



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

Processo nº 16327.720916/2011-06
Recurso nº 000.001 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1401-001.416 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de março de 2015
Matéria IRPJ/CSLL
Recorrente ALFA CORRETORA DE CâMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

RECURSO DE OFÍCIO. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. PIS E COFINS

A incorporação de ações não se enquadra como atividade desempenhada para cumprimento do objeto social. Assim, sem entrar no mérito de se tratar ou não de alienação, a operação de incorporação de ações não pode ser equiparada a uma alienação de um título ou valor mobiliário detido pela sociedade corretora, pois não se trata de ato de mercancia de ações, com intuito de lucro, realizada com terceiros, em cumprimento do seu objeto social.

RECURSO VOLUNTÁRIO. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA JURÍDICA. GANHO DE CAPITAL. TRIBUTAÇÃO.

A incorporação de ações por envolver uma transferência de titularidade das ações da incorporada, dadas em pagamento em uma conferência de aumento de capital, para a incorporadora, caracteriza-se como uma espécie do gênero alienação. No caso concreto, como houve a valorização à preço de mercado das ações dadas em pagamento, gerou-se um acréscimo patrimonial tributável pelo ganho de capital.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. VALOR DE MERCADO. VALOR CONTÁBIL. GANHO DE CAPITAL. REAVALIAÇÃO. RESERVA. IMPOSSIBILIDADE

Não havendo nos assentamentos contábeis da autuada a constituição da reserva de reavaliação, não há que se falar em diferimento da tributação do ganho auferido com ações incorporadas por valor superior ao custo contábil para o no momento da realização do respectivo ativo.

AÇÕES. DESEMBOLSO FINANCEIRO INEXISTENTE. CUSTO DE AQUISIÇÃO. INDEDUTIBILIDADE.

O custo de aquisição atribuído a ações adquiridas sem desembolso financeiro e recebidas pelo contribuinte como "torna" a sua maior contribuição ao capital social não é dedutível da base de cálculo do imposto.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

As normas fiscais que disciplinam a exigência com respeito ao IRPJ aplicam-se à CSLL reflexa, no que cabíveis.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício. Pelo voto de qualidade, NEGAR provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Alexandre Antonio Alkmim Teixeira (Relator), Maurício Pereira Faro e Sérgio Luiz Bezerra Presta que davam provimento integral ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Antonio Bezerra Neto.

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Presidente e Redator para Formalização do Voto

Vencido

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto - Redator Designado

Considerando que o relator à época do Julgamento Alexandre Antonio Alkmim Teixeira não compõe o quadro de Conselheiros do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) na data da formalização da decisão, e as atribuições dos Presidentes de Câmara previstas no Anexo II do RICARF (Regimento Interno do CARF), a presente decisão é assinada pelo Presidente da 4ª Câmara/1ª Seção André Mendes de Moura em 04/09/2015, como Presidente e Redator responsável pela formalização do voto vencido.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Mauricio Pereira Faro, Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Karem Jureidini Dias, Antonio Bezerra Neto, Fernando Luiz Gomes de Mattos e André Mendes de Moura (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário e de ofício contra Acórdão da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo I.

Adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância, compondo em parte este relatório:

"ALFA CORRETORA DE CâMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS S/A, anteriormente qualificada, foi notificada a recolher ou impugnar créditos tributários lançados conforme autos de infração de fls. 45/84.

O autuante descreveu, em seu relatório de fls. 24/44, fatos que fundamentaram os lançamentos formalizados neste e em outros processos administrativos, destacando-se os seguintes trechos que descrevem fatos e procedimentos adotados pelo autuante de interesse deste processo:

Em 2007, quando do evento da "desmutualização", a Alfa Corretora passou a ser acionista da Bovespa Holding S.A. Ainda em 2007, a Alfa Corretora alienou parte dessas ações.

Em maio de 2008 alienou 1.425.000 ações, apurando resultado líquido de R\$ 44.168.424,11.

A Alfa Corretora porém, excluiu as referidas rendas 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, 3º e outros da Lei nº 9.718/1999 (art.8º, I, da Lei 10.637/2002 e art. 10, I, da Lei nº 10.833/2003).

Desmutualização da Bovespa.

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

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

1º) criação da Bovespa Holding S.A e BOVESPA SERVIÇOS E PART. S.A (BVSP)?

2º) cisão parcial da antiga BOVESPA? 3º) incorporação do capital cindido, parte diretamente na Bovespa Holding e parte na BVSP? 4º) incorporação pela Bovespa Holding S.A das ações da BVSP e da CBLC.

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

A Alfa Corretora, no momento imediatamente anterior à desmutualização, era detentora de títulos patrimoniais da Bovespa.

Com a desmutualização, em 28/08/2007, recebeu como devolução de patrimônio da entidade isenta (Bovespa) a quantia de 12.363.876 ações de emissão da Bovespa Holding S/A.

*Em 27 de setembro de 2007, a ALFA CORRETORA assinou um instrumento de mandato Procuração dando poderes a Bovespa Holding S.A. para representar a Outorgante perante diversas instituições e, no mesmo instrumento, **autorizou** a outorgada, desde logo, **"a realizar a Oferta de até 6.163.876 ações ordinárias de emissão da Bovespa Holding S.A. de titularidade da Alfa Corretora, incluídas nesse montante eventuais ações adicionais e de um eventual lote suplementar.***

Portanto, a intenção de vender essas ações foi formalizada nesse instrumento e, efetivamente realizada em 30/10/2007: a ALFA CORRETORA alienou 6.163.876 ações no IPO da Bovespa Holding S.A.

Em maio de 2008 efetuou a venda de 1.425.000 ações e apurou um resultado líquido de R\$44.168.424,11.

Ocorre que estas rendas foram excluídas quando da determinação das bases de cálculo do PIS e da COFINS, referente ao período de apuração de maio de 2008, conforme planilhas e informações apresentadas pelo próprio contribuinte.

Da legislação tributária e aspectos contábeis

A ALFA CORRETORA é tributada pelo PIS e pela COFINS, nos termos da Lei 9.718/98.

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 artigo 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.

Verificamos que a ALFA CORRETORA excluiu as receitas da venda destas ações da base de cálculo do PIS e da COFINS, como comprovam os demonstrativos apresentados a esta fiscalização.

Examinando os registros contábeis, constatamos que a ALFA CORRETORA, após subscrever e receber as ações da Bovespa Holding S.A, classificou-as no ativo permanente, inclusive aquelas vendidas no IPO.

Entendemos que a classificação contábil correta das ações alienadas é ativo circulante, mais especificamente nas 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

1.3.0.00.004 TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS E INSTRUMENTOS FINANCEIROS DERIVATIVOS

1.3.1.00.007 Livres

1.3.1.20.001 TÍTULOS DE RENDA VARIÁVEL

1.3.1.20.104 Ações de Companhias Abertas

No Brasil, a classificação contábil dos ativos e passivos de uma sociedade empresarial não está ao arbítrio dos agentes econômicos. A matéria tem disciplina normativa na Lei 6.404/76 Lei das Sociedades por Ações. As instituições financeiras ainda estão obrigadas a observar as disposições regulamentares externadas pelas autoridades monetárias competência residual do Banco Central do Brasil para impor normas sobre a contabilidade das instituições financeiras (Circular 1.273) segundo as atividades concretas por elas empreendidas. Nesse sentido, vejamos o que dispõe a Lei 6.404/76 (redação dada pela Lei 11.941):

Art. 178. No balanço, as contas serão classificadas segundo os elementos do patrimônio que registrem, e agrupadas de modo a facilitar o conhecimento e a análise da situação financeira da companhia.

§ 1º No ativo, as contas serão dispostas em ordem decrescente de grau de liquidez dos elementos nelas registrados, nos seguintes grupos:

I) ativo circulante? e II) ativo não circulante, composto por ativo realizável a longo prazo, Investimentos, imobilizado e intangível.

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:

II- no ativo realizável a longo prazo: os direitos realizáveis após o término do exercício seguinte, assim como os derivados de vendas, adiantamentos ou empréstimos a sociedades coligadas ou controladas (artigo 243), diretores, acionistas ou participantes no lucro da companhia, que não constituírem negócios usuais na exploração do objeto da companhia?

III - em investimentos: as participações permanentes em outras sociedades e os direitos de qualquer natureza, não classificáveis no ativo circulante, e que não se destinem à manutenção da atividade da companhia ou da empresa:

IV - no ativo imobilizado: os direitos que tenham por objeto bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da companhia ou da empresa ou exercidos com essa finalidade, inclusive os decorrentes de operações que transfiram à companhia os benefícios, riscos e controle desses bens? (Redação dada pela Lei nº 11.638, de 2007)

V (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

VI - no intangível: os direitos que tenham por objeto bens incorpóreos destinados à manutenção da companhia ou exercidos com essa finalidade, inclusive o fundo de comércio adquirido. (Incluído pela Lei nº 11.638, de 2007)

Parágrafo único. Na companhia em que o ciclo operacional da empresa tiver duração maior que o exercício social, a classificação no circulante ou longo prazo terá por base o prazo desse ciclo.(grifamos)

Como se vê, o inciso I, determina que as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente sejam classificados no Ativo Circulante, enquanto que o inciso III determina que as participações permanentes sejam classificadas em investimentos, isto é, no Ativo Permanente.

No caso específico das sociedades corretoras, participantes do processo da desmutualização, ao receberem ações como pagamento pela DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO DE ENTIDADE ISENTA, essas sociedades corretoras firmaram acordos com as novas sociedades empresárias BOVESPA HOLDING S.A. no sentido de disponibilizar parte substancial das ações recebidas para a composição do lote disponibilizado na Oferta Pública Inicial de Ações IPO, de modo que com esses acordos manifestaram suas intenções no sentido de alienar parte das ações, pelo que seu registro contábil indicaria a qualidade de INVESTIMENTO TEMPORÁRIO, que quando realizado efetivamente, gerou RECEITA OPERACIONAL.

Não há dúvida sobre a intenção de a ALFA CORRETORA alienar parte de suas ações no IPO, ainda no curso do exercício social e no exercício social seguinte.

