



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 16327.720593/2013-12  
**Recurso** Especial do Contribuinte  
**Acórdão nº** **9101-006.479 – CSRF / 1ª Turma**  
**Sessão de** 7 de março de 2023  
**Recorrente** DEUTSCHE BANK - CORRETORA DE VALORES S.A.  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2006

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES PARA CONVERSÃO DA EMPRESA INCORPORADA EM SUBSIDIÁRIA INTEGRAL. SUBSTITUIÇÃO DAS AÇÕES PELA INCORPORADORA. ALIENAÇÃO CARACTERIZADA. GANHO DE CAPITAL. OCORRÊNCIA.

A operação de entrega de ações para incorporação, nos moldes previstos no art. 252 da Lei das S/A, mediante o recebimento de novas ações emitidas pela empresa incorporadora, ambas avaliadas a valor de mercado, caracteriza-se como alienação e está sujeita a apuração de ganho de capital.

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. DESMUTUALIZAÇÃO. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

Classificam-se no Ativo Circulante as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente. As ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A, recebidas em virtude da operação chamada desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo Bovespa e BM&F, que foram negociadas dentro do mesmo ano, poucos meses após o seu recebimento ou até o encerramento do período seguinte, devem ser registradas no Ativo Circulante.

BASE DE CÁLCULO. CORRETORA DE VALORES MOBILIÁRIOS. DESMUTUALIZAÇÃO. VENDA DE AÇÕES. OBJETO SOCIAL. RECEITA BRUTA OPERACIONAL. Nas pessoas jurídicas que exercem atividade de corretora de valores mobiliários que tem por objeto a subscrição e a compra e venda de ações, por conta própria e de terceiros, a base de cálculo das contribuições sociais é o faturamento, ou seja, a Receita Bruta Operacional. Este conceito abrange as receitas oriundas do exercício das atividades empresariais típicas da sociedade corretora de valores mobiliários como a compra e venda de ações da BM&F S/A e da Bovespa Holding S/A recebidas em decorrência das operações societárias denominadas “desmutualização”.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em: (i) por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Especial em relação à matéria “incorporação de ações”; (ii) por maioria de votos, conhecer do recurso em relação às matérias “resgate de ações preferenciais - PIS e COFINS” e “venda de ações da Bovespa Holding S/A - PIS/COFINS”, vencidos os conselheiros Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Gustavo Guimarães da Fonseca que votaram pelo não conhecimento; votaram pelas conclusões os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. No mérito, acordam em: (i) relativamente à matéria “incorporação de ações”, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Alexandre Evaristo Pinto (relator) e Livia De Carli Germano que votaram por dar-lhe provimento; votou pelas conclusões do voto vencedor o conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca; e (ii) em relação às matérias “resgate de ações preferenciais - PIS e COFINS” e “venda de ações da Bovespa Holding S/A - PIS/COFINS”, por maioria de votos, negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Alexandre Evaristo Pinto (relator), Livia De Carli Germano e Luis Henrique Marotti Toselli que votaram por dar-lhe provimento. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Edeli Pereira Bessa, que manifestou ainda intenção de apresentar declaração de voto.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente em exercício.

(documento assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto - Relator.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa – Redatora designada.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

## **Relatório**

Trata-se de Recurso Especial de divergência (REsp), tempestivo, de acordo com o disposto no art. 68 do Anexo II do Regimento Interno do CARF — RICARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 20 de maio de 2016, interposto por DEUTSCHE BANK - CORRETORA DE VALORES S.A., e-fls. 544 a 569, devidamente representada, ao amparo do art. 67 do citado Regimento Interno, em face do Acórdão n.º **1302-002.093**, prolatado pela 3.ª Câmara/2ª Turma Ordinária da 1.ª Seção de Julgamento em 10/04/2017, e-fls. 492 a 510, que possui a seguinte ementa:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP*

*Exercício: 2008*

**AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE.**

*Satisfeitos os requisitos do art. 10 do Decreto 70.235/72, bem como do art. 142 do CTN, além disso não tendo ocorrido o disposto no art. 59 do mesmo decreto, válidos são os autos de infração. Eventuais equívocos de aplicação ou interpretação da legislação tributária podem implicar em cancelamento da exigência, fato que não se verifica no presente processo.*

**INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. ALIENAÇÃO DE AÇÕES. TRIBUTAÇÃO.**

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

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

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

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

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

*Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.*

*Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração e, no mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, vencido o Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, com relação a exigência do Pis/Cofins. O conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca solicitou a apresentação de declaração de voto.*

No Recurso Especial (REsp) a contribuinte recorrente suscita divergências de entendimento entre os colegiados do acórdão recorrido **1302-002.093**, de 10/04/2017, e os acórdãos paradigmas trazidos a exame, identificando as matérias abaixo:

**I - Preliminar de nulidade. Temporalidade do fato gerador da multa isolada** - a recorrente alega interpretação divergente do art. 142 da Lei n.º 5.172/66 (Código Tributário Nacional - CTN), e similaridade deste caso às situações decididas nos Acórdãos paradigmas 1402-001.868 e 9101-001.079;

**II - Incorporação de ações** - a contribuinte recorrente aponta interpretação divergente dos arts. 43 do Código Tributário Nacional, e 252 da Lei n.º 6.404/76, e similaridade de seu julgado com o do acórdão paradigma n.º 9202-003.579;

**III - Resgate de ações preferenciais. PIS/COFINS** - a recorrente alega interpretação divergente dos arts. 2.º e 3.º da Lei n.º 9.718/98, e

similaridade de seu caso com os dos acórdãos 1401-001.416 e 3401-003.752;

**IV - Venda de ações da Bovespa Holding S/A. PIS/COFINS** - para este tema a alegação de interpretação divergente também recai sobre os arts. 2.º e 3.º da Lei n.º 9.718/98, e é apontada a semelhança do caso com o do acórdão paradigma 1102-001.221.

O r. despacho de admissibilidade deu seguimento ao Recurso Especial, nos seguintes termos:

**I - Preliminar de nulidade. Temporalidade do fato gerador da multa isolada.**

(...)

Da análise dos acórdãos paradigma percebe-se que ambos regulam situações nas quais ficou caracterizada a nulidade, o que permitiu aos colegiados conhecer de ofício as matérias, de ordem pública.

Cabe mostrar que as diferenças entre as situações contidas nos acórdãos paradigma e recorrido são determinantes para impedir que se possa admitir que tenha havido juízos divergentes quanto a ocorrência ou não de nulidade, nos julgados recorrido e paradigmas.

No acórdão recorrido a alocação temporal do fato gerador foi motivada no auto de infração e corroborada pelo colegiado do acórdão, dessa forma, essa Turma Julgadora posicionou-se em contraste à percepção de ter havido erro manifesto ou material ligado a nulidade do lançamento.

No acórdão paradigma 1402-001.868 o caso envolve erro manifesto, onde a autoridade lançadora descreve a ocorrência do fato gerador num trimestre, e efetua o lançamento em outro trimestre. No acórdão paradigma 9101-001.079 a nulidade recai sobre Ato Declaratório Executivo de exclusão do SIMPLES, onde sequer se cogita acerca de fato gerador. Trouxesse a recorrente algum paradigma que considerasse matéria de ordem pública a discussão sobre o momento do fato gerador segundo o formato da incorporação de ações de que tratam os autos da decisão ora recorrida, ou, se nestes, sob o mesmo formato, restasse caracterizada nulidade em acórdãos paradigmas, estaria estabelecida a divergência.

Com isso, além da falta de prequestionamento dessa matéria, o confronto das situações alvo de julgamento administrativo nos acórdãos paradigma e no acórdão recorrido revela que se tratam de situações fáticas distintas. Logo, também por esse motivo não há divergência jurisprudencial, uma vez que cada uma das situações fáticas diversas contém assunto e abordagem particulares, conjunto probatório específico e solução diferente.

O Recurso Especial não se presta para rediscussão de matéria julgada, mas para harmonização de decisões divergentes que envolvam situações semelhantes sujeitas aos mesmos dispositivos legais.

## II - Incorporação de ações.

(...)

O que se percebe após a leitura dos acórdãos recorrido e paradigma é que não há semelhança entre as situações concretas que ocasionaram as decisões.

A fim de sustentar a divergência de interpretação, pretende a recorrente demonstrar que foi determinante para as duas decisões, paradigma e recorrida, identificar se a operação de incorporação de ações configurou alienação ou mera substituição de ativos, e afastar da análise sobre o momento de ocorrência do fato gerador a circunstância de que no paradigma o sujeito passivo é pessoa física, e no acórdão recorrido, pessoa jurídica. Da mesma forma, a recorrente entende ter havido intelecção diversa do que dispõem os artigos 252 da Lei n.º 6.404/76 e 43 do CTN capaz de justificar as decisões opostas.

Não é o que mostra o exame dos textos das ementas e dos votos condutores.

Do confronto entre as razões que fundamentaram ambos os acórdãos, não se percebe diferenças na compreensão dos artigos 252 da Lei n.º 6.404/76 e 43 do CTN. Nenhum dos dois acórdãos deixou de reconhecer a incidência tributária do imposto de renda sobre o ganho de capital obtido com a operação de incorporação de ações, somente houve soluções diferentes quanto ao momento de ocorrência do fato gerador. E aqui reside a razão substancial para as conclusões diferentes, pois no paradigma fica consignado que só na realização das ações pela pessoa física poderá ser reconhecida a renda, enquanto no recorrido consta que a pessoa jurídica reconhece o ganho tributável já no momento da pactuação da operação de incorporação.

O acórdão paradigma trata de Imposto de Renda Pessoa Física, e de resultado sujeito ao regime de caixa — atributo intensamente enfatizado durante todo o texto do acórdão —, cujo enquadramento legal no auto de infração difere daquele utilizado nos autos de infração alvos da decisão recorrida, pois que estes se referem a Imposto de Renda Pessoa Jurídica, com resultados sujeitos ao regime de competência.

O estudo das decisões recorrida e paradigma revela que a discussão sobre se a operação de incorporação de ações representa alienação ou substituição de ações não foi o que consubstanciou as razões de decidir de ambas. Uma vez que as duas decisões entendem tributável o ganho decorrente desta operação, como se percebe no trecho do voto condutor do paradigma, reproduzido abaixo, não há divergência a ser investigada sob esse aspecto.

*Portanto, não se pode ignorar o princípio da entidade e dizer, noutra linha, que não haverá tributação. Entendo que a ocorrência do fato gerador do IRPF quando existir a realização dessa renda.*

Ademais, o caráter complementar que a recorrente atribui às referências ao regime de caixa contidas no acórdão paradigma não se apresenta

assim, acessório. Pelo contrário, identificar o regime e caixa mostrou-se capital na construção do juízo do colegiado, não à toa as inúmeras citações ali encontradas com relação a regime de caixa, pessoa física, IRPF e dispositivos legais que regem o imposto de renda pessoa física. Isso faz toda a diferença entre os dois acórdãos, já que o recorrido trata de imposto de renda pessoa jurídica, cujos ganhos são reconhecidos contabilmente pelo regime de competência, e cujos dispositivos legais aplicáveis são outros, como acusa constar dos autos de infração o acórdão recorrido. Noutra campo de exame, no acórdão paradigma não há uma linha afirmando que, fosse o caso de sócio pessoa jurídica, também o fato gerador somente ocorreria quando da realização das ações cujo ganho decorreu de operação de incorporação de ações — o que poderia, talvez, ensejar divergência de interpretação entre os acórdãos quanto ao momento de ocorrência do fato gerador. Aliás, esse acórdão paradigma constou do recurso voluntário como reforço aos argumentos do contribuinte, tendo sido ali desconsiderado exatamente por tratar de assunto diverso (IRPF).

Por tudo evidenciado, para esta matéria o confronto das situações alvo de julgamento administrativo nos acórdãos paradigma e no acórdão recorrido revela que se tratam de situações fáticas distintas, não havendo divergência jurisprudencial, uma vez que cada uma das situações fáticas diversas contém abordagem particular, dispositivo legal específico e solução diferente.

### **III - Resgate de ações preferenciais. PIS/COFINS.**

(...)

Para este tema, os dois acórdãos paradigma trazidos pela recorrente apresentam interpretação divergente da manifestada no acórdão recorrido. A leitura direta demonstra bem que para os paradigmas a incorporação de ações não é atividade típica das instituições financeiras, e não se incluem como faturamento e como atividade econômica destas os atos que não decorrem de manifestação de vontade do contribuinte.

Reconhecida a divergência jurisprudencial para essa matéria.

### **IV - Venda de ações da Bovespa Holding S/A. PIS/COFINS**

Quanto a este item, a recorrente apresenta um paradigma (1102-001.221) e afirma que, num contexto atípico, a receita obtida com a venda das ações que não foram adquiridas no mercado para especulação e revenda não se sujeita à incidência de PIS e COFINS. Melhor demonstram a divergência sugerida os trechos do REsp transcritos abaixo.

(...)

Note-se que em cada uma das situações analisadas nos acórdãos foram estabelecidos pelos colegiados juízos opostos sobre os contextos semelhantes de aquisição e alienação de ações, em relação a atos nos quais não houve participação voluntária dos contribuintes detentores das participações, importando em conclusões diferentes acerca da caracterização das operações como típicas das instituições financeiras.

O que se pode inferir é que o confronto das situações alvo de julgamento administrativo nos acórdãos paradigma e no acórdão recorrido revela que se tratam de situações fáticas semelhantes para as quais houve interpretação diversa da legislação que regula os fatos. Logo, fica reconhecida a divergência jurisprudencial também para este tema.

(...)

De acordo.

Tendo em vista o que foi acima exposto e examinado e, com fundamento nos artigos 18, inc. III, 67 e 68, do Anexo, II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, decido **DAR SEGUIMENTO PARCIAL** ao Recurso Especial, no tocante às matérias **Resgate de ações preferenciais - PIS/COFINS e Venda de ações da Bovespa Holding S/A - PIS/COFINS.**

Apresentado o competente agravo, este foi parcialmente acolhido para dar seguimento à matéria "**Incorporação de ações**", nos seguintes termos:

(...)

*A agravante assevera que a divergência não diz respeito a ser ou não tributável pelo imposto de renda o ganho decorrente da operação incorporação de ações, mas sim ao momento da ocorrência do fato gerador do imposto. Sendo a operação de incorporação de ações equiparável a uma forma de alienação, o ganho deve ser ofertado à tributação nesse momento. Na hipótese de a operação representar mera substituição de ativos de mesmo valor, o fato gerador do imposto nascerá apenas quando da alienação dessas novas ações.*

De fato, como bem destacado na demonstração da divergência apresentada no recurso especial, o paradigma traz em seus fundamentos que:

*De nossa parte, afirmo sem qualquer receio que a incorporação de ações não se equipara à alienação de bens. Alienar tem como acepção de base a transferência de algo a outrem. O Código Civil de 2002, trata a alienação como forma de perda da propriedade, consoante o artigo 1.275, I, e se concretiza quando há um negócio jurídico bilateral, pelo qual o alienante transfere, a título gratuito ou oneroso, determinado bem ou direito ao alienatário.*

***Na incorporação de ações ocorre troca, permuta ou, como enuncia a Lei das Sociedades Anônimas, substituição de ações.***

(...)

*Relevante salientar que este ganho verificado em razão da substituição dos títulos é meramente potencial. Como é cediço, o mercado de capitais é sazonal, de modo que o contribuinte pode sofrer a desvalorização de suas ações, nova valorização, e assim sucessivamente. Somente quando ocorrer a alienação efetiva da participação, com recebimento das*

***quantias pela sociedade empresária, é que se poderá verificar a existência, ou não, de ganho de capital tributável.*** (destaques da recorrente)

Ademais, o voto condutor do paradigma fundamenta-se em doutrina nos seguintes termos:

*Um dos efeitos típicos do contrato de incorporação de ações consiste precisamente na substituição no patrimônio dos sócios das ações previamente existentes, representativas do capital da sociedade da qual originariamente participavam, por ações da sociedade incorporadora emitidas em consequência da incorporação das mesmas ações.*

***Trata-se de fenômeno meramente substitutivo, que não decorre de uma transmissão, seja ope voluntaris, seja ope legis.***

***O único fenômeno de transmissão em sentido técnico que existe não tem como transmitente o titular das ações a serem incorporadas, pois não existe manifestação de vontade deste, na sua qualidade de proprietário das ações, mas sim a sociedade incorporadora das ações, uma vez que, nos termos do § 3º do art. 252, “aprovado o laudo de avaliação pela Assembléia Geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhe couberem.”***

***O titular das ações a serem objeto de incorporação nada faz, nada transmite, nada permuta: limita-se “passivamente” a receber da sociedade incorporadora ações substitutivas das originariamente detidas e que ocupam, no seu patrimônio, lugar equivalente ao das ações substituídas por um fenômeno de sub-rogação real.***

*Das considerações precedentes acerca da natureza jurídica da incorporação de ações resulta claramente que se trata de um instituto de direito societário dotado de características próprias e que impedem a sua identificação, seja com a figura da incorporação de sociedades, seja com a figura de subscrição de aumento de capital em bens. (negrejou-se)*

Ao final, consignou-se ainda que:

*d) Por derradeiro, questiona-se: sendo o contribuinte acionista com poder de decisão na assembleia geral e, por conseguinte, definido a incorporação, não seria a hipótese de se tributar pela existência de elemento de vontade?*

***Entendo que não, pois, conforme lições do Professor NELSON EIZIRIK, na incorporação de ações é estabelecida uma relação entre duas sociedades – a incorporadora e aquela cujas ações serão incorporadas. Verifica-se, assim, a convergência de vontades entre as duas companhias, cujas assembleias aprovam a operação de incorporação de ações pode ser deliberada por maioria, não exigindo a unanimidade. Ademais, na incorporação de ações, ao contrário, prescinde-se da vontade do acionista da companhia cujas ações serão incorporadas. A operação é aprovada por maioria e independentemente da vontade do***



***acionista minoritário, cabendo-lhe, apenas no caso de dissidência, o exercício do direito de recesso.***

*Registro, por oportuno, que tal entendimento foi manifestado recentemente [19/05/2014] pela d. Procuradoria Federal que atua junto a Comissão de Valores Mobiliário-CVM, em Parecer n.º 2014/GJU-2/PFE/PGF/AG [doc. entregue com os memoriais] da lavra da Procuradora Federal Raquel Passarelli de Souza Toledo de Campos, conforme se observa:*

**ASSUNTO: CONSULTA. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA JURÍDICA. EFEITOS PARA OS ACIONISTAS DA INCORPORADA.**

[...] 17. Tanto a vontade que movimenta a incorporação de ações é a das sociedades envolvidas, e não de cada acionista de per si, que a transação é aprovada pela maioria de votos e não por sua unanimidade. Assim, repita-se, a vontade individual determina, apenas, se a ação detida por certo titular será ou não substituída por outra emitida pela nova controladora. Mas é a vontade das assembleias que constitui elemento essencial do negócio de incorporação de ações.

18. Assim, em uma visão global da operação, temos que o negócio é celebrado entre as companhias, que manifestam vontade de contratar por meio das respectivas assembleias e completam as formalidades legais por seus diretores. A emissão das novas ações para os acionistas da incorporada termina de cumprir o procedimento legal e é consequência da aquisição dos títulos originais pela incorporadora e da necessária recomposição dos patrimônios individuais afetados.

19. Por todo o exposto, **não existe alienação das ações pelos acionistas da incorporada, cujas manifestações de vontade estão dirigidas à celebração do negócio social. Embora a vontade individual seja relevante para a efetiva substituição de títulos, não o é para perfectibilidade do negócio.** A substituição final é consequência legal e lógica da operação e condição imprescindível ao equilíbrio dos interesses contínuos. (negrejou-se)

Na medida em que o acórdão recorrido está pautado no entendimento de que *a operação de incorporação de ações está prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), e corresponde a uma forma de alienação em sentido amplo*, resta caracterizada divergência acerca da interpretação do art. 252 da Lei das S/A.

Assim, neste segundo ponto o exame de admissibilidade deve ser reformado para dar seguimento ao recurso especial.

No mérito, sustenta que a operação de incorporação de ações equivale à mera substituição de bens, feita de forma compulsória e independente da vontade do acionista que dela discorde, sem ganho às partes.

Muito embora não tenha a natureza de permuta, por operar-se independentemente da vontade do acionista da sociedade cujas ações são objeto de incorporação, não deixa de ser

fruto de uma relação de troca, denominada de “*troca teórica*” por Eizirik, por permitir ao minoritário compará-la com aquela resultante do critério adotado pela administração da incorporadora, fundamental para que se possa calcular o valor de eventual reembolso no caso de dissidência

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

**Tanto isso é verdade que em maio de 2009, quando da efetiva venda das ações da Nova Bolsa, o valor obtido pela Recorrente foi substancialmente inferior àquele considerado como sendo o valor de mercado das ações da Bovespa Holding em maio de 2008.** Ao se levar em consideração o preço atribuído pelo mercado às ações da Nova Bolsa quando da primeira negociação em bolsa (R\$ 11,48), percebe-se que a Recorrente perdeu grande parte do valor que supostamente teria na Bovespa Holding.

Ademais, ao levar em consideração o contexto como um todo da operação de reestruturação societária, os paradigmas concluíram que o valor auferido com o resgate das ações preferenciais da Nova Bolsa seria uma receita não operacional, alheio ao objeto social do contribuinte. Afinal, nenhuma sociedade teria por atividade principal e reiterada ser acionista de sociedade que virará subsidiária integral de terceiro. O simples fato de constar do objeto social da Recorrente a possibilidade de subscrever emissões de títulos e valores mobiliários para revenda não significa que todas as emissões por ela subscritas tenham como único fim a revenda.

Em relação à venda das ações, sustenta que não há como considerar a receita auferida com a venda dessas ações como sendo uma receita típica da operação da Recorrente. Dessa forma, há de se concluir que a receita auferida com a venda dessas ações é não operacional, estando simplesmente fora do escopo de incidência do PIS e da COFINS na forma da Lei n. 9.718/1998.

Intimada, a PGFN apresenta contrarrazões em que sustenta preliminarmente que em relação à matéria **Incorporação de ações**. A contribuinte não se desincumbiu, com êxito, do ônus de demonstrar de modo analítico a divergência de teses entre órgãos julgadores diversos sobre a mesma matéria.

No mérito, sustenta que na incorporação de ações da Bovespa Holding S.A. pela Nova Bolsa S.A., ocorrida em 2008, há em verdade uma **alienação de participação societária**. Qualquer acréscimo patrimonial dela decorrente deverá ser oportunamente oferecido à tributação. A incorporação de ações é prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76, e trata-se de operação na qual a sociedade incorporadora adquire as ações de outra empresa, que continua a existir, porém passando à condição de subsidiária integral daquela, sendo essa a diferença entre tal operação e a incorporação de empresas, na qual a incorporada é extinta. A incorporação de ações é uma alienação em sentido amplo, o que já foi reconhecido pela doutrina.

A incorporação de ações não pode ser equiparada a uma sub-rogação real. A sub-rogação real caracteriza-se pela substituição do objeto, da coisa devida, onde a segunda fica no lugar da primeira com os mesmos ônus e atributos. E, na incorporação de ações **não se mantém a relação originária**, apenas alterando um bem por outro.

É em síntese o relatório.

## Voto Vencido

Conselheiro ALEXANDRE EVARISTO PINTO, Relator.

### Recurso especial do Contribuinte - Admissibilidade

Tempestivo o Recurso Especial.

Assim dispõe o RICARF no art. 67 de seu Anexo II acerca do Recurso Especial de divergência:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

§ 2º Para efeito da aplicação do **caput**, entende-se que todas as Turmas e Câmaras dos Conselhos de Contribuintes ou do CARF são distintas das Turmas e Câmaras instituídas a partir do presente Regimento Interno.

§ 3º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que adote entendimento de súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, da CSRF ou do CARF, ainda que a súmula tenha sido aprovada posteriormente à data da interposição do recurso.

§ 4º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das turmas que, na apreciação de matéria preliminar, decida pela anulação da decisão de 1ª (primeira) instância por vício na própria decisão, nos termos da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999.

§ 5º O recurso especial interposto pelo contribuinte somente terá seguimento quanto à matéria prequestionada, cabendo sua demonstração, com precisa indicação, nas peças processuais.

§ 6º Na hipótese de que trata o caput, o recurso deverá demonstrar a divergência arguida indicando até 2 (duas) decisões divergentes por matéria.

§ 7º Na hipótese de apresentação de mais de 2 (dois) paradigmas, serão considerados apenas os 2 (dois) primeiros indicados, descartando-se os demais.

§ 8º A divergência prevista no caput deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que diverjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

§ 9º O recurso deverá ser instruído com a cópia do inteiro teor dos acórdãos indicados como paradigmas ou com cópia da publicação em que tenha sido divulgado ou, ainda, com a apresentação de cópia de publicação de até 2 (duas) ementas.

§ 10. Quando a cópia do inteiro teor do acórdão ou da ementa for extraída da Internet deve ser impressa diretamente do sítio do CARF ou do Diário Oficial da União.

§ 11. As ementas referidas no § 9º poderão, alternativamente, ser reproduzidas, na sua integralidade, no corpo do recurso, admitindo-se ainda a reprodução parcial da ementa desde que o trecho omitido não altere a interpretação ou o alcance do trecho reproduzido. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

§ 12. Não servirá como paradigma acórdão proferido pelas turmas extraordinárias de julgamento de que trata o art. 23-A, ou que, na data da análise da admissibilidade do recurso especial, contrariar: (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

I - Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

II - decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543- C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil; e (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

III - Súmula ou Resolução do Pleno do CARF, e

IV - decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal que declare inconstitucional tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

§ 13. As alegações e documentos apresentados depois do prazo fixado no caput do art. 68 com vistas a complementar o recurso especial de divergência não serão considerados para fins de verificação de sua admissibilidade.

