinte apresentou recurso voluntário, no qual contesta as conclusões do acórdão recorrido, repisa as alegações da peça impugnatória e, ao final, requer o provimento nos seguintes termos:

3 – DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer a Recorrente sejam acolhidas as razões aqui expostas, que levarão à reforma da decisão ora recorrida e à decretação da **improcedência integral das presentes autuações**, extinguindo-se, por consequência, os créditos tributários de IRPJ e de CSLL exigidos e arquivando-se o respectivo processo administrativo.

Caso não sejam canceladas integralmente as autuações, requer-se, ao menos, seja acatada (i) a compensação do imposto pago pelos acionistas, correspondente ao ganho de capital e (ii) o afastamento da aplicação da taxa Selic incidente sobre a multa de ofício.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Jose Praga de Souza, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos legais e regimentais para sua admissibilidade, dele conheço.

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo/SP - DRJ/SP1, que manteve o lançamento consubstanciado no Auto de Infração lavrado em face de SOCOPA SOCIEDADE CORRETORA PAULISTA SA. No caso, a Fiscalização entendeu que a contribuinte realizou operações para distribuir disfarçadamente lucro e, com isso, reduzir indevidamente a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Esse entendimento foi confirmado no acórdão recorrido.

No caso em tela, conforme relatado, houve a emissão de 627 ações preferenciais pelo impugnante, subscritas e integralizadas, em dinheiro, por Álvaro Augusto Vidigal (305 ações), Homero Amaral Junior (165 ações) e Banco Paulista S/A (157 ações), em 27/08/2007 (um dia antes da desmutualização da BOVESPA) e um posterior resgate das mesmas ações, em 22/10/2007 (3 dias antes da IPO da Bovespa Holding S/A), em ações da Bovespa Holding S/A e BM&F S/A. Ressalte-se que o valor subscrito e integralizado para aumento do capital social, quando da emissão das ações preferenciais, seria bem próximo do valor contábil das ações da BM&F S/A e da Bovespa Holding S/A recebidas pelos subscritores quando do resgate das mesmas. A despeito de qualquer outra consideração a ser feita com relação às operações realizadas neste intervalo de tempo, e levando em conta apenas as participações referentes às ações preferenciais, percebe-se que os referidos acionistas entraram na sociedade com dinheiro e saíram com o valor equivalente em ações da BM&F S/A e Bovespa Holding S/A, gerando o efeito similar a uma situação em que a Socopa viesse a alienar tais ativos, pelo seu valor contábil, às pessoas mencionadas, que de acordo com o artigo 465 e 466 do RIR/99 se enquadrariam no conceito de pessoas ligadas à companhia.

A finalidade lucrativa de uma sociedade anônima, como é o caso do impugnante, encontra respaldo no artigo 2º da Lei nº 6.404/76, que define poder ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo. Aliás é consensualmente aceito que o objetivo precípuo de uma sociedade comercial é o alcance e a maximização de lucros. Tendo em vista tal entendimento, não seria crível que numa legítima operação de resgate de ações, onde os envolvidos fossem outros, sem qualquer poder decisório dentro da companhia, esta viesse a repassar bens do seu ativo a um valor bem inferior àquele que poderia ser atingido numa negociação a ser realizada no mercado.

Veja-se: a Socopa promoveu o resgate das ações preferenciais três dias antes da oferta pública de ações da Bovespa Holding S/A, quando já era de conhecimento do impugnante que o preço desses ativos, mesmo considerando as projeções dos prospectos preliminares, seria bem superior àquele pelo qual os mesmos estavam registrados em sua contabilidade. Qualquer empresa, visando o lucro, dificilmente repassaria seus ativos a um determinado valor (no caso das ações da Bovespa Holding S/A, R\$ 2,23) sabendo que poderia 03 dias depois vender os mesmos ativos a um valor bem superior (de R\$ 20,00 a R\$ 23,00, considerando o comunicado ao mercado, fls. 254, onde constava esta previsão e R\$ 23,00,

considerando o prospecto definitivo). **Fica assim patente a não realização de um lucro extraordinário por parte da Socopa em favor das pessoas ligadas a ela.**

Ao se interpretar restritivamente o disposto no inciso I do artigo 464, ora analisado, poderia se entender que tal dispositivo somente faria referência à venda propriamente dita, o que não é verdade, conforme se verá adiante, daí o enquadramento das operações no inciso VI do mesmo artigo. No caso em tela foi realizado um resgate das ações preferenciais com a entrega de bens (ações da BM&F S/A e Bovespa Holding S/A) como forma de pagamento. Assim, não restam dúvidas que houve a realização de um negócio em condições de favorecimento, conforme já explicitado anteriormente. Neste diapasão, mister se faz a adoção dos procedimentos cabíveis para a adequação da falta cometida pelo contribuinte.