Sua intenção foi manifestada em acordos e instrumentos escritos, conforme mencionado em item anterior.

Portanto, no momento da desmutualização a Alfa Corretora já sabia que realizaria esses ativos ainda no curso do exercício em andamento, por conseguinte, deveria classificá-lo como investimento temporário, ou seja, ATIVO CIRCULANTE Títulos de Renda Variável Ações de Companhias Abertas.

Vale lembrar que as ações da Bovespa Holding direcionadas à venda foram registradas e vendidas pela ALFA CORRETORA no mesmo exercício social e no exercício social seguinte (2008), conforme quadro a seguir:

Ações da	Adquiridas em	Registradas em	Alienadas em
Bovespa Holding	28/08/2007	28/08/2007	Outubro de 2007
	28/08/2007	28/08/2007	Maio de 2008

No caso, quando da aquisição das ações, a ALFA CORRETORA já tinha a intenção de aliená-las e não havia interesse de permanência. Aliás, ela não tinha apenas a intenção, mas muito mais, tinha a certeza que iria vendê-las, uma vez que firmara, inclusive, compromissos nesse sentido, como acima mencionado.

As ações que não foram vendidas em 2007 foram vendidas em 2008, até a data do balanço do período base seguinte.

Portanto, não resta a menor dúvida de que o correto é classificar tais ações no ATIVO CIRCULANTE.

Considerando que as ações em questão não podem ser classificadas no Ativo Permanente, como já comprovado, a venda de tais ações não compõe o Resultado Não Operacional e, portanto, não pode ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Assim, está comprovado que a receita obtida com a venda das ações da Bovespa no IPO compõe o Resultado Operacional da ALFA CORRETORA.

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

4. Incorporação das Ações da Bovespa e da BM&F por Nova Bolsa

Em maio de 2008 a Bovespa Holding foi transformada em subsidiária integral da Nova Bolsa S/A. Nessa ocasião a Alfa Corretora possuía 4.775.000 ações da Bovespa Holding a um valor contábil de R\$9.883.897,13.

No processo de incorporação os acionistas da Bovespa Holding receberam ações PN resgatáveis da Nova Bolsa, sem ônus, na proporção de uma ação para cada dez ações da Bovespa Holding. A Alfa Corretora recebeu 520.000 ações. Essas ações foram contabilizadas da seguinte forma:

O valor contábil total das ações da Bovespa Holding (4.775.000 ações) era de R\$9.883.897,13.

Com o recebimento das ações preferenciais o valor total não sofreu alteração mas ficou distribuído da seguinte forma:

4.775.000 ações ordinárias com valor total de R\$ 9.182.116,04

520.000 ações preferenciais com valor total de R\$ 701.781,09

Saldo das ações antes da incorporação R\$ 9.883.897,13

As ações preferenciais têm na realidade custo zero, pois foram recebidas sem ônus. Dessa forma, a contabilização deveria ter sido conforme abaixo:

4.775.000 ações ordinárias com valor total de R\$ 9.883.897,13

520.000 ações preferenciais com valor total de R\$ 0,00

Saldo das ações antes da incorporação R\$ 9.883.897,13

Em maio de 2008 a Alfa Corretora vendeu as ações preferenciais pelo valor de R\$8.919.772,40. Reconheceu um lucro na venda de R\$8.217.991,31. Na realidade o seu lucro é efetivamente o valor total de resgate. Ou seja, R\$8.919.772,40 e não o valor de R\$8.217.991,31.

A diferença entre R\$8.919.772,40 e R\$8.217.991,31 será adicionada no resultado tributável em 2008 para fins de apuração de IRPJ e CSLL.

A Alfa Corretora não adicionou o resultado da venda dessas ações na 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, 3º e outros da Lei nº 9.718/1999 (art.89, I, da Lei 10.637/2002 e art. 10, I, da Lei nº 10.833/2003). Dessa forma, deve ser adicionado na base de cálculo do PIS e da COFINS o valor de R\$ 8.919.772,40, que é o resultado auferido no resgate dessas ações.

No processo de incorporação das ações da Bovespa pela Nova Bolsa, o valor unitário atribuído a cada ação ordinária da Bovespa Holding S/A foi de R\$ 24,82, conforme "Fato Relevante" publicado. Dessa forma o valor total do investimento avaliado a preço de mercado por ocasião da incorporação era de R\$118.515.500,00. A incorporação das ações da Bovespa Holding S/A pela Nova Bolsa S/A se caracteriza como alienação de ações. Dessa forma, este valor representa a receita bruta auferida pela Alfa Corretora nesta operação.

A composição da carteira de ações da Nova Bolsa passou a ser:
4.775.000 ações da Bovespa Holding: R\$118.515.500,00

5.428.000 ações da BM&F S/A: R\$ 5.428.000,00

12.231.689 ações da Nova Bolsa R\$ 123.943.500,00

O custo médio das ações da Nova Bolsa passou a ser R\$10,13. Em outubro de 2008 vendeu 6.668.000 ações da Nova Bolsa pelo valor de R\$48.718.220,44. O custo dessas ações na sua contabilidade era de R\$7.964.579,04. Dessa forma reconheceu em outubro de 2008 um resultado de R\$40.753.641,40.

Considerando o custo médio apurado após a incorporação das ações da Bovespa Holding, o custo das ações vendidas seria de R\$67.566.732,44. Dessa forma teria um prejuízo de R\$18.848.512,00.

O resultado líquido auferido na operação, para fins de apuração de base de cálculo de IRPJ e CSLL é:

Valor de Mercado Ações Bovespa na Incorporação	18.115.500,00
(-) Valor contábil Ações Bovespa na Incorporação	9.883.897,13
(-) Resultado reconhecido na Venda Ações da Nova Bolsa em outubro	40.753.641,40
(-) Prejuízo na Venda das Ações Nova Bolsa em outubro	18.848.512,00
= Resultado Líquido na Incorporação das Ações	48.629.449,47

O resultado líquido da incorporação das ações e venda de parte delas em 2008 é de R\$48.629.449,47. Esse resultado é objeto de tributação com relação ao IRPJ e CSLL, de acordo com os artigos. 247, 248, 251 e parágrafo único, 277 e 379, § 2º, do RIR/99.

Por ser sociedade corretora, sujeita-se à tributação do PIS e da COFINS nos moldes dos artigos 2º, 3º e outros da Lei nº 9.718/1999 (art.8º, I, da Lei 10.637/2002 e art. 10, I, da Lei nº 10.833/2003). Dessa forma, deve ser adicionado na base de cálculo do PIS e da COFINS o valor de R\$ 108.631.602,87 que é o resultado auferido na incorporação das ações em maio de 2008.

Sobre os resultados obtidos em 2008 com a incorporação dessas ações, discriminados abaixo, serão lavrados na presente data Autos de Infração para a exigência do PIS, COFINS, IRPJ e CSLL

Item	Tributo	Valor Tributável (R\$)	Apuração
Lucro no Resgate Ações Preferenciais	IRPJ e CSLL	701.781,09	Diferença entre valor reconhecido e valor efetivo em maio/2008
Receita no Resgate de Ações Preferenciais	PIS e COFINS	8.919.772,40	Receita menos custo contábil em maio/2008
Resultado na Alienação de Ações devido a Incorporação das Ações da Nova Bolsa e Alienação em outubro de 2008.	IRPJ e CSLL	48.629.449,47	Diferença entre valor contábil e valor de mercado das ações da Bovespa em maio/2008 e valor de revenda e novo valor contábil em outubro/2008
Resultado na Alienação de Ações devido a Incorporação das Ações da Nova Bolsa em maio de 2008.	PIS e COFINS	108.631.602,87	Diferença entre valor contábil e valor de mercado das ações da Bovespa em maio/2008

Os créditos tributários exigidos foram os seguintes:

I – Resultado líquido decorrente da incorporação de ações da Bovespa Holding em maio/2008 e na alienação de ações da Nova Bolsa S/A em outubro/2008:

Crédito Tributário	Enquadramento Legal	Valor em R\$
Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)	Arts. 247, 248, 251 e parágrafo único, 277 e 379 § 2º, do RIR/99.	12.157.362,36
Juros de Mora (calculados até 29/07/2011)	Art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.430/96.	2.942.081,69
Multa Proporcional	Art. 44, I, da Lei nº 9.403/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007.	9.118.021,77
TOTAL		24.217.465,82

Crédito Tributário	Enquadramento Legal	Valor em R\$
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)	Art. 2º e §§ da Lei nº 7.689/88; art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96; art. 3º da Lei nº 7.689/88, com as alterações introduzidas pelo art. 17 da Lei nº 11.727/2008.	7.294.417,42
Juros de Mora (calculados até 31/03/2011)	Art. 28 c/c art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.430/96.	1.765.249,01
Multa Proporcional	Art. 44, I, da Lei nº 9.403/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007.	5.470.813,06
TOTAL		14.530.479,49

II – Alienação de ações de Nova Bolsa S/A em maio de 2008:

Crédito Tributário	Enquadramento Legal	Valor (R\$)
Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS/Pasep)	Artigos 2º, inciso I, alínea "a" e parágrafo único, 3º, 10, 26 e 51 do Decreto nº 4.524/2002.	706.105,41
Juros de Mora (calculados até 29/07/2011)	Art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.	224.259,07
Multa Proporcional	Art. 44, I, da Lei nº 9.403/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007.	529.579,05
TOTAL		1.459.943,53

Crédito Tributário	Enquadramento Legal	Valor (R\$)
Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins)	Artigos 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/2002; art. 18 da Lei nº 10.684/2003.	4.345.264,11
Juros de Mora (calculados até 29/07/2011)	Art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.	1.380.055,88
Multa Proporcional	Art. 44, I, da Lei nº 9.403/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007.	3.258.948,08
TOTAL		8.984.268,07

III – Lucro no resgate de ações preferenciais da Nova Bolsa S/A em maio de 2008:

Crédito Tributário	Enquadramento Legal	Valor em R\$
Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)	Art. 3º, § 2º, inciso IV da Lei nº 9.718/98; Arts. 247, 248, 251 e parágrafo único, 381 e 418 do RIR/99.	175.445,26
Juros de Mora (calculados até 29/07/2011)	Art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.430/96.	42.457,75
Multa Proporcional	Art. 44, I, da Lei nº 9.403/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007.	131.583,94
TOTAL		349.486,95

Crédito Tributário	Enquadramento Legal	Valor em R\$
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)	Art. 2º e §§ da Lei nº 7.689/88; art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96; art. 3º da Lei nº 7.689/88, com as alterações introduzidas pelo art. 17 da Lei nº 11.727/2008.	105.267,16
Juros de Mora (calculados até 29/07/2011)	Art. 28 c/c art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.430/96.	25.474,65
Multa Proporcional	Art. 44, I, da Lei nº 9.403/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007.	78.950,37
TOTAL		209.692,18

IV – Receita no resgate de ações preferenciais da Nova Bolsa S/A em maio de 2008:

Crédito Tributário	Enquadramento Legal	Valor (R\$)
Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS/Pasep)	Artigos 2º, inciso I, alínea "a" e parágrafo único, 3º, 10, 26 e 51 do Decreto nº 4.524/2002.	57.978,52
Juros de Mora (calculados até 29/07/2011)	Art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.	18.413,97
Multa Proporcional	Art. 44, I, da Lei nº 9.403/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007.	43.483,89
TOTAL		119.876,38

Crédito Tributário	Enquadramento Legal	Valor (R\$)
Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins)	Artigos 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/2002; art. 18 da Lei nº 10.684/2003.	356.790,89
Juros de Mora (calculados até 29/07/2011)	Art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.	113.316,78
Multa Proporcional	Art. 44, I, da Lei nº 9.403/96, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007.	267.593,16
TOTAL		737.700,83

Notificada dos lançamentos em 09/08/2011 (fls. 44), a fiscalizada, representada por advogados (fls. 177/183) apresentou impugnação aos feitos em 06/09/2011 (fls. 102/136), oferecendo, em resumo, as seguintes razões:

(a) A contribuinte era titular de participações societárias nas instituições Bovespa Holding S/A e Bolsa de Mercadorias & Futuros BM&F S/A, ambas consideradas investimentos não relevantes, avaliadas pelo custo de aquisição e contabilizadas no Ativo Não Circulante, tendo origem nos processos de desmutualização das duas entidades auxiliares do mercado de capitais (Bovespa e BM&F);

(b) Em 2008 as duas Bolsas integraram suas atividades com a criação da Nova Bolsa S/A, sendo seguidos três passos: primeiramente, ocorreu a constituição da nova companhia com inexpressivo valor de capital social; depois ocorreu a elevação de seu capital social pela via da incorporação da BM&F S/A, ou seja, os acionistas da extinta BM&F S/A tiveram suas ações substituídas pelas ações da Nova Bolsa S/A, numa relação de 1 x 1; o terceiro passo consistiu na incorporação das ações da Bovespa Holding S/A pela Nova Bolsa S/A, nos termos do art. 252 da Lei nº 6.404/1976, passando aquela a ser subsidiária integral desta;

(c) Por conta e ordem de seus acionistas, os Administradores da Bovespa Holding S/A, pelo valor de R\$1.526.236.963,88, subscreveram a totalidade das ações emitidas pela Nova Bolsa S/A (1.030.012.191 ordinárias + 72.288.840 preferenciais resgatáveis, a serem recompradas pelo preço de R\$17,15340847), tendo sido pago um Prêmio de R\$16.415.853.198,58, sendo que o custo global da operação foi resolvido pela entrega da totalidade das ações da Bovespa Holding S/A a valor de mercado, estabelecido em razão de cotações médias de pregão dos 30 dias antecedentes, que ficou ajustado em R\$24,82 por ação ordinária:

destinação dos recursos	valores	%	Proporcionalidade no Unitário de Merc. R\$
capital social	1.526.236.963,88	8,51%	2,11
premio de subscrição	16.415.853.198,58	91,49%	22,71
total	17.942.090.162,46	100,00%	24,82

(d) A operação foi multifacetada em razão de ajustes societários que visavam estabelecer equivalência entre os patrimônios já formados juridicamente em cada instituição, e, também, para igualar o percentual de participação no capital social e no poder político administrativo de cada conjunto de acionistas, que ora se uniam;

(e) A Reserva de reavaliação foi extinta pela Lei nº 11.638/2007, sendo substituída pelos Ajustes de Avaliação Patrimonial, mas a disciplina tributária do reconhecimento da Reavaliação de Bens do Ativo Não Circulante e seu respectivo tratamento tributário permanece em pleno vigor, pois vivemos hoje sobre o Regime Tributário de Transição – RTT;

(f) No caso dos autos, está se tratando do ativo investimentos em participações societárias avaliadas pelo custo de aquisição, sendo que para os negócios jurídicos realizados por valores reavaliados, o fato gerador do IRPJ somente acontece quando houver efetiva disponibilidade jurídica do ganho e não pelo simples registro contábil da reavaliação, salvo os casos excepcionados em lei como no caso da reavaliação de participações societárias avaliadas pelo método de equivalência patrimonial ou no caso de reavaliações espontâneas, unilaterais e desprovidas de qualquer formalismo;

(g) A Incorporação de Ações é ato típico de reorganização societária previsto no Direito Privado que não corresponde a nenhuma hipótese de incidência tributária do IRPJ da CSLL do PIS ou do COFINS, pois não gera renda, ganhos de capital ou proventos de qualquer natureza, por princípio;

(h) Quando os ajustes privados consagram a versão das ações a serem incorporadas pelo valor do mercado ocorre na seara tributária a figura da Reavaliação na Subscrição de Capital ou Valores Mobiliários tal qual prevista no artigo 439 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000 de 1999?

(i) Apesar do instituto da Reavaliação de Bens do Ativo Permanente não ter sido externado na contabilidade da autuada, deve ser observado que o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil não faz auditoria contábil e nem tem competência legal para tanto, sendo que a contabilidade se apresenta somente como instrumento de investigação que tem como meta final a identificação dos fatos jurídicos tributários que aconteceram e que redundaram em descumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, porquanto erros contábeis não emprestam relevância jurídica tributária a fatos ou atos neutros para incidência tributária;

(j) A Alfa Corretora estaria, por Lei, autorizada a contabilizar a Reserva de Reavaliação eis que todos os requisitos formais para **tanto estavam atendidos. De forma absolutamente simétrica, a**

autuada deixou de registrar Reserva de Reavaliação (em que pese as disposições da Lei nº 11.638 de 2.008) em Registro Fiscal Auxiliar como também deixou de sobrevalorizar sua carteira de ações na escrituração contábil, sendo que, numericamente, este procedimento de registro contábil da operação em nada alterou o Lucro Real como base de cálculo do IRPJ ou ainda a base de cálculo da CSLL

(k) No mundo dos fatos, a Incorporação de Ações por valor maior que o contábil ensejará ganho de capital a ser tributado quando da efetiva realização do ativo, tal como disposto no art. 4º da Lei nº 9.959, de 2000, que veda o cômputo das contrapartidas de reavaliação na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL enquanto os ativos reavaliados não forem realizados, lembrando que as ações vertidas tiveram origem em aplicações de capital acontecidas muitos anos antes da incorporação de ações que ora se analisa?

(l) Equiparar incorporação de ações a alienação implicaria em autuar os milhares de acionistas minoritários da Bovespa Holding que tiveram suas ações substituídas pelas da Nova Bolsa em suas respectivas contas de custódia, tal como sucedido com a Alfa Corretora

(m) A autuada recebeu na operação, ações ordinárias e ações preferenciais resgatáveis da Nova Bolsa e, embora não tenha ocorrido desembolso financeiro na operação, não se pode afirmar que as ações preferenciais resgatáveis foram adquiridas a custo zero, pois seu valor foi estabelecido a partir de documentos idôneos e hábeis à comprovação da operação—Protocolo de Justificação e Atas das Assembleias que aprovaram a reorganização societária em que ficou estabelecida a relação de substituição de Ações

(n) O Auditor Fiscal confundiu "ações bonificadas" com ações preferenciais resgatáveis, uma vez que foram invocadas as disposições do art. 381 do RIR/99 que tratam das bonificações, inexistindo possibilidade jurídica de emissão de ações gratuitas, sendo tampouco gratuitas as bonificações em ações, carecendo de amparo legal a atribuição de valor contábil apenas às ações ordinárias

(o) Não pode o auditor qualificar o resgate de ações preferenciais como uma operação de capital, segundo o disposto no art. 418 do RIR/1999, para fins de exigência do IRPJ e CSLL e, no mesmo procedimento qualificá-lo em outros termos para fins de exigir contribuições sociais incidentes sobre o faturamento

(p) Os negócios jurídicos lastreados em ações podem ser qualificados como de renda variável – cujo ciclo se inicia com a compra de ações com a finalidade de revenda no mercado de capitais, em ambiente de bolsa de valores ou de balcão, mas com intermediação de instituição financeira autorizada – ou de ganhos ou perdas de capital – no caso das ações preferenciais resgatáveis, por ocasião do resgate, há efetivo desinvestimento, porque a investida deve realizar compulsoriamente a compra, cuidando-se de relação jurídica bilateral entre a instituição e seu

acionista que passa ao largo da disciplina tributária da renda variável

(q) Não se ajusta ao conceito de Renda Operacional ou de Faturamento eventuais ganhos de capital auferidos na realização de investimentos em participações societárias classificáveis no Ativo Não Circulante em razão de se conformarem ao conceito de Aplicações de Capital

(r) Segundo a regra constante do art. 31 do DL nº 1.598/77, os negócios que envolvam direitos e bens do ativo não circulante resultam em ganhos ou perdas de capital, sendo que os Títulos Patrimoniais das Bolsas eram classificados como Investimentos no Ativo Não Circulante por imposição do Banco Central do Brasil, classificação contábil a que também se sujeitam as ações vertidas por ocasião da Incorporação de Ações em foco nestes autos

(s) Em se tratando de investimentos com a intenção de permanência não se aplica o disposto no art. 45, § 1º, II da IN RFB nº 1.022 de 2.010, pois as ações vertidas tiveram origem em aplicações de capital ocorridas muitos anos antes da Incorporação de Ações que aqui se analisa

(t) É notório que dentre outras atividades típicas de uma corretora de valores mobiliários se incluam as operações de compra e venda de ações por conta própria, não significando que toda venda de participações societárias deva ser tratada como operação de renda variável.