§ 14. É cabível recurso especial de divergência, previsto no caput, contra decisão que der ou negar provimento a recurso de ofício.

§ 15. Não servirá como paradigma o acórdão que, na data da interposição do recurso, tenha sido reformado na matéria que aproveitaria ao recorrente. (Incluído pela Portaria MF nº 39, de 2016)

[...]

Como já restou assentado pelo Pleno da CSRF<sup>1</sup>, “a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles”.

E de acordo com as palavras do Ministro Dias Toffoli<sup>2</sup>, “a similitude fática entre os acórdãos paradigma e paragonado é essencial, posto que, incorrente, estar-se-ia a

<sup>1</sup> CSRF. Pleno. Acórdão n. 9900-00.149. Sessão de 08/12/2009.

*pretender a uniformização de situações fático-jurídicas distintas, finalidade à qual, obviamente, não se presta esta modalidade recursal”.*

Trazendo essas considerações para a prática, forçoso concluir que a *divergência jurisprudencial* não se estabelece em matéria de prova, e sim em face da aplicação do Direito, mais precisamente quando os Julgadores possam, a partir do cotejo das decisões (recorrido x paradigma(s)), criar a convicção de que a interpretação dada pelo Colegiado que julgou o *paradigma* de fato reformaria o acórdão recorrido.

Em relação aos temas **III - Resgate de ações preferenciais. PIS/COFINS. e IV - Venda de ações da Bovespa Holding S/A. PIS/COFINS**, não tendo a i. PGFN apresentado alegações contrárias ao conhecimento, o recurso especial da Recorrente deve ser conhecido, nos termos delimitados pelo despacho de admissibilidade, com fundamento nas razões do Presidente de Câmara, aqui adotadas na forma do art. 50, §1º, da Lei n.º 9.784, de 1999.

Já em relação ao tema **II - Incorporação de ações**, embora a i. PGFN tenha sustentado o acerto do r. despacho de admissibilidade proferido em 21/11/2017 que rejeitou esta matéria, a i. Conselheira EDELI PEREIRA BESSA ao analisar o agravo, com precisão demonstrou a necessidade de reforma daquele despacho:

Passando ao tema "**Incorporação de ações**", observa-se que a negativa de seguimento ao recurso especial está assim fundamentada no despacho agravado:

*A fim de sustentar a divergência de interpretação, pretende a recorrente demonstrar que foi determinante para as duas decisões, paradigma e recorrida, identificar se a operação de incorporação de ações configurou alienação ou mera substituição de ativos, e afastar da análise sobre o momento de ocorrência do fato gerador a circunstância de que no paradigma o sujeito passivo é pessoa física, e no acórdão recorrido, pessoa jurídica. Da mesma forma, a recorrente entende ter havido intelecção diversa do que dispõem os artigos 252 da Lei n.º 6.404/76 e 43 do CTN capaz de justificar as decisões opostas.*

*Não é o que mostra o exame dos textos das ementas e dos votos condutores.*

*Do confronto entre as razões que fundamentaram ambos os acórdãos, não se percebe diferenças na compreensão dos artigos 252 da Lei n.º 6.404/76 e 43 do CTN. Nenhum dos dois acórdãos deixou de reconhecer a incidência tributária do imposto de renda sobre o ganho de capital obtido com a operação de incorporação de ações, somente houve soluções diferentes quanto ao momento de ocorrência do fato gerador. E aqui reside a razão substancial para as conclusões diferentes, pois no paradigma fica consignado que só na realização das ações pela pessoa física poderá ser reconhecida a renda, enquanto no recorrido consta que a pessoa jurídica reconhece o ganho tributável já no momento da pactuação da operação de incorporação.*

---

<sup>2</sup> EMB. DIV. NOS BEM. DECL. NO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 915.341/DF. Sessão de 04/05/2018.

*O acórdão paradigma trata de Imposto de Renda Pessoa Física, e de resultado sujeito ao regime de caixa — atributo intensamente enfatizado durante todo o texto do acórdão —, cujo enquadramento legal no auto de infração difere daquele utilizado nos autos de infração alvos da decisão recorrida, pois que estes se referem a Imposto de Renda Pessoa Jurídica, com resultados sujeitos ao regime de competência.*

*O estudo das decisões recorrida e paradigma revela que a discussão sobre se a operação de incorporação de ações representa alienação ou substituição de ações não foi o que consubstanciou as razões de decidir de ambas. Uma vez que as duas decisões entendem tributável o ganho decorrente desta operação, como se percebe no trecho do voto condutor do paradigma, reproduzido abaixo, não há divergência a ser investigada sob esse aspecto.*

Portanto, não se pode ignorar o princípio da entidade e dizer, noutra linha, que não haverá tributação. Entendo que a ocorrência do fato gerador do IRPF quando existir a realização dessa renda.

*Ademais, o caráter complementar que a recorrente atribui às referências ao regime de caixa contidas no acórdão paradigma não se apresenta assim, acessório. Pelo contrário, identificar o regime e caixa mostrou-se capital na construção do juízo do colegiado, não à toa as inúmeras citações ali encontradas com relação a regime de caixa, pessoa física, IRPF e dispositivos legais que regem o imposto de renda pessoa física. Isso faz toda a diferença entre os dois acórdãos, já que o recorrido trata de imposto de renda pessoa jurídica, cujos ganhos são reconhecidos contabilmente pelo regime de competência, e cujos dispositivos legais aplicáveis são outros, como acusa constar dos autos de infração o acórdão recorrido. Noutra campo de exame, no acórdão paradigma não há uma linha afirmando que, fosse o caso de sócio pessoa jurídica, também o fato gerador somente ocorreria quando da realização das ações cujo ganho decorreu de operação de incorporação de ações — o que poderia, talvez, ensejar divergência de interpretação entre os acórdãos quanto ao momento de ocorrência do fato gerador. Aliás, esse acórdão paradigma constou do recurso voluntário como reforço aos argumentos do contribuinte, tendo sido ali desconsiderado exatamente por tratar de assunto diverso (IRPF).*

*Por tudo evidenciado, para esta matéria o confronto das situações alvo de julgamento administrativo nos acórdãos paradigma e no acórdão recorrido revela que se tratam de situações fáticas distintas, não havendo divergência jurisprudencial, uma vez que cada uma das situações fáticas diversas contém abordagem particular, dispositivo legal específico e solução diferente.*

A agravante assevera que a divergência não diz respeito a ser ou não tributável pelo imposto de renda o ganho decorrente da operação incorporação de ações, mas sim ao momento da ocorrência do fato gerador do imposto. Sendo a operação de incorporação de ações equiparável a uma forma de alienação, o ganho deve ser ofertado à

*tributação nesse momento. Na hipótese de a operação representar mera substituição de ativos de mesmo valor, o fato gerador do imposto nascerá apenas quando da alienação dessas novas ações.*

De fato, como bem destacado na demonstração da divergência apresentada no recurso especial, o paradigma traz em seus fundamentos que:

*De nossa parte, afirmo sem qualquer receio que a incorporação de ações não se equipara à alienação de bens. Alienar tem como acepção de base a transferência de algo a outrem. O Código Civil de 2002, trata a alienação como forma de perda da propriedade, consoante o artigo 1.275, I, e se concretiza quando há um negócio jurídico bilateral, pelo qual o alienante transfere, a título gratuito ou oneroso, determinado bem ou direito ao alienatário.*

***Na incorporação de ações ocorre troca, permuta ou, como enuncia a Lei das Sociedades Anônimas, substituição de ações.***

(...)

*Relevante salientar que este ganho verificado em razão da substituição dos títulos é meramente potencial. Como é cediço, o mercado de capitais é sazonal, de modo que o contribuinte pode sofrer a desvalorização de suas ações, nova valorização, e assim sucessivamente. Somente quando ocorrer a alienação efetiva da participação, com recebimento das quantias pela sociedade empresária, é que se poderá verificar a existência, ou não, de ganho de capital tributável. (destaques da recorrente)*

Ademais, o voto condutor do paradigma fundamenta-se em doutrina nos seguintes termos:

*Um dos efeitos típicos do contrato de incorporação de ações consiste precisamente na substituição no patrimônio dos sócios das ações previamente existentes, representativas do capital da sociedade da qual originariamente participavam, por ações da sociedade incorporadora emitidas em consequência da incorporação das mesmas ações.*

***Trata-se de fenômeno meramente substitutivo, que não decorre de uma transmissão, seja ope voluntaris, seja ope legis.***

*O único fenômeno de transmissão em sentido técnico que existe não tem como transmitente o titular das ações a serem incorporadas, pois não existe manifestação de vontade deste, na sua qualidade de proprietário das ações, mas sim a sociedade incorporadora das ações, uma vez que, nos termos do § 3º do art. 252, “aprovado o laudo de avaliação pela Assembléia Geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhe couberem.”*

***O titular das ações a serem objeto de incorporação nada faz, nada transmite, nada permuta: limita-se “passivamente” a receber da sociedade incorporadora ações substitutivas das originariamente***

***detidas e que ocupam, no seu patrimônio, lugar equivalente ao das ações substituídas por um fenômeno de sub-rogação real.***

*Das considerações precedentes acerca da natureza jurídica da incorporação de ações resulta claramente que se trata de um instituto de direito societário dotado de características próprias e que impedem a sua identificação, seja com a figura da incorporação de sociedades, seja com a figura de subscrição de aumento de capital em bens. (negrejou-se)*

Ao final, consignou-se ainda que:

*d) Por derradeiro, questiona-se: sendo o contribuinte acionista com poder de decisão na assembleia geral e, por conseguinte, definido a incorporação, não seria a hipótese de se tributar pela existência de elemento de vontade?*

*Entendo que não, pois, conforme lições do Professor NELSON EIZIRIK, na incorporação de ações é estabelecida uma relação entre duas sociedades – a incorporadora e aquela cujas ações serão incorporadas. Verifica-se, assim, a convergência de vontades entre as duas companhias, cujas assembleias aprovam a operação de incorporação de ações pode ser deliberada por maioria, não exigindo a unanimidade. Ademais, na incorporação de ações, ao contrário, prescinde-se da vontade do acionista da companhia cujas ações serão incorporadas. A operação é aprovada por maioria e independentemente da vontade do acionista minoritário, cabendo-lhe, apenas no caso de dissidência, o exercício do direito de recesso.*

*Registro, por oportuno, que tal entendimento foi manifestado recentemente [19/05/2014] pela d. Procuradoria Federal que atua junto a Comissão de Valores Mobiliário-CVM, em Parecer n /2014/GJU-2/PFE/PGF/AG [doc. entregue com os memoriais] da lavra da Procuradora Federal Raquel Passarelli de Souza Toledo de Campos, conforme se observa:*

**ASSUNTO: CONSULTA. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA JURÍDICA. EFEITOS PARA OS ACIONISTAS DA INCORPORADA.**

[...] 17. Tanto a vontade que movimenta a incorporação de ações é a das sociedades envolvidas, e não de cada acionista de per si, que a transação é aprovada pela maioria de votos e não por sua unanimidade. Assim, repita-se, a vontade individual determina, apenas, se a ação detida por certo titular será ou não substituída por outra emitida pela nova controladora. Mas é a vontade das assembleias que constitui elemento essencial do negócio de incorporação de ações.

18. Assim, em uma visão global da operação, temos que o negócio é celebrado entre as companhias, que manifestam vontade de contratar por meio das respectivas assembleias e completam as formalidades legais por seus diretores. A emissão das novas ações para os acionistas da incorporada termina de cumprir o procedimento legal e é consequência



da aquisição dos títulos originais pela incorporadora e da necessária recomposição dos patrimônios individuais afetados.

19. Por todo o exposto, **não existe alienação das ações pelos acionistas da incorporada, cujas manifestações de vontade estão dirigidas à celebração do negócio social. Embora a vontade individual seja relevante para a efetiva substituição de títulos, não o é para perfectibilidade do negócio.** A substituição final é consequência legal e lógica da operação e condição imprescindível ao equilíbrio dos interesses contínuos. (negrejou-se)

Na medida em que o acórdão recorrido está pautado no entendimento de que *a operação de incorporação de ações está prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), e corresponde a uma forma de alienação em sentido amplo*, resta caracterizada divergência acerca da interpretação do art. 252 da Lei das S/A.

Assim, nestes segundo ponto o exame de admissibilidade deve ser reformado para dar seguimento ao recurso especial.

Assim, em que pese o entendimento da PGFN, parece-me que o despacho de agravo demonstra com hialina clareza a divergência suscitada.

Ante o exposto, conheço do Recurso Especial.

*Recurso Especial do Contribuinte - Mérito*

No mérito, entendo assistir razão à Recorrente.

A incorporação de ações é instituto jurídico regulado no artigo 252 da Lei n. 6.404/76, que assim a define:

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

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

§ 2º A assembléia-geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação pelo voto de metade, no mínimo, das ações com direito a voto, e se a aprovar, autorizará a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas; os dissidentes da deliberação terão direito de retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o

reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

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

§ 4º A Comissão de Valores Mobiliários estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de incorporação de ações que envolvam companhia aberta. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

Assim, o artigo 252 da Lei n. 6.404/76 define a incorporação de ações como a operação pela qual todas as ações de uma companhia são integralizadas no capital de outra companhia, de forma que aquela se tornará uma subsidiária integral desta última.

A incorporação de ações é distinta da incorporação de sociedade, uma vez que na última há a absorção do patrimônio da sociedade incorporada, que é extinta, ao passo que na incorporação de ações, ambas as sociedades permanecem existindo, sendo que a sociedade incorporada se torna subsidiária integral (controlada integral) da sociedade incorporadora. Como consequência, a diferença fundamental entre as duas operações societárias é a extinção da sociedade incorporada na incorporação de sociedade (prevista no artigo 227 da Lei n. 6.404/76), ao contrário da incorporação de ações, em que nenhuma das sociedades é extinta, mas apenas a incorporada se torna subsidiária integral da incorporadora (PINTO, Alexandre Evaristo Pinto, KLEINDIENST, Ana Cristina, VAZ, Janaina Campos Mesquita, COSTA, Luiz Guilherme Duarte Martins, GOMES JR., Roberto Lincoln de Sousa. *Incorporação e Incorporação de Ações: Incidência do Artigo 254A*. In: PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Mercado de Capitais Brasileiro II: Doutrina, Cases & Materials*. São Paulo: Quartier Latin: 2014. pp. 398402).

A natureza jurídica da incorporação de ações foi tema de diversas discussões. Luís Eduardo Schoueri e Luís Carlos de Andrade Junior sintetizam muito bem as principais correntes no tocante à natureza jurídica da incorporação de ações. Para a primeira corrente, a incorporação de ações é um negócio jurídico que implica efetiva alienação de ações detidas pelos sócios da sociedade incorporada. Por sua vez, para a segunda corrente a incorporação de ações seria mera sub-rogação real, em que não há alienação, mas simples substituição de ações (SCHOUERI, Luís Eduardo, ANDRADE JR., Luiz Carlos de. *Incorporação de Ações: Natureza Societária e Efeitos Tributários*. *Revista Dialética de Direito Tributário*. Vol. 200. São Paulo: Dialética, maio de 2012.).

Como representante dessa primeira corrente, Modesto Carvalhosa afirma que há a alienação das ações da sociedade “incorporada” que são conferidas a valor de mercado ao capital da sociedade “incorporadora” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas Volume 4. Tomo II*. São Paulo: Saraiva, 2003). Por sua vez, a segunda corrente é defendida por autores como Alberto Xavier (XAVIER, Alberto. *Incorporação de ações: natureza jurídica e regime tributário*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de. *Sociedade Anônima: 30 anos da lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007), Ricardo Mariz de Oliveira (OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Incorporação de. Ações no Direito Tributário: Conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.) e Nelson Eizirik (EIZIRIK, Nelson. *Incorporação de ações: Aspectos Polêmicos*. In: WARDE JR., Walfrido Jorge. *Fusão, Cisão, Incorporação e Temas correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009).

Ainda que muito se possa discutir acerca da natureza jurídica da incorporação de ações, ressalte-se que, sob a perspectiva dos acionistas da sociedade incorporada, a operação de incorporação de ações consiste em um aumento de capital na sociedade incorporadora mediante integralização das ações da sociedade incorporada. Evandro Pontes afirma que na incorporação de ações, há uma troca, uma substituição decorrente da absorção compulsória das ações em circulação emitidas pela companhia incorporada (PONTES, Evandro Fernandes de. Incorporação de Ações no Direito Brasileiro. São Paulo: Almedina, 2016. pp. 179-181).

No que tange à questão da tributação em uma operação de incorporação de ações, destaco que já tive oportunidade de manifestar em caso envolvendo pessoa física no Acórdão 2301-005.847, em que fui vencido. Todavia, a discussão na pessoa física fica a meu ver facilitada, uma vez que ela é tributada pelo regime de caixa nos termos do artigo 2º da Lei n. 7.713/88.

Feita essa fundamental ponderação, cabe analisar se a incorporação de ações configura ou não hipótese de alienação de ações e sobretudo se há aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda em tal operação.

No âmbito da pessoa jurídica e mais especificamente no caso concreto, cumpre notar que a operação de incorporação de ações envolveu a incorporação, pela Bovespa Holding, das ações de emissão da Bovespa Serviços e Participações S.A. (BVSP) e da Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (CBLC) detidas pela contribuinte.

Assim, é necessário analisar se deve ser aplicada ou não a Súmula CARF n. 118, que assim dispõe:

#### Súmula CARF nº 118

Caracteriza ganho tributável por pessoa jurídica domiciliada no país a diferença positiva entre o valor das ações ou quotas de capital recebidas em razão da transferência do patrimônio de entidade sem fins lucrativos para entidade empresarial e o valor despendido na aquisição de título patrimonial. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

#### Acórdãos Precedentes:

1201-001.395, de 03/03/2016; 1301-002.432, de 16/05/2017; 1302-002.001, de 06/10/2016; 1401-001.886, de 18/05/2017; 1402-002.404, de 15/02/2017; 9101-002.462, de 19/10/2016; 9101-002.696, de 16/03/2017; 9101-003.376, de 05/02/2018.

Como se observa, a súmula é mandatória ao dizer que é ganho de capital da pessoa jurídica a diferença positiva entre o valor das ações ou quotas recebidas em razão da transferência do patrimônio de entidade sem fins lucrativos para entidade empresarial e o valor da aquisição de título patrimonial.

O cerne da questão que é aqui apresentada diz respeito ao fato de que a BVSP e a CBLC são sociedades por ações, não se constituindo sob a forma de entidade sem fins lucrativos.

Sobre esse ponto, trago aqui as razões do voto da i. Conselheira Lívia de Carli Germano no acórdão n. 9101-005.691, que foi julgado em 11 de agosto de 2021, nos seguintes termos:

A operação de incorporação de ações nada mais é do que uma troca (permuta) de ativos e nesta não há preço, no sentido objetivo do termo, já que para os permutantes os bens permutados têm valor equivalente. Nas palavras de Pontes de Miranda: “Não há preço, no sentido próprio, porque um dos figurantes promete um bem, que não é dinheiro, e o outro figurante promete outro bem, que não é dinheiro” .

Essa circunstância já foi reconhecida pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional ao emitir o Parecer PGFN nº 454, de 6 de maio de 1992, o qual conclui que “a desoneração tributária na permuta não é um privilégio, e sim o reconhecimento de não incidência da regra de tributação”. Vale destacar, ainda, os seguintes trechos deste parecer:

“20. O momento do fato gerador do imposto sobre mais-valia é o da alienação do bem por um preço que ultrapasse a reposição do capital, realizando-se só neste momento o ganho de capital. Ora, como bem acentuou Pontes de Miranda, na troca há correspectividade sem preço, porque os figurantes da relação jurídica não entram com dinheiro, conseqüentemente inexistente fato gerador do tributo. Poder-se-ia dizer, no caso da permuta, sem torna de dinheiro, que o momento da incidência seria diferido no tempo.

21. Criar-se, fictamente, na permuta de bens, um ganho de capital é violar o próprio patrimônio. A sua tributação configuraria, por conseguinte, imposto sobre a propriedade e não sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Não existe lei mandando cobrar imposto na permuta de bens, não onerosa. Ainda que existisse tal diploma legal, seria fulminado pelo vício insanável da inconstitucionalidade.”

Curiosamente, para a Receita Federal apenas algumas modalidades de permuta não têm reflexos tributários. Uma delas é a “permuta, caracterizada com a entrega, pelo licitante vencedor, de títulos da dívida pública federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, ou de outros créditos contra a União, como contrapartida da aquisição das ações ou quotas leiloadas no âmbito dos respectivos programas de desestatização” (art. 29, V, da IN SRF nº 84/2001). A outra é a que envolve exclusivamente unidades imobiliárias (artigo 121 do Regulamento do Imposto de Renda -RIR/99, aprovado pelo Decreto nº 3.000/1999 e IN SRF nº 107/1988).

Nada indica, porém, que o tratamento deva ser diferente em caso de troca de outros bens que não títulos da dívida pública ou unidades imobiliárias. Até porque, a Receita Federal sequer tem competência para trazer isenções tributárias, as quais necessariamente decorrem de lei.

Na verdade, o que levou a Recorrente a registrar o ativo recebido por valor superior ao bem que ela entregou não foi uma diferença de preço, nem mesmo uma decorrência imediata da operação de permuta. Tratou-se de uma consequência apenas mediata do negócio realizado, constante de norma contábil-societária, qual seja, a obrigação de avaliar seus ativos pelo método de equivalência patrimonial prevista no artigo 248 da Lei 6.404/76.

Isso porque as sociedades obrigadas a avaliar seus ativos pelo método de equivalência patrimonial não registram seus investimentos apenas pelo valor de aquisição, devendo também determinar o valor contábil destes por meio da aplicação, sobre o valor do patrimônio líquido da sociedade investida, do percentual de participação detido em seu capital social.

E, vale lembrar, os resultados de equivalência patrimonial são neutros para fins de IRPJ e CSLL, eis que, se positivos, não são tributáveis e, se negativos, não são dedutíveis, devendo neste último caso ser adicionados à apuração da base de cálculo de tais tributos (arts. 225 e 389 do RIR/99). Isso porque, nesta seara, como não poderia deixar de ser, prevalece o princípio da efetiva realização da renda para fins de tributação.

Em resumo: a incorporação de ações, por se tratar de mera troca de bens, não foi a situação de direito que gerou acréscimo patrimonial ao Recorrente; o que gerou tal acréscimo patrimonial foi a contabilização do investimento pelo método (obrigatório) de equivalência patrimonial, o qual não tem efeitos tributários por expressa previsão legal.

(...)

Com a devida vênia aos que entendem de forma diferente, compreendo ainda como argumento válido para sustentar a inexistência de operação de venda na incorporação de ações o fato de não haver ato de vontade, sem a qual não pode existir alienação. De fato, pela lei societária, a operação de incorporação de ações é firmada entre as administrações das sociedades envolvidas, sendo que, no caso de acionista minoritário, a questão é ainda mais contundente, seja porque ele não decide a operação nem mesmo mediatamente (via assembleia geral), seja porque, mesmo que ele profira voto contrário na assembleia geral de acionistas, sequer é certo que lhe será garantido o direito de retirada, eis que a incorporação de ações não está, por si mesma, entre as específicas operações que permitem tal exercício, valendo aqui a leitura dos artigos 136 e 137 da Lei das S.A. (Lei 6.404/1976, grifamos):

Art. 136. É necessária a aprovação de acionistas que representem meta de, no mínimo, das ações com direito a voto, se maior quórum não for exigido pelo estatuto da companhia cujas ações não estejam admitidas à negociação em bolsa ou no mercado de balcão, para deliberação sobre:(Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

I -criação de ações preferenciais ou aumento de classe de ações preferenciais existentes, sem guardar proporção com as demais classes de ações preferenciais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto;(Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

II -alteração nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida;(Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

III -redução do dividendo obrigatório;(Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

IV - fusão da companhia, ou sua incorporação em outra; (Redação dada pela Lei n.º 9.457, de 1997)

V - participação em grupo de sociedades (art. 265); (Redação dada pela Lei n.º 9.457, de 1997)

VI - mudança do objeto da companhia; (Redação dada pela Lei n.º 9.457, de 1997)(...)

IX - cisão da companhia; (...)

Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas: (Redação dada pela Lei n.º 10.303, de 2001)(...)

Vale ainda observar que, mesmo que, a depender da configuração da operação, o direito de retirada venha eventualmente a poder ser exercido, tal exercício seria, aí sim, operação específica mediante a qual, por um ato de vontade, o acionista decidiria trocar as suas ações por dinheiro, podendo-se falar, somente em tal hipótese, em alienação. Lembrando que em tal caso a alienação seria resultado do efetivo exercício do direito de retirada, e não propriamente da operação de incorporação de ações.

Estas são, brevemente, as razões pelas quais compreendo não haver que se falar em disponibilidade da renda na operação de incorporação de ações, de forma que, no mérito, orientei meu voto para dar provimento ao recurso especial do sujeito passivo.

De fato, é importante ter em mente que tais operações ocorreram no ano de 2006, isto é, tais fatos precederam a edição do Pronunciamento Contábil n. 30 – Receitas do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (atualmente revogado), que dispunha:

12. Quando os bens ou serviços forem objeto de troca ou de permuta, por bens ou serviços que sejam de natureza e valor similares, a troca não é vista como uma transação que gera receita. Exemplificam tais casos as transações envolvendo commodities como petróleo ou leite em que os fornecedores trocam ou realizam permuta de estoques em vários locais para satisfazer a procura, em base tempestiva e em local específico. Por outro lado, quando os bens são vendidos ou os serviços são prestados em troca de bens ou serviços não similares, tais trocas são vistas como transações que geram receita. Nesses casos, a receita deve ser mensurada pelo valor justo dos bens ou serviços recebidos, ajustados pela quantia transferida em caixa ou equivalentes de caixa. Quando o valor justo dos bens ou serviços recebidos não pode ser mensurado com confiabilidade, a receita deve ser mensurada utilizando-se como parâmetro o valor justo dos bens ou serviços entregues, ajustado pelo valor transferido em caixa ou equivalentes de caixa.