O recorrente alega que não seria possível o enquadramento legal das operações por ele realizadas no inciso VI, uma vez que o mesmo estaria a se referir apenas a despesas pagas ou creditadas a maior, enquanto que na presente situação houve supostamente uma receita recebida a menor. Arrima suas argumentações no inciso V do artigo 467 do RIR/99 que assim dispõe:

“Art. 467. Para efeito de determinar o lucro real da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 62, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, incisos VII e VIII):

I - nos casos dos incisos I e IV do art. 464, a diferença entre o valor de mercado e o de alienação será adicionada ao lucro líquido do período de apuração;

II - no caso do inciso II do art. 464, a diferença entre o custo de aquisição do bem pela pessoa jurídica e o valor de mercado não constituirá custo ou prejuízo dedutível na posterior alienação ou baixa, inclusive por depreciação, amortização ou exaustão;

III - no caso do inciso III do art. 464, a importância perdida não será dedutível;

IV - no caso do inciso V do art. 464, o montante dos rendimentos que exceder ao valor de mercado não será dedutível;

V - no caso do inciso VI do art. 464, as importâncias pagas ou creditadas à pessoa ligada, que caracterizarem as condições de favorecimento, não serão dedutíveis”.

Segundo o seu entendimento não haveria base legal para a adição efetuada pela fiscalização quando do cálculo do lucro real uma vez que o inciso VI do artigo 464, interpretado conjuntamente com o inciso V do artigo 467 do RIR/99, só estaria a se referir a despesas pagas ou creditadas a maior e, portanto, não se aplicaria ao presente caso.

Ora, a legislação não consegue prever especificamente todas as situações presentes na realidade fática, até mesmo porque a lei é estática, enquanto que a realidade se encontra permanentemente em mutação, nota-se que o legislador pretendeu abarcar toda e qualquer situação em que as pessoas ligadas realizassem negócio em condições de favorecimento e assim, a despeito do disposto nos incisos I a V artigo 464, inseriu também o inciso VI, para situações em que o negócio formal não pudesse ser enquadrada especificamente nos incisos anteriores, desta feita, pela interpretação sistemática do referido dispositivo legal, o mesmo está a disciplinar toda e qualquer situação de favorecimento, seja ela de despesas pagas a maior ou de receitas recebidas a menor. O inciso V do artigo 467 é nitidamente

exemplificativo, havendo necessidade de adição quando houver receita recebida a menor em condições de favorecimento.

Ademais, o autuante fundamentou a adição no artigo 6º, § 2º do DL 1.598/77, base legal do artigo 249 do RIR e na existência de uma aparente lacuna na legislação, recorre-se à norma geral que disciplina a matéria. De fato, não há como se questionar que os fatos ocorridos podem perfeitamente ser enquadrados no disposto no inciso VI do artigo 464 do RIR/99, configurando-se assim a DDL combatida. Verificada a infração há que se aplicar os devidos ajustes, bem como as sanções pertinentes ao caso, não podendo o ato irregular permanecer sem a devida penalidade. Assim na ausência de regra específica a ser aplicada ao caso, visto que o legislador apenas disciplinou a matéria de forma exemplificativa, não há alternativa outra senão a aplicação da norma geral, neste caso, o artigo 6º, § 2º do DL 1.598/77.