Ao final, a Impugnante pede a anulação dos autos de infração e para ser intimada da data e local da realização da audiência de julgamento, na forma do que dispõe o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal e da Lei nº 8.906, de 1994.

Distribuídos os autos para a relatoria deste julgador, determinou-se realização de diligência para correção do valor da base de cálculo do lançamento, no tocante ao resultado líquido decorrente da incorporação de ações da Bovespa Holding em maio/2008 e na alienação de ações da Nova Bolsa S/A em outubro/2008 (fls. 248/240).

Às fls. 247/258, juntou-se autos de infração complementares de IRPJ (R\$ 206.500,00) e CSLL (R\$ 123.900,00), incluídos a multa proporcional e os juros de mora (calculados até 03/2012), dos quais a contribuinte tomou ciência em 23/03/2012. Em 17/04/2012, a contribuinte protocola peça impugnatória aos lançamentos complementares em que alega, resumidamente, o quanto se segue (fls. 265/301):

- (i) O auto de infração, regularmente lavrado e notificado ao contribuinte, presum-ese certo e líquido, sendo modificável apenas nas taxativas hipóteses previstas no artigo 145 e 149 do Código Tributário Nacional, sendo certo, ainda, que somente podem ser invocados para promover diminuição do tributo lançado*
- (ii) O lançamento não pode ser objeto de método de tentativa e erro, e, caso verificado inexistências, deve ser*

anulado e efetuado um novo, dentro do prazo decadencial

- (iii) *Tal como na situação em que um auto de infração lavrado com erro de cálculo, e não impugnado, resta consolidado como legítimo no mundo jurídico, ainda que majorado indevidamente, em situação oposta, o mesmo efeito preclusivo ocorre quando o crédito tributário é constituído em montante inferior ao efetivamente devido*
- (iv) *(iv) A Delegacia de Julgamento devia se ater aos limites propostos pela impugnante para a revisão do lançamento e não poderia ter promovido um agravamento de sua situação, caracterizando reformatio in pejus, que não encontra amparo legal em nosso sistema normativo processual*
- (v) *(v) Ainda há de se apontar que o artigo 41, caput, do Decreto nº 7.574/2011, não contempla hipótese de o lançamento complementar advir de ordem da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, mas sim por iniciativa do próprio Auditor Fiscal responsável pela apuração do caso, sob pena de desequilibrar o processo administrativo fiscal, comprometendo a segurança jurídica do contribuinte e constringendo-lhe a ampla defesa, pois impugnar poderia representar futuro aumento de sua dívida fiscal, motivos pelos quais afigura-se ilegal e inconstitucional o ato da DRJ*

A contribuinte também deduziu em sua impugnação aos lançamentos complementares, razões relativas a ganho de capital decorrente de devolução do patrimônio social de entidade isenta, no âmbito do processo de desmutualização das Bolsas de Valores; a aplicação de multa isolada por falta de pagamento de estimativas; a desconsideração de pagamentos efetuados em condição de espontaneidade em 19 de março de 2008, recepcionados pelo processo administrativo fiscal nº 16327.000429/200810."

Submetida a Impugnação à apreciação da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de São Paulo I/SP, esta proferiu o acórdão nº 16-47.308 (fls. 396/444), assim ementado:

Tendo em vista que o valor total do crédito tributário exonerado excedeu R\$1.000.000,00, a autoridade de primeira instância interpôs recurso de ofício que passa a ser analisado por esta Turma Julgadora juntamente com o recurso voluntário interposto pela contribuinte em relação ao montante não reformado pela Autoridade Julgadora.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro André Mendes de Moura - Redator para Formalização do Voto Vencido

Em face da necessidade de formalização da decisão proferida nos presentes autos, e tendo em vista que o relator originário do processo não mais integra o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, encontro-me na posição de Redator, nos termos dos arts. 17 e 18, do Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015 (RICARF).

Informo que, na condição de Redator, transcrevo literalmente a minuta que foi apresentada pelo Conselheiro durante a sessão de julgamento. Portanto, a análise do caso concreto reflete a convicção do relator do voto na valoração dos fatos. Ou seja, não me encontro vinculado: (1) ao relato dos fatos apresentado; (2) a nenhum dos fundamentos adotados para a apreciação das matérias em discussão; e (3) a nenhuma das conclusões da decisão incluindo-se a parte dispositiva e a ementa.

A seguir, a transcrição do voto.

Os recursos preenchem as condições de admissibilidade e deles tomo conhecimento.

RECURSO DE OFÍCIO

Inicialmente, cumpre um esclarecimento para fins de delimitação do objeto da lide neste julgamento: o termo de verificação fiscal remonta à evolução das operações realizadas no âmbito da BOVESPA e da BM&F, abordando dois momentos: 1º) desmutualização das associações BOVESPA e BM&F, com sua transformação em sociedades anônimas e 2º) incorporação das ações das sociedades anônimas BOVESPA e BM&F na sociedade anônima Nova Bolsa.

A decisão que exonerou a incidência de PIS e COFINS, objeto do presente recurso de ofício, refere-se exclusivamente à segunda fase, pelo que a discussão que deve ser enfrentada por essa turma neste recurso de ofício está baseada em fatos relacionados à incorporação de ações da Bovespa Holding S.A. por Nova Bolsa S.A., bem como ao resgate de ações preferenciais da Nova Bolsa S.A.

Primeiramente, analisa-se o tema que ensejou o recurso de ofício: incidência do PIS e da Cofins sobre a considerada alienação das ações da Bovespa Holding S.A. no processo de incorporação de ações.

Independente de ao final do presente voto a incorporação de ações ser considerada ou não espécie de alienação das ações, em relação à incidência do PIS e da Cofins, deve ser mantido o posicionamento da decisão de piso.

Segundo o entendimento da DRJ (fls. 26 do voto)

"Relativamente às contribuições para o PIS/Pasep e Cofins, os artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/1998, estabelecem que:

“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. (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

§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.”

Consoante analisado anteriormente, em princípio, a receita de venda de ações decorre de uma transação usual e típica de uma sociedade corretora de títulos e valores mobiliários, constituindo-se tal ingresso no próprio faturamento dessas instituições, sendo classificada, inclusive, como operacional pelo Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional – Cosif (conta 7.1.5.20.003 Rendas de Títulos de Renda Variável, do grupo 7.1 – Receitas Operacionais).

O Cosif também estabelece em seu capítulo I – Normas Básicas, Seção 17– Receitas e Despesas, item 3, que tanto as rendas obtidas com operações ativas, como aquelas decorrentes da prestação de serviços, referem-se a atividades típicas, regulares e habituais da instituição financeira, sendo classificadas como operacionais, conforme destacado a seguir:

***3 As rendas operacionais** representam remunerações obtidas pela instituição em suas operações ativas e de prestação de serviços, ou seja, **aquelas que se referem a atividades típicas, regulares e habituais.** (destacou-se)*

Observe-se que a revogação do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 não alterou essas conclusões, uma vez que a Lei nº 11.941/2009 apenas suprimiu o chamado “alargamento” da base de cálculo dessas contribuições introduzida por aquele dispositivo legal, que alcançava a totalidade das receitas da pessoa jurídica, independentemente do tipo de atividade por ela exercida ou da classificação contábil da receita auferida.

A definição do conteúdo de “faturamento” para fins de incidência da contribuição para o PIS e da Cofins passa obrigatoriamente pela análise das decisões proferidas nos julgamentos dos Recursos Extraordinários 346.084/PR, 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, que declararam a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, motivando o legislador a revogá-lo em 2009.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de identificar receita bruta com faturamento, compreendido como o produto da venda de mercadorias e de

serviços, conforme ementa do acórdão proferido no julgamento do RE 346.084/PR:

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.

TRIBUTÁRIO INSTITUTOS EXPRESSÕES E VOCÁBULOS SENTIDO.

A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobre põe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PIS RECEITA BRUTA NOÇÃO INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada. (destacou-se)

Nos debates que então se desenvolveram na sessão do Tribunal Pleno que julgou o ventilado RE, os Ministros explicitaram seu entendimento sobre a identidade entre o conceito de faturamento e a receita operacional da pessoa jurídica, tida como resultante de sua atividade principal, que corresponde à receita bruta que a Lei Complementar 70/91 e a Lei 9.718/98 elegeram como base de cálculo da Cofins e do PIS.

Cumpre observar que dentre os votos vencedores proferidos nos Recursos Extraordinários 346.084/ PR, 357.950/ RS, 358.2739/ RS e 390.8405/ MG, está o do Exmo.

Sr. Ministro Cezar Peluso, que esclarece:

Faturamento nesse sentido, isto é, entendido como resultado econômico das operações empresariais típicas, constitui a base de cálculo da contribuição, enquanto representação quantitativa do fato econômico tributado.

(...)

Sr. Presidente, gostaria de enfatizar meu ponto de vista, para que não fique nenhuma dúvida ao propósito. Quando me referi ao conceito construído sobretudo no RE 150.755, sob a expressão "receita bruta de venda de mercadorias e prestação de serviço", quis significar que tal conceito está ligado à idéia de produto do exercício de atividades empresariais típicas, ou seja, que nessa

expressão se inclui todo incremento patrimonial resultante do exercício de atividades empresariais típicas.

Se determinadas instituições prestam tipo de serviço cuja remuneração entra na classe das receitas chamadas financeiras, isso não desnatura a remuneração de atividade própria do campo empresarial, de modo que tal produto entra no conceito de "receita bruta igual a faturamento".