Dessa forma, a troca de bens não similares poderia ensejar o reconhecimento contábil de receitas. Ainda assim sob a ótica tributária, vale notar que não necessariamente o que está registrado na contabilidade é tributável.

Nessa linha, entre 2008 e 2014, vigorou a neutralidade da “nova contabilidade” de acordo com o RTT e com a edição da Lei n. 12.973/14, vários critérios contábeis foram objeto de disposições específicas de ajustes no LALUR.

Ademais, ainda que não haja ajuste específico previsto em lei, se torna necessário analisar se o que está reconhecido na contabilidade está de acordo com o artigo 43 do CTN, isto é, se há aquisição de disponibilidade de renda.

Considerando que não se aplica ao presente caso a Súmula CARF 118, assim como não há renda realizada, entendo que não há ganho de capital no presente caso.

Assim, entendo deva ser dado provimento Recurso Especial nessa matéria.

Quanto à incidência do PIS e da COFINS sobre as operações realizadas, entendo não se tratar de operações que fazem parte da atividade da Recorrente, portanto, não se tratam de receita bruta tributável pelas referidas contribuições, nos termos da Lei 9.718/98.

Peço vênha para transcrever excerto do voto proferido pela Conselheira Tatiana Midori Migiyama nos autos do Processo n.º 16327.720565/2011-25, acórdão n. 9303-007.046, que teve por base a mesma operação subjacente, adotando-as como razões de decidir:

Essa substituição das ações considerou o valor patrimonial contábil por ação da Bovespa Holding e da Bovespa Serviços – com data base de junho de 2007.

Lembro que o mesmo procedimento foi adotado no caso da BM&F – onde o patrimônio foi absorvido pela Bolsa de Mercadorias & Futuros – BM&F S.A.

Dessa forma, é de hialina clareza que os títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F dos associados foram somente substituídos por ações da Bovespa Holding S.A e da BM&F S.A.

Eis que nessa operação há apenas a “troca” dos ativos – em devolução e dissolução patrimonial, e não “aquisição” das referidas ações que demandem nova reclassificação contábil.

Na cisão seguida de incorporação, há a transferência de todos os direitos e obrigações dos negócios em curso da cindida para a incorporadora - sucessão universal.

Com efeito, as ações substituídas pelos títulos recebem o mesmo tratamento fiscal e contábil a que eles estavam sujeitos. O que não procede tratar tais ativos como devolução do patrimônio da associação aos seus associados com posterior aquisição.

Dessa forma, considerando se tratar de mera substituição de títulos patrimoniais que, por sua vez, estavam registrados no ativo permanente, quando da substituição desses títulos por ações, devem observar idêntica qualificação contábil até o momento de sua alienação.

Nota-se que, em respeito aos Princípios que norteiam a Ciência Contábil, o detentor dos títulos quando da classificação contábil desses ativos manifestou a pretensão de permanecer com esse investimento em seu patrimônio por mais de 12 meses – sem expectativa de vendê-los a curto

prazo. O que alterar a classificação contábil das ações recebidas em troca dos títulos demonstraria afronta à esses princípios.

No ativo circulante somente são registrados ativos de liquidez imediata. Ou seja, somente aqueles ativos que estejam destinados à venda com sentido de operação mercantil. O que se distancia do presente caso – já que a detentora dos títulos manteve esse ativo por mais de 12 meses em seu patrimônio, tendo manifestado sua pretensão de permanecer com esse ativo no momento do registro contábil.

Na substituição de um ativo (títulos patrimoniais ou ações) por decorrência de cisão seguida de incorporação, vê-se que os detentores/investidores se mantêm inertes frente a essa reorganização societária – efetuando somente a troca dos ativos em seu patrimônio.

Tal troca não resulta em nova classificação contábil, visto que a pretensão do investidor não se alterou com a substituição do ativo. Eis que nem motivação demonstrou quando da efetivação da reorganização societária.

Nova classificação contábil de ativos ocorreria somente quando ocorrer motivação por parte do futuro adquirente, pois é nesse momento que deverá expressar sua pretensão de manter o ativo adquirido por mais de 12 meses ou vendê-lo em curto prazo.

Tanto é assim, que o investidor que sofre a troca dos ativos não se obriga a informar o custodiante sobre a “nova aquisição”. A troca ocorre diretamente pelo custodiante sem motivação do investidor.

O investimento original não foi realizado com o fim de se obter ganho por sua venda. Era um ativo permanente porque adquirido originariamente com o objetivo de dar participação à entidade e trazer desenvolvimento de suas atividades; e que foi trocado por outro ativo que podia agora ter sua classificação mantida, ou não, mas que, se colocado à venda, não perdia a característica de um ativo permanente colocado à venda e, por isso, passível de reclassificação.

Dessa forma, as ações recebidas por decorrência dessa operação devem ser registradas em contas do ativo permanente, em respeito à pretensão manifestada pelo detentor dos títulos patrimoniais à época de sua aquisição. O que, por conseguinte, entendo que eventuais receitas advindas dessa transação poderiam ser excluídas da base de cálculo do PIS e Cofins, nos termos do art. 3º, § 2º, inciso IV, da Lei 9.718/98.

(...)

Dessa forma, é de se concluir que os títulos da Bovespa e da BM&F que eram de propriedade da sociedade tinham a mesma característica de bens do ativo permanente e que as ações recebidas por sucessão universal decorrente da cisão seguida de incorporação deveriam ser registradas em seu ativo permanente. O que, por conseguinte, torna-se claro que a receita de alienação dessas ações não é passível de tributação pelo PIS e Cofins, nos termos do art. 3º, inciso IV, da Lei 9.718/98.



Não obstante a tudo isso, proveitosa a seguinte reflexão. Ainda que se considere equivocadamente as ações como fruto de aquisição pura motivada pelo sujeito passivo e que, portanto, não seria passível de registro em ativo permanente, importante refletir também sobre as regras impostas pela nova contabilidade, independentemente de à época ser plenamente considerada o registro contábil das ações recebidas em troca em ativo permanente

Para tanto, invoca-se o Pronunciamento técnico CPC 30 – que contempla em seus itens 7 e 12:

“Item 7. Receita é o ingresso bruto de benefícios econômicos durante o período observado no curso das atividades ordinárias da entidade que resultam no aumento do seu patrimônio líquido, exceto os aumentos de patrimônio líquido relacionados às contribuições dos proprietários.

[...]

Item 12. Quando bens ou serviços forem objeto de troca ou permuta, que sejam de natureza e valor similares, a troca não é vista como uma transação que gera receita. [...] Por outro lado, quando os bens são vendidos ou os serviços são prestados em troca de bens ou serviço não similares, tais trocas são vistas como operações que geram receita”

Continuando, o Pronunciamento Conceitual Básico (R1) descreve no item 4.29.

4.29 que “a definição de receita abrange tanto as receitas propriamente ditas quanto aos ganhos. A receita surge no curso das atividades usuais da entidade e é designada por uma variedade de nomes tais como vendas, honorários, juros, dividendos, royalties, alugueis. ” Já os “ganhos representam outros itens que se enquadram na definição de receita e que podem ou não surgir no curso das atividades usuais da entidade”.

Tal Pronunciamento ainda traz em seu item 4.31 que “ganhos, incluem, por exemplo, aqueles que resultam da venda de ativos não circulantes”.

Ademais, de acordo com o Pronunciamento Técnico CPC 16, “estoques são ativos: (a) mantidos para venda no curso normal dos negócios. ”

E, nos termos do CPC 31, a destinação de um ativo não circulante (ativo permanente) para venda não o classifica como ativo circulante (estoque), devendo ser classificado como ativo não circulante destinado a venda, especialmente à luz do quanto disposto em seu Apêndice A – Definições de termos:

“Ativo Circulante é um ativo que satisfaz a qualquer dos seguintes critérios:

(a) espera-se que seja realizado, ou pretende-se que seja vendido ou consumido no curso normal do ciclo operacional da entidade;

(b) mantido essencialmente com o propósito de ser negociado  
Ativo não circulante é um ativo que não satisfaz à definição de ativo circulante.”

Nesta senda, vê-se que os ativos adquiridos destinados à comercialização nas operações usuais da empresa devem ser registrados no ativo circulante em conta de estoque e o produto de sua venda é classificado como receita propriamente dita.

Enquanto, ativos que não comportem a sua classificação em estoque e sejam reconhecidos no ativo não circulante, quando de sua alienação podem gerar ganhos, mas que não se enquadram no conceito de receita, uma vez que não se trata de atividade usualmente praticada pela entidade.

O que resta concluir que, no presente caso, as ações recebidas em substituição aos títulos patrimoniais ostentam a mesma natureza, bens do ativo permanente – ou seja, ativo não circulante, na nova linguagem contábil, não se sujeitando quando se sua alienação ao PIS e Cofins.

Mais ainda, caso se “ignore o Código Civil” e desconsidere equivocadamente o correto registro contábil – registrando em contas do ativo circulante, proveitoso trazer, a título de “amor ao debate técnico”, que as receitas geradas na venda dessas ações ainda assim não seriam passíveis de tributação pelas contribuições – eis que não devem ser consideradas como sendo decorrentes de suas atividades próprias.

Ora, as sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários são pessoas jurídicas integrantes do Sistema Financeiro Nacional que, dentre outras atividades, realizam a intermediação nas operações de compra e venda de títulos financeiros para seus clientes.

Nos termos da ICVM 387/03, a corretora de valores é “a sociedade habilitada a negociar ou registrar operações com valores mobiliários por conta própria ou por conta de terceiros em bolsa e entidade de balcão organizado”.

Além de operar com títulos e valores por conta de terceiros, as sociedades corretoras, de maneira residual, podem operar carteira própria de valores mobiliários, atuando nos mercados de bolsa e balcão.

Com efeito, para que as sociedades corretoras possam operar carteira própria devem observar diversas regras estabelecidas pela CVM, por intermédio da ICVM 117/90. As sociedades corretoras que operem carteira própria devem indicar a CVM e as bolsas de valores um de seus diretores ou sócios gerentes como responsável pela operação da carteira e somente poderão aplicar na constituição e operação de sua carteira, recursos próprios.

Além disso, as sociedades corretoras que operaram com carteira própria devem obedecer aos seguintes limites:

- O valor da carteira própria das sociedades corretoras cujo patrimônio líquido ajustado, computado a partir de 31.3.90 na forma determinada pelas normas contidas no Plano Contábil das

Instituições Financeiras do Sistema Financeiro Nacional (COSIF), for inferior a 2.000.000 de bônus do tesouro nacional para fins fiscais não excederá, a qualquer tempo, 50% do valor do capital de giro dessas sociedades;

- O valor da carteira própria das sociedades com patrimônio líquido ajustado superior a 2.000.000 de BTNF mas inferior a 3.000.000 de BTNF não excederá a qualquer tempo 60% do valor do capital de giro próprio dessas sociedades;
- Para as sociedades com patrimônio superior a 3.000.000 de BTNF, o valor da carteira própria não excederá a qualquer tempo 70% do valor do capital de giro próprio.

Portanto, vê-se que não há que se considerar “engessadamente” que a atividade principal da sociedade corretora seria comprar e vender ações para si própria – pois sua atividade se resume na intermediação de negociação de títulos e valores mobiliários custodiados na CBLC por ordem de compra e venda dada por seus clientes.

Tanto é assim, que há várias restrições para se alocar determinado ativo em carteira própria. O que resta considerar que eventual receita da venda das r. ações recebidas em troca dos títulos patrimoniais não comporia a base de cálculo do PIS e da Cofins sob a sistemática da cumulatividade, pois não agrega ao objeto principal da sociedade corretora.

Ressalto que até o advento da MP 627/13 – convertida na Lei 12.973/14, o PIS e a Cofins tinham como base de cálculo o seu “faturamento” – assim entendido como a receita de prestação de serviço (atividade fim).

No caso das corretoras, cabe trazer que abrange a receita de prestação de serviço as receitas oriundas das taxas de custódia de títulos e valores mobiliários detidos por clientes e de comissões de intermediação de operações financeiras de clientes.

Somente com o advento da MP 627/13 convertida na Lei 12.973/14, houve extensão da base de cálculo do PIS e Cofins para as pessoas jurídicas sujeitas à sistemática da cumulatividade (Grifos meus):

“Art. 52. A Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º O faturamento a que se refere o art. 2º compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977. [...]”

“Art. 2º O Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

“Art. 12. A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria; II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

[...]”

Até a edição da referida MP e respectiva lei de conversão, a receita operacional (receita vinculada ao objeto social) não compreendia a base de cálculo das pessoas jurídicas sujeitas à sistemática das contribuições, posto que, se assim não fosse, inócuo seria trazer expressamente a inclusão das “receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica, não compreendidos nos incisos I a III”.

Nessa linha, a exposição de motivos é clara ao expor a intenção do legislador

– no sentido de alterar efetivamente a base de cálculo das contribuições com o aperfeiçoamento da definição de receita bruta. Ora, o legislador foi transparente ao trazer que tal mudança “alterou” a base de cálculo daquelas contribuições, não dando caráter interpretativo.

Caso tal dispositivo tivesse caráter interpretativo, somente seria assim legitimado caso se limitasse a reproduzir o conteúdo normativo interpretado – sem modificar, estender ou limitar o seu alcance. O que, no caso, não ocorreu. O legislador, de fato, ALTEROU a base de cálculo das contribuições ampliando sua base – passando a tributar pelas contribuições as receitas operacionais auferidas pelas instituições financeiras.

Vê-se que não há que se falar que não ocorreu “majoração de tributo”, com o advento da MP 627/13, nos termos do art. 97, § 1º, do CTN, in verbis:

“Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

[...]

§ 1º Equipara-se à majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II, deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo

[...]”

O que, por conseguinte, somente após decorridos o prazo nonagesimal a que se refere o art. 195, § 6º, da CF/88 é que poderia haver a incidência de PIS e Cofins sobre a receita decorrente do objeto principal da pessoa jurídica.

Não obstante a esse comentário, por se tratar de sociedade corretora de valores mobiliários, é de se atentar ainda que não se pode considerar a receita decorrente da “carteira própria” de uma corretora como sendo aquela oriunda do objeto principal, vez que o objeto PRINCIPAL de uma sociedade corretora – É A INTERMEDIACÃO DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS. Ou seja, compra e venda títulos e valores mobiliários POR CONTA E ORDEM DE CLIENTES TERCEIROS.

Considerando o exposto, entendo que não há que se falar em se tributar pelo PIS e Cofins a receita sob lide.

Assim, também, em relação a essa matéria deve ser dado provimento ao Recurso do Contribuinte.

Ante todo o exposto, conheço do Recurso Especial interposto para, no mérito, dar-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto - Relator

## **Voto Vencedor**

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA, Redatora designada.

O I. Relator restou vencido em seu entendimento favorável à Contribuinte nas matérias conhecidas. A maioria do Colegiado conclui que deveria ser negado provimento ao recurso especial.

No mérito da primeira matéria, concernente à incidência do IRPJ e da CSLL sobre o ganho de capital auferido na incorporação de ações, deve ser reiterado o voto condutor do Acórdão n.º 9101-005.691, de lavra do Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

A questão a ser examinada no recurso especial da contribuinte está relacionada aos efeitos tributários, para fins do IRPJ e CSLL, em decorrência da incorporação de ações prevista no art. 252 da Lei n.º 6.404/1976 ( Lei das S/A).

Em suma, a recorrente questiona a natureza jurídica desse instituto e busca diferenciá-lo de outras formas de alienação, tais como a entrega de bens para integralização de capital ou outras formas de incorporação.

Sustenta que a operação de incorporação de ações, tal como levada a efeito no caso concreto, não importaria em alienação da participação societária detida na empresa CBLC, na medida em que teria havido mera substituição (permuta) da participação das ações naquela empresa por ações Bovespa Holding, o que caracterizaria subrogação real legal.

Defende que inexistiria manifestação volitiva dos sócios da empresa com vistas à incorporação, na medida em que o negócio contratual é formalizado por meio de protocolo celebrado entre os Órgãos de administração das companhias envolvidas e não de seus acionistas.

Conclui que a subrogação decorrente da incorporação de ações, quando teve substituídas em seu patrimônio as ações que possuía da CBLC por ações da Bovespa, é neutra e, portanto, não configura renda ou ganho de capital nos termos do artigo 43 do CTN.

Já tive a oportunidade de analisar esta questão, como relator, em julgamento realizado pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara, em 22 de fevereiro de 2018, que proferiu o Acórdão n.º 1302-002.566, do qual peço vênia para transcrever os excertos pertinentes que entendo aplicáveis ao presente caso, que também adoto como fundamento e razão de decidir:

[...]

A recorrente contesta a manutenção da autuação pela decisão recorrida, alegando em apertada síntese que a operação de incorporação de ações, tal como levada a efeito no caso concreto, não importaria em alienação da participação societária detida na empresa Sadia, na medida em que teria havido mera substituição (permuta) da participação das ações naquela empresa por ações da BRF, o que caracterizaria subrogação real legal, na medida em que estaria ausente a manifestação volitiva dos sócios da empresa com vistas à incorporação, na medida em que os acionistas que participaram de tal processo enquanto integrantes da Assembléia Geral e votaram acerca da aprovação da operação, o fizeram no exercício de sua função social e não em vista de seus interesses individuais.

Como bem aponta a douda PGFN em suas contrarrazões, o exame da matéria tem como pressupostos a definição sobre qual é a natureza jurídica do instituto da incorporação de ações para então determinar quais os seus efeitos, na esfera tributária.

A incorporação de ações está prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404, de 1976 (Lei das Sociedades por Ações) com as alterações previstas nas Leis nº 9.457, de 1997 e 11.941, de 2009:

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

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

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

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

*§ 4º A Comissão de Valores Mobiliários estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de incorporação de ações que envolvam companhia aberta. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)*

A PGFN destaca nas contrarrazões a existência de três correntes doutrinárias sobre a natureza da incorporação de ações, que podem ser divididas entre aquelas que qualificam a incorporação de ações como: (i) aumento de capital da incorporadora mediante conferência de bens; (ii) negócio societário típico e (iii) sub-rogação real, sendo interessante a transcrição da abordagem para elucidar a questão, *verbis*:

[..]

Exemplifica a **primeira corrente** Modesto Carvalhosa<sup>3</sup>, para quem, na incorporação de ações, ocorre uma alienação ficta de ações pelos acionistas da incorporada e uma aquisição ficta pela incorporadora. Feito isso, ocorre em verdade um aumento de capital da incorporadora mediante a dação de bens pelos antigos acionistas da incorporada: as próprias ações. Trata-se de uma aquisição na qual o pagamento se dá em bens, pelo que não se pode falar em mera substituição ou permuta. Nesse sentido, destaca Carvalhosa:

Trata-se o negócio de incorporação de ações, ao mesmo tempo de uma **incorporação e de uma alienação fictas**. No primeiro caso, porque não se incorpora uma sociedade em outra, na medida em que a incorporada subsiste como pessoa jurídica, ou seja, como sociedade mercantil de direito privado, revestindo o tipo companhia. No segundo caso, porque o controlador da sociedade incorporada aliena não apenas suas ações à incorporadora, mas também as dos minoritários, num negócio *sui generis*, que lembra a expropriação do direito administrativo. [...]

No mais, trata-se de **aumento de capital da incorporadora, mediante a conferência de todas as ações de emissão da incorporada**. (grifos acrescidos)

Em termos bastante semelhantes, entende Edmar Oliveira Andrade Filho<sup>4</sup>, cuja doutrina nesse ponto é adotada na jurisprudência do CARF, que a incorporação de ações tem natureza jurídica de **alienação em sentido amplo**, nos seguintes termos:

A incorporação de ações constitui uma forma de **alienação em sentido amplo**; com efeito, o detentor das ações ou quotas as entrega como forma de conferência de bens para subscrição de capital e recebe ações ou quotas da sociedade que teve o seu capital aumentado e que passou a ser a única acionista da sociedade convertida em subsidiária integral.

Dado que, para esta corrente, há pagamento em bens, ou até mesmo alienação em si, é inegável a possibilidade de ganho de capital e, por decorrência, incidência de imposto sobre a renda.

A **segunda abordagem** pode ser ilustrada pelo entendimento de Luís Eduardo Schoueri e Luiz Carlos de Andrade Júnior<sup>5</sup>. Os autores acompanham o entendimento de Modesto Carvalhosa, no sentido de que há realmente alienação e aquisição fictas e paralelas na incorporação de ações, que procedem mediante o aumento de capital da incorporadora subscrito pelas ações da incorporada. Entretanto, Schoueri e Andrade entendem que não se pode confundir o procedimento operacional com a natureza jurídica do instituto. Reconhecem, então, que a incorporação é negócio jurídico específico de Direito Societário. Os adeptos da segunda corrente concluem que **há uma efetiva alienação de ações subjacente à figura da incorporação de ações**<sup>6</sup>, assim como entende Edmar de Oliveira. Por essa razão, nesse instituto **há acréscimo patrimonial que enseja tributação da renda**.

Para essas duas correntes, pois, a incorporação de ações de fato importa em uma alienação. A questão pertinente para os adeptos das referidas correntes é saber se essa alienação ocorre a título de equivalência ou a título de acréscimo patrimonial para uma das partes. Nesse ponto, cumpre destacar que o elemento distintivo entre essas duas características não é o pagamento em pecúnia, mas sim a atribuição de um preço. A esse respeito, acentua Orlando

<sup>3</sup> CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei das sociedades anônimas. T. II. V. 4. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140-

<sup>4</sup> ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Imposto de Renda das empresas. 6. ed. São Paulo: Atlas, p.484.

<sup>5</sup> 3 ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. SCHOUERI, Luís Eduardo. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. In: Revista Dialética de Direito Tributário. n. 200, mai. 2012, p. 44-72.

<sup>6</sup> 4 ANDRADE JR e SCHOEURI, ob cit, p. 58.

Gomes<sup>7</sup> que na mera troca não há preço, ao contrário do que ocorre com a compra e venda, sendo irrelevante que as coisas permutadas tenham valores desiguais. Na redação do atual Código Civil, também se pode chegar à mesma conclusão comparando a redação dos artigos 482<sup>8</sup> e 533, inciso II<sup>9</sup>. O primeiro dispositivo elenca o preço como elemento essencial da compra e venda. O segundo comina sanção de anulabilidade à permuta de valores desiguais realizada entre ascendentes e descendentes. Diante disso, por uma interpretação em contrário deste preceito, fica claro que, em geral, o valor dos bens permutados é irrelevante e não afeta a validade do negócio. Daí concluir-se que o preço é o ponto distintivo entre permuta e compra e venda.

A ausência de preço/irrelevância do valor dos bens é o aspecto que leva alguns a defenderem que a permuta não atrai a incidência do imposto sobre a renda. Isso porque a ausência de preço tornaria imensurável eventual ganho de capital, e, pois, a iliquidez da operação obstaria a exação tributária, a despeito das previsões do arts. 3º e 19 da Lei n. 7.713, de 1988. Cumpre notar, todavia, que mesmo em operações denominadas de permuta, se o valor dos bens é relevante para as partes contratantes e determinado, o ganho de capital pode ser apurado, e, por consequente, incide o imposto sobre a renda.[...]

Na incorporação de ações, por imposição dos §§ 1º e 3º do art. 252 da Lei das S/A, é **obrigatória a avaliação do valor das ações a serem incorporadas**. Daí se ver que é de fato relevante o preço atribuído, pois será o preço de avaliação que determinará quantas ações da incorporadora serão dadas aos novos sócios como pagamento pela integralização de aumento de capital pela dação de ações da incorporada. A avaliação nada mais é nesse ponto do que a fixação de um preço.

Eizirik vincula a avaliação das ações àquela prevista no art. 264 da Lei das S/A e conclui que se destina a duas finalidades: possibilitar a comparação com os parâmetros que servem de base para fixação das relações de troca na incorporação; servir como critério alternativo para o cálculo do valor do reembolso devido a eventuais acionistas dissidentes.<sup>10</sup> É óbvio que essas finalidades detêm relevância na dinâmica da operação de incorporação de ações. Contudo, é evidente que **a avaliação tem influência essencial no deslinde da incorporação de ações**, o que por si só deixa claro não se tratar de mera permuta, **pois a valoração dos bens objetos da operação é relevante**.

O preço pode corresponder ao valor patrimonial das ações ou até apresentar alguma forma de ágio ou deságio, mas a avaliação claramente tem a finalidade de precificação. Uma vez que há precificação, a operação pode gerar ganho de capital em razão da diferença de valor dos ativos, conforme jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. E, nesse ponto, já se afasta a pretensão recursal de evitar a exação tributária sob o fundamento de que se aplica o regime jurídico da permuta, pois, ainda que se trate de troca de bens, **verificada a relevância do valor e determinado o acréscimo patrimonial havido em favor de uma das partes, deve incidir a tributação sobre a renda auferida**.

Ante o exposto, resta evidenciado que, para ambas as correntes tratadas, a natureza jurídica do instituto da incorporação de ações é de uma **alienação**

<sup>7</sup> 5 GOMES, Orlando. Contratos. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 268.

<sup>8</sup> Art. 482. A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço.

<sup>9</sup> Art. 533. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações:  
[...]

II - é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.

<sup>10</sup> EIZIRIK, Nelson. Incorporação de ações: aspectos polêmicos. In: WARDE JR., Walfrido Jorge (org.). Fusão, cisão, incorporação e temas correlatos. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 91-92.



**em sentido amplo, na qual os bens envolvidos ostentam preço e, pois, sua transferência gera ganho de capital tributável.**

[...]