Nesta questão o impugnante ainda questiona a aplicabilidade da norma geral, uma vez que a alínea b do § 2º do artigo 6º do DL 1.598/77 se refere a “*resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores não incluídos na apuração do lucro líquido que, de acordo com a legislação tributária; devam ser computados na determinação do lucro real*” (grifo nosso). E como a lei determina que as adições devam ser feitas de acordo com o estabelecido na legislação tributária, também não haveria previsão legal para tal adição, visto que o inciso V do artigo 467 do RIR/99 dispõe apenas sobre a indedutibilidade das importâncias pagas ou creditadas a maior. Novamente não merece acolhida tal alegação, visto que o dispositivo legal está a se referir à legislação tributária como um todo, o que não se restringe apenas ao disposto no artigo 467 do RIR e respectiva base legal.

No caso em tela, não pairam dúvidas sobre a não realização de um lucro evidente, pelo Socopa, em favor dos acionistas preferenciais. Em permanecendo as ações da Bovespa Holding S/A e BM&F S/A no ativo da Empresa, poucos dias após a operação de resgate, a Socopa realizaria um lucro de monta significativa, quanto a isso, a meu ver, não paira a menor dúvida.

Todavia, a recorrente afirma, com fulcro no artigo 22 da Lei 9.249/95, base legal do § 1º do artigo 464 do RIR/99, que a situação versada nos não pode ser tratada como DDL em face do permissivo legal.

De fato, as Fiscalização, apesar de enquadrar a infração como sendo de “*custo ou despesa não dedutível na apuração do lucro real*” (fls. 24 e 29), deixa claro no Termo de Verificação de Infração (fls. 15 e 17) que está a tributar o lucro decorrente da diferença entre o custo de aquisição das ações e seus valores de mercado:

“Desta forma, não há razão para se aceitar que a existência de um ato societário ainda sem eficácia jurídica possa alterar a regra de incidência do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica no seu aspecto pessoal (quem auferir ganho/renda/lucro).

No presente caso, não há dúvida de quem auferiu lucros foi a SOCOPA, correspondente a diferença entre o custo de aquisição das ações e seus valores de mercado atribuídos nas ofertas públicas iniciais

(...)

A diferença entre o custo contábil e o valor de mercado no valor de R\$ 187.522.875,00 corresponde ao lucro tributável na transferência das ações da BM&F S/A.” (grifos nossos)

Resta determinar se é mesmo possível contornar a aplicação da presunção legal de DDL, tal qual alega o Recorrente.

Pois bem, no caso em tela, o autuado emitiu 627 ações preferenciais que foram subscritas e integralizadas, em dinheiro, pelos acionistas Álvaro Augusto Vidigal, Homero Amaral Junior e Banco Paulista S/A, sob o fundamento de que, no contexto da desmutualização, pretendia tornar a companhia mais robusta com o fim de atrair novos investidores para fazer frente a um cenário de forte concorrência que se descortinava. Com as frustrações das negociações que estavam em andamento o mesmo promoveu o resgate das ações preferenciais dando como pagamento bens do seu ativo (ações da BM&F S/A e da Bovespa Holding S/A) avaliados a valor contábil. Como, no seu entendimento este valor foi repassado como forma de devolução da participação dos acionistas preferenciais no capital social tal fato não se configuraria como distribuição disfarçada de lucros, pois teria o amparo do artigo 22 da Lei 9.249/95 (base legal do § 1º do artigo 464 do RIR/99). Já para o Fisco, o contribuinte teria engendrado todas estas operações num curto espaço de tempo para repassar as referidas ações, aos acionistas acima mencionados, sem incidir na regra de DDL prevista no artigo 464,I do RIR/99, por supostamente se tratar de devolução de participação no capital social.

Analisando os fatos e os documentos apresentados, é de se concluir que, pelas circunstâncias expostas, resta evidente que não houve congruência entre as operações efetuadas e o motivo apresentado, ou seja, o propósito da Socopa era reduzir a carga tributária ao submeter o lucro a uma tributação favorecida (nas pessoas físicas), isso porque:

I) Ao analisar o motivo que levou o autuado a realizar a emissão das ações preferenciais, verifica-se que este de fato existiu. É verdade que a desmutualização já era de conhecimento público e que, neste novo cenário, seria importante que as corretoras se fortalecessem com o fim de enfrentar a forte concorrência que se descortinava, visto que as sociedades corretoras não necessitavam mais dos títulos patrimoniais para operar nas bolsas de valores e também é pertinente que se fizesse isto através da emissão de ações preferenciais a serem posteriormente alienadas para novos investidores, no entanto, os elementos, sobre os quais se discorrerá, apontam para a incongruência entre a motivação e a forma utilizada.