Também merece ser trazido a lume trecho de voto do Exmo. Sr. Ministro Carlos Britto:

(...) No sentido de que faturamento é receita operacional, e não receita total, nem receita abrangente de qualquer ingresso na empresa. Receita operacional consiste naquilo que já estava definido pelo Decreto-Lei 2397, de 1987, art.22, § 1º, "a", (...)

Por isso, estou insistindo na sinonímia "faturamento" e "receita operacional", exclusivamente, correspondente àqueles ingressos que decorrem da razão social da empresa, da sua finalidade institucional. Logo, receita operacional é receita bruta de tais vendas, mas não incorpora outras modalidades de ingresso financeiro: royalties, aluguéis, rendimentos de aplicações financeiras, indenizações etc. Esse tratamento normativo do faturamento como receita operacional foi reproduzido pela Lei Complementar 70/91, (...)

Portanto, no âmbito dessas contribuições sociais, o faturamento corresponde à receita bruta de vendas de mercadorias e de serviços, desenvolvidas em conformidade com o objeto social da pessoa jurídica. No caso das sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, a venda de ações de carteira própria ou de terceiros constitui uma das receitas decorrentes das operações típicas e usuais da empresa.

É certo que as mencionadas decisões da Corte Maior forem proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade e, em princípio, apenas vinculariam as partes litigantes. Também já foi externado pela Receita Federal, há longa data, mediante o Parecer Normativo CST nº 329/1970, o entendimento de que a arguição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional.

Entretanto, a Lei nº 11.941/2009, ao dar nova redação ao artigo 26A do Decreto nº 70.235/1972, diploma normativo que disciplina o processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União, também introduziu o § 6º, cujo inciso I confere ao julgador administrativo a prerrogativa de afastar a aplicação de ato normativo, ao fundamento de inconstitucionalidade, quando neste sentido já tenha se manifestado o Supremo Tribunal Federal, por decisão definitiva plenária:

Art. 26A.

No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de

inconstitucionalidade. (Redação dada pelo art. 25 da Lei nº 11.941/2009)

(...)

§ 6.º. O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; Desta feita, acolho o entendimento da Egrégia Corte Constitucional que fixou o conceito de faturamento como aquele corresponde à receita bruta de vendas de mercadorias e de serviços, desenvolvidas em conformidade com o objeto social da pessoa jurídica, para aplicá-lo ao caso em debate, cujos fatos geradores ocorreram em 2008.

No mesmo sentido, acrescente-se que a legislação do imposto de renda fixou, a exemplo dos artigos 40, 41 e 43, da Lei 4.506/64, e artigo 11, do Decreto-lei 1.598/77, que o lucro operacional da pessoa jurídica é o resultado das atividades normais da empresa, ou seja, as que constituem seu objeto. Assim, o conceito operacional está vinculado ao conceito de atividade normal, típica da empresa, consoante estabelecida em seus estatutos. Portanto, a receita operacional, de onde se extrai o lucro operacional, decorre necessariamente das atividades típicas da empresa. Confiram-se os dispositivos citados:

Lei 4.506/64 Art. 40. Será classificado como lucro operacional da empresa o resultado auferido em qualquer atividade econômica destinada à venda de bens ou serviços a terceiros tais como:

I Extração de recursos minerais ou vegetais, pesca, atividades agrícolas e pecuárias; II Indústrias de qualquer espécie, construção, serviços de transporte, de comunicações, serviços de energia elétrica, fornecimento de gás e água, exploração de serviços públicos concedidos ou de utilidade pública; III Comerciais ou mercantis de compra e venda de quaisquer bens, inclusive imóveis, títulos e valores, distribuição e armazenamento; IV Bancárias, de seguros e outras atividades financeiras de serviços de qualquer natureza, inclusive hotéis e divertimentos públicos.

Art. 41. Constituirá lucro operacional o resultado das atividades normais da empresa com personalidade jurídica de direito privado, seja qual for a sua forma ou objeto, e das empresas individuais.

(...)

Art. 43. O lucro operacional será formado pela diferença entre a receita bruta operacional e os custos, as despesas operativas, os encargos, as provisões e as perdas autorizadas por esta lei.

Decreto-lei 1.598/77 Seção II Lucro Operacional Subseção I Disposições Gerais Conceito e discriminação Art 11 Será classificado como lucro operacional o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica.

(...)

As vendas realizadas no mercado pouco tempo depois da desmutualização (28/08/2007) – primeiramente, por ocasião da oferta inicial pública (27/09/2007) e a segunda, em maio de 2008 – apontam que as 7.588.876 ações ordinárias da Bovespa Holding S/A envolvidas nessas duas transações foram tratadas como títulos em carteira própria, de natureza temporária e, desta forma, o produto dessas alienações é classificado como receita operacional, observando-se que os efeitos tributários das referidas transações não são objeto de discussão deste processo."

É de se observar, conforme exposto pela DRJ, "a incorporação pela Nova Bolsa S.A. das 4.775.000 ações da Bovespa Holding S.A. detidas pela fiscalizada, em maio de 2008, não se configurou um ato de mercancia de ações, ou se, a não se tratou de uma operação com finalidade lucrativa realizada com terceiros, típica de sociedade corretora de títulos e valor mobiliários, mas do cumprimento de uma das etapas do processo de consolidação social das Bolsas de Valores".

Não é possível verificar na etapa de incorporação de ações uma operação mercantil típica e inserida nas operações correntes das corretoras de títulos e valores mobiliários. Sendo assim, a incorporação de ações da Bovespa Holding S.A. não representa uma venda realizada no contexto de sua atividade operacional, o que afasta a incidência do PIS e da Cofins.

É importante ressaltar que não se está discutindo se as ações da Bovespa Holding S.A. deveriam estar contabilizadas no ativo circulante ou não. A discussão, portanto, não é relativa à classificação dos ativos vendidos, ou seja, pouco importa se as ações estavam contabilizadas no ativo circulante ou não.

O fato que impede a tributação pelo PIS e pela Cofins é não ser possível enquadrar a incorporação de ações no conceito constitucional de faturamento desenvolvido pelo STF.

É dizer: se o entendimento daquela Corte é no sentido de que o faturamento corresponde à receita bruta de vendas de mercadorias e de serviços, desenvolvidas em conformidade com o objeto social da pessoa jurídica, não se pode entender que a incorporação de ações seria atividade desenvolvida em conformidade com o objeto social.

Observe-se que as vendas das ações da Bovespa Holding S.A., ocorridas logo após a desmutualização, foram tratadas como faturamento e o produto dessas alienações foi tratado como receita operacional e a referida tributação não é objeto do presente processo.

Portanto, o fundamento da improcedência do Recurso de Ofício está ligado ao fato de a incorporação de ações não se enquadrar como atividade desempenhada para cumprimento do objeto social. Assim, sem entrar no mérito de se tratar ou não de alienação, a operação de incorporação de ações não pode ser equiparada a uma alienação de um título ou valor mobiliário detido pela sociedade corretora, pois não se trata de ato de mercancia de ações, com intuito de lucro, realizada com terceiros, em cumprimento do seu objeto social.

Sendo assim, nego provimento ao recurso de ofício, mantendo o cancelamento do Auto de Infração no que se refere à exigência de Pis e de Cofins na suposta alienação de ações ocorrida em decorrência da incorporação de ações.

RECURSO VOLUNTÁRIO

A controvérsia do Auto de Infração sob análise é representada pela conclusão da Autoridade Fiscal no sentido de ser a operação de incorporação de ações uma hipótese de efetiva alienação de ações, bem como a necessidade de reconhecer como valor da alienação o valor unitário atribuído a cada ação ordinária da Bovespa Holding no processo de incorporação de ações, conforme se depreende do Termo de Verificação Fiscal (fls. 33 a 38).

Observa-se que a Recorrente possuía 4.775.000 ações da Bovespa Holding S.A. a um valor contábil de R\$9.883.897,13, valor este que representava o custo de aquisição original daquelas ações, vez que tal ativo não estava sujeito à mensuração pelo método de equivalência patrimonial.

No processo de incorporação de ações, de acordo com o item 4.7 do Fato Relevante publicado (fl. 95), os acionistas da Bovespa Holding receberam 1,42485643 ações ordinárias para cada ação ordinária e 1 ação preferencial resgatável de Nova Bolsa para cada 10 ações ordinárias de Bovespa Holding de sua propriedade, resultando na emissão total, por Nova Bolsa, de 1.030.012.191 ações ordinária e 72.288.840 ações preferenciais resgatáveis.

Faz-se necessário observar que a incorporação de ações da Bovespa Holding S.A. simultaneamente à incorporação da BM&F foram etapas da reorganização societária que teve por escopo integrar as atividades da Bovespa Holding S.A. e BM&F, cabendo a cada conjunto dos respectivos acionistas 50% do capital da Nova Bolsa.

A intenção divulgada pelos acionistas para a integração desse patrimônio era atingir uma estrutura integrada mais eficiente, com potencial de economia nas despesas combinadas das duas bolsas, além de possibilitar o maior crescimento e rentabilidade dos negócios por elas desenvolvidos.

No intuito de definir o montante em que seria aumentado o capital social da Nova Bolsa, procedeu-se a avaliação das ações da Bovespa Holding S.A., bem como do patrimônio da BM&F.

Assim, adotou-se critério de mensuração das ações da Bovespa Holding e da BM&F para que fosse possível estabelecer a *relação de substituição, número e espécie das ações a serem atribuídas aos acionistas da BM&F e aos acionistas da Bovespa Holding, direito das ações, aumento do patrimônio líquido e do capital social de Nova Bolsa* (informações extraídas da publicação de Fato Relevante, fl. 94).

Em relação ao critério de avaliação das ações da Bovespa Holding, observa-se que este retratava *valor equivalente à média ponderada pelo volume financeiro transacionado das cotações médias, ajustadas pelos proventos distribuídos, observadas nos pregões da Bolsa de Valores de São Paulo nos últimos 30 dias que antecederam a divulgação do Fato Relevante de 19/02/2008, que corresponde a R\$24,82 por ação* (fl. 93, item 3.4 do Fato Relevante).