Com base nos ensinamentos dos ilustres doutrinadores citados pela PGFN em suas contrarrazões **é possível identificar que a natureza jurídica da incorporação de ações, prevista no art. 252 da Lei 6.404/1976 é efetivamente de alienação podendo se identificar nas operações desse tipo que o sócio entrega as suas ações à incorporadora, pelo valor previamente determinado em laudo de avaliação específico para tal fim, recebendo desta um conjunto de ações que, também de acordo com laudo de avaliação de peritos, corresponde ao valor patrimonial proporcional ao investimento que passa a deter diretamente na empresa incorporadora.** (grifei)

Sem dúvida, identifica-se na operação que **o acionista se obriga a entregar suas ações da empresa incorporada à incorporadora, mediante o recebimento de uma contrapartida, qual seja a parcela de ações desta última, que corresponde ao preço recebido nesta alienação.** O que afasta, em princípio, a tese da recorrente de que a operação não teria tal natureza, mas sim, importaria em subrogação real legal, ou, quando muito, mera permuta. (grifei)

Com efeito, a recorrente sustenta que a incorporação de ações consiste em hipótese de sub-rogação real legal por meio da qual se opera a substituição de ações incorporadas, mantendo-se a mesma proporção e valor do investimento detido anteriormente; e que recentemente, a CVM, ao analisar a questão da Incorporação de Ações exarou o Parecer solidificando o entendimento de que tal operação não caracteriza hipótese de alienação, e sim sub-rogação real legal, uma vez que não há acréscimo patrimonial para o acionista, já que se trata de mera substituição proporcional das ações da incorporada pelas da incorporadora.

Esta tese, de que existiria um subrogação real legal, defendida pela recorrente, amparada em parte da doutrina, também foi bem analisada nas contrarrazões da PGFN, conforme os excertos abaixo transcritos, *verbis*:

A defesa do recorrente arrima-se na terceira vertente para categorizar a incorporação de ações, e assim, buscar determinar seus efeitos, inclusive, o tratamento tributário a ser conferido à operação. Para essa corrente, o art. 252 da LSA prevê hipótese de sub-rogação real. A sub-rogação real consistiria, em síntese, em hipótese especial de substituição de coisas na qual se manteria a base jurídica original.

Do ponto de vista dos acionistas da sociedade que é incorporada, haveria, primeiramente, expropriação na saída das ações da incorporada de seu patrimônio, pois tal ato jurídico seria marcado pela passividade dos acionistas, enquanto as novas ações teriam a finalidade de recomposição patrimonial. O cerne dessa abordagem é de que não haveria manifestação de vontade dos acionistas para a efetivação da incorporação, eis que as operações são levadas a efeito pelas companhias envolvidas, sem intervenção dos acionistas, nem mesmo no momento da subscrição do capital, que se daria pelos diretores da incorporada, de forma que, em relação aos acionistas, haveria espécie de expropriação das ações originalmente detidas, que seriam sub-rogadas nas ações da incorporadora.

Além disso, como na sub-rogação real pressupõe-se a equivalência de valores entre os bens substituídos, conclui-se que a incorporação de ações não importa em acréscimo patrimonial para o acionista, inexistindo, pois, pressuposto fático-jurídico para a incidência do Imposto sobre a Renda. A

referida posição é defendida por Nelson Eizirik<sup>11</sup>, já mencionado, Alberto Xavier e Ricardo Mariz de Oliveira.

Dado que a referida teoria compreende a incorporação de ações como uma sub-rogação real precedida de ato expropriatório, cabe, então, examinar cada um desses institutos.

#### a) Sub-rogação real

A sub-rogação real é conceito lógico-jurídico definido por Pontes de Miranda<sup>12</sup> como a substituição jurídica de uma coisa por outra, mantida a relação jurídica base anterior. Segundo Santoro-Passarelli, *apud* Schoueri e Andrade Júnior, a origem da sub-rogação real remonta ao direito romano, a adágio segundo o qual “na universalidade jurídica coisa sucede o lugar do preço e o preço o lugar da coisa”<sup>13</sup>. A origem da sub-rogação real já denota que é **espécie de substituição**, enquanto a sua relação com uma universalidade de bens demonstra que sua **ocorrência se associa à necessidade de preservar um direito ou relação jurídica (que determinou a existência da universalidade de bens)**. Essa espécie de ficção, por meio da qual um bem é tratado de acordo com o regime jurídico originariamente endereçado a outro, decorre da especial relevância do direito que determina o regime jurídico específico, que, por isso, merece ser preservado. O autor observa, ainda, que **a ficção da sub-rogação real é sempre relativa, restrita ao necessário a determinar a preservação da relação jurídica a que se destina**. Faz-se válido transcrever:

*O doutrinador, então, conclui que a ficção da sub-rogação real somente tem lugar quando o bem estiver inserto numa situação jurídica particular, que permita, de maneira eficaz, que ele seja considerado, para os fins dessa relação jurídica, como se fosse outro. Em seu trabalho, Santoro-Passarelli identifica algumas poucas situações em que isso seria possível, a luz do ordenamento jurídico italiano do início do século XX, dentre as quais se inclui a circunstância de sobre um bem recair um direito real de garantia: a de um bem integrar o dote, e de um bem estar sujeito a diritto de godimento.*<sup>14</sup>

Os doutrinadores exemplificam a sub-rogação real no direito brasileiro no art. 1.659 do Código Civil, que prevê que os bens que se sub-rogam no lugar dos bens particulares dos cônjuges não compõem a comunhão matrimonial.

A respeito da sub-rogação, Pontes de Miranda<sup>15</sup> assevera que pode ser pessoal quando se dá a mudança no sujeito da obrigação ou real quando há mudança no objeto sem que se modifique o bem na sua totalidade. O doutrinador elenca dois **pressupostos** para a ocorrência da sub-rogação real:

Os doutrinadores exemplificam a sub-rogação real no direito brasileiro no art. 1.659 do Código Civil, que prevê que os bens que se sub-rogam no lugar dos bens particulares dos cônjuges não compõem a comunhão matrimonial.

<sup>11</sup> 9 EIZIRIK, Nelson. Incorporação de ações: aspectos polêmicos. In: WARDE JR., Walfrido Jorge (org.). Fusão, cisão, incorporação e temas correlatos. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 78-98.

<sup>12</sup> *apud* EIZIRIK, op cit, p. 89

<sup>13</sup> 11 ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. SCHOUERI, Luís Eduardo. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. In: Revista Dialética de Direito Tributário. n. 200, mai. 2012, p. 44-72.

<sup>14</sup> 12 ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. SCHOUERI, Luís Eduardo. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. In: Revista Dialética de Direito Tributário. n. 200, mai. 2012, p. 50-51.

<sup>15</sup> 13 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo 2. São Paulo: BookSeller, 2010, p. 333.

A respeito da sub-rogação, Pontes de Miranda<sup>13</sup> assevera que pode ser pessoal quando se dá a mudança no sujeito da obrigação ou real quando há mudança no objeto sem que se modifique o bem na sua totalidade. O doutrinador elenca dois **pressupostos** para a ocorrência da sub-rogação real:

Na sub-rogação, dá-se a substituição jurídica de um bem a outro, de modo que o adveniente — seja de crédito, seja de indenização, seja imóvel ou móvel, que se substitui a bem da mesma ou de outra natureza — se submeta ao mesmo regime. Para que ela se dê, é preciso: a) que outro bem, — o novo ou adveniente, — entre no patrimônio, de onde um bem saiu; b) que exista patrimônio sujeito a regime próprio<sup>16</sup>

O ilustre doutrinador confirma que a sub-rogação real encontra fundamento na necessidade de preservar uma relação jurídica, motivo pela qual há identidade de relações jurídicas entre o bem que sai do patrimônio do sujeito e o que passa a integrá-lo. Por seu turno, leciona ainda Pontes de Miranda acerca do elemento valor:

A sub-rogação não depende da unidade de sujeito e da pluralidade de patrimônios, a) **Basta que haja bem submetido a destino especial, ou que se tenha de assegurar a restituição de massa de bens.** b) Fora disso, sim, é que é preciso o texto especial. Não há ficção: existe regramento jurídico, como qualquer outro; destinado a fim especial um bem, o seu valor é o que importa (a respeito, foi decisiva a contribuição de E. ‘Windmoller, 2 s., ao mostrar a generalização do conceito de preço pela noção de equivalente ou valor): porque **o destino jurídico concerne aos valores, e não aos objetos materiais**, tanto assim que o preço do altar vendido, caso-tipo de destinação do objeto material, não se sub-roga ao altar. **Ora, se concerne ao valor e com o valor se comprou o bem, nem o preço sucede no lugar da coisa, nem a nova coisa no lugar do preço: o valor toma outra forma, que é a do objeto novo.** As formas passam, sucedem; o valor subsiste.<sup>17</sup> (grifos acrescentados)

Como se observa da doutrina de Pontes de Miranda, há sub-rogação se o bem recebido em resposta tiver o objetivo de recompor o patrimônio anteriormente deslocado. Ao seguir do texto, nota-se, à evidência, que a recomposição leva em conta a identidade de valores do bem original e do sub-rogado. Visto que a finalidade do instituto é a preservação do patrimônio submetido a regime especial, o valor do bem substituído ganha especial relevância, pois se busca garantir o patrimônio considerado em sua totalidade, e não determinado bem. Implica dizer que o bem novo – seja coisa, seja valor – tem a finalidade de recompor patrimônio.

Ante todo o exposto, **é possível definir o instituto da sub-rogação real como: (i) hipótese especial de substituição em que (ii) por ficção jurídica (prevista em Lei), (iii) se atribui a um bem substituto o regime jurídico próprio aplicável a um dado bem substituído (iv) com a finalidade de preservar a relação jurídica que determinava esse regime jurídico próprio e, pois, a (v) a ficção legal se limita à medida necessária a preservar a relação jurídica/regime jurídico próprio do patrimônio do qual saiu o bem originário.**

[...]

A partir da definição ora alcançada e das ponderações adjacentes, passa-se ao exame das disposições legais acerca da incorporação de ações a fim de determinar se o art. 252 da LSA veicula hipótese de sub-rogação real.

De plano, observa-se que o art. 252 da Lei de Sociedade por Ações não objetiva preservar um determinado regime jurídico ou relação jurídica, impondo-o a outros bens – tanto é assim que a Lei das SA não faz qualquer menção à

<sup>16</sup> 14 Ibidem, p. 345.

<sup>17</sup> 15 Ibidem, p. 346-347.

manutenção da relação jurídica anterior. Nesse ponto, convém lembrar que situação diversa ocorre no art. 1.659 do Código Civil, que expressamente, determina que os bens sub-rogados nos havidos antes da comunhão conjugal são excluídos do regime jurídico que lhe é próprio. Assim, fica evidente que na incorporação de ações não há regime jurídico especial a ser perenizado.

Essa percepção é corroborada pelos próprios efeitos ou resultados da incorporação de ações, quais sejam: verifica-se que a substituição de ações da companhia “A” por ações da companhia “B” **acarreta alteração de relação jurídica**, pois os **títulos mobiliários se referem a sociedades diferentes, com valores patrimoniais diferentes e submetidos a Estatutos Sociais diversos**. Portanto, trata-se de relações societárias ordinárias, **que se sucedem** em virtude do exercício regular do direito à liberdade negocial. Nesse ponto, cumpre notar que o **trabalho de Nelson Eizirik não demonstra qual seria a identidade e a relação jurídica base subjacentes à suposta sub-rogação real na incorporação de ações**. Assim, já se verifica que **não há, na incorporação de ações, a teleologia específica de preservação de patrimônio/relações jurídicas que é inerente à sub-rogação real**.

Em contínuo, verifica-se que, na incorporação de ações, há prévia avaliação do valor patrimonial e **precificação** das ações a serem incorporadas. As ações da incorporadora que são destinadas aos antigos acionistas da incorporada podem ter valor menor, igual ou superior àquele das ações incorporadas. Daí se nota que não há identidade de valores de forma a atingir à finalidade de recomposição de patrimônio, mas sim verdadeira variação patrimonial, pelo que é de se afastar a ocorrência de sub-rogação real.

Como já visto, sub-rogação real é conceito lógico-jurídico que designa a situação em que um novo bem de mesmo valor assume o regime jurídico específico do bem precedente, ou seja, a identidade de valores é pressuposto para ficção de que se trata do mesmo bem para impor o mesmo regime. Identidade de valores e de regime são, pois, os dois **elementos essenciais** para que se caracterize a sub-rogação real. [...]

Como se vê, o doutrinador afirma que não há alteração patrimonial porque há equivalência de valores entre as ações entregues e recebidas. A equivalência é, pois, pressuposto. Diversamente, defende o recorrente que a sub-rogação real tem força constitutiva para criar a ficção de que se trata do mesmo valor e do mesmo regime jurídico, embora tanto o valor quanto o regime jurídico sejam diversos. Ou seja, o recorrente busca transformar elementos antecedentes, **pressupostos** para caracterização da sub-rogação real (lógico-jurídico), em **consequências** de um suposto/inexistente regime jurídico imposto pela sub-rogação real.

Ante todo o exposto, **porque não há previsão legal a impor a manutenção de relação jurídica/regime jurídico, nem identidade de valores, a qualificação da operação de incorporação de ações como hipótese de sub-rogação real não é válida, o que, de logo, retira a base da fundamentação recursal**.

Como bem apontado pela representação da Fazenda Nacional, **o art. 252 da Lei de Sociedade por Ações não objetiva preservar um determinado regime jurídico ou relação jurídica, e a substituição das ações da empresa incorporada pela da incorporadora é mera consequência do negócio jurídico realizado, dentro da esfera de liberdade de organização das sociedades, respeitados os direitos dos acionistas minoritários**. (grifei)

Não é o propósito da lei assegurar a manutenção de um regime jurídico próprio, tal como se dá quando a lei assim dispõe com este específico propósito, como no caso do mencionado art. 1659 do Código Civil.

**O art. 252 visa tão somente regular a possibilidade de criação de subsidiárias integrais, estabelecendo para tanto alguns parâmetros para a sua consecução e, em**

**especial, o direito de retirada dos sócios minoritários que discordarem da dita incorporação.** (grifei)

Também **não há preservação da relação jurídica originária, nem tampouco dos valores patrimoniais, pois a partir da mudança da composição do direito ao que o acionista passa a deter em face da incorporação, ocorre também alteração de relação jurídica, uma vez que as ações se referem a sociedades diferentes, submetidas a Estatutos Sociais também distintos, e os valores individuais (de cada ação) e patrimoniais completamente diferentes.** (grifei)

[...]

A recorrente também traz **alegações de que faltaria o elemento volitivo por parte dos acionistas de forma a caracterizar uma alienação.** Interessante reprimir os argumentos desta natureza, sintetizados nas conclusões do seu recurso, *verbis*:

(i) a incorporação das ações (...) foi deliberada e aprovada por sua assembléia geral em vista dos interesses da sociedade e não de seus acionistas;

(ii) não houve, no referido processo de aprovação, manifestação de vontade expressa por parte dos acionistas, incluindo-se a Recorrente, no sentido da transmissão da propriedade das ações (...) no contexto de tal operação. Os acionistas que participaram de tal processo enquanto integrantes da Assembléia Geral e votaram acerca da aprovação da operação, o fizeram no exercício de sua função social e não em vista de seus interesses individuais;

(iii) trata-se a incorporação de ações de hipótese de sub-rogação real legal por meio da qual se operou a substituição das ações (...) de titularidade da Recorrente por ações da (...), mantendo-se a mesma proporção e valor do investimento anteriormente detido;

(iv) na incorporação de ações, a participação na sociedade incorporadora é um reflexo daquela mesma participação anteriormente detida na sociedade que foi objeto da conversão em subsidiária integral;

[...]

(viii) diante da ausência da manifestação de vontade da Recorrente em transferir a propriedade de suas ações (...) no contexto de tal operação, não pode ser esta tratada como evento de alienação apto a ensejar a apuração de ganho de capital sujeito à regular incidência do IRPJ e da CSLL;

[...]

A Procuradoria da Fazenda Nacional refuta as alegações acima em suas contrarrazões, aduzindo, *verbis*:

[...]

#### **b) Expropriação**

Prosseguindo, cabe examinar a afirmação de que, na incorporação de ações, a saída das ações do patrimônio dos acionistas da sociedade que se tornará subsidiária integral se dá mediante expropriação porque não há elemento volitivo por parte dos acionistas. Neste ponto, primeiramente, cabe sublinhar que a sub-rogação real não é categoria jurídica alternativa à alienação. Com efeito, enquanto a alienação diz respeito à transmissão de domínio, a sub-rogação real designa um instituto jurídico em que o regime jurídico de um determinado bem (substituído), se aplica a um outro bem (substituto). A sub-rogação real pressupõe temporal e logicamente a saída do bem do patrimônio cuja recomposição constitui seu objetivo e não desnatura ou modifica a alienação que deu ensejo à substituição.

Esclarecido esse ponto, verifica-se que Eizirik busca explicar a saída das ações do patrimônio dos acionistas a partir da ocorrência de ato de expropriação.

Todavia, a alegação de que não ocorre manifestação de vontade carece de fundamento. Como bem coloca Pontes de Miranda, não se pode confundir na análise do negócio jurídico a existência de **manifestação de vontade e declaração de vontade**:

[...]

A “manifestação de vontade” não necessariamente demanda uma declaração direta, como a assinatura de um contrato. No caso da incorporação de ações, os acionistas da companhia incorporada manifestam sim sua vontade, do que se passa a tratar. Cumpre notar, que, no processo de efetivação da incorporação de ações, há manifestações de vontade a partir de dois polos e em momento distintos, que merecem exame separado. (grifei)

Primeiramente, os acionistas deliberam, em sede de Assembleia Geral, pela efetivação da incorporação de ações, conforme preceitua o artigo 252, § 2o, da Lei das S/A. E, nesse ponto, cabe rememorar que a pessoa jurídica nada mais é do que um instrumento de consecução da vontade individual coletivizada de seus sócios com um fim comum. [...] (grifei)

A deliberação em Assembleia Geral tem o condão de firmar poderes de representação à sociedade em favor de seus acionistas, conforme artigo 115 e seguintes do Código Civil. A representação, por sua vez, importa em ato de vontade do representado (acionista) em prol do representante (sociedade), permitindo a este firmar atos ou negócios jurídicos no interesse daquele. Dessa forma, **há manifestação da vontade dos acionistas que decidem positivamente pela realização da operação em dois sentidos: os sócios na Assembleia Geral aprovam a incorporação de ações, determinando-a, e, ao mesmo tempo, conferem poderes de representação à sociedade empresária.** Percebam, Srs. Conselheiros, que **somente após receber tais poderes, a sociedade empresária, nos limites da representação conferida**, adotará as providências necessárias para consecução da operação, o que inclui alienar as ações e as incorporar ao capital de outra sociedade, manifestando, nessas ocasiões, vontade. (grifei)

Ademais, a manifestação de vontade pelo representante nos limites de seus poderes produz efeitos em relação ao representado nos termos do artigo 116 do Código Civil. Vale dizer, os efeitos das manifestações das sociedades, sejam civis, societários ou tributários, se darão em face do representado (acionista), não do representante (sociedade). Assim, a manifestação da pessoa jurídica no que diz respeito à incorporação de ações nada mais é do que uma representação da vontade das pessoas de seus sócios. Não há de se falar, pois, em ausência de vontade na operação de incorporação de ações.

Inclusive, Luigi Cariota Ferrara entende que é juridicamente justificável que, embora o negócio de alienação seja celebrado por representante do titular do bem, a transferência deste se dá **diretamente do representado** – no presente caso, o acionista – **ao terceiro adquirente**. O autor explica que é uma conclusão necessária e decorrente do próprio instituto da representação, dado que o **objeto deste instituto é permitir a transferência de bens e direitos entre as partes intermediada por terceiro, sem que este tenha que ser parte no negócio de alienação**.<sup>19</sup> Com efeito, representação é a relação jurídica pela qual certa pessoa se obriga diretamente perante terceiro, por meio de ato praticado em seu nome ou por sua conta por um representante. É a própria razão de existir do instituto, o fim a que se destina, permitir que a declaração de vontade de um (representante) obrigue outrem (representado).

Ao pretender negar a existência da manifestação de vontade dos sócios quando atuam por meio da sociedade que os representa, a doutrina nesse sentido está a negar a própria eficácia da representação, em manifesta afronta ao art. 116 do Código Civil. Com efeito, não se nega a existência de uma operação de compra e venda, nem, tampouco, de seus efeitos fiscais, sob o argumento de que,

porque ela foi realizada por intermédio de representantes, careceu de manifestação de vontade do(s) envolvido(s). Do mesmo modo, não se pode negar a existência da alienação na incorporação de ações porque os atos que compõem os negócios jurídicos foram realizados por meio de representante.

Note-se, por fim, que o fato de a representação ser legal, e não contratual, não afasta o efeito vinculante entre a manifestação do representante e o patrimônio do representado e, pois, os efeitos tributários decorrentes dessa alteração. Isso porque **o art. 116 do Código Civil não faz distinção entre as duas modalidades, de modo que o direito positivo brasileiro não respalda a tentativa de distinguir os efeitos da representação convencional e legal.** O que distingue a representação legal da contratual, é o fato de que, na segunda, os limites dos poderes conferidos aos representantes são livremente estabelecidos pelas partes contratantes, enquanto na representação legal, esses limites estão estabelecidos na norma que institui a representação, consoante prevê o art. 120 do Código Civil<sup>20</sup>. Por essa razão, tem-se que ambas conferem poderes ao representante para constituir direitos e obrigações em face do representado; (grifei)

Destarte, dado que o art. 252 da Lei n. 6.404, 1976 traz hipótese de representação *ex lege* e que a manifestação do representante tem força para produzir efeitos em relação ao representado – nos termos do art. 116 do Código Civil –, dúvida não resta de que há participação dos acionistas, por meio da sociedade, sua representante, nos atos que importam efetivação da incorporação de ações. Consequentemente, **fica afastada a pretensão de classificar a saída dos bens/ações do patrimônio dos acionistas como ato expropriatório.** (grifei)

No entanto, as manifestações de vontade dos acionistas não se esgotam com a decisão positiva pela efetivação do procedimento de incorporação de ações e os atos subsequentes tendentes a sua consecução empreendidos por sua representante. Cabe examinar, ainda, outra manifestação de vontade envolvida na operação de incorporação de ações. (grifei)

Além de se manifestar positivamente para que a empresa tome parte na operação de incorporação de ações – o que faz por intermédio da Assembleia Geral – o acionista da empresa a ser incorporada ainda precisa manifestar vontade, mais uma vez, a fim de efetivamente tomar parte na operação de incorporação de ações, e dessa feita, deve manifestar-se em nome próprio. **O art. 252, § 2º, da Lei das S/A confere direito de retirada ao acionista da companhia incorporada que discorde da incorporação de ações como mecanismo de proteção da vontade do acionista minoritário. A previsão legal acerca do exercício do direito de retirada significa que somente participa do processo de incorporação de ações e dele se beneficia o acionista que integra a operação por vontade própria e autônoma.** (grifei)

Assim, é equivocada a afirmação de que “a constituição de subsidiária integral prevista no art. 252 da Lei das S.A. representa negócio jurídico, por meio do qual, **independentemente de sua vontade, as ações de propriedade dos acionistas minoritários são trocadas por novas ações a serem emitidas pela companhia incorporada,**” Com efeito, um acionista minoritário pode não ser capaz de impedir a operação de incorporação de ações, mas ele pode recusar-se a participar da operação, renunciando a eventuais benefícios, por meio do exercício do direito de retirada.

Da mesma forma, ao contrário do que defende a contribuinte, a suposta passividade dos acionistas no processo de incorporação de ações não pode ser interpretada como ausência de manifestação de vontade, mas constitui, isso sim, silêncio eloquente, que caracteriza anuência na forma do art. 111 do Código Civil: O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. Assim, pode-se afirmar que **não existe transferência de ações contrária à vontade dos**

**sócios nas operações de incorporação de ações e, por consequente, não há como admitir a solução dada por Eizirik, que considera a incorporação de ações “expropriação”.**

[...]

Como se percebe, as análises e fundamentos acima apresentados se amoldam perfeitamente ao exame do presente caso.

Com base neles é possível identificar que a natureza jurídica da incorporação de ações, prevista no art. 252 da Lei 6.404/1976, é efetivamente de alienação podendo se identificar nas operações desse tipo que o sócio entrega as suas ações à incorporadora, pelo valor previamente determinado em laudo de avaliação específico para tal fim, recebendo desta um conjunto de ações que, também de acordo com laudo de avaliação de peritos, corresponde ao valor patrimonial proporcional ao investimento que passa a deter diretamente na empresa incorporadora.

Sem dúvida, identifica-se na operação que o acionista se obriga a entregar suas ações da empresa incorporada à incorporadora, se assim deliberar a assembleia e dela não dissentir, mediante o recebimento de uma contrapartida, qual seja a parcela de ações desta última, que corresponde ao preço recebido nesta alienação.

Não existe sub-rogação real legal nesse tipo de negócio, como alega a recorrente, na medida em que, conforme os ensinamentos de Pontes de Miranda, citados no texto transcrito, esta tem seu fundamento na necessidade de preservar uma relação jurídica motivo pela qual há identidade de relações jurídicas entre o bem que sai do patrimônio do sujeito e o que passa a integrá-lo. E, na hipótese do art. 252 da Lei das S/A não se vislumbra um regime jurídico especial que deva ser mantido com a incorporação, nem tampouco há identidade dos bens recompostos.

Com bem apontado pela d. PGFN no acórdão retro transcrito, tal “*percepção é corroborada pelos próprios efeitos ou resultados da incorporação de ações, quais sejam: verifica-se que a substituição de ações da companhia “A” por ações da companhia “B” acarreta alteração de relação jurídica, pois os títulos mobiliários se referem a sociedades diferentes, com valores patrimoniais diferentes e submetidos a Estatutos Sociais diversos. Portanto, trata-se de relações societárias ordinárias, que se sucedem em virtude do exercício regular do direito à liberdade negocial*”.