II) observa-se que o aumento do Capital Social se deu , praticamente no mesmo valor das ações que seriam repassadas posteriormente aos acionistas. Este valor já era de conhecimento tanto do autuado, quanto dos subscritores, pois era o equivalente ao valor contábil dos títulos patrimoniais que futuramente seriam substituídos (devolução de capital e subscrição de ações) por ações de emissão da Bovespa Holding S/A e BM&F S/A. No caso da Bovespa a desmutualização se deu no dia seguinte ao da subscrição das ações preferenciais. É bastante coincidência que o aumento tenha se dado exatamente nesta proporção.

III) o resgate das ações preferenciais ocorreu, a três dias da IPO da Bovespa Holding S/A, coincidentemente, na mesma data em que houve a publicação de um comunicado ao mercado (fls. 254), onde se informava que haveria alteração do preço indicado no prospecto preliminar, ou seja, devido à grande demanda das ações, o valor não ficaria mais entre R\$ 15,50 e R\$ 18,50, mas sim entre R\$ 20,00 e R\$ 23,00.

IV) a devolução de capital é uma operação típica do exercício do direito de retirada dos sócios (quando estes não se encontram satisfeitos com as decisões tomadas pela administração da companhia, ou por necessidade) ou ainda de dissolução da sociedade, fatos que não aconteceram no presente caso. É claro que, na forma da lei, estas condutas estavam de acordo com o estabelecido, entretanto a lei também tem o seu conteúdo finalístico, e esta interpretação sistêmica-finalística é atribuição do aplicador do direito como foi o Fisco no caso em questão.

Analisando a situação anterior à emissão, subscrição e integralização das ações preferenciais e àquela posterior ao resgate percebe-se nitidamente que houve entrada de dinheiro na companhia e a entrega de ações no mesmo valor deste ingresso àqueles que o efetuaram, assemelhando-se assim, na sua essência, a uma típica operação de compra e venda. Ainda esta alienação (em sua substância) teria sido feita com os ativos a valor contábil (bem inferior ao preço de mercado) à pessoas ligadas.

Por todo o exposto, entendo que em verdade, não houve opção legal, mas sim um encadeamento de operações, formalmente válidos em cada uma das etapas, destinados a fins específicos.

Ocorre que até 1995, antes da vigência da Lei nº 9.249/95, **a hipótese aqui tratada estava sujeita às regras de Distribuição Disfarçada de Lucros**, conforme acima fundamentado.

Porem, o artigo 22 da aludida norma estabelece:

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

O próprio artigo 464, § 1º, do RIR/99 estipula expressamente que não se aplica os casos de DDL na hipótese de devolução de participação no capital social. Vejamos:

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

(...)

§ 1º O disposto nos incisos I e IV não se aplica nos casos de devolução de participação no capital social de titular, sócio ou acionista de pessoa jurídica em bens ou direitos, avaliados a valor contábil ou de mercado (Lei nº 9.249, de 1995, art. 22).” Grifei.

Evidencia-se, pois, que o contribuinte realizou uma verdadeira maratona de eventos societários com a principal finalidade de tributar os notórios ganhos com esses nas pessoas físicas, com de fato fez, sendo que poderia ter feito diretamente, haja vista o respaldo legal.

Estou certo de que constitui propósito negocial legítimo o encadeamento de operações societárias visando a redução das incidências tributárias, desde que efetivamente realizadas antes da ocorrência do fato gerador, bem como não visem gerar economia de tributos mediante criação de despesas ou custos artificiais ou fictícios.

Repito: a partir da vigência do art. 22 da Lei 9.249/1995 a redução de capital mediante entrega de bens ou direitos, pelo valor patrimonial, não mais constituiu hipótese de distribuição disfarçada de lucros, por expressa determinação legal.

Frise-se: a distorção está nas próprias normas tributárias que estabelecem alíquota de 15% para o ganho de capital na pessoa física e de até 34% de IRPJ/CSLL sobre os ganhos de mesma natureza das pessoas jurídicas.

Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso para cancelar as exigências contra a empresa Socopa, confirmando a correta tributação nas pessoas físicas.

(assinado digitalmente)
Antônio José Praga de Souza