Observa-se no item 6.5 do Fato Relevante (fl. 97) que os acionistas dissidentes de Bovespa Holding que optassem pelo direito de retirada, segundo faculdade atribuída pelo art. 252, §2º, da Lei nº 6.404/76, teriam *o direito ao reembolso de suas ações, ao valor de R\$2,18893051 por ação, conforme o balanço patrimonial de 31.12.07, aprovado pela AGO de 10.04.08*.

As relações de substituição foram consideradas justas e equitativas e propiciaram a cada conjunto de acionistas (Bovespa Holding e BM&F) 50% do capital de Nova Bolsa, sendo que a efetiva substituição de ações ocorreu em 19.08.2008, com o efetivo

recebimento das ações da Nova Bolsa e o impedimento de venda das referidas ações (*lock up*) findou-se em 20.10.2008.

A Autoridade Fiscal entendeu ter havido ganho de capital em 08.05.2008, data em que ocorreu a Assembleia Geral que determinou a incorporação de ações, equivalente à diferença entre o custo histórico anteriormente contabilizado (R\$9.883.897,13) e o valor relativo ao número de ações recebidas vezes R\$24,82 (R\$118.115.500,00).

Expostos os fatos essenciais para a compreensão do contexto, passa-se a analisar a incidência de IRPJ e CSLL na referida operação de incorporação de ações.

Inicialmente, faz-se necessário ressaltar que os fatos ocorridos devem ser analisados à luz das antigas normas de contabilidade, tendo em vista que, para fins tributários, deveriam ser aplicados os métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007.

Sendo assim, não se pode olvidar que vigorava o princípio contábil do custo original como base de valor, segundo o qual *os ativos são incorporados pelo preço pago para adquiri-los ou fabricá-los, mais todos os gastos necessários para colocá-los em condições de gerar benefícios para a empresa* (Sérgio de Iudícibus: Teoria da Contabilidade, 2ª Edição, Ed. Atlas, p. 56 e 57).

Desta forma, a regra era a contabilização dos ativos pelo custo histórico, admitindo-se a geração de resultados apenas quando ocorresse uma transação envolvendo terceiros (partes independentes e não relacionadas) resultante de um processo de barganha negocial não viciado.

Inclusive, é partindo dessa premissa que se defende a impossibilidade de reconhecimento de resultado derivado de transações entre entidades sob o mesmo controle e, conseqüentemente, a impossibilidade de reconhecer contabilmente o “ágio interno”.

É por isso que Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Júnior afirmam em artigo intitulado “A incorporação reversa com ágio gerado internamente: conseqüências da elisão fiscal sobre a contabilidade” que *não faz sentido algum reconhecer, numa boa e sadia contabilidade, o resultado derivado de transações entre entidades sob o mesmo controle, ou seja, sob a mesma vontade. Isso é geração artificial de resultado. (...) Agora, no caso de ativos não destinados à alienação, mais incorreto ainda é, dentro do Princípio da realização da receita, a inclusão de tais “lucros” nas demonstrações contábeis.*

Neste cenário, entendo serem aplicáveis as mesmas conclusões. Se na ótica da contabilidade antiga, os ativos deveriam ser registrados pelo custo histórico, carece de lógica entender que neste caso o Recorrente deveria ter reconhecido o ativo pelo valor constante do laudo de avaliação elaborado a pedido dos acionistas da Bovespa Holding e da BM&F para a incorporação de ações na Nova Bolsa cujos acionistas em momento posterior seriam os mesmos acionistas da Bovespa Holding e BM&F e, conseqüentemente, impor o reconhecimento de receita naquele momento.

A esse respeito, Eliseu Martins ensina que nas normas contábeis antigas não havia o reconhecimento de resultado em operação de incorporação de ações, conforme se depreende do prefácio de sua autoria ao livro Incorporação de Ações no Direito Tributário: conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos. (Ricardo Mariz de Oliveira, São Paulo: Quartier latin, 2014, p. 17/18):

“Assim, no caso da incorporação de ações, passou a ser compulsório o registro contábil do valor das ações da “incorporada” pelo valor justo das ações da “incorporadora” entregues aos ex-proprietários da “incorporada”. Já nos

proprietários da “incorporada” vai haver, provavelmente, o reconhecimento de um resultado contábil: trocará suas ações nessa “incorporada” pelas emitidas pela “incorporadora”, reconhecidas estas pelo seu valor justo. Novamente: reconhecimento, esse momento, de valores agregados que não terão surgido nesse momento, mas sim ao longo de um certo tempo antes. O que há agora é um fato (combinação de negócios) que obriga ao reconhecimento contábil desse valor gerado anteriormente, mesmo que não haja qualquer geração de caixa ou “quase caixa”. Novamente o abandono dos antigamente rigorosos princípios do custo como base de valor e da realização financeira para registro de receita. Mas sem geração de qualquer disponibilidade financeira para pagamento de tributo sobre o acréscimo de valor. Antes, aceitava-se o registro pelo valor contábil precedente do valor patrimonial da ação da “incorporada”, mas, agora, sabendo-se que no mundo dos negócios a essa participação é atribuído um valor, obriga-se ao seu registro para incremento informacional.”

Veja-se que a posição do referido autor é no sentido de que, apenas com as novas normas contábeis, passou-se a reconhecer o eventual resultado oriundo do processo de incorporação de ações. Já nas normas contábeis antigas, esse reconhecimento de resultado não era possível.

Não é, portanto, razoável que na análise de casos de ágio interno entendamos que as normas contábeis antigas não autorizavam o registro daquele resultado, justamente por ser aplicável o princípio do custo histórico e, quando a situação se inverte, queiramos impossibilitar o contribuinte de manter o registro pelo custo histórico.

É importante ressaltar que o eventual resultado que deveria ser registrado para fins contábeis e no cenário das normas atuais seria o oriundo da diferença entre o valor contábil das ações incorporadas para o valor justo das ações emitidas pela incorporadora e não a diferença entre o valor contábil das ações incorporadas e o valor utilizado como parâmetro para integralizar ao capital social da incorporadora (critério utilizado pela Autoridade Fiscal).

As considerações acima já são suficientes para o cancelamento do presente Auto de Infração.

Entretanto, entendo necessário tecer alguns comentários acerca do fato gerador do imposto sobre a renda. Isso porque, mesmo no caso de se entender que os ativos deveriam ser registrados pelo valor constante do laudo de avaliação e, portanto, ter havido geração de resultado, esse não seria tributável.

Há nos referidos autos uma divergência do critério temporal da ocorrência do fato gerador do imposto de renda. A Autoridade Fiscal entende ser este na época da incorporação de ações, quando foram assinadas as Atas de Assembleia Geral.

Lado outro, entende a Recorrente que o fato gerador ocorre quando da efetiva venda das referidas ações recebidas, ocasião onde – além de apurar o ganho de capital (valor de venda menos valor contábil do título (custo de aquisição)).

Traçadas as referidas premissas, faz-se uma breve análise do fato gerador do imposto de renda.

Dispõe o art. 43 do Código Tributário Nacional ser o fato gerador do imposto sobre a renda a **aquisição da disponibilidade** econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza *in verbis*:

"Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo."

De acordo com Leandro Paulsen¹ sendo fato gerador do imposto a "aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza", não alcança a "mera expectativa de ganho futuro ou em potencial".

No presente caso, evidencia-se a ausência de disponibilidade econômica antes da venda dos títulos. Passa-se, então, a analisar se presente a disponibilidade jurídica.

Para Rubens Gomes de Souza² a disponibilidade jurídica verifica-se quando o titular do acréscimo patrimonial que configura renda, sem o ter ainda em mãos separadamente da sua fonte produtora e fisicamente disponível, entretanto já possui um título jurídico apto a habilitá-lo a obter a disponibilidade econômica.

Para Gilberto Ulhôa Canto³, co-autor do anteprojeto do CTN, não basta, apenas, que seja adquirido o direito de auferir o rendimento (ou a sua titularidade). É necessário que a aquisição desse direito assuma a forma de faculdade de adquirir disponibilidade econômica, mediante a tomada de iniciativa ou a prática de ato, que estejam no âmbito do arbítrio do interessado, a qualquer momento; em outras palavras, a disponibilidade jurídica não ocorre com o aperfeiçoamento do direito à percepção do rendimento, sendo, mais do que isso, configurada somente quando o seu recebimento em moeda ou quase moeda **dependa somente do contribuinte**.

1

Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

2

Pareceres 1 - Imposto de Renda. Resenha Tributária, 1975.

3

Apud OLIVEIRA, Ricardo Mariz de Oliveira. Fundamentos do Imposto de Renda. Quartier Latin, 2008.

Importante, também, observar as conclusões extraídas pelo Recurso Especial nº 320445-RJ, em que o relator Ministro Garcia Vieira esclarece:

"Partindo de tais pressupostos, sem a necessidade de maiores digressões, de ordem doutrinária, afigura-se-me escorreita a decisão ora objurgada, porquanto é certo que a disponibilidade econômica ou jurídica da renda só ocorre quando houver real acréscimo patrimonial, não cabendo a tributação sobre mera expectativa de ganho futuro e em potencial.

Nesse aspecto, a razão está com a recorrida, quando invoca, em suas contra-razões, opiniões doutrinárias e precedentes jurisprudenciais em favor da tese defendida, acabando por concluir, in expressis:

"Assim, tem-se que, o efetivo acréscimo patrimonial, disponibilizado para o contribuinte, não pode ser verificado pelos registros contábeis, mas somente pelo ganho determinado no momento em que a Recorrida cumprir a obrigação financeira, pois é somente nesse momento que ela se beneficia (ou não) com a quantidade de reais necessária para a liquidação da obrigação em moeda estrangeira. Antes disso, os registros contábeis significam, tão somente, mera expectativa de ganho, que não constitui hipótese de incidência do imposto de renda.

Como viu-se acima, a disponibilidade a que se refere o art. 43 do CTN resulta de um fator econômico concreto e atual (dinheiro em caixa por exemplo) ou de um fato reconhecido como tal pelo Direito (um direito reconhecido pela lei, como o direito de crédito).