Como bem observado pela D. PGFN, na incorporação de ações, há prévia avaliação do valor patrimonial e precificação das ações a serem incorporadas, sendo que as ações da incorporadora que são destinadas aos antigos acionistas da incorporada podem ter valor menor, igual ou superior aos desta última, inexistindo identidade de valores com vistas a atingir à finalidade de recomposição de patrimônio, necessária para caracterizar a sub-rogação real, mas sim verdadeira variação patrimonial.

O art. 252 visa tão somente regular a possibilidade de criação de subsidiárias integrais, estabelecendo para tanto alguns parâmetros para a sua consecução e, em especial, o direito de retirada dos sócios minoritários que discordarem da dita incorporação.

Também não há preservação da relação jurídica originária, nem tampouco dos valores patrimoniais, pois a partir da mudança da composição do direito ao que o acionista passa a deter em face da incorporação, ocorre também alteração de relação jurídica, uma vez que as ações se referem a sociedades diferentes, submetidas a Estatutos Sociais também distintos, e os valores individuais (de cada ação) e patrimoniais completamente diferentes.

Do ponto de vista da alegação de que inexistente manifestação de vontade por parte do sócio da empresa incorporada, resta claro pelo próprio § 2º do art. 252 da Lei nº 6.404/1976, que esta é expressa por meio da deliberação da assembleia geral que concede poderes aos representantes da sociedade para proceder à incorporação, ao tempo que assegura aos sócios dissidentes (minoritários), que não queiram tomar parte na operação, o direito de retirar-se da companhia mediante reembolso.



Portanto, a participação na operação de incorporação, com a consequente substituição das ações, não é feita à revelia do sócio e não prescinde sua manifestação de vontade, ainda que de forma tácita ao aceitar os termos do negócio.

Com relação à alegação de que não teria existido efetivo acréscimo patrimonial na operação, caracterizador da renda, nos termos do art. 43 do CTN, trago à colação a os ensinamentos de Andrade Junior e Schoueri, também citados no Acórdão n.º 1302-002.566, *verbis*:

[...]

(...) Acerca da disponibilidade do ganho de capital, Andrade Júnior e Schoueri asseveram que a disponibilidade da renda seria completa e definitiva quando de sua **realização**, destacando que tal ocorre de fato na incorporação de ações. Delimitam a questão os referidos autores da seguinte forma:

i) **Conversão em direitos que acresçam ao patrimônio**: como antevisto, as ações da companhia 'incorporadora' integram o patrimônio do acionista que as recebe. Eventual ganho embutido no valor destas seguiria a mesma sorte;

ii) **Processamento desta conversão mediante troca no mercado**: considerando-se uma incorporação de ações processada entre partes independentes, ou, ao menos, uma incorporação de ações em que a avaliação das ações reflita valores consistentes com a prática de mercado, creio que esse requisito deve ser reputado preenchido;

iii) **Cumprimento das obrigações que decorrem dessa troca**: para os acionistas da sociedade 'incorporada', a obrigação que se contrapõe ao recebimento das ações da sociedade 'incorporadora' é a entrega das suas ações, i.e., a integralização do capital subscrito. Como isso é efetivado por força do artigo 252 da Lei n.º 6.404/1976, pela diretoria da sociedade 'incorporada', que age como representante indireta autorizada a tanto, esse requisito também é atendido satisfatoriamente; e

iv) **Mensurabilidade e liquidez dos direitos recebidos na troca**: por fim, um elemento delicado. A falta de mensurabilidade dos direitos recebidos na troca é o que justifica, por exemplo, o diferimento da tributação relativa aos ganhos de capital auferidos em razão da operação de permuta.

Precisamente porque o ganho não pode ser aferido com certeza, permanece ilíquido, é que se tem reconhecido a inexistência de ganho tributável em operações dessa natureza. Mas isso não ocorre no caso da incorporação de ações, em que as ações trocadas são submetidas a prévia avaliação, por perito eleito pela assembleia geral da sociedade 'incorporadora'. Na relação de troca estabelecida com o fito de identificar o número de ações que tocará a cada um dos acionistas da sociedade 'incorporada', é levado em conta o valor das ações originariamente dadas, bem como o valor das ações a serem recebidas, sendo tais valores aferidos por meio de avaliações específicas. A situação, assim, aproxima-se do recebimento de pagamentos com bens, ou, tecnicamente falando, da dação em pagamento, com relação à qual tanto a doutrina como a jurisprudência reconheceram realização de renda, uma vez que o bem entregue em pagamento o é tendo-se em vista um valor específico. Nesse contexto, na incorporação de ações está cumprido o requisito da mensurabilidade e liquidez dos direitos recebidos em troca. Não há incerteza acerca do valor pelo qual a troca é efetivada; este é conhecido e claramente definido.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> 25 ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de. SCHOUERI, Luís Eduardo. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. In: Revista Dialética de Direito Tributário. n. 200, mai. 2012, p. 63-64.

Observe-se que a renda no caso da incorporação de ações reúne todos os requisitos para se considerar **realizada**, independentemente de sua conversão em pecúnia: (i) houve acréscimo patrimonial; (ii) mensurável; (iii) em decorrência de cumprimento da obrigação; (iv) entre partes independentes. Nessa perspectiva, necessário sempre salientar que, para a configuração da incidência do IRPJ e da CSLL, **exige-se a disponibilidade econômica ou jurídica da renda, e não a disponibilidade financeira**. Por essa razão, não prospera o argumento da recorrente, no sentido de que o pagamento recebido em bens, no caso, ações, não seria tributável.

[...]

**No caso, ocorreu o pagamento das prestações assumidas entre as partes, o que gerou acréscimo patrimonial para os acionistas, entre eles a ora recorrente, de forma a caracterizar-se disponibilidade econômica e, portanto, realização da renda de acordo com o regime de caixa.**

Por essa razão, afaste-se também o argumento de que o ganho de capital decorrente da alienação de ações seria incerto e carente de liquidez. Isso porque tanto o valor das ações incorporadas, como o das ações da incorporadora – entregues aos antigos acionistas da incorporada –, são necessariamente submetidas à prévia avaliação (§§ 1º e 2º do art. 252 da LSA), o que as confere liquidez e certeza.

Além disso, cumpre destacar que a regra na apuração do IRPJ e da CSLL é a existência de disponibilidade econômica e jurídica – previstas no art. 43 do CTN. A disponibilidade financeira somente pode servir de parâmetro, para a apuração do lucro, quando a legislação expressamente mencionar essa possibilidade – afinal, trata-se de exceção à regra prevista no citado art. 43. Com efeito, prevalece na tributação das receitas não operacionais, seja no regime do lucro real ou no do lucro presumido, a necessidade de existência de disponibilidade econômica ou jurídica, e não de disponibilidade financeira.

[...]

Entendo que, de fato, resta caracterizada a disponibilidade econômica da renda no caso concreto. Observa-se que a substituição das ações, tendo sido esta avaliadas por valor superior ao registrado no ativo da empresa detentora, caracteriza, inarredavelmente, um acréscimo imediato e mensurável em seu patrimônio, restando, assim, configurado o ganho de capital tributável.

Na linha do quanto foi aqui analisado, têm-se julgados desta 1ª Turma da CSRF que retratam o mesmo entendimento, conforme se colhe das suas ementas, *verbis*:

**Acórdão nº 9101-002.735, de 04/04/2017**

**INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL TRIBUTÁVEL.**

No bojo da incorporação de ações ocorre alienação da totalidade de ações ou quotas da pessoa jurídica incorporada na subscrição do aumento de capital da pessoa jurídica incorporadora, não havendo que se falar em ausência de manifestação de vontade. Não é caso de sub-rogação real e nem de permuta. A diferença positiva entre a participação que passa a ser detida na incorporadora e a participação antes detida na incorporada constitui ganho de capital tributável. (Relatora Cons. Adriana Gomes Rego)<sup>19</sup>

**Acórdão nº 9101-003.536, de 06/04/2018**

**INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. TRIBUTAÇÃO O GANHO DE CAPITAL.**

<sup>19</sup> Participaram do julgamento os conselheiros: Adriana Gomes Rêgo, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luís Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Carlos Alberto Freitas Barreto. Negado provimento ao recurso da contribuinte, por maioria, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra.

Os negócios jurídicos que se integram na incorporação de ações ocorrem em razão de manifesta deliberação dos sócios ou acionistas das sociedades envolvidas mediante assembleias, nos termos do artigo 252 da Lei nº 6.404/76; portanto, são os acionistas que determinam os valores pelas quais as operações serão realizadas (observadas as prescrições legais tendentes a proteger acionistas minoritários) de modo que se a operação de subscrição realizar-se por valor superior ao valor contábil, haverá apuração de ganho de capital tributável. (Redator designado Cons. Flávio Franco Correa)<sup>20</sup>

Pelo exposto, voto no sentido de conhecer parcialmente e, no mérito, negar provimento ao recurso especial da contribuinte. (*destaques do original*)

Assim, também aqui, é NEGADO PROVIMENTO ao recurso especial da Contribuinte.

Com respeito às matérias “Resgate de ações preferenciais - PIS/COFINS” e “Venda de ações da Bovespa Holding S/A - PIS/COFINS”, os argumentos de defesa deduzidos pela Contribuinte já foram enfrentados por este Colegiado, em antiga composição, no voto da ex-Conselheira Viviane Vidal Wagner no Acórdão nº 9101-003.975. Como ali bem expresso, *a partir dos elementos que compuseram o processo de desmutualização das bolsas de valores, constata-se que a intenção dos antigos detentores de títulos patrimoniais da BM&F e BOVESPA (leia-se, as sociedades corretoras, incluindo o contribuinte) sempre foi, desde o início, de alienarem as ações recebidas, seja pelas autorizações para alienar as ações a elas atribuídas pelo processo de desmutualização na Oferta Pública Inicial ou mesmo em razão da própria alienação no curto prazo (menos de 2 anos), inclusive tendo se consolidado a jurisprudência da 3ª Turma da CSRF, a partir do primeiro semestre de 2016, no sentido da incidência de PIS e COFINS sobre a venda de ações da BM&F S/A e da BOVESPA HOLDING S/A, recebidas em 2007 e alienadas em 2007 e 2008, e as ações preferenciais resgatáveis da Nova Bolsa, recebidas e alienadas em maio de 2008.*

Na medida em que as operações aqui autuadas integram este conjunto de alienações, o voto condutor do Acórdão nº 9101-003.975, a seguir transcrito, é aqui adotado como razões de decidir:

A questão em litígio decorre da análise do processo que se convencionou chamar de "desmutualização das bolsas de valores" por meio do qual a BOVESPA e a BM&F sofreram abertura de capital, quando ocorreu a cisão parcial das referidas entidades associativas sem fins lucrativos e a incorporação da parcela do capital cindido pelas sociedades anônimas (com fins lucrativos) BOVESPA HOLDING S/A e BM&F S/A, respectivamente.

Nessa operação de cisão parcial seguida de incorporação, os detentores de títulos patrimoniais da BOVESPA e da BM&F passaram a ser titulares de ações representativas do capital da BOVESPA HOLDING S/A e da BM&F S/A recebidas em substituição aos antigos títulos.

Conforme relatado, no caso concreto, o contribuinte contabilizou todas as ações adquiridas da BOVESPA HOLDING S/A no ativo permanente da empresa. Quando da venda de parte dessas ações, em outubro de 2007, a receita apurada não foi oferecida à tributação do PIS e da COFINS.

Da mesma forma procedeu quando do resgate de ações preferenciais da BM&F S/A, em junho de 2008.

<sup>20</sup> Participaram do julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Adriana Gomes Rêgo (Presidente). Negado provimento ao recurso da contribuinte, por maioria de votos, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto (relator), Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra.

O contribuinte contestou as autuações, alegando que, por ser mera troca de ativos, e permanecendo a participação dos novos ativos, a função de ativo permanente não foi desviada e, portanto, não haveria motivo para alterar a classificação contábil por ela adotada.

No acórdão recorrido, o relator vencido afastou o PIS e a COFINS como se fossem meros reflexos da operação de desmutualização, que entendia não ser tributável pelo IRPJ e CSLL, sob a tese de que o fato seria permutativo e não geraria ganho, dando provimento ao recurso voluntário, porém sem analisar precisamente a segunda infração, decorrente das vendas de ações.

O voto vencedor do acórdão recorrido, de minha autoria, rebateu a tese de não tributação de IRPJ e CSLL sobre a operação de desmutualização e manifestou-se acerca da tributação do PIS e da COFINS em sua parte final, favoravelmente ao contribuinte, por considerar que a classificação das ações recebidas pelo contribuinte em decorrência do processo de desmutualização, em seu ativo permanente, seria justificável.

A Fazenda Nacional, no recurso especial, alegou divergência, em relação à tributação pelo PIS/COFINS, em relação ao Acórdão n.º 3302-001.838, proferido pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do CARF, que negou provimento ao recurso voluntário por considerar que "*constitui receita própria da atividade da Recorrente a aquisição, para posterior revenda, de ações. A receita assim auferida é igual a faturamento e integra a base de cálculo do PIS e da Cofins*"

A recorrente argumenta que tanto o acórdão recorrido quanto o paradigma tratam da mesma matéria: a natureza do resultado da venda das ações após a desmutualização.

Em ambos os casos, houve a devolução do patrimônio da BM&F e da BOVESPA para os contribuintes (corretoras/distribuidoras associadas) sob a forma de ações da BM&F S/A e da BOVESPA HOLDING S/A.

A divergência, segundo ela, reside no tratamento contábil dado às ações adquiridas da BM&F S/A e da BOVESPA HOLDING S/A. Enquanto o acórdão recorrido admitiu as referidas ações classificadas no ativo permanente, o acórdão paradigma as classificou como ativo circulante.

A Fazenda também alega que:

*É importante registrar que colegiado a quo, na solução do litígio, considerou como determinante a devolução patrimonial sob a forma de novas ações no processo de desmutualização, para o efeito de registro no ativo permanente.*

*De outro lado, segundo o entendimento firmado no paradigma, a referida devolução patrimonial se mostrou irrelevante, porquanto os julgadores se orientaram pelo destino das ações adquiridas (venda ou investimento), para fins de classifica-las contabilmente. Esta orientação, inclusive, foi a adotada pela fiscalização nos presentes autos.*

O acórdão paradigma, na parte que interessa, manifestou-se pela incidência de PIS e COFINS em hipótese análoga:

*Também é irrefutável que a aquisição de títulos e valores mobiliários, para posterior revenda, pelas corretoras de títulos e valores mobiliários, deve ser contabilizado no ativo circulante, por força de disposições da Lei n.º 6.404/76 e do COSIF, instituído pela Circular BACEN n.º 1.273/87.*

*Como bem disse a autoridade lançadora, a BOVESPA orientou seus associados sobre a forma de contabilizar a operação, nos seguintes termos (fls. 121/122):*

*Os detentores de títulos patrimoniais da BOVESPA deverão promover a baixa do valor convertido em ações da BOVESPA Holding S.A. do Ativo Permanente (Títulos Patrimoniais de Bolsa de Valores - Conta COSIF n.º 2.1.4.10).*

*Em contrapartida, à sua opção:*

**- Registrar o correspondente valor no Ativo Circulante, em subconta específica da conta Títulos de Renda Variável (conta do COSIF nº 1.2.1.20), das ações de emissão da BOVESPA Holding S.A. recebidas em substituição, se a decisão for a de considerar essas ações como sendo “títulos disponíveis para negociação ou venda”, ou**

**- Manter esse valor no Ativo Permanente, em substituição específica da conta Ações e Cotas (conta do COSF nº 2.1.5.10), das ações de emissão da BOVESPA Holding S.A. recebidas em substituição, se a decisão for a de considerar essas ações como investimento.**

**Vê-se, portanto, que das ações adquiridas pela Recorrente, 35% (trinta e cinco por cento) estavam previamente destinadas à venda e, por esta razão, deveriam ser registradas no Ativo Circulante.**

**Portanto, não cabe razão à recorrente em seus argumentos quanto à classificação contábil das ações adquiridas no processo de desmutualização da BOVESPA e da BM&F, por absoluta falta de amparo legal e por não corresponder à realidade dos fatos efetivamente ocorridos.”**

Segundo a Fazenda Nacional, o contribuinte, no caso dos autos, sabia que teria de alienar as ações:

*Nesse ponto, consoante o termo de verificação fiscal, é possível constatar que a contribuinte assinou instrumento de procuração referente ao IPO da Bovespa Holding S/A, autorizando a venda de 210.000 ações de sua titularidade. Assim, a contribuinte sabia de antemão que não poderia manter as ações em seu patrimônio. Desse modo, resta evidente que essas ações não poderiam ter sido classificadas como bens do Ativo Permanente.*

*Nesse ponto, importante observar que essas alienações ocorreram no mesmo ano de 2007, exercício da subscrição das ações, após o processo de desmutualização da Bovespa e BM&F. Diante disso, a Fiscalização procedeu de acordo com o disposto no art. 179 da Lei nº 6.404, de 1976, confira-se:*

(...)

*Ademais, os documentos analisados e a forma como ocorreram as transações entre a contribuinte e as emitentes das ações – BM&F S.A e a BOVESPA HOLDING S.A. – demonstram que sua intenção nunca foi de manter as ações em seu patrimônio como Ativo Permanente. Basta visualizar todo o conjunto de operações realizadas para se compreender o objetivo do negócio realizado era realmente a alienação das ações, e não a sua manutenção no patrimônio da empresa. Diante disso, deve ser considerada como correta a classificação dada pela Fiscalização no sentido de que as ações emitidas pela BM&F S.A e a BOVESPA HOLDING S.A., em benefício da contribuinte, integraram o seu Ativo Circulante.*

Embora o contribuinte, em contrarrazões, tenha contestado a existência de prova da intenção de venda imediata nos presentes autos, a conselheira relatora bem observou, ao tratar do conhecimento do recurso fazendário, que *"tal fato – isoladamente – não foi determinante para a decisão da Turma no acórdão paradigma"*. O fato comum identificado foi *"a aquisição de títulos e valores mobiliários, para posterior revenda, pelas corretoras de títulos e valores mobiliários, deve ser contabilizado no ativo circulante"*.

Assim, é certo que a situação objetivamente considerada no acórdão recorrido foi a venda de ações por parte de corretora de valores mobiliários. A peculiaridade, obviamente comum a ambos os acórdãos (recorrido e paradigma), é a origem de tais ações no processo de desmutualização.

Ao elaborar o voto vencedor do acórdão recorrido, analisei todo o processo de desmutualização como se fosse um filme e concluí que não houve mera troca de ativos nesse processo, pois ao se transformarem entidades de natureza associativa em

sociedades anônimas o que ocorreu, de fato, foi a devolução do capital detido pelas corretoras, sob a forma de títulos patrimoniais.

Quanto ao ganho de capital tributável pelo IRPJ e CSLL, a jurisprudência do CARF sedimentou-se nesse sentido com a aprovação, em 2018, da Súmula CARF nº 118:

*Caracteriza ganho tributável por pessoa jurídica domiciliada no país a diferença positiva entre o valor das ações ou quotas de capital recebidas em razão da transferência do patrimônio de entidade sem fins lucrativos para entidade empresarial e o valor despendido na aquisição de título patrimonial.*

Em relação à posterior operação de venda de ações, todavia, inicialmente foi admitida a classificação realizada pelo contribuinte em conta do ativo permanente.

Observando melhor os fatos e fundamentos apresentados neste julgamento chego à conclusão que não pode ser admitida tal classificação e, portanto, essa conclusão deve ser revista. Explico.

O processo de desmutualização das bolsas de valores, ocorrido em 2007, decorreu de uma grande reestruturação societária com a cisão das associações e incorporação da parcela cindida por sociedades anônimas de capital aberto. As sociedades corretoras associadas na BM&F e na BOVESPA, antes detentoras de títulos patrimoniais, receberam ações das novas companhias, respectivamente, BM&F S/A e BOVESPA HOLDING S/A.

Em ambos os casos, as associações civis sem fins lucrativos deixaram de existir e os detentores de seus títulos patrimoniais passaram a ser acionistas da BM&F S/A e da BOVESPA HOLDING S/A.

A partir disso, ainda durante o ano de 2007, ocorreu a abertura do capital das companhias resultantes para a negociação das respectivas ações em bolsa de valores.

Originalmente, os títulos patrimoniais eram escriturados no ativo permanente das sociedades corretoras. Com a dissolução da associação e a subsequente subscrição e integralização das ações das novas sociedades (BM&F S/A e BOVESPA HOLDING S/A), contudo, não houve uma simples troca de ativos, como se concluiu da análise do processo de desmutualização, pois as corretoras integrantes da associação deixaram de possuir títulos patrimoniais e passaram a deter ações das novas companhias, de natureza diversa.

Nesse momento, cumpriria a cada uma das sociedades corretoras observar o disposto no art. 179 da Lei nº 6.404/76, que dispõe sobre a escrituração dos ativos nos seguintes termos:

*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)*

Consoante a legislação societária, a classificação das ações recebidas no ativo circulante ou no ativo permanente da empresa depende da intenção de permanecer como proprietária de tais ações (permanente) ou se desfazer delas no curso prazo (circulante).

A partir da análise do processo de desmutualização das bolsas de valores e do papel das corretoras de títulos e valores mobiliários nesse processo, verifica-se um rito padronizado, como bem descreve o voto vencedor no Acórdão nº **9303-003.468**, de autoria do conselheiro Demes Brito, no trecho que trago à colação (*verbis*):

[...]

Assim, a partir dos elementos que compuseram o processo de desmutualização das bolsas de valores, constata-se que a intenção dos antigos detentores de títulos patrimoniais da BM&F e BOVESPA (leia-se, as sociedades corretoras, incluindo o contribuinte) sempre foi, desde o início, de alienarem as ações recebidas, seja pelas autorizações para alienar as ações a elas atribuídas pelo processo de desmutualização na Oferta Pública Inicial ou mesmo em razão da própria alienação no curto prazo (menos de 2 anos).

Ademais, no caso dos autos, consta cópia da procuração outorgada pelo contribuinte para a BOVESPA HOLDING S/A, em 25/09/2007, autorizando a venda de 210.00 ações de sua titularidade, apresentada, em 29/06/2010, em resposta ao termo de início de fiscalização (fls.115-117).

Nesse sentido, considerando que as ações recebidas a partir do processo de desmutualização foram negociadas dentro do mesmo ano, poucos meses após o seu recebimento (2007) ou até o encerramento do período seguinte (2008), devem ser registradas no Ativo Circulante, como apontou corretamente a fiscalização.

Em decorrência dessa classificação, resta patente a incidência da tributação do PIS e da COFINS sobre a alienação de ações, por constituir receita bruta operacional, enquadrada nos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 1998, que preveem que a receita bruta, auferida pela pessoa jurídica, será objeto de tributação:

*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.*

Importante destacar que, por se tratar de pessoa jurídica corretora de valores mobiliários, submete-se ao disposto na Resolução BACEN nº 1.655/89, que disciplina a constituição, a organização e o funcionamento das sociedades corretoras de valores mobiliários:

*Art. 2º A sociedade corretora tem por objeto social: (...)*

*II – subscrever, isoladamente ou em consórcio com outras sociedades autorizadas, emissões de títulos e valores mobiliários para revenda.*

Assim, não há dúvida de que a sociedade corretora de valores e títulos imobiliários tem como uma de suas atividades principais a de subscrever títulos para revende-los no mercado futuro.

Nesse caso, em se tratando de resultado da atividade econômica vinculada aos objetivos sociais do contribuinte, não se aplica a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que não alterou o critério definidor da base de incidência do PIS/PASEP.

Em face disso, todas as receitas auferidas pela alienação das ações da BM&F S/A e BOVESPA HOLDING S/A, pelo contribuinte, no exercício de atividade típica de seu ramo de atuação, devem ser enquadradas como receita bruta operacional, logo, sujeita à incidência do PIS/PASEP e da COFINS, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Nesse sentido é o precedente desta turma referido pela relatora, Acórdão n.º **9101-003.537**, julgado em 4 de abril de 2018:

*Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep*

*Ano-calendário: 2007*

**RECEITA DA VENDA DE AÇÕES DECORRENTES DA DESMUTUALIZAÇÃO DA BOVESPA E DA BM&F. INCIDÊNCIA.**

*O relevante para as normas de incidência do PIS/PASEP é a identidade entre a receita bruta e a atividade mercantil desenvolvida nos termos do objeto social da pessoa jurídica. Por tal perspectiva, compreende-se que a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998, não alterou o critério definidor da base de incidência do PIS/PASEP como o resultado da atividade econômica vinculada aos objetivos sociais do contribuinte. Firmou-se, pelo contrário, a noção de que não é qualquer receita que pode ser considerada faturamento para fins de incidência dessa contribuição social, mas apenas aquelas vinculadas à atividade mercantil típica da pessoa jurídica.*

*Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins*

*Ano-calendário: 2007*

**RECEITA DA VENDA DE AÇÕES DECORRENTES DA DESMUTUALIZAÇÃO DA BOVESPA E DA BM&F. INCIDÊNCIA.**

*O relevante para as normas de incidência da COFINS é a identidade entre a receita bruta e a atividade mercantil desenvolvida nos termos do objeto social da pessoa jurídica. Por tal perspectiva, compreende-se que a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998, não alterou o critério definidor da base de incidência da COFINS como o resultado da atividade econômica vinculada aos objetivos sociais do contribuinte. Firmou-se, pelo contrário, a noção de que não é qualquer receita que pode ser considerada faturamento para fins de incidência dessa contribuição social, mas apenas aquelas vinculadas à atividade mercantil típica da pessoa jurídica.*

Transcrevo e adoto, por complementares, as razões de decidir esposadas pelo i. conselheiro Flávio Franco Corrêa no voto vencedor do referido acórdão:

*Com efeito, as ações ingressaram no patrimônio da recorrida de um modo incomum, porém o fato de não terem sido adquiridas "dentro do espírito especulativo que envolve as transações cotidianas de compra e venda nas bolsas de valores" não é causa para afastar a receita obtida, na venda das ações, do campo de incidência do PIS/PASEP e da COFINS. Inexiste, pois, tal regra isentiva.*

*Também deve-se registrar que a alienação se efetivou, sim, em operação de conta própria, pois as ações não foram negociadas em nome de terceiros. Sabe-se que as operações de conta alheia se efetuam mediante consignação, comissão ou ordem. Não é disso que versam os autos.*

*Não se pode perder de vista que essas alienações em oferta pública, ou mesmo de forma direta para um comprador em mercado de balcão, foram realizadas no âmbito das atividades empresariais que constituem o objeto da recorrida. Nessa ordem de ideias, tais receitas, decorrentes da venda das ações, ajustam-se ao conceito de faturamento, assim entendido como resultado econômico das operações empresariais típicas. Vale rememorar que o relevante para as normas de incidência da COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP é a identidade entre a receita bruta e a atividade mercantil desenvolvida nos termos do objeto social da pessoa jurídica. Por tal perspectiva, compreende-se que a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998, não alterou o critério definidor da base de incidência da*



*COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP como o resultado da atividade econômica vinculada aos objetivos sociais do contribuinte. Firmou-se, pelo contrário, a noção de que não é qualquer receita que pode ser considerada faturamento para fins de incidência dessas contribuições sociais, mas apenas aquelas vinculadas à atividade mercantil típica da pessoa jurídica.*

No mesmo sentido é o acórdão nº 9101-003.536, julgado na mesma sessão de julgamento, assim como são diversos precedentes da 3ª Seção do CARF, que detém a competência regimental originária para se manifestar sobre os tributos aqui em discussão (art. 4º, inciso I, do Anexo II do RICARF).

Registro que, especialmente a partir do primeiro semestre de 2016, a jurisprudência daquela 3ª Seção se consolidou no sentido da incidência de PIS e COFINS sobre a venda de ações da BM&F S/A e da BOVESPA HOLDING S/A, recebidas em 2007 e alienadas em 2007 e 2008, e as ações preferenciais resgatáveis da Nova Bolsa, recebidas e alienadas em maio de 2008. Nesse contexto, podem ser referidos os acórdãos nº 9303-003.468, de 24 de fevereiro de 2016, nº 9303-003.853, de 17 de maio de 2016 e nº 9303-004.132, de 8 de junho de 2016.

Em razão do exposto, deve ser mantida a autuação nessa parte. *(destaques do original)*

No voto vencido do Acórdão nº 9101-005.786, esta Conselheira atualizou as referências à jurisprudência da 3ª Turma da CSRF a respeito do tema:

No mérito, deve prevalecer a jurisprudência consistente da 3ª Turma da CSRF acerca da matéria. O paradigma nº 9303-003.469<sup>21</sup>, invocado pela PGFN, assim já expressava em 24 de fevereiro de 2016, nos termos do voto condutor do ex-Conselheiro Demes Brito:

#### **Objeto da lide**

Versa o presente processo sobre o lançamento de ofício das contribuições do PIS e da COFINS sobre a receita auferida com as operações de alienação das ações da Bovespa Holding S/A e BM&F S/A, relativo aos períodos de apuração de outubro a dezembro de 2007 e abril de 2008, recebidas em razão do processo conhecido como “desmutualização”, consistente em um conjunto de alterações societárias ocorridas na Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA) e na Bolsa de Mercadorias e Futuro (BM&F) que deixaram de ser associações sem fins lucrativos e se transformaram em sociedade anônimas.

Como consequência do processo de “desmutualização”, os detentores dos Títulos Patrimoniais da Bovespa e da BM&F receberam ações representativas do capital da Bovespa Holding S/A e da BM&F Holding S/A, que foram posteriormente vendidas.

A autoridade fiscal alega que as ações recebidas deveriam compor o “ativo circulante” e, quando da venda, haveria a incidência das contribuições; o sujeito passivo entende que as ações deveriam ser classificados no “ativo permanente”, fls.493, da mesma forma que os títulos anteriormente possuídos, e, quando da venda, não sofreriam a incidência das contribuições.

Para concluirmos quais são os efeitos jurídico-tributários decorrentes do processo de desmutualização das bolsas, temos que verificar se as receitas decorrentes das vendas das ações seriam tributadas pelas contribuições PIS/COFINS, percorrendo de modo pragmático o processo de reestruturação societária, incluindo os dispositivos legais sobre o tema, e a correta forma de contabilização das ações recebidas no processo.

#### **Da origem dos Títulos Patrimoniais da BM&F e BOVESPA**

<sup>21</sup> Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Henrique Pinheiro Torres, Tatiana Midori Miyiana, Gilson Macedo Rosenberg Filho, Rodrigo da Costa Pôssas, Demes Brito, Valcir Gassen, Júlio César Alves Ramos, Vanessa Ceconello, Maria Tereza Martinez López e Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente), e divergiram as Conselheirs Tatiana Midori Migiyama, Vanessa Marini Ceconello e Maria Teresa Martinez López, com apresentação de declaração de voto pela Conselheira Vanessa Marini Ceconello.

Com efeito, até o advento das operações chamadas de “desmutualização”, as bolsas de valores eram intituladas como associações civis, sem fins lucrativos, tendo como função primordial manter o sistema adequado para negociação de valores mobiliários.

Contudo, a Lei nº 4.728/65, disciplinou o mercado de capitais, regulando a autonomia administrativa, financeira e patrimonial das bolsas de valores, e sua supervisão operacional pelo Banco Central, de acordo com a regulamentação expedida pelo Conselho Monetário Nacional, a quem competia fixar as normas gerais a serem observadas na constituição, organização, funcionamento, e relativas a constituição, extinção e forma jurídica das bolsas de valores.

Neste passo, eis que surge a Lei nº 6.385/76, a qual, criou a Comissão de Valores Mobiliários, disciplinando o mercado de valores e as operações realizadas na bolsa de valores.

A Resolução CMN nº 1.656, de 26 de outubro de 1989, aprovou o regulamento que disciplinou a constituição, organização e funcionamento das Bolsas de Valores:

#### *CAPÍTULO I - Bolsas de Valores*

##### *SEÇÃO I - Natureza e Características*

##### *NATUREZA E OBJETO SOCIAL*

*Art. 1º As Bolsas de Valores são constituídas como associações civis, sem finalidade lucrativa, tendo por objeto social:*

*I - manter local ou sistema adequado à realização de operações de compra e venda de títulos e valores mobiliários, em mercado livre e aberto, especialmente organizado e fiscalizado pela própria Bolsa, sociedades corretoras membros e pelas autoridades competentes;*

*II - dotar, permanentemente, o referido local ou sistema de todos os meios necessários à pronta e eficiente realização e visibilidade das operações;*

*III - estabelecer sistemas de negociação que propiciem continuidade de preços e liquidez ao mercado de títulos e valores mobiliários;*

*IV - criar mecanismos regulamentares e operacionais que possibilitem o atendimento, pelas sociedades corretoras membros, de quaisquer ordens de compra e venda dos investidores, sem prejuízo de igual competência da Comissão de Valores Mobiliários, que poderá, inclusive, estabelecer limites mínimos considerados razoáveis em relação ao valor monetário das referidas ordens;*

*V - efetuar registro das operações;*

*VI - preservar elevados padrões éticos de negociação, estabelecendo, para esse fim, normas de comportamento para as sociedades corretoras e companhias abertas, fiscalizando sua observância e aplicando penalidades, no limite de sua competência, aos infratores;*

*VII - divulgar as operações realizadas, com rapidez, amplitude e detalhes;*

*VIII - conceder, à sociedade corretora membro, crédito para assistência de liquidez, com vistas a resolver situação transitória, até o limite do valor de seu título patrimonial, mediante apresentação de garantias subsidiárias de pelo menos 120% (cento e vinte por cento) do valor do crédito;*

*IX - exercer outras atividades expressamente autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários.*

*Parágrafo único. As Bolsas de Valores não podem distribuir a sociedades corretoras membros parcela de patrimônio ou resultado, exceto nos casos de dissolução e na forma que a Comissão de Valores Mobiliários aprovar.*

Dessa forma, todas as bolsas de valores autorizadas a funcionar no Brasil ficaram obrigadas a assumir a forma de associação, ou seja, pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos e regidas pelo Código Civil brasileiro vigente à época (Lei n.º 3.071, de 1916, arts. 20 a 22).

A Resolução n.º 1.656, de 1989, sofreu várias alterações pelas Resoluções n.º 1.760, de 1990; n.º 1818, de 1991; n.º 2.549, de 1998; e n.º 2.597, de 1999, sendo que somente com a edição da Resolução CMN n.º 2.690, de 2000, que aprovou um novo regulamento, é que as bolsas de valores foram autorizadas a se constituírem, alternativamente, sob a forma de sociedade anônima:

*Art. 1º As bolsas de valores poderão ser constituídas como associações civis ou sociedades anônimas, tendo por objeto social:*

De acordo com a Resolução CMN n.º 1.656/89, o ato constitutivo das Bolsas de Valores compreendia seu Estatuto Social assinado por todos os fundadores, devidamente registrado no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Seu patrimônio social era dividido em títulos patrimoniais, que eram adquiridos por sociedades corretoras como requisito para sua admissão como associadas das bolsas:

*Art. 7º O patrimônio social das Bolsas de Valores deve ser formado mediante realização em dinheiro e será dividido em títulos patrimoniais, cuja quantidade e valor inicial de emissão devem ser fixados pela Comissão de Valores Mobiliários.*

[...]

*Art. 25. Somente pode ser admitida como membro da Bolsa de Valores a sociedade corretora que adquirir o respectivo título patrimonial.*

*§ 1º Nenhuma sociedade corretora pode adquirir mais de um título patrimonial de cada Bolsa de Valores.*

*§ 2º As sociedades corretoras têm iguais direitos e obrigações perante a Bolsa de Valores.*

*§ 3º A sociedade corretora, antes de iniciar suas operações, deve caucionar o seu título patrimonial em favor da Bolsa de Valores.*

*§ 4º Aprovada a sua admissão e cumprido o disposto no parágrafo anterior, a sociedade corretora entra em pleno gozo dos direitos de associada da Bolsa de Valores.*

Conforme o art. 3º, §2º, do Regulamento Anexo à Resolução n.º 1.655/1989 do Conselho Monetário Nacional, para que pudessem operar no mercado de capitais por meio de recinto bursátil, as sociedades corretoras e distribuidoras de valores mobiliários deveriam deter títulos representativos do patrimônio daquelas entidades.

*Art. 3º A constituição e o funcionamento de sociedade corretora dependem de autorização do Banco Central.*

*§ 1º A sociedade corretora deverá ser constituída sob a forma de sociedade anônima ou por quotas de responsabilidade limitada.*

*§ 2º São condições indispensáveis para a concessão da autorização prevista neste artigo, dentre outras, a admissão como membro de bolsa de valores, em razão da aquisição de título patrimonial de emissão dessa e a aprovação da Comissão de Valores Mobiliários para o exercício de atividades no mercado de valores mobiliários.*

Também a Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F) foi constituída sob a forma de associação civil sem fins lucrativos, tendo por objetivo “organizar e prover o funcionamento de mercados para negociação de títulos e contratos que possuam como referência ou tenham como objeto ativos financeiros, índices, indicadores, taxas, mercadorias, moedas, energia, transportes, commodities e outros bens ou

direitos direta ou indiretamente relacionados a tais ativos, nas modalidades à vista e de liquidação futura”. O funcionamento das bolsas de mercadorias e de futuros foi regulamentado pela Resolução CMN nº 1.645/89.

Portanto, as sociedades corretoras possuíam, antes do procedimento de “desmutualização”, títulos patrimoniais das **associações civis, sem finalidades lucrativas** denominadas BOVESPA e BM&F.

#### **Da Desmutualização das Bolsas de Valores**

No ano de 1997, houve a primeira operação de reestruturação da BOVESPA, pela qual foram criadas duas empresas distintas, a Clearing S.A. (“Clearing”) – posteriormente denominada Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (“CLBC”) – e a Bovespa Serviços e Participações S.A. (“Bovespa Serviços”).

A CBLC foi criada mediante cisão de parte do patrimônio da BOVESPA e ficou incumbida de atuar como câmara de compensação e custodiar ações e títulos. Por sua vez, a Bovespa Serviços, subsidiária integral da BOVESPA, ficou com as funções de dar suporte aos serviços de informática e telefonia da BOVESPA, portanto responsável por exercer atividades relacionadas com negociação, controle, fiscalização e difusão de informações.

Em 2007 as Bolsas iniciaram mais uma reestruturação societária, que se deu mediante cisão das associações e incorporação da parcela cindida por sociedades anônimas de capital aberto. Nessa medida, os títulos patrimoniais detidos pelas sociedades corretoras na BM&F e na BOVESPA foram trocados por ações das novas companhias – BM&F S.A. e BOVESPA HOLDING S.A., respectivamente.

A “desmutualização” da Bovespa ocorreu em 28 de agosto de 2007 e envolveu as seguintes etapas, todas realizadas na mesma data:

- (i) cisão parcial da Bovespa, com a versão das parcelas de seu patrimônio em duas sociedades: Bovespa Holding e Bovespa Serviços S.A. (“Bovespa Serviços”); e
- (ii) incorporação das ações da Bovespa Serviços e da CBLC ao capital da Bovespa Holding.

Em decorrência das operações em questão, os antigos detentores de títulos patrimoniais da Bovespa passaram a ser titulares de ações representativas do capital da Bovespa Holding, a qual, por sua vez, passou a ter como subsidiária integral a Bovespa Serviços e a CBLC.

**Portanto, a associação civil sem fins lucrativos Bovespa deixou de existir em 28 de agosto de 2007, e os detentores de seus títulos patrimoniais passaram a ser acionistas da Bovespa Holding.**

A “desmutualização” da BM&F ocorreu em 20 de setembro de 2007, e seguiu modelo jurídico similar ao da BOVESPA:

- (i) a cisão parcial da BM&F, com a versão das parcelas de seu patrimônio em duas sociedades: BM&F Holding e BM&F Serviços S.A.; e
- (ii) a incorporação das ações da BM&F Serviços ao capital da BM&F Holding.

Em consequência das apontadas etapas, os antigos detentores de títulos patrimoniais da BM&F passaram a ser titulares de ações representativas do capital da BM&F Holding, por sua vez detentora da integralidade do capital da BM&F Serviços.

Durante o ano de 2007, o procedimento de “desmutualização” foi seguido da abertura do capital das companhias resultantes de referida “transformação” para a negociação das respectivas ações em bolsa de valores.

Em decorrência da participação no processo de oferta pública inicial de distribuição secundária de ações ordinárias de emissão da Bovespa Holding S.A.,

foram outorgados poderes à essa sociedade para praticar todos os atos necessários à obtenção do registro de oferta pública inicial de distribuição secundária de ações ordinárias de sua emissão, inclusive no que se refere à distribuição, alienação ou qualquer outra forma de transferência de ações ordinárias de emissão da Companhia. Também foi assinado o “Instrumento Particular de Contrato de Indenização e Outras Avenças”, onde foi autorizada a alienação, no âmbito da Oferta, da quantidade de ações indicada no instrumento de Mandato.

Em relação às ações detidas junto à BM&F S.A., as sociedades corretoras se comprometeram, **por meio da assinatura de “Termo de Adesão ao Instrumento Particular de Assunção de Obrigações Celebrado no âmbito da Bolsa de Mercadorias & Futuros BM&F”, a alienar 35% das ações a elas atribuídas no processo de desmutualização na Oferta Pública Inicial (“IPO”).**

Também foram firmados, pelas sociedades corretoras, **a alienação de um percentual de cerca de 10% de suas ações ordinárias da BM&F S.A. para um fundo de investimento integrante do grupo de Private Equity General Atlantic (“General Atlantic”),** conforme “Instrumento de Aceitação de Venda de Ações Ordinárias da Bolsa de Mercadorias & Futuros BM&F S.A.”.

Os Protocolos e Justificação de Incorporação celebrados em 17 de abril de 2008, entre a BM&F S.A. e a Nova Bolsa S.A. e a BOVESPA HOLDING S.A. e a Nova Bolsa S.A., resumiram a reorganização societária envolvendo a BM&F S.A. e a BOVESPA HOLDING S.A da seguinte forma:

*(i) Incorporação da BM&F pela Nova Bolsa, a valor contábil, resultando na emissão, pela Nova Bolsa, em favor dos acionistas de BM&F, de ações ordinárias, na proporção de 1:1, e na conseqüente extinção de BM&F;*

*(ii) na mesma data, em deliberação distinta e subsequente, Incorporação das Ações da Bovespa Holding, pela Nova Bolsa, nos termos deste Protocolo e Justificação, incluindo a emissão, pela Nova Bolsa, em favor dos acionistas da Bovespa Holding, de ações ordinárias e de ações preferenciais resgatáveis;*

*(iii) resgate das ações preferenciais da Nova Bolsa emitidas em favor dos acionistas da Bovespa Holding;*

*(iv) como resultado da Incorporação das Ações da Bovespa Holding e do resgate das ações preferenciais, o conjunto de acionistas da Bovespa Holding passará a ser titular do mesmo número de ações ordinárias da Nova Bolsa de titularidade do conjunto de acionistas da BM&F, assumindo o integral exercício, até a data da assembléia geral da Bovespa Holding que deliberar sobre este Protocolo e Justificação, das opções de compra de ações outorgadas no âmbito do Programa de Reconhecimento do atual Plano de Opções de Compra de Ações da Bovespa Holding e, em data futura, das opções de compra de ações contratadas no âmbito do atual Plano de Opções de Compra de Ações da BM&F;*

*(v) a partir da realização das assembléias que aprovarem as incorporações e o resgate acima referidos, será iniciado processo de registro da Nova Bolsa perante a Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) e a listagem de suas ações no Novo Mercado da Bolsa de Valores de São Paulo S.A. – BVSP (“BVSP”). Até a obtenção desses registros, as ações da Bovespa Holding e as ações de BM&F continuarão a ser negociadas no Novo Mercado da BVSP sob os atuais códigos BOVH3 e BMEF3, respectivamente, conforme autorização a ser solicitada da BVSP.*

Por fim, em assembleias realizadas na data de 08 de maio de 2008 foram aprovadas as incorporações, pela Nova Bolsa S.A., da BM&F S.A. e das ações da BOVESPA HOLDING S.A., unificando-se as operações das bolsas de valores

e de mercadorias e futuros na Nova Bolsa S.A., que passou a se denominar BM&F BOVESPA S.A.

#### **Dos Efeitos dos registros contábeis das ações subscritas e integralizadas**

Passemos a questão referente à escrituração das ações recebidas pelas sociedades corretoras em decorrência das operações societárias acima explanadas.

Originalmente, os títulos patrimoniais eram escriturados no ativo permanente das sociedades corretoras.

Com a dissolução da associação e a subsequente subscrição e integralização das ações das novas sociedades (Bovespa Holding e BM&F Holding), a recorrente deixou de possuir títulos patrimoniais e passou a ter ações das novas companhias, de natureza diversa, que deveriam ter sido escrituradas conforme dispõe o artigo 179 da Lei 6.404/1976, *verbis*:

*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;*

A escrituração das ações no ativo da empresa, ou no ativo circulante, ou no ativo permanente, é baseada na possibilidade de o contribuinte escolher entre permanecer como proprietário de tais ações (permanente) ou se desfazer delas (circulante).

Constata-se que, desde o início do processo de desmutualização das bolsas, fica clara a intenção dos então detentores de títulos patrimoniais da BM&F e da Bovespa, de, após receberem as ações das novas entidades formadas como sociedades anônimas, efetivarem a alienação dessas ações, seja pela fixação de prazos para venda das ações acordados entre as companhias e seus acionistas, seja pela disponibilização de parte das ações recebidas para compor o lote destinado à Oferta Pública Inicial (IPO), ou ainda, pela alienação das ações propriamente ditas.

No caso das ações da Bovespa Holding S/A, tem-se que, em 27 de setembro de 2007, foram outorgados poderes à essa sociedade para praticar todos os atos necessários à obtenção do registro de oferta pública inicial de distribuição secundária de ações ordinárias de sua emissão, inclusive no que se refere à distribuição, alienação ou qualquer outra forma de transferência de ações ordinárias de emissão da Companhia. Também foi assinado o “Instrumento Particular de Contrato de Indenização e Outras Avenças”, onde foi autorizada a alienação, no âmbito da Oferta, da quantidade de ações indicada no instrumento de Mandato.

Dessa forma, resta claro que a recorrente pretendia vender, no curso do exercício social, como o fez, parte das ações recebidas.

Em relação às ações detidas junto à BM&F S.A., as sociedades corretoras se comprometeram, em 31 de agosto de 2007, **por meio da assinatura de “Termo de Adesão ao Instrumento Particular de Assunção de Obrigações Celebrado no âmbito da Bolsa de Mercadorias & Futuros BM&F”, a alienar 35% das ações a elas atribuídas no processo de desmutualização** da BM&F (o que ocorreu em 01/10/2007), no prazo de seis meses contados a partir da data em que as ações passassem a estar admitidas à negociação na Bovespa.

Também foram firmados, pelas sociedades corretoras, **a alienação de um percentual de cerca de 10% de suas ações ordinárias da BM&F S.A. para um fundo de investimento integrante do grupo de Private Equity General Atlantic (“General Atlantic”)**, conforme “Instrumento de Aceitação de Venda de Ações Ordinárias da Bolsa de Mercadorias & Futuros BM&F S.A.”.

Mencione-se que a acionista poderia ter optado por aderir ao referido termo nos moldes do seu Anexo II, através do qual não haveria tal compromisso venda, porém não poderia alienar as ações, por qualquer forma, antes de passado o prazo de 2 (dois) anos, contados do início das negociações em bolsa; neste caso, as ações poderiam ser consideradas como investimento, e registradas, na sua integralidade, no Ativo Permanente.

Destarte, em atendimento ao artigo 179, inciso I, da Lei nº 6.404/1976 o sujeito passivo deveria ter contabilizado esses direitos sobre as ações no Ativo Circulante, uma vez que em decorrência da modificação da natureza jurídica dos direitos possuídos, caracterizada pela devolução dos títulos patrimoniais e o recebimento das ações, o momento da criação das sociedades anônimas é que deve ser considerado como marco inicial para se averiguar a intenção de alienar aquele determinado ativo, com vistas a classificá-lo no Ativo Circulante ou no Ativo Permanente.

#### **Da Tributação do PIS/COFINS sobre alienação de ações**

Com efeito, as ações recebidas pelo sujeito passivo deveriam ter sido classificadas no Ativo Circulante, correto o entendimento da Fiscalização em tributar o PIS/COFINS, sobre valores obtidos com alienação das ações que constituem receita bruta operacional.

Neste passo, os arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 1998, preveem que a receita bruta, auferida pela pessoa jurídica, será objeto de tributação das contribuições. Vejamos:

*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.*

Assim, o montante recebido pelo sujeito passivo em decorrência da alienação das ações emitidas pela BM&F S.A e pela BOVESPA HOLDING S.A., integram a sua receita bruta operacional. Ressaltando que o sujeito passivo exerce atividade de corretora de valores mobiliários, e tem como atividade principal subscrever títulos para revende-los no mercado futuro. Aliás, essa característica das corretoras está expressamente delineado no art. 2º da Resolução nº 1.655/89:

*Art. 2º A sociedade corretora tem por objeto social:*

*(...)*

*II – subscrever, isoladamente ou em consórcio com outras sociedades autorizadas, emissões de títulos e valores mobiliários para revenda. (destaques não constam no original)*

Tem-se que a recorrente, ao vender as ações da Bovespa Holding S.A. e da BM&F S.A., exerceu uma atividade típica de seu ramo de atuação. e, portanto, a

inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998 não afasta a incidência das contribuições para o PIS e Cofins sobre a receita dita operacional.

Conclui-se que as receitas auferidas pela alienação das ações da BM&F S.A e Bovespa Holding S.A. de sua titularidade, decorrentes de atividade típica de seu ramo de atuação, devem ser enquadradas como receitas brutas operacionais e por isso estão sujeitas à incidência do PIS e da Cofins, prevista no art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Da discussão judicial quanto à base de cálculo das contribuições sociais

Como amplamente divulgado, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 357.950/RS, 390.840/MG, 358.273/RS e 346.084/PR o STF decidiu que o faturamento das empresas compõe-se, apenas, de suas receitas operacionais (receita bruta da venda de mercadorias ou da prestação de serviços), ligadas a sua atividade principal, não devendo integrá-lo as demais receitas não operacionais. Deste modo, foi decretada a inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

Ao declarar inconstitucional o §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 restou assentado pelo STF que era indevida a ampliação da base de cálculo da contribuição, até a edição da EC nº 20/98 e, assim sendo, a Cofins somente poderia incidir sobre os ingressos patrimoniais oriundos de sua atividade empresarial típica.

Entretanto, a decisão do STF não tem repercussão no presente litígio, uma vez que o enquadramento legal constante da atuação fiscal refere-se ao *caput* dos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98 (estes artigos preveem que as contribuições serão calculadas com base no seu faturamento, corresponde à receita bruta da pessoa jurídica) que não foram declarados inconstitucionais pelo STF.