Logo, não há como se falar que meros registros contábeis, que representam tão somente expectativas de resultado positivo (já que não se sabe se quando a obrigação for cumprida, a variação será positiva ou negativa) constituam um acréscimo patrimonial, e que este, por força do regime de competência, esteja disponibilizado para o contribuinte no momento em que registrado; ao contrário, é certo que o contribuinte não dispõe desse ganho, uma vez que ainda não implementado o termo em que deveria cumprir sua obrigação financeira." (fls. 258/259)

Vê-se, portanto, que a disponibilidade jurídica deve ser entendida como a detenção de título líquido e certo, hábil a proporcionar a disponibilidade econômica, por meio de atitudes que dependa apenas do contribuinte.

A disponibilidade que a Recorrente teve ao receber as ações em decorrência da incorporação de ações ainda carecia da concordância de terceiros em realmente adquiri-las por aquele valor atribuído.

O fato de os laudos de avaliação apontarem para um determinado valor não imputa às ações a liquidez e certeza próprias da disponibilidade jurídica. Por fim, ao tributar aqueles valores, as Autoridades Fiscais acabaram por atribuir efeitos tributários aos laudos de avaliação.

Entendo que, ao tributar os valores atribuídos às ações por meio dos laudos de avaliação, acabou por fazer incidir o imposto de renda sobre a expectativa de direito, que se realizou apenas quando da efetiva alienação e pelos valores nesta pactuados.

Mesmo que se entende ter havido disponibilidade econômica ou jurídica sobre a renda, não se pode afirmar que houve a aquisição dessa disponibilidade, já que o aspecto material da hipótese de incidência do imposto sobre a renda pressupõe a “aquisição” da disponibilidade.

Nesse sentido, para ocorrência de aquisição, há a necessidade de que alguém passe a ser titular de algo do qual não era titular, sendo vedada a tributação de “geração espontânea” de renda.

Cotejando as premissas acima traçadas com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Ricardo Mariz de Oliveira (Incorporação de Ações no Direito Tributário: conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos, São Paulo: Quartier latin, 2014, p. 17/18) afirma que:

"a propósito de outras situações em que há renda escritural derivada de lançamentos contábeis, mais de uma vez o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA voltou a asseverar a impossibilidade da tributação de ganhos meramente escriturais, quando ainda não adquiridos em definitivo, e, portanto, por não representarem aquisições de disponibilidade econômica ou jurídica de renda. Neste sentido, por exemplo, o Recurso Especial n. 320455- RJ, julgado em 7.6.2001 pela Primeira Turma (e também o de n. 640059-CE, Segunda Turma, 5.8.2004), quando o tribunal (serão usadas as suas palavras), referindo-se a outro julgado da mesma corte, declarou que se há de entender que o fato gerador do imposto de renda é o acréscimo patrimonial mais a respectiva disponibilidade jurídica ou econômica, tendo acrescentado ser certo que a disponibilidade econômica ou jurídica da renda só ocorre quando houver real acréscimo patrimonial não cabendo a tributação sobre a mera expectativa de ganho futuro e em potencial. Foi mais adiante, declarando que a disponibilidade a que se refere o art. 43 do CTN resulta de um fato econômico reconhecido como tal pelo direito (um direito reconhecido pela lei, como direito de crédito).

Em suma, quando se diz que a renda está realizada, porque está concretizada em definitivo, e não mais sujeita a qualquer incerteza quanto à sua aquisição para o patrimônio do contribuinte, assim como quanto à possibilidade de disposição por este, está se chegando à própria definição do fato gerador do imposto de renda, contida no art. 43 do CTN, porque a renda realizada é a renda cuja disponibilidade econômica ou jurídica já tenha sido adquirida, ou seja, não é meramente virtual, mas, sim, concretizada."

Salienta-se, por fim, que o Recorrente tributou a venda das ações recebidas quando da efetiva alienação destas, incluindo na base de cálculo, como acima explanado, os valores que estavam registrados contabilmente como aumento patrimonial à época em que a investida era a associação. Assim, os valores acrescidos ao patrimônio da associação foram adicionados à base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Por fim, a de se ressaltar que a proporcionalização dos custos de aquisição entre as ações ordinárias e preferenciais está correta, não havendo razão para ignorar os preços atribuídos a cada uma dessas ações.

Em vista dos argumentos citados, voto pelo provimento do Recurso Voluntário, cancelando o auto de infração, razão pela qual deixo de analisar as demais alegações.

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura

Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Bezerra Neto - Redator Designado

Ouso divergir do bem fundamentado voto do relator apenas quanto ao mérito do recurso voluntário, pois entendo que na incorporação de ações ocorre uma alienação de ações, valorada a preço de mercado em sua conferência para aumento de capital e que assim enseja a tributação do ganho de capital dessa diferença. Também divergi do relator em relação à valoração das ações preferenciais que ensejou também uma tributação na forma de glosa de custos.

Conforme amplamente relatado, a referida autuação lastreia-se em fatos relacionados a operações efetuadas com ações detidas pela contribuinte no ano-calendário 2008: incorporação de ações da Bovespa Holding S/A por Nova Bolsa S/A e resgate de ações preferenciais da Nova Bolsa S/A, ambas ocorridas em maio, e, alienação de ações da Nova Bolsa S/A, ocorrida em outubro.

A incorporação de ações é operação societária prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A.).

Em apertada síntese, a incorporação de ações tem lugar de ser quanto uma companhia adquire todas as ações do capital social de outra com o fim de converter esta em subsidiária integral.

Em última análise, a incorporadora aumenta seu próprio capital social e o integralizou com as ações adquiridas da incorporada, em que os acionistas desta última, ao aprovarem a operação, receberam em troca delas, ações da incorporadora pelo valor de avaliação apurado em laudo exigido pela lei, decorrentes do aumento do capital social referido; e os antigos acionistas da incorporada, passaram assim a ser acionistas da incorporadora.

A lide cinge-se a saber, então, em sendo o caso de o valor daquela avaliação, no momento da incorporação, ser maior que o valor contábil declarado anteriormente, se a referida diferença deve ser atribuído o caráter de ganho de capital tributável.

A esse respeito, colocou o relator:

Há nos referidos autos uma divergência do critério temporal da ocorrência do fato gerador do imposto de renda. A Autoridade Fiscal entende ser este na época da incorporação de ações, quando foram assinadas as Atas de Assembleia Geral.

Lado outro, entende a Recorrente que o fato gerador ocorre quando da efetiva venda das referidas ações recebidas, ocasião onde – além de apurar o ganho de capital (valor de venda menos valor contábil do título (custo de aquisição)).

O relator concluiu, então, que não haveria ganho de capital a ser tributável, primeiro porque a contabilização dos ativos deveria se dar pelo custo histórico, admitindo-se a geração de resultados apenas quando ocorresse uma transação envolvendo terceiros resultante

de um processo de barganha negocial não viciado; e por último, pois a renda não teria sido realizada, não havendo assim disponibilidade econômica ou jurídica.

Admito que o tema é controverso.

Admitir que a contabilização dos ativos deveria se dar pelo custo histórico, como fez o relator, é encampar implicitamente a corrente que atribui à incorporação de ações como sendo um mero procedimento de substituição de ações, configurando uma sub-rogação real.

Não entendo que estamos a tratar de sub-rogação real, pois esse instituto pressupõe a substituição jurídica de uma coisa (ações da sociedade A) por outra (ações da sociedade B), mas mantendo-se a relação base anterior. É que feita essa “substituição”, a essência da relação jurídica anterior não será mais a mesma, uma vez que sendo as ações recebidas pela incorporada pertencentes à pessoa jurídicas diferente, tudo mais se altera: valores patrimoniais, Estatutos sociais etc.

Ademais, a sub-rogação jurídica tem como principal função fazer com que o bem recebido em troca recomponha o novo patrimônio de referência e isso tudo levando-se em conta a perfeita identidade de valores entre o bem sub-rogado e o bem deslocado. O que a evidência não ocorre justamente pela necessidade legal de se valorar as ações dadas e conferidas para aumento de capital, a preço de mercado por intermédio de laudo exigido por lei. Ou seja, a alienação em questão se deu a título de acréscimo patrimonial e não de equivalência, ensejando assim a tributação.

Outro argumento que se coloca para defender ainda essa tese é que não haveria declaração de vontade, isso porque na incorporação de ações o acordo se daria entre duas sociedades, sem a participação direta dos acionistas. Então, não poderia haver aqui uma alienação quando há carência de vontade.

Ledo engano, em sociedades fechadas a decisão dos seus acionistas seria unânime, não havendo que se falar em carência de vontade, e nas sociedades abertas, como é o caso da Recorrente, pelo princípio majoritário, essa declaração de vontade fica estampada. Afinal, as consequências e o alcance do princípio majoritário é encampado e aceito *a priori* na medida em que se participa de uma sociedade aberta. Em relação aos minoritários, haveria, sim, uma discussão mais polêmica, pois alguns entendem que essa carência de vontade é patente, porém para outros embora não exista uma declaração (explícita) de vontade, há uma manifestação de vontade, na medida em que existe para eles (minoritários) o direito de recesso. Caso não o exerçam, estão pragmaticamente dando respaldo com essa manifestação de vontade (implícita) à decisão acolhida pelo princípio majoritário.

Porém, não estamos aqui a falar de minoritários, mas sim do sócios controladores que dúvidas não há que participaram, diretamente de todo o processo, seja aprovando a incorporação de ações e conferindo poderes de representação à sociedade empresária. Afinal eles foram o protagonista desse cenário: compareceram à assembléia geral, decidiram pela operação e tomaram a decisão de incorporar suas ações à outra empresa, mesmo que tudo isso tenha ocorrido no contexto da reestruturação das bolsas.

Assim, não se pode afirmar que o negócio jurídico de incorporação de ações possui apenas uma eficácia externa, atingindo a “terceiros” estranhos ao protocolo (acionistas), apenas pelo fato de que a operação seja aprovada pela maioria das assembléias gerais das sociedades envolvidas.