#### **Jurisprudência dos Tribunais sobre "desmutualização"**

Vale a pena destacar que a matéria já recebeu manifestação do Poder Judiciário, o qual emprega o mesmo entendimento e argumentos dos enunciados descritos e manteve os lançamentos tributários, senão vejamos:

*TRF 2*

*Processo n.º 000655923.2008.4.02.5101*

*TRIBUTÁRIO. IRPJ. CSSL. BOVESPA OPERAÇÃO DE DESMUTUALIZAÇÃO . TÍTULOS CONVERTIDOS EM AÇÕES DE S/A. LEI 9.532/97, ART. 17, INCIDÊNCIA.*

*A Bovespa, em reestruturação societária datada de 28.08.2007, iniciou a "desmutualização", deixando de ser uma sociedade civil e convertendo-se em sociedade anônima, a Bovespa Holding S/A. Nesse processo de transformação societária, os títulos patrimoniais da impetrante foram substituídos por ações da Bovespa e da BM&F. Tal processo de desmutualização "trouxe, efetivamente, ganhos patrimoniais à impetrante que passou de simples associada da Bovespa à detentora de ações na nova holding, acrescendo ao seu patrimônio as novas ações adquiridas com os valores que havia dispendido para a formação da associação e que lhe fora devolvido devidamente corrigido, repisa-se em razão da desmutualização".*

*O fato apto a desencadear a incidência dos tributos, nesse caso, é o ganho obtido pela impetrante com a devolução de valores, ou seja, com a própria operação de desmutualização, na forma como foi efetuada.*

*O artigo 17 da Lei 9.532/97 constitui supedâneo legal para a inclusão da diferença entre o que foi investido para a formação do capital social de entidade isenta e a devolução do que foi aportado na determinação do lucro da pessoa jurídica, uma vez que constitui, indubitavelmente, acréscimo patrimonial,*



*sujeitando-se à incidência do imposto de renda, nos termos dos artigos 43 e 44 do Código Tributário Nacional.*

*Não prospera a tese da apelante de que a avaliação dos ativos em questão se dá pela equivalência patrimonial, sistemática que estima o valor do investimento de uma sociedade em outra de acordo com as oscilações do patrimônio da empresa investida e cujos resultados positivos, de acordo com o artigo 225 do Regulamento do Imposto de Renda, não acarretam incidência dos tributos. A avaliação pela equivalência patrimonial, consoante previsto no art. 248 da Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas), aplica-se exclusivamente aos casos de “coligadas sobre cuja administração [a empresa] tenha influência significativa, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante, em controladas em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum (redação dada pela Lei nº 11.638/2007), não sendo este o caso dos autos que trata, na verdade, de avaliação de títulos patrimoniais que a impetrante detém nas bolsas de valores.*

*Também não socorre a impetrante a Solução de Consulta nº 13 de 10/11/97, o Parecer CST nº 2.254/81 e a Portaria MF 785/77, porquanto a referida Portaria, assim como os atos administrativos mencionados são anteriores à entrada em vigor da Lei 9.532/97, de 10/12/97, originária da conversão da Medida Provisória nº 1.602, de 14/11/97, sendo esta quem regula as relações ora em análise.*

*Recurso desprovido.*

*TRF 3*

*Processo 2008.03.00.0041151 AG 325479 – 6ª Turma TRF3, decisão de 23/05/2008*

*[...]*

*Observo que como a BM&F era uma associação sem fins lucrativos, os superávits obtidos ano a ano eram reinvestidos na própria bolsa, sem incidência de imposto de renda ou contribuição social sobre o lucro. Parece-me que quando a BM&F converteu seu patrimônio ao qual se integra o que economizou em impostos, em uma sociedade com fins lucrativos, a diferença então verificada gerou ganho de capital e em decorrência, incide imposto sobre o que não foi pago durante a fase beneficiada pela isenção.*

*O que de fato ocorreu, foi o processo denominado “desmutualização”, através da dissolução parcial da BM&F, que deixou de existir e cujos títulos patrimoniais foram extintos, com a respectiva restituição do seu patrimônio aos seus respectivos sócios, na forma de ações da nova sociedade, a BM&F S/A. [...]*

*TRF3 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008.03.00.0041151/SP*

*DECISÃO*

*Vistos.*

*Trata-se de agravo de instrumento com pedido de concessão de antecipação de tutela recursal, que visa à reforma de decisão proferida em Primeira instância, adversa aos agravantes. Regularmente processado o agravo, sobreveio a informação, mediante e-mail de fls. 1658/1668, que foi proferida sentença nos autos do processo originário.*

*Ante a perda de objeto, julgo prejudicado o presente recurso e, em consequência, NEGO-LHE SEGUIMENTO, com fulcro no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, restando prejudicado o agravo regimental interposto.*

*Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem. Intimem-se.*

*Consuelo Yoshida Desembargadora Federal*

*PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. DESMUTUALIZAÇÃO DA BOVESPA. IRPJ E CSLL. INCIDÊNCIA. ARTIGO 17 DA LEI Nº 9.532/97. APLICABILIDADE. PORTARIA 785/77. PARECER NORMATIVO Nº 78/78. ATO DECLARATÓRIO NORMATIVO Nº 9/81. NORMAS ANTERIORES AO ADVENTO DA LEI Nº 9.532/97. INAPLICABILIDADE. À mingua do alegado vício omissão os embargos de declaração devem ser rejeitados. No tocante à dissolução da associação BOVESPA, o julgado foi claro ao dispor que ocorreu a efetiva dissolução da sociedade BOVESPA e que, assim sendo, deveria ser observada, no tocante ao seu patrimônio, a disciplina do artigo 61 do Código Civil, acarretando na devolução do aludido patrimônio aos então associados, a ensejar, desse modo, a incidência do IRPJ e da CSLL, ex vi das disposições contidas no artigo 17 da Lei nº 9.532/97. Não há, portanto, que se falar em omissão do acórdão no tocante a matéria, em especial quanto ao regramento previsto no artigo 1.113 do Código Civil que, diga-se, diz respeito tão-somente às sociedades e não às associações. Quanto à questão em torno da adoção do método de equivalência patrimonial para avaliação do investimento o acórdão embargado concluiu pela inaplicabilidade, à espécie, do método de equivalência patrimonial que, nos termos dos artigos 248 da Lei nº 6.404/76 e 384 do Decreto nº 3.000/99, somente teria aplicabilidade nas hipóteses de investimentos em empresas controladas ou coligadas, não sendo esse o caso vertido nestes autos. Conforme precedentes jurisprudenciais colacionados no julgado vergastado, não incide, in casu, a Portaria nº 785/77, bem assim os atos normativos correlatos, dentre os quais se incluem o Parecer Normativo nº 78/78 e Ato Declaratório Normativo nº 9/81, na medida em que anteriores ao advento da Lei nº 9.532/97, norma aplicável à espécie, conforme alhures externado. O mero intuito de prequestionar a matéria não legitima a oposição dos aclaratórios. Precedentes do C. STJ. Conforme jurisprudência firmada no âmbito do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça, não se faz necessária a menção a dispositivos legais para que a matéria seja considerada prequestionada, bastando que a tese jurídica tenha sido aquilatada pelo órgão julgador (STF, HC 122932 MC/MT, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 03/09/2014, DJe 08/09/2014; HC nº 120234, Relator Ministro Luiz Fux, j. 19/11/2013, DJe 22/11/2013; STJ, REsp 286.040, Relator Ministro Franciulli Netto, j. 05/06/2003, DJ 30/6/2003; EDcl no REsp 765.975, Relator Ministra Eliana Calmon, j. 11/04/2006, DJ 23/5/2006). Embargos de declaração rejeitados.*

*"AMS - APELAÇÃO CÍVEL - Processo: 308575 000116433.2008.4.03.6100QUARTA TURMA e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/11/2015. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA" TRF3.*

### **Conclusões Finais**

Com essas considerações, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial do sujeito passivo. *(destaques do original)*

Este entendimento permanece reiterado nos julgados mais recentes da 3ª Turma, somente se distinguindo em caso como o tratado no Acórdão nº 9303-009.828, na hipótese de as ações terem permanecido no patrimônio da corretora. Em circunstância semelhante à presente, na qual a alienação se dá *poucos meses após o seu recebimento*, tem-se o Acórdão nº 9303-009.618<sup>22</sup>, proferido na sessão de 15 de outubro de 2019 e orientado pelo voto do Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, a seguir transcrito:

---

<sup>22</sup> Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Josefovicz Belisário (suplente convocada), Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Ceconello e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício), e divergiram as Conselheiras Tatiana Josefovicz Belisário (suplente convocada), Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Ceconello

**(i) Da não tributação das receitas auferidas na operação de desmutualização das Bolsas** - (incidência das Contribuições para o PIS/Pasep e para a COFINS sobre a receita decorrente da venda das ações obtidas no processo que ficou conhecido como processo de desmutualização da BOVESPA e da BM&F).

Relativamente à incidência de PIS e da COFINS na operação de desmutualização das bolsas, verifica-se que no caso concreto o Colegiado entendeu que a venda das ações recebidas em substituição dos antigos títulos patrimoniais, constitui receita operacional da instituição financeira e, portanto, deve ser oferecida à tributação, conforme se verifica na própria ementa do julgado.

Assim, a questão sob litígio decorre da análise do processo que se convencionou chamar de "**desmutualização das bolsas de valores**" por meio do qual a BOVESPA e a BM&F sofreram abertura de capital, quando ocorreu a cisão parcial das referidas entidades associativas sem fins lucrativos e a incorporação da parcela do capital cindido pelas sociedades anônimas (com fins lucrativos) BOVESPA HOLDING S/A e BM&F S/A, respectivamente. Nessa operação de cisão parcial seguida de incorporação, os detentores de títulos patrimoniais da BOVESPA e da BM&F passaram a ser titulares de ações representativas do capital da BOVESPA HOLDING S/A e da BM&F S/A, recebidas em substituição aos antigos títulos.

Conforme relatado nos autos, o contribuinte contabilizou todas as ações adquiridas da BOVESPA HOLDING S/A no Ativo permanente da empresa. Daí, quando da venda de parte dessas ações, a receita apurada não foi oferecida à tributação do PIS e da COFINS.

Portanto, o cerne da questão foi que o Auto de Infração em discussão foi lavrado sob o fundamento que as ações detidas pela Recorrente deveriam ter sido realocados da rubrica Ativo Permanente para o Ativo Circulante em decorrência do processo de desmutualização da Bovespa Holding S.A. e da BM&F S.A. e que o resultado operacional da empresa, com a venda das ações, estaria sujeito à incidência das contribuições do PIS e da COFINS.

Para melhor esclarecer, veja-se a conclusão que chegou a Fiscalização conforme consta do Relatório de Fiscalização à fl. 298:

"Não há de se falar numa mera 'troca/substituição' de ativos dos títulos patrimoniais por ações. O que houve, e que está bem definido pela Solução de Consulta nº 10/07, foi devolução de patrimônio social de atividade isenta. A desmutualização alterou a situação jurídico-tributária até então existente, ensejando, inclusive, a incidência fiscal, a teor da Lei nº 9.532/1997, art. 17".

De outro lado, a defesa do contribuinte, apresentada na Impugnação e mantida até a presente data, está assentada no entendimento que a receita advinda da alienação das ações recebidas por ocasião do processo de desmutualização das bolsas não se sujeita à incidência de PIS e COFINS, já que são valores advindos da venda de bem do Ativo Permanente, cuja exclusão da base de cálculo das contribuições está prevista no § 2º, inciso IV, do art. 3º da Lei n. 9.718, de 1998.

No seu Recurso Voluntário (fls. 411/424), a Recorrente esclarece que as contribuintes "*deixaram de ser associações civis sem fins lucrativos para se transformarem em empresas de capital aberto (S.A.) e, por consequência, seu títulos patrimoniais adquiridos transformaram-se em ações (...)* Esta operação se deu por meio de cisão da associação e pela incorporação da parcela cindida por uma sociedade anônima". Afirma que o processo de desmutualização ocorreu através da reorganização societária (cisão e incorporação) o que atrai a incidência dos preceitos da Lei n. 6.404/1976 (Lei das S.A) e do Código Civil (artigos 1.113 a 1.122). Afirma que em decorrência desse processo, não houve dissolução da sociedade envolvida e "*nem sequer a devolução de capital, mas tão somente a transferência do patrimônio da ex-associação à nova sociedade e*

*a mera substituição dos investimentos dos ex-associados (de títulos para ações)".*

Se defende afirmando que a participação societária não se iniciou com o recebimento das ações, mas sim com a aquisição originária dos títulos, cujo caráter de permanência era incontestável. Informa que o Plano Contábil das Instituições Financeiras do Sistema Financeiro Nacional (COSIF) elaborado pelo Banco Central, estabeleceu dentro da conta 2.1.4.10.002 (Títulos Patrimoniais, pertencentes à subseção de Ativos Permanentes).

Por fim, argumenta que as receitas advindas da venda das ações sob exame não estão compreendidas no conceito de faturamento (fato gerador das contribuições exigidas), por se tratar de venda de ativos próprios que haviam sido adquiridos com a única finalidade de cumprir o requisito necessário para operar na Bolsa de Valores e não para a negociação desses títulos.

Pois bem. De início, resalto que as bem fundadas razões do Conselheiro Ricardo Paulo Rosa, no voto vencedor no Acórdão recorrido, já me parecem bastantes para dar provimento ao recurso. Além disso, a matéria, vinculada à "desmutualização" da Bovespa e BM&F, implicando na tributação da venda de ações, não é nova nesta Turma. Já aqui enfrentada algumas vezes, inclusive recentemente, sendo que nestas, por maioria ou pelo voto de qualidade, decidimos que a venda posterior de tais ações gera receita tributada pela contribuição para o PIS e pela COFINS.

Em julgamento havido em agosto de 2018, tive a oportunidade de redigir o voto no Acórdão nº 9303-007.362, de 16/08/2018, em processo no qual, além da matéria principal aqui tratada, também se questionava a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício. Por isso, peço licença para reproduzir as razões de decidir daquele voto:

*"Pois bem, discordo do argumento principal, porque os títulos extintos e as ações recebidas no processo de desmutualização possuem características essenciais diversas.*

*Repara-se que a manutenção, no patrimônio do recorrente, dos títulos de participação na anteriormente existente associação representativa das Bolsas de Valores era condição necessária para a realização de sua atividade. Por outro lado, após o processo denominado desmutualização, com a transformação da associação em sociedade por ações, a manutenção dos títulos de participação societária emitidos (no caso, as ações) deixou de ser condição para realização da atividade. Tanto é assim que parte desses títulos puderam ser e efetivamente foram alienados em curto tempo, aliás esse é o objeto do lançamento ora discutido.*

*Dessa maneira, verificada a alteração da natureza da participação societária e, conseqüentemente, afastada a necessidade de manutenção de sua classificação contábil, resta necessário verificar se as ações recebidas têm natureza permanente ou circulante. Importante registrar aqui que a administração tributária, em que pese não ter competência para determinar a classificação contábil correta, para fins de elaboração e publicação das demonstrações contábeis de instituições financeiras, tem competência para constituir crédito tributário e, de forma vinculada à lei, deve interpretar as normas vigentes, para verificação dos efeitos tributários, e aplica-las considerando a natureza dos fatos e não a mera formalidade de sua escrituração.*

*Ora, Entendo que o critério de verificação da correta classificação da participação societária, como investimentos permanentes ou títulos do ativo circulante, seja relativamente simples: a intenção de sua manutenção no patrimônio ou de sua alienação, no curto prazo. Partindo dessa premissa, cabe colocar que a melhor evidência dessa intenção seja a efetiva alienação das ações no curto prazo, o que no caso indiscutivelmente ocorreu.*

*Portanto, conclui-se que a alienação das ações caracteriza alienação de títulos do ativo circulante e, considerando que essa operação está compreendida no objeto social do recorrente instituição financeira, conseqüentemente, verifica-se que ela é alcançada pela tributação das contribuições em discussão no presente processo.*

(...).

No mesmo sentido, consta do precedente no Acórdão n.º 9101-003.537, julgado em 04 de abril de 2018, que adoto, por complementares, as razões de decidir esposadas pelo i. conselheiro *Flávio Franco Corrêa* no voto vencedor do referido acórdão:

*“Com efeito, as ações ingressaram no patrimônio da recorrida de um modo incomum, porém o fato de não terem sido adquiridas “dentro do espírito especulativo que envolve as transações cotidianas de compra e venda nas bolsas de valores” não é causa para afastar a receita obtida, na venda das ações, do campo de incidência do PIS/PASEP e da COFINS. Inexiste, pois, tal regra isentiva.*

*Também deve-se registrar que a alienação se efetivou, sim, em operação de conta própria, pois as ações não foram negociadas em nome de terceiros. Sabe-se que as operações de conta alheia se efetuam mediante consignação, comissão ou ordem. Não é disso que versam os autos.*

*Não se pode perder de vista que essas alienações em oferta pública, ou mesmo de forma direta para um comprador em mercado de balcão, foram realizadas no âmbito das atividades empresariais que constituem o objeto da recorrida. Nessa ordem de ideias, tais receitas, decorrentes da venda das ações, ajustam-se ao conceito de faturamento, assim entendido como resultado econômico das operações empresariais típicas. Vale rememorar que o relevante para as normas de incidência da COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP é a identidade entre a receita bruta e a atividade mercantil desenvolvida nos termos do objeto social da pessoa jurídica. Por tal perspectiva, compreende-se que a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998, não alterou o critério definidor da base de incidência da COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP como o resultado da atividade econômica vinculada aos objetivos sociais do contribuinte. Firmou-se, pelo contrário, a noção de que não é qualquer receita que pode ser considerada faturamento para fins de incidência dessas contribuições sociais, mas apenas aquelas vinculadas à atividade mercantil típica da pessoa jurídica”.*

Finalmente cumpre rechaçar o argumento da recorrente, de que a operação não se enquadraria nas operações da atividade objeto da entidade. Com efeito, a alienação de títulos (sejam eles próprios ou de terceiros) se enquadra nas atividades objeto de instituições financeiras e, portanto, as decorrentes receitas compõem a base de cálculo da contribuição em debate. Assim, não há dúvida de que a sociedade corretora de valores e títulos imobiliários tem como uma de suas atividades principais a de subscrever títulos para revende-los no mercado futuro.

E, nesse caso, em se tratando de resultado da atividade econômica vinculada aos objetivos sociais do contribuinte, não se aplica a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que não alterou o critério definidor da base de incidência do PIS/PASEP.

Em face disso, todas as receitas auferidas pela alienação das ações da BM&F S/A e BOVESPA HOLDING S/A, pelo contribuinte, no exercício de atividade típica de seu ramo de atuação, devem ser enquadradas como receita bruta operacional, logo, sujeita à incidência do PIS/PASEP e da COFINS, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Dessa forma, entendo que se deva conhecer do Recurso Especial de divergência do Contribuinte para que seja negado provimento, resultando na manutenção dos créditos tributários lançados nesta parte.

Oportuno registrar que referido entendimento já foi adotado, por duas vezes, por este Colegiado. Inicialmente no Acórdão nº 9101-003.537<sup>23</sup>, de cuja ementa consta:

RECEITA DA VENDA DE AÇÕES DECORRENTES DA DESMUTUALIZAÇÃO DA BOVESPA E DA BM&F. INCIDÊNCIA.

O relevante para as normas de incidência do PIS/PASEP é a identidade entre a receita bruta e a atividade mercantil desenvolvida nos termos do objeto social da pessoa jurídica. Por tal perspectiva, compreende-se que a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998, não alterou o critério definidor da base de incidência do PIS/PASEP como o resultado da atividade econômica vinculada aos objetivos sociais do contribuinte. Firmou-se, pelo contrário, a noção de que não é qualquer receita que pode ser considerada faturamento para fins de incidência dessa contribuição social, mas apenas aquelas vinculadas à atividade mercantil típica da pessoa jurídica.

No mesmo sentido é o Acórdão nº 9101-003.975<sup>24</sup>, que restou assim ementado:

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. DESMUTUALIZAÇÃO. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

Classificam-se no ativo circulante as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente. As ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A, recebidas em virtude da operação chamada desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo Bovespa e BM&F, que foram negociadas dentro do mesmo ano, poucos meses após o seu recebimento ou até o encerramento do período seguinte, devem ser registradas no Ativo Circulante.

BASE DE CÁLCULO. CORRETORA DE VALORES MOBILIÁRIOS. DESMUTUALIZAÇÃO. VENDA DE AÇÕES. RECEITA BRUTA OPERACIONAL.

Nas pessoas jurídicas que exercem atividade de corretora de valores mobiliários que tem por objeto a subscrição e a compra e venda de ações, por conta própria e de terceiros, a base de cálculo das contribuições sociais é o faturamento, ou seja, a Receita Bruta Operacional.

Este conceito abrange as receitas oriundas do exercício das atividades empresariais típicas da sociedade corretora de valores mobiliários como a compra e venda de ações da BM&F S/A e da Bovespa Holding S/A recebidas em decorrência das operações societárias denominadas “desmutualização”.

Irrelevante, assim, se as vendas já estavam contratadas, ou não, quando as ações foram recebidas. Importa a beneficiária das ações ter atividade de corretora, negociando ações. Distintamente dos títulos patrimoniais, que não representavam títulos negociáveis, as ações recebidas integram o objeto social da autuada e, sob esta ótica devem ser classificadas no ativo no momento de seu recebimento, assim como sob esta ótica deve ser classificado o valor recebido por ocasião de sua venda posterior.

<sup>23</sup> Participaram da sessão de julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra, Adriana Gomes Rêgo (Presidente), e divergiram na matéria os Conselheiros Luís Flávio Neto (relator), Cristiane Silva Costa, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra

<sup>24</sup> Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Luis Fabiano Alves Penteadado, Livia De Carli Germano e Adriana Gomes Rêgo (Presidente), e divergiram na matéria os Conselheiros Cristiane Silva Costa (relatora), Demetrius Nichele Macei, Luis Fabiano Alves Penteadado e Livia De Carli Germano

Válida, portanto, a exigência pautada no entendimento de que o resultado obtido na alienação das ações representa receita da atividade da sociedade corretora.

Acrescente-se, por fim, que o paradigma n.º 1102-001.221, admitido na matéria “Venda de ações da Bovespa Holding S/A - PIS/COFINS”, foi reformado por este Colegiado, que deu provimento ao recurso especial fazendário contra ele interposto, conforme Acórdão 9101-003.537<sup>25</sup>. Depois de abordar a questão antecedente, acerca da conversão dos títulos patrimoniais da associação Bovespa em ações, o ex-Conselheiro Flávio Franco Correa assim expõe, no voto vencedor do referido precedente, as razões para reforma da parte na qual o citado paradigma se mostra divergente do acórdão recorrido:

Já delineados esses aspectos jurídicos preliminares, carrega-se o debate, em seguida, para a certificação da obtenção, por parte da recorrida, de receita proveniente da alienação das ações recebidas em decorrência da desmutualização da Bovespa e da BM&F. Na oportunidade, chama-se a atenção para o Termo de Verificação Fiscal às e-fls. 2.235/2.303, onde estão consignadas relevantes informações coligidas no excepcional trabalho de auditoria, as quais desmontam a alegação de erro na identificação do sujeito passivo.

[...]

Todo o relato acima aponta inequivocamente para o despropósito da alegação de erro na identificação do sujeito passivo, erigida com o pretenso apoio do argumento de que seria a pessoa física do controlador da TOV o contribuinte da obrigação tributária surgida com a alienação das ações. Os elementos fáticos relacionados no Termo de Verificação Fiscal adrede citado não deixam dúvida de que a recorrida auferira receita na venda das ações em oferta pública, bem como na alienação a fundo de investimento integrante do grupo Private Equity General Atlantic, por meio de contrato denominado “Instrumento de Aceitação de Venda de Ações Ordinárias da Bolsa de Mercadorias & Futuros – BM&F S/A e Outorga de Poderes”.

A despeito dos fatos suprarreferidos, o voto condutor da Turma a quo adotou a seguinte linha de raciocínio para prover o recurso voluntário:

"Assim, para o presente caso, importa verificar se as operações de alienação das ações configuram operações de conta própria.

A meu ver, não se pode considerar que as ações recebidas em troca dos títulos patrimoniais possuíam a mesma natureza mercantil contida nos títulos e valores mobiliários ordinariamente negociados pela recorrente. É certo que, conforme indica seu objeto social, a compra e venda de títulos e valores mobiliários pode se dar por conta própria ou de terceiros. Contudo, mesmo os comprados por conta própria, para futura negociação, são adquiridos em condições normais de mercado, dentro do espírito especulativo que envolve as transações cotidianas de compra e venda nas bolsas de valores. Esses, sim, caracterizam operações de conta própria das sociedades corretoras de valores."

Impõe-se que se objete, de plano.

Com efeito, as ações ingressaram no patrimônio da recorrida de um modo incomum, porém o fato de não terem sido adquiridas "dentro do espírito especulativo que envolve as transações cotidianas de compra e venda nas bolsas de valores" não é causa para afastar a receita obtida, na venda das ações, do campo de incidência do PIS/PASEP e da COFINS. Inexiste, pois, tal regra isentiva.

Também deve-se registrar que a alienação se efetivou, sim, em operação de conta própria, pois as ações não foram negociadas em nome de terceiros. Sabe-se que as

<sup>25</sup> Participaram da sessão de julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra, Adriana Gomes Rêgo (Presidente), e divergiram na matéria os Conselheiros Luís Flávio Neto (relator), Crstiane Silva Costa, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra.

operações de conta alheia se efetuam mediante consignação, comissão ou ordem. Não é disso que versam os autos.

Não se pode perder de vista que essas alienações em oferta pública, ou mesmo de forma direta para um comprador em mercado de balcão, foram realizadas no âmbito das atividades empresariais que constituem o objeto da recorrida. Nessa ordem de ideias, tais receitas, decorrentes da venda das ações, ajustam-se ao conceito de faturamento, assim entendido como resultado econômico das operações empresariais típicas. Vale rememorar que o relevante para as normas de incidência da COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP é a identidade entre a receita bruta e a atividade mercantil desenvolvida nos termos do objeto social da pessoa jurídica. Por tal perspectiva, compreende-se que a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998, não alterou o critério definidor da base de incidência da COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP como o resultado da atividade econômica vinculada aos objetivos sociais do contribuinte. Firmou-se, pelo contrário, a noção de que não é qualquer receita que pode ser considerada faturamento para fins de incidência dessas contribuições sociais, mas apenas aquelas vinculadas à atividade mercantil típica da pessoa jurídica.

À vista do exposto, conheço do Recurso Especial fazendário para lhe dar provimento.

Estas as razões, portanto, para **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso especial da Contribuinte também nas matérias concernentes à incidência da Contribuição ao PIS e da COFINS.

*(documento assinado digitalmente)*

EDELI PEREIRA BESSA

## **Declaração de Voto**

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

A exigência em tela decorre de eventos posteriores à desmutualização da associação Bovespa, ocasião na qual a Contribuinte recebeu ações da Bovespa Holding S/A em substituição aos títulos patrimoniais que detinha naquela associação.

Como bem descreve a autoridade lançadora no Termo de Verificação Fiscal às e-fls. 114/133, em 31/12/2007 a Contribuinte possuía ações da Bovespa Holding em seu patrimônio, na conta “Ações de Companhias – Carteira própria”, no valor de R\$ 17.921.435,14, alienadas em 04/06/2008 com o reconhecimento de resultado líquido de R\$ 78.014.753,49 não computado na base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS. Ainda, com a incorporação das ações de Bovespa Holding S/A por Nova Bolsa S/A, seguiram-se operações em razão das quais a Contribuinte recebeu ações preferenciais e as resgatou em 13/06/2008, reconhecendo *lucro na venda de R\$ 13.785.367,59*, considerado indevidamente excluído da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS.

Em decorrência da incorporação de ações, apurou-se, também, ganho de capital em maio/2008, no valor de R\$ 108.926.969,49, oferecido à tributação do IRPJ e da CSLL apenas por ocasião da alienação das ações em 2009, resultando em postergação calculada pela autoridade fiscal, além de falta de recolhimento de estimativas de IRPJ e CSLL em maio/2008.



A decisão de 1ª instância inicialmente proferida foi anulada no Acórdão n.º 1301-001.785. Em nova apreciação, a impugnação foi julgada improcedente e, com o retorno dos autos ao CARF, foi negado provimento ao recurso voluntário no Acórdão n.º 1302-002.093, restando *vencido o Conselheiro Gustavo Guimarães Fonseca, com relação a exigência do Pis/Cofins*, nos termos da sua declaração de voto. Embargos da Contribuinte foram rejeitados por veicular arguição de erro no fato gerador da multa isolada que não fora apresentado em recurso voluntário.

O recurso especial da Contribuinte teve seguimento nas matérias “Resgate de ações preferenciais - PIS/COFINS” e “Venda de ações da Bovespa Holding S/A - PIS/COFINS” além de, em sede de agravo, com base em proposta desta Conselheira – à época na assessoria da Presidência da CSRF – na matéria “Incorporação de ações”. Em contrarrazões a PGFN argumenta que *deve ser mantida a conclusão do Despacho n.º S/N.º – 3ª Câmara de 21 de novembro de 2017 que, de forma acertada, negou seguimento ao recurso especial*, referindo as dessemelhanças entre os acórdãos comparados na matéria “Incorporação de ações”.

A divergência jurisprudencial neste último ponto foi reconhecida com base no paradigma n.º 9202-003.579 diante da conclusão de *que o acórdão recorrido está pautado no entendimento de que a operação de incorporação de ações está prevista no artigo 252 da Lei n.º 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), e corresponde a uma forma de alienação em sentido amplo*, ao passo que o paradigma, embora trate de exigência no âmbito do IRPF, traz expresso que *a incorporação de ações não se equipara à alienação de bens, vez que o titular das ações a serem objeto de incorporação nada faz, nada transmite, nada permuta: limita-se “passivamente” a receber da sociedade incorporadora ações substitutivas das originariamente detidas e que ocupam, no seu patrimônio, lugar equivalente ao das ações substituídas por um fenômeno de sub-rogação real*.

Adicione-se que este paradigma tem sido reconhecido como apto à caracterização deste dissídio jurisprudencial no âmbito do IRPJ, como se pode ver em decisões mais recentes, à unanimidade, nos Acórdãos n.º 9101-005.691<sup>26</sup>, 9101-005.777<sup>27</sup>, 9101-005.792<sup>28</sup>, 9101-006.007<sup>29</sup>. Destes, vale a transcrição dos fundamentos adicionais trazidos pela Conselheira Livia De Carli Germano no Acórdão n.º 9101-006.007:

*Com relação à primeira matéria, o despacho de admissibilidade observou, quanto à divergência jurisprudencial, que “em que pese tratem as decisões comparadas de incidências distintas - IRPJ x IRPF - as situações fáticas são similares. Ambas as decisões trataram de definir se na incorporação de ações ocorre uma sub-rogação ou uma alienação capaz de gerar ganho de capital passível de tributação. E ambas concluíram em sentido inverso.”*

<sup>26</sup> Participaram do julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Caio Cesar Nader Quintella, Andréa Duek Simantob (Presidente).

<sup>27</sup> Participaram do julgamento os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Daniel Ribeiro Silva (suplente convocado), Caio Cesar Nader Quintella, Andrea Duek Simantob (Presidente).

<sup>28</sup> Participaram do julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob (Presidente em exercício).

<sup>29</sup> Participaram do julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimaraes da Fonseca (suplente convocado) e Andrea Duek Simantob (Presidente em exercício).

No caso, o voto condutor do acórdão recorrido centra sua argumentação na rejeição da tese sustentada pelo sujeito passivo de que a operação de incorporação de ações seria uma sub-rogação.

Nesse aspecto, o voto condutor parte da premissa de que, na subrogação, “a substituição se dá na mesma relação jurídica”, sendo que “Quando analisamos a operação de incorporação de ações não é assim que observamos esta ideia de substituição de objeto, que seriam as ações”. Isso porque, ainda segundo o voto condutor do acórdão recorrido, quando se altera a empresa da qual se detém ações, passa-se a estar diante de outro Estatuto e portanto outros direitos e deveres específicos desta outra relação jurídica.

Em seguida, o voto afirma que a operação de incorporação de ações também não se opera sem o elemento volitivo, já que “As pessoas jurídicas expressam sua vontade, tomam suas decisões tendo em conta o princípio majoritário...”, observando ao final que “restando ainda, aos descontentes após as decisões das Assembleias Gerais, o direito de retirada da sociedade, na forma prescrita”. E então observa que “na incorporação de ações jamais poderíamos ter uma sub-rogação legal, pois as decisões das pessoas jurídicas envolvidas, tomadas por maioria e na forma da lei, são imprescindíveis ao instituto. A própria necessidade de avaliação pressupõe que não existe, por outro lado, identidade de valores necessária a simples substituição real.”

O voto condutor também chama atenção para a desproporção entre os valores contábeis das ações permutadas (R\$3.144.074,00 e R\$23.183.241,74) e então rejeita que se trate de permuta, afirmando que “Para o direito tributário é relevante o valor contábil do bem, não tendo cabimento a afirmação, admitindo-se para fins de raciocínio que tenha sido permuta, de que se deu em valores iguais, de mercado, por conta da avaliação”. Conclui que “o pagamento realizado em ações que superaram em 20 milhões o valor do bem alienado impõe o reconhecimento desta diferença como ganho de capital.”. Arremata indicando novamente que não se trata de sub-rogação já que nesta “a substituição, em geral, se dá por objeto da mesma natureza e valor do substituído”.

Por sua vez, o voto vencedor do paradigma está diante de um lançamento contra pessoa física e, não obstante também se dedique à análise da existência de ganho em operação de incorporação de ações, o faz sob outra perspectiva jurídica. Já na sua introdução, ele indica os dispositivos legais a serem tratados (grifamos):

(...)

Segundo a fiscalização e de acordo com o entendimento das autoridades julgadoras de primeira instância, a transferência de ações da REFLA para a BRATIL, está sujeita a apuração do ganho de capital, com fundamento nos dispositivos acima transcritos, acrescidos de outros.

Isso caracteriza alienação, com ganho de capital, **da forma prevista no artigo 3º, § 3º, da Lei n.º 7.713/88 e no artigo 23, § 2º, da Lei n.º 9.249/95?**

De acordo com o Novo Dicionário Eletrônico Aurélio, versão 5.11a, Alienar significa “Transferir para outrem o domínio de; tornar alheio; alhear;”.

Sob minha ótica, “incorporação de ações” não se confunde com “incorporação de sociedades” nem tampouco com “subscrição de capital em bens” e, portanto, inexistente fundamento legal que dê sustentação ao lançamento.

(...)

Como se percebe, tal julgado analisa a tributação da operação de incorporação de ações sob a perspectiva da Lei 7.713/1988 (que trata exclusivamente de pessoa física) e do artigo 23, § 2º, da Lei n.º 9.249/1995 (dispositivo que não é citado quer na autuação fiscal em questão nos presentes autos quer no voto condutor do acórdão recorrido).

Daí a necessidade de se aprofundar na análise do voto condutor do paradigma, a fim de verificar se, de fato, estamos diante de uma genuína divergência jurisprudencial.

Nesse ponto, vale destacar que o alegado dissenso jurisprudencial se estabelece em relação à interpretação das normas, devendo, pois, a divergência, se dar em relação a questões de direito, tratando-se da mesma legislação aplicada a um contexto fático semelhante.

Assim, se os acórdãos confrontados examinaram normas jurídicas distintas, ainda que os fatos sejam semelhantes, não há que se falar em divergência de julgados, uma vez que a discrepância a ser configurada diz respeito à interpretação da mesma norma jurídica.

Por outro lado, quanto ao contexto fático, não é imperativo que os acórdãos paradigma e recorrido tratem exatamente dos mesmos fatos, mas apenas que o contexto seja de tal forma semelhante que lhe possa (hipoteticamente) ser aplicada a mesma legislação. Assim, um exercício válido para verificar se se está diante de genuína divergência jurisprudencial é verificar se a aplicação do raciocínio exposto no paradigma seria capaz de levar à alteração da conclusão exposta no voto condutor do acórdão recorrido.

No caso, o voto condutor do paradigma rejeita a aplicação do artigo 23 da Lei 9.249/1995 após observar que tal dispositivo trata de operações de transferência de bens e direitos a título de integralização de capital, sendo que “*incorporação de ações não representa subscrição de capital em bens*”. Em seguida, rejeita a aplicação o artigo 3º, § 3º, da Lei 7.713/1988 “*Pela não ocorrência de alienação, mas de mera substituição, de participação societária*”.

Sobre a ocorrência de substituição, o voto condutor do paradigma observa que “*Neste caso, se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação. Os sócios, pessoas físicas, independentemente de terem ou não aprovado a operação na assembleia de acionistas que a aprovou, deverão, apenas, promover a alteração acima referida em suas declarações de ajuste anual.*” (grifos nossos). Ao final, conclui que “*Ocorre apenas uma subrogação, no patrimônio do acionista, das ações de uma empresa pelas de outra, e isso por força de lei.*”

Percebe-se que, mesmo tratando de autuação que indicou dispositivos legais diversos da base legal apontada na autuação objeto dos presentes autos, o racional do voto vencedor do paradigma entende a operação de incorporação de ações como *substituição de bens de mesmo valor e sem o elemento volitivo* dos acionistas, portanto em contraposição ao racional aplicado pelo voto condutor do acórdão recorrido, afirmando, de forma oposta a este, que “*Na incorporação de ações ocorre troca, permuta ou, como enuncia a Lei das Sociedades Anônimas, substituição de ações.*”.

É verdade que alguns trechos do voto vencedor do paradigma fazem referência à legislação específica aplicável à pessoa física e à própria declaração da pessoa física. Não obstante, considerando o inteiro teor do voto, compreendo que o a aplicação do racional do voto vencedor do paradigma – excluídas as observações específicas a respeito da tributação de pessoa física -- seria capaz de alterar a conclusão a que chegou o acórdão recorrido.

Nesse passo, vale observar que o voto condutor do acórdão recorrido não está centrado na tributação da pessoa jurídica, mas na própria concepção da operação de incorporação e ações, de forma que para contrapô-lo não seria mesmo necessário que o paradigma tratasse da tributação da pessoa jurídica. (destaques do original)

Em síntese, a divergência jurisprudencial está em definir se a operação *de incorporação de ações prevista no art. 252 da Lei nº 6.404/76* é alienação ou permuta, se há preço e, em consequência, se há ganho de capital a ser tributado. As diferentes abordagens destes institutos de direito societário e civil resultaram em diferentes repercussões tributárias e, apesar disso, compreende-se que a divergência jurisprudencial repousa na interpretação da legislação tributária, reconhecendo-se o Direito Tributário como direito de sobreposição, em cuja aplicação

frequentemente se demanda a interpretação de normas de outros ramos do Direito. Daí o cabimento do recurso especial e a competência desta instância especial para apreciá-lo.

Este voto, assim, é concordante com o do I. Relator, no sentido de CONHECER do recurso especial na primeira matéria.

Com respeito à matéria “Resgate de ações preferenciais - PIS/COFINS”, o seguimento do recurso especial se deu com base nos dois paradigmas – nº 1401-001.416 e 3401-003.752 – sob o pressuposto de que para estes *a incorporação de ações não é atividade típica das instituições financeiras, e não se incluem como faturamento e como atividade econômica destas os atos que não decorrem de manifestação de vontade do contribuinte.*

Como antes relatado, trata-se neste ponto de ações preferenciais atribuídas à Contribuinte em maio/2008, por ocasião da incorporação das ações de Bovespa Holding S/A por Nova Bolsa S/A, resgatadas em 13/06/2008, com reconhecimento de *lucro na venda de R\$ 13.785.367,59*. Esta operação foi equiparada a alienação de ações que integrariam o Ativo Circulante da Contribuinte, e o Colegiado *a quo* concordou que:

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

No paradigma nº 1401-001.416, a decisão invocada foi proferida mediante negativa de provimento a recurso de ofício. O voto condutor do paradigma refere os fundamentos da autoridade julgadora de 1ª instância para delimitar o conceito de faturamento para fins de incidência de Contribuição ao PIS e COFINS nas corretoras de valores e conclui que:

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 valores 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. *(destaques do original)*

O destaque acima referido indica que a tributação, no paradigma, teria ocorrido por ocasião da incorporação de ações. Para demonstrar a divergência jurisprudencial, a Contribuinte transcreve a ementa do paradigma, que também refere como fato gerador o momento da incorporação de ações. Veja-se:

#### 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. *(destaques no recurso especial)*

E, do relatório e voto do paradigma, a Contribuinte apenas refere o relato das *ações PN resgatáveis da Nova Bolsa* recebidas no processo de incorporação de ações, sem mencionar o efetivo resgate. Indica, também, a conclusão de que *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.*

A confirmar que a questão da tributação da receita auferida com o resgate das ações preferenciais, pela Contribuição ao PIS e pela COFINS, não foi apreciada no referido paradigma, tem-se no Acórdão nº 9101-002.606, que examinou o recurso especial fazendário interposto contra este paradigma, a negativa de conhecimento desta matéria suscitada pela PGFN, nos seguintes termos do voto condutor da ex-Conselheira Adriana Gomes Rêgo:

No recurso especial da Fazenda Nacional, a discussão cinge-se à incidência de Contribuição para o PIS/Pasep e de COFINS sobre os ganhos auferidos na operação de alienação das ações da Bovespa Holding S.A. no âmbito da incorporações dessas ações pela Nova Bolsa S.A.

Em contrarrazões, a Contribuinte, antes de adentrar o mérito do recurso da Fazenda Nacional, alega que o recurso não deve ser conhecido uma vez que não apresentou paradigmas relacionados ao tema da incidência de Contribuição para o PIS/Pasep e de COFINS na INCORPORAÇÃO DE AÇÕES relacionada ao processo de desmutualização das Bolsas, referindo-se os paradigmas "a outro assunto correlato ao

*procedimento de desmutualização das Bolsas, qual seja, a não incidência de PIS e COFINS na ALIENAÇÃO DE AÇÕES".*

Com efeito, confrontando-se os acórdãos paradigmas com o recorrido, constata-se que não há identidade fática entre as situações apreciadas no acórdão recorrido e nos paradigmas indicados, não sendo possível, assim, se intentar uma analogia entre os acórdãos, com a finalidade de se estabelecer dissídio jurisprudencial a ser solvido por esta 1ª Turma da CSRF.

No julgamento do presente Recurso de Ofício, cujo objeto era o cancelamento das exigências de Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins, o voto condutor (do Relator, vez que a divergência no julgamento desse processo somente foi aberta com relação ao julgamento do Recurso Voluntário) assim aduz (*verbis*, destaque original):

[...]

De anotar que o voto condutor somente trata da incidência de Contribuição para o PIS/Pasep e de Cofins no âmbito da infração "a" (verificada na incorporação de ações da Bovespa Holding S.A. pela Nova Bolsa S.A.), nada referindo acerca da incidência de dessas contribuições no âmbito da infração "b" (verificada na alienação resgate de ações preferenciais da Nova Bolsa S.A.). É bem verdade que o voto principia por identificar os dois eventos, mas não faz, a toda evidência, enfrentamento do segundo.

De assinalar, também, que os únicos Embargos de Declaração em face do acórdão em questão foram os opostos pela Fazenda Nacional (e-fls. 567 e ss.). Tais embargos, em que a Fazenda peticiona que a Turma embargada "*sane a omissão e se manifeste sobre o art. 4º do Estatuto Social da contribuinte, que inclui no seu objeto social, a atividade de comprar e vender títulos e valores mobiliários*" foram rejeitados por meio do Despacho de Admissibilidade de Embargos de e-fls. 575 e 22.

Ou seja, a Procuradoria não embarga o fato de o acórdão recorrido não ter se pronunciado sobre o resgate das ações preferenciais da Nova Bolsa S.A.

Dito isso, tem-se que os votos condutores dos acórdãos paradigma deixam consignado que (*verbis*, destaque original):

[...]

Como se vê, no voto condutor do acórdão recorrido, a conclusão de não configuração de "*operação mercantil típica e inserida nas operações correntes das corretoras de títulos*" diz respeito, única e exclusivamente, à "*incorporação de ações*".

O voto é, aliás, expresso ao destacar que não se está ali tratando de "*vendas das ações da Bovespa Holding S.A., ocorridas logo após a desmutualização*", sendo que é justamente esta a situação dos paradigmas, que tratam "*dos efeitos jurídico-tributários Da operação de 'desmutualização' das bolsas*", mais precisamente da incidência de Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins sobre as "*receitas auferidas pela alienação das ações da Bovespa Holding S.A.*".

Também aqui, portanto, tem-se que a Recorrente não logrou demonstrar a divergência de interpretação da legislação tributária suscitada, razão pela qual acolho a preliminar trazida nas contrarrazões apresentadas pela Contribuinte e não conheço do recurso da Fazenda Nacional.

Adicione-se que referido acórdão foi publicado no sítio do CARF em 12/04/2017, antes mesmo da elaboração do recurso especial, datado de 13/09/2017. Assim, diante destas evidências de que a matéria aqui suscitada não foi decidida no paradigma, ele não se presta a caracterizar o dissídio jurisprudencial.

Esclareça-se, também, que este mesmo paradigma foi admitido para caracterização de dissídio jurisprudencial semelhante suscitado em recurso especial interposto por Citigroup Global Markets Brasil, Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários S/A, nos termos no voto desta Conselheira, condutor neste ponto da decisão de unânime de

conhecimento no Acórdão n.º 9101-006.141<sup>30</sup>. Referido recurso especial também era posterior à publicação do Acórdão n.º 9101-002.606 e o seguimento em exame de admissibilidade se deu com base na ementa do paradigma, em confronto com o acórdão lá recorrido que também afirmaria que *a incorporação de ações corresponde a uma alienação de ações da empresa incorporada*. O relatório desse precedente não especifica se a incidência teria se dado depois do evento de incorporação de ações, mas o voto de mérito desta Conselheira, vencido neste ponto, foi conduzido sob esta premissa de alienação posterior, assim como o voto vencedor do Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli está pautado na discordância com a premissa de que *o ganho obtido com as ações recebidas e em seguida negociadas (vendidas) integraria o faturamento da alienante (normalmente Corretoras), vez que as alienações das “ações substitutas” jamais poderiam ter sido desvinculadas da origem do ativo que lhe deu causa para fins de análise da natureza jurídica do respectivo ganho*.

Assim, nesta melhor análise do que decidido no paradigma n.º 1401-001.416, compreende-se que a decisão nele expressa apenas nega a existência de fato gerador de Contribuição ao PIS e de COFINS por ocasião da incorporação de ações, e não se presta a caracterizar dissídio jurisprudencial acerca da interpretação da legislação tributária de incidência destas contribuições na alienação posterior, inclusive resgate, das ações recebidas na incorporação de ações.

Já o paradigma n.º 3401-003.752 traz circunstanciado, especificamente, o evento de resgate das ações preferenciais antes de decidir o mérito da questão:

Aqui, o lançamento não ataca a troca de títulos patrimoniais por ações nem a alienação de ações para terceiros, mas visa cobrar as contribuições sobre operação de incorporação e resgate de ações ocorridas entre o primeiro e o segundo evento. Além disso, deve-se mencionar que o contribuinte noticia em sua defesa que submeteu à tributação a posterior alienação das ações para terceiros, observando um contrato ajustado com esse terceiro, que anteriormente havia lhe transferido os títulos patrimoniais. Os aspectos dessa operação, se foi oferecida corretamente à tributação ou não, contudo, não são objeto do lançamento. (*destaque do original*)

No mérito, o voto condutor do paradigma concorda com a classificação das ações no Ativo Circulante, discorda da equiparação da incorporação de ações a alienação, e depois de abordar hipoteticamente a incidência das contribuições sobre as receitas de instituições financeiras, passa a referir conjuntamente a incorporação e o resgate como operações distintas da compra e venda de ações, concluindo que:

Como se verifica, no caso em questão a atividade examinada era de compra e venda de ações. No presente caso, de incorporação e resgate de ações, que não se confunde com a primeira, com muito mais razão, deve-se afastar a tributação pelas contribuições, por não configurarem atividade empresarial usual ou típica da instituição financeira. Como se observa pela própria regularidade em que tais atividades são praticadas, que é nenhuma, pois se tratam de eventos únicos, uma instituição financeira não é constituída, organizada e desenvolvida com a finalidade de praticar atos dessa natureza, aquisição de ativos a serem passivamente incorporados e/ou resgatados.

Pelo exposto, seja pela impossibilidade de equiparação à alienação, não ocorrendo receita, seja pela impossibilidade de se entender como uma receita típica, caso ultrapassada a primeira matéria, concluo que as operações de incorporação e de resgate de ação não podem ser oneradas pelo PIS/COFINS, sob o regime da Lei n.º 9.718/1998,

---

<sup>30</sup> Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Andrea Duek Simantob (Presidente em exercício).

motivo pelo qual nego provimento ao Recurso de Ofício, para determinar o cancelamento do lançamento em sua integralidade.

[...]

Por último, em função do resultado da votação, para fins de atendimento ao disposto no artigo 63, § 8º do RICARF, fica esclarecido e registrado que (i) o fundamento que foi adotado pela maioria dos Conselheiros para negar provimento ao Recurso de Ofício se refere à não inclusão das operações de incorporação de ações e de resgate de ações participadas pela Recorrida dentre as receitas operacionais tributadas pelas contribuições e (ii) uma das fundamentações para a negativa de provimento propostas (a de impossibilidade de equiparação da incorporação de ações a uma alienação) não logrou acolhida majoritária no colegiado, não revelando o posicionamento da turma sobre o tema, que é o de que de que a "incorporação de ações" caracteriza uma alienação.

Assim, embora sem melhor distinguir as operações de incorporação de ações e de resgate das ações preferenciais, foram elas equiparadas na condução do paradigma, o que configura similitude suficiente para evidenciar interpretação da legislação tributária divergente da expressa nestes autos, ainda que no paradigma o resgate das ações preferenciais tenha ocorrido na mesma data da incorporação de ações, 08/05/2008, como nele inicialmente relatado.

Por tais razões, concordando com as conclusões do I. Relator, o recurso especial deve ser CONHECIDO nesta segunda matéria apenas com base no paradigma nº 3401-003.752.

Por fim, quanto à matéria “Venda de ações da Bovespa Holding S/A - PIS/COFINS”, seu seguimento se deu com base no paradigma nº 1102-001.221, que trata especificamente da incidência da Contribuição ao PIS e da COFINS sobre a alienação das ações recebidas em troca dos títulos patrimoniais na desmutualização da Bovespa, ao longo do ano-calendário 2007, concluindo que *tal não se reveste daquela condição normal de mercado que caracteriza as operações de conta própria.*

No presente caso, a incidência também se refere à alienação das ações da Bovespa Holding S/A, mantidas no patrimônio da Contribuinte na conta “Ações de Companhias – Carteira própria”, apenas que alienadas em 04/06/2008, mas com o reconhecimento de resultado líquido de R\$ 78.014.753,49, e o Colegiado *a quo* concluiu que, à semelhança do afirmado em relação ao resgate das ações preferenciais, que a operação corresponderia a *atividade empresarial típica de instituição financeira (corretora de títulos e valores mobiliários)*, de modo que foi *correta a classificação contábil no ativo circulante e devida a incidência do PIS e da COFINS.*

Embora o contexto fático do paradigma suscite a discussão inicial de que as ações recebidas em substituição aos títulos patrimoniais integrariam o Ativo Permanente da corretora de valores, superada esta premissa os litígios têm similitude suficiente para evidenciação de divergência jurisprudencial no ponto determinante para definição da incidência no presente caso.

Assim, acompanha-se os fundamentos e conclusão do I. Relator para CONHECER do recurso especial neste terceiro ponto.

*(documento assinado digitalmente)*

EDELI PEREIRA BESSA