Caráter de Alienação

Dado que a alienação é um negócio jurídico de caráter genérico que designa qualquer situação que possua como resultado final a transferência do domínio de uma coisa para outra pessoa, então, como corolário lógico disso, entendo que na incorporação de ações, por justamente ensejar a uma verdadeira transferência de titularidade jurídica e, no caso concreto, com valoração a preço de mercado das ações dadas em conferência de capital, se enquadra no gênero “alienação”, atraindo assim a tributação do ganho de capital.

Caráter de aumento de capital mediante “dação em pagamento”

Muito embora essa subscrição de capital com bens (ações) seja uma etapa de um procedimento maior, configurando um negócio típico do direito societário, não vejo porque possa descaracterizar a linha de entendimento que também configura uma outra situação jurídica condutora da tributação, qual seja, um aumento de capital da incorporadora mediante uma “dação em pagamento” de bens (próprias ações) pelos antigos acionistas da incorporada, modalidade esta de alienação albergada como campo de incidência do IR, no § 4º do art. 117 do RIR/99, ultrapassando assim quaisquer outras considerações opostas de renda ainda não realizada, afinal a própria lei encampou literalmente tal situação jurídica.

Se, ao menos teoricamente, é indiferente a qualificação com base numa tese (a incorporação de ações é um instituto jurídico do direito societário, havendo alienação e aquisição fictas) ou outra (aumento de capital com “dação em pagamento” de bens (ações)), permanece a questão de fundo de todas as discussões em torno da validade da tributação, na discussão subsequente de que tal renda ainda não teria se realizado *ex vi* art. 43 do CTN.

O que se apregoa é que no nosso ordenamento jurídico, a tributação incide sobre renda realizada por força do disposto no art. 43 do CTN.

O problema é que alguns intérpretes tendem de imediato a associar a ideia de renda realizada com a existência de fluxo financeiro. Não havendo a ocorrência do fluxo financeiro haveria apenas uma renda em potencial.

Se tal raciocínio fosse válido de forma absoluta em qualquer situação, então como corolário lógico disso teríamos então que admitir que todas as normas que dispõem sobre a tributação com base no regime de competência (para as pessoas jurídicas) seriam inválidas nos casos em que o ganho da receita não coincide com o fluxo financeiro. O que seria um absurdo.

Porém, o relator é mais específico nessa questão e sua fundamentação precisa aqui ser confrontada:

Vê-se, portanto, que a disponibilidade jurídica deve ser entendida como a detenção de título líquido e certo, hábil a proporcionar a disponibilidade econômica, por meio de atitudes que dependa apenas do contribuinte.

A disponibilidade que a Recorrente teve ao receber as ações em decorrência da incorporação de ações ainda carecia da concordância de terceiros em realmente adquiri-las por aquele valor atribuído.

O fato de os laudos de avaliação apontarem para um determinado valor não imputa às ações a liquidez e certeza próprias da disponibilidade jurídica. Por fim, ao tributar aqueles

valores, as Autoridades Fiscais acabaram por atribuir efeitos tributários aos laudos de avaliação.

Entendo que, ao tributar os valores atribuídos às ações por meio dos laudos de avaliação, acabou por fazer incidir o imposto de renda sobre a expectativa de direito, que se realizou apenas quando da efetiva alienação e pelos valores nesta pactuados.

Mesmo que se entende ter havido disponibilidade econômica ou jurídica sobre a renda, não se pode afirmar que houve a aquisição dessa disponibilidade, já que o aspecto material da hipótese de incidência do imposto sobre a renda pressupõe a “aquisição” da disponibilidade.

Nesse sentido, para ocorrência de aquisição, há a necessidade de que alguém passe a ser titular de algo do qual não era titular, sendo vedada a tributação de “geração espontânea” de renda. (destaquei)

O primeira premissa do referido voto afirma que **“incorporação de ações ainda carecia da concordância de terceiros em realmente adquiri-las por aquele valor atribuído”**.

A tese aqui já levantada por mim de que ocorre uma alienação ficta justaposta a uma aquisição ficta, e isso não antes de valorada a preço de mercado, caracteriza, sim, a meu ver, uma concordância de terceiros. O terceiro no caso é empresa incorporadora que aceitou a conferência de ações da empresa controlada reavaliada a preço de mercado por ocasião da assembléia. É que por determinação dos parágrafos 1º e 3º do art. 252 da Lei da S/A, é obrigatória a avaliação do valor das ações a ser incorporada, sendo relevantíssimo o preço atribuído, pois será ele o preço da avaliação que determinará a relação de troca para saber quantos ações da incorporada equivalem as ações da incorporadora para serem cedidas aos novos sócios como pagamento pela integralização de capital das ações da incorporada dadas em “dação em pagamento”.

Essa ênfase aqui dada na importância dessa reavaliação a preço de mercado também serve para se contrapor ao seguinte linha de entendimento do relator:

*Desta forma, a regra era a contabilização dos ativos pelo custo histórico, admitindo-se a geração de resultados apenas quando ocorresse uma transação envolvendo terceiros (partes independentes e não relacionadas) **resultante de um processo de barganha negocial não viciado.***

Inclusive, é partindo dessa premissa que se defende a impossibilidade de reconhecimento de resultado derivado de transações entre entidades sob o mesmo controle e, consequentemente, a impossibilidade de reconhecer contabilmente o “ágio interno”.

Como é sabido, presume-se a existência de influência significativa da investidora sobre a investida, caracterizando coligação, quando aquela for titular de pelo menos 20% do capital votante desta e, se assim não o for, presume-se a inexistência dessa relação.

Como bem colocado pela DRJ:

“A autuada detinha 12.363.876 ações ordinárias de emissão da Bovespa Holding S/A, cujo capital social era representado por um montante de 722.888.403 ações. Portanto, a participação da Impugnante no capital social da Bovespa Holding S/A era de 1,71%, não caracterizando coligação e, tampouco, controle.”

Assim, não estamos falando de partes relacionadas. Mas mesmo que o fossem, levando-se em conta também que o bem aqui considerado serem ações precificadas em mercado aberto regulado, não há que considerar que estaríamos diante de “um preço de barganha negocial viciado”.

A última premissa (“há a necessidade de que alguém passe a ser titular de algo do qual não era titular”), também já foi criticada neste voto quando se demonstrou alhures que estaríamos diante de uma verdadeira transferência de domínio econômico de bens (ações) que passaram da incorporada para a incorporadora.

Com relação ao judicial trazido a lume pelo relator, cumpre esclarecer que as decisões do STJ, sem ter o caráter de recurso repetitivo, não têm efeito vinculante, ante a inexistência de lei que lhes atribua eficácia normativa.

De mais a mais, também convém também advertir que não existe nenhuma decisão do STJ com a aplicação da legislação tributária após o advento da Lei nº 9.249/95, que, no artigo 22, regula a matéria, permitindo adoção do valor de custo ou de mercado para restituição de capital aos sócios..

Por todo o exposto, concluo que a incorporação de ações de fato importa uma alienação que é tributável, pois no caso concreto, com a valorização à preço de mercado gerou uma forma de acréscimo patrimonial, ensejando assim a tributação do ganho de capital.

Valoração das ações preferenciais

Alega a recorrente que a autuada recebeu na operação, ações ordinárias e ações preferenciais resgatáveis da Nova Bolsa e, embora não tenha ocorrido desembolso financeiro na operação, não se pode afirmar que as ações preferenciais resgatáveis foram adquiridas a custo zero, pois seu valor foi estabelecido a partir de documentos idôneos e hábeis à comprovação da operação - Protocolo de Justificação e Atas das Assembléias que aprovaram a reorganização societária em que ficou estabelecida a relação de substituição de Ações.

Por fim, reitero em todos os seus termos as razões da decisão de piso que rejeitaram os argumentos da Recorrente:

O resgate das ações evidencia um dos componentes da reorganização societária: o pagamento aos acionistas da Bovespa Holding S/A do valor correspondente à diferença a maior do valor de mercado dessa companhia em relação ao da BM&F S/A.

Na aplicação da norma tributária, a essência do negócio deve prevalecer sobre a sua forma. Neste aspecto, pode-se dizer que a Impugnante não despendeu valores para adquirir as ações preferenciais da Nova Bolsa, ou seja, ao recebê-las, não incorreu em um custo de aquisição. Esses títulos foram recebidos, na relação de substituições de ações, como parte do acordo entre os sócios das duas companhias de maneira a buscar o equilíbrio societário da Nova Bolsa, ajustando o pagamento da diferença encontrada aos sócios que estavam aportando um valor de patrimônio maior na formação do capital da nova companhia.

Portanto, os acionistas da Bovespa Holding S/A não efetuaram pagamento pela aquisição das ações preferenciais resgatáveis da Nova Bolsa S/A; ao contrário, receberam essas ações como títulos de crédito que lhes permitiram receber o pagamento

correspondente ao ajuste necessário para se atingir uma composição societária equilibrada com os sócios da BM&F S/A.

O valor de resgate de R\$8.919.772,40 pago pela Nova Bolsa por suas ações preferenciais aos acionistas da Bovespa Holding S/A correspondeu a uma "torna" dos acionistas da BM&F S.A. àqueles, tratando-se, portanto, de uma receita tributável para fins do IRPJ e da CSLL, a qual não é oponível um custo de aquisição.

Ainda que para fins de registro contábil seja necessário atribuir um custo de aquisição a essas ações preferenciais resgatáveis, sob o ponto de vista tributário, não é possível aceitar sua dedução das bases de cálculo tributárias, razão pela qual devem ser mantidos os lançamentos do IRPJ e CSLL sobre o mencionado valor de R\$701.781,09.

Reserva de reavaliação

Por fim, reitero também em todos os seus termos, como se aqui estivesse transcrito, o entendimento da DRJ (declaração de voto) de que se não houve a constituição da reserva de reavaliação, não há também que se cogitar em diferimento da tributação do ganho auferido com ações incorporadas por valor superior ao custo contábil para o no momento da realização do respectivo ativo.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

As normas fiscais que disciplinam a exigência com respeito ao IRPJ aplicam-se à CSLL reflexa, no que cabíveis.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto