



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

**Processo n°** 10680.723835/2010-63  
**Recurso n°** 000.001 Voluntário  
**Acórdão n°** **1202-000.813 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**  
**Sessão de** 12 de junho de 2012  
**Matéria** IRPJ  
**Recorrente** AMARIL FRANKLIN CORRETORA DE TITULOS E VALORES LTDA.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2008

NULIDADE. INEXISTÊNCIA. MÉRITO.

Afasta-se a preliminar de cerceamento do direito de defesa pautada no argumento de que a decisão de primeira instância deixou de apreciar a matéria sobre a permuta de ativos e o entendimento da própria SRFB a esse respeito, por dizer respeito a matéria central da discussão do mérito.

**DESMUTUALIZAÇÃO DE BOLSAS DE VALORES. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO DE ASSOCIAÇÃO. SUJEIÇÃO À TRIBUTAÇÃO. AVALIAÇÃO PELO CUSTO DE AQUISIÇÃO.**

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

A inoponibilidade ao Fisco da operação de desmutualização das bolsas de valores atrai a incidência do IRPJ calculado sobre a diferença entre o valor nominal das ações das sociedades (Bovespa Holdings e da BM&F S.A.) recebidas pelas corretoras associadas e o custo de aquisição das cotas ou frações ideais representativo do patrimônio segregado das associações (Bovespa e BM&F).

Aplica-se o art. 17 da Lei nº 9.532/97, e não o art. 16 da mesma lei, à operação de desmutualização, visto que a transferência de bens das bolsas de valores para outras pessoas jurídicas configura uma devolução de capital em razão da transferência dos títulos representativos do seu capital aos seus associados (sociedades corretoras), sem que as novas sociedades (Bovespa Holdings e da BM&F S.A) passem a integrar seu quadro social.

Os títulos patrimoniais das bolsas de valores (associações) devem ser avaliados por seu custo de aquisição, e não pelo Método de Equivalência Patrimonial (MEP).

#### MUDANÇA DE CRITÉRIO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA.

A edição de Solução de Consulta à luz de novo ordenamento jurídico não representa mudança de critério jurídico em face de orientação baseada em legislação anterior.

#### MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS.

A incidência de multa isolada aplicável na hipótese de falta de pagamento das estimativas mensais de IRPJ e CSLL não é elidida pela apuração de prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa ao final do período.

#### TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

A exigência da CSLL decorre de expressa previsão do §4º do art. 17 da Lei nº 9.532/97, ao estabelecer que a base de cálculo expressa no caput presta-se também para determinação da base de cálculo da CSLL, de modo que se aplicam as conclusões do julgamento do IRPJ sobre os mesmos fundamentos fáticos.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

Exercício: 2008, 2009

#### RECEITA DE VENDA. ATIVO PERMANENTE. NÃO INCIDÊNCIA.

Em decorrência da operação em que o capital representado pelos títulos patrimoniais detidos pela associação é devolvido, se essa devolução se dá sob a forma de ações da nova sociedade, a classificação destas no ativo permanente é justificável, não incidindo a Cofins sobre a receita apurada na venda.

Assunto: Contribuição para o Pis/Pasep

Exercício: 2008, 2009

#### RECEITA DE VENDA. ATIVO PERMANENTE. NÃO INCIDÊNCIA.

Em decorrência da operação em que o capital representado pelos títulos patrimoniais detidos pela associação é devolvido, se essa devolução se dá sob a forma de ações da nova sociedade, a classificação destas no ativo permanente é justificável, não incidindo a Contribuição para o PIS/Pasep sobre a receita apurada na venda.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade do acórdão de primeira instância. No mérito, quanto à matéria desmutualização e a imposição da multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário, vencidos os conselheiros Orlando José Gonçalves Bueno (relator), Geraldo Valentim Neto e Nereida de Miranda Finamore Horta. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Viviane Vidal Wagner.

**Em relação a não incidência do PIS e da COFINS, por unanimidade de votos, em dar**

provimento ao recurso. Quanto à exoneração do PIS e da COFINS incidente sobre a desmutualização, os conselheiros Carlos Alberto Donassolo, Viviane Vidal Wagner e Nelson Lósso Filho acompanharam o relator pelas suas conclusões.

*(documento assinado digitalmente)*

Nelson Lósso Filho- Presidente.

*(documento assinado digitalmente)*

Orlando José Gonçalves Bueno- Relator.

*(documento assinado digitalmente)*

Viviane Vidal Wagner – Redatora designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Nelson Lósso Filho, Carlos Alberto Donassolo, Viviane Vidal Wagner, Nereida de Miranda Finamore Horta, Geraldo Valentim Neto e Orlando José Gonçalves Bueno.

## Relatório

Com a vênua do colegiado, transcrevo o relatório da primeira instância, por bem e fielmente reproduzir os fatos, a saber:

“Contra o Contribuinte, pessoa jurídica, já qualificada nos autos, foi lavrado o Auto de Infração de fls. 04/10, que exige o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, no valor de R\$ 736.959,94, cumulado com multa de ofício, no percentual de 75%, e exigida isoladamente, no de 50% , e juros de mora pertinentes calculados até 30/09/2010.

Foram também formalizados os seguintes lançamentos, a saber:

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL (fls. 11/15), no valor de R\$ 212.709,40, cumulada com multa de ofício, no percentual de 75%, e juros de mora pertinentes, calculados até 30/09/2010.

Multa Isolada da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 16/20), no valor de R\$ 52.596,17.

Contribuição para o PIS/Pasep (fls. 21/26), no valor de R\$ 67.832,33, cumulada com multa de ofício, no percentual de 75%, e juros de mora pertinentes, calculados até 30/09/2010.

Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins (fls. 27/32), no valor de R\$ 417.429,81, cumulada com multa de ofício, no percentual de 75%, e juros de mora pertinentes, calculados até 30/09/2010.

### **Lançamento do IRPJ e CSLL. Descrição dos Fatos.**

Na descrição dos fatos, a Fiscalização fez as anotações abaixo transcritas:

*“001 – OUTROS RESULTADOS NÃO OPERACIONAIS*

*GANHOS AUFERIDOS EM DEVOLUÇÃO DO PATRIMÔNIO DE ENTIDADES ISENTAS*

*Omissão de ganho auferido na devolução do patrimônio social de entidade isenta conforme, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal em anexo, sendo parte integrante deste.*

*Fato Gerador Valor Tributável ou Imposto Multa (%)*

*31/12/2007 R\$ 1.168.803,71 75,00*

*002 – MULTAS ISOLADAS*

*FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ/CSLL SOBRE A BASE DE CÁLCULO ESTIMADA*

*Falta de pagamento do imposto de Renda Pessoa Jurídica/Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, incidente sobre a base de cálculo estimada em função da receita bruta e acréscimos, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal em anexo, sendo parte integrante deste.”*

#### **Lançamento do PIS e da COFINS. Descrição dos Fatos.**

“001 – PIS/COFINS (FINANCEIRAS)

*FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO PIS/COFINS (FINANCEIRAS)*

*Valor apurado decorrente do ganho de capital obtido na venda de 210.000 ações da BOVESPA HOLDING S/A, em outubro de 2007, e ganho de capital resultante do recebimento de ações preferenciais da BM&F BOVESPA S/A, em junho de 2008, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal em anexo, sendo parte integrante deste.*

*Fato Gerador Val. Tributável ou Contribuição Multa (%)*

*31/10/2007 R\$ 4.363.861,78 75,00*

*30/06/2008 R\$ 779.803,15 75,00”*

#### **Do Termo de Verificação Fiscal – TVF (fls. 33/45).**

No TVF, a Fiscalização explica, pormenorizadamente, (i) o processo de “desmutualização das Bolsas”, do qual a Amaril Franklin Corretora de Títulos e Valores Ltda participou; (ii) esclarece que o contribuinte obteve, em 28/08/2007, ganho de capital no valor de R\$ 1.168.803,71; (iii) obteve, ainda, ganho na venda de 210.000 ações da BOVESPA HOLDING S/A, em outubro de 2007, no valor de R\$ 4.363.861,38, e de R\$ 779.803,15, em junho de 2008, resultante do recebimento de ações preferenciais da BM&F BOVESPA S/A;

(iv) explica e fundamenta o por quê tributou o primeiro ganho, com base no art. 17, da Lei nº 9.532, de 1997, conforme declarado na Solução de Consulta COSIT nº 10/2007, determinando o IRPJ e a CSLL não recolhidos; e (v) tributou os demais ganhos pela contribuições do PIS/Pasep e da Cofins, tratando-se de vendas de ativo circulante, e não de permanente.

#### **Da Impugnação.**

Tendo sido dele cientificado, em 15/10/2010, o sujeito passivo contestou o lançamento, em 16/11/2010, mediante o instrumento de fls. 206/226. Adiante compendiam-se suas razões.

#### **“I - DESCRIÇÃO DOS FATOS**

Como o Termo de Verificação Fiscal sintetizou **os fatos** com bastante propriedade, a impugnante transcreve os trechos mais importantes, bem como aproveita a oportunidade para fixar, desde logo, os pontos controvertidos:

(...)

Como se pode perceber, a BOVESPA e a BM&F, que eram associações sem fins lucrativos, foram transformadas em sociedades anônimas com finalidade lucrativa, respectivamente, BOVESPA HOLDING S/A e BM&F S/A, as quais foram fundidas numa nova companhia chamada Nova Bolsa S/A, que,

posteriormente, foi redenominada BM&F BOVESPA S/A. Do ponto de vista da corretora, o processo de desmutualização implicou a substituição dos títulos patrimoniais que detinha inicialmente por ações da BM&F BOVESPA S/A.

(...)

Pela prática das irregularidades apontadas acima, exige-se da impugnante crédito tributário total, atualizado até 30/9/2010, de R\$ 1.487.527,65.

Contudo, conforme passará a ser demonstrado a seguir, o lançamento fiscal efetuado afigura-se totalmente improcedente.

## II - MERA PERMUTA DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE GANHO DE CAPITAL

Primeiramente, quanto à substituição do título patrimonial da BOVESPA por 706.762 ações da BOVESPA HOLDING S/A, é necessário analisar a interpretação fiscal de que houve "devolução do patrimônio da (...) BOVESPA para as corretoras/distribuidoras associadas, na forma de ações da (...) BOVESPA HOLDING S/A" (fl. 35), ou seja, de que a corretora "recebeu a restituição de patrimônio da bolsa de valores (...), paga com ações de nova empresa". Ainda segundo a auditoria, "Essa devolução de capital, recebidos por meio de ações da BOVESPA HOLDING S/A em substituição dos Títulos Patrimoniais da BOVESPA, originou ganho de capital no valor de R\$ 1.168.803,71 (1.568.803,71 - 400.000,00) (fl. 39).

O esforço em caracterizar o processo de desmutualização das bolsas como mera devolução de patrimônio decorre da tentativa de encaixar essa transformação *sui generis* àquilo que determina o artigo 17 da Lei nº 9.532/97:

(...)

Note-se, contudo, que não se trata de devolução do patrimônio da bolsa através de ações de nova empresa. O próprio Termo de Verificação Fiscal reconhece que "*os títulos patrimoniais foram substituídos por ações da nova empresa, operação que ficou conhecida como "desmutualização", ou seja, as corretoras detentoras de títulos patrimoniais daquela associação passaram a acionistas de uma nova sociedade com fins lucrativos*" (fl. 38).

E essa mera substituição de ativos não implica ganho de capital. Analisando caso semelhante ao presente, o Superior Tribunal de Justiça concluiu o seguinte:

(...)

Aliás, trata-se de mera **transformação**. De fato, a corretora possuía título patrimonial de associação sem fins lucrativos cuja atividade era bolsa de valores. Ao final da desmutualização, ela continuou detentora de título de participação em sociedade cuja atividade é bolsa de valores. O que mudou? Apenas a conformação da instituição da qual ela era participante e se tornou acionista. Além de a hipótese em análise se adaptar como luva ao conceito legal de transformação (que não pode ser deturpado), há expressa previsão normativa de uma entidade sem fins lucrativos transmutar-se em sociedade anônima, ou seja, ainda que não usual, esse tipo de operação é perfeitamente legal e possível. Note-se, ademais, que a Solução de Consulta COSIT nº 10/2007, que também serviu de fundamento à autuação, chega a se referir à desmutualização como uma "*transformação disfarçada*", reiterando, em seguida, que "*depois de transformada a associação em sociedade...*" (página 16 do

ato normativo), ou seja, a conclusão pela configuração de uma transformação não destoa nem mesmo da manifestação fiscal.

Enfim, concluindo-se que, do ponto de vista da corretora, ocorreu uma mera troca de ativos, não pode haver tributação. Nesse sentido, vale conferir o entendimento da própria RFB, exarado na Solução de Consulta COSIT nº 13/97:

*“8 - A respeito do valor pelo qual as corretoras-membro devem registrar as ações do capital social da Clearing, que receberam em substituição de parte do valor do título **patrimonial da Bovespa**, em virtude de cisão em que todos os bens são avaliados a valor contábil, esclareça-se que, para a legislação do imposto de renda, este é um fato meramente permutativo, o que significa dizer que as ações serão registradas no ativo das corretoras pelo mesmo valor da parcela do título patrimonial que substituírem.”*

O Parecer Normativo CST nº 213/73 não destoa: *“Recebendo a pessoa jurídica, por um bem alienado, outros bens, direitos ou dinheiro em valor igual ao daquele, segundo seus registros contábeis, não há resultado a apurar.”*

Como se vê, a simples permuta de título patrimonial da BOVESPA por ações da BOVESPA HOLDING S/A, sem torna, não enseja tributação. Com efeito: “A interpretação tributária que restringe a permuta à troca de bens imóveis não tem base na doutrina ou na própria legislação regente do ganho de capital. Dessa forma, ao contrato de permuta, de forma geral, deve ser dado o mesmo tratamento atribuído ao de permuta de unidades imobiliárias, quando somente se pode falar em ganho de capital se houver torna” (Acórdão 106-16964). No mesmo sentido, vale conferir trecho do Parecer PGFN/PGA nº 454/92, devidamente aprovado pelo Ministro da Fazenda em 8/5/92 (DOU de 12/5/92, p. 5898): *“os argumentos válidos para a permuta de imóveis servem igualmente para demonstrar a inexistência do fato gerador do imposto de renda na permuta de ações por títulos diversos.”*

Observe-se, por outro lado, que quando a impugnante vendeu parte das ações que recebeu em troca do título patrimonial, isto é, materializou o ganho, ela apurou o acréscimo patrimonial correspondente e recolheu o IRPJ e a CSLL incidentes.

Relativamente à alienação de 49.672,20 ações preferenciais da BM&F BOVESPA S/A em 13/6/2008, o próprio Termo de Verificação Fiscal reconhece que a contribuinte obteve “ganho de capital no valor de R\$ 779.803,15 (852.116,14 - 72.312,99), que foi oferecido à tributação do IRPJ e CSLL, conforme legislação de regência” (fl. 39). O mesmo aconteceu em relação à venda das 210.000 ações da BOVESPA HOLDING S/A ocorrida em 25/10/2007 e 29/10/2007. O ganho obtido, de R\$ 4.363.861,78, também foi oferecido à tributação (vide DIPJ à fl. 174).

Como se pode perceber, a conduta da corretora foi incensurável. Quando ela realizou o ativo e obteve a disponibilidade, ela recolheu os tributos devidos. Quando apenas permutou um ativo por outro e, por isso mesmo, não obteve nenhuma vantagem, ela permaneceu inerte:

(...)

Pelo exposto, nota-se que a DRF/BH está exigindo IRPJ e CSLL não sobre um ganho real, disponível e concreto, mas sobre um lucro potencial, futuro e incerto. **De fato**, *“A mera celebração de contratos que possam implicar aquisição de renda não é fato gerador do IR, o que se verifica apenas com sua efetiva disponibilidade. Ao contrário do que defende a Fazenda Nacional, manifestação de vontade não concretiza a hipótese de incidência do imposto”* (STJ, Segunda Turma, RESP

1.069.372/PJ, Rei. Min. Castro Meira, j . 7/10/2008, DJe de 5/11/2008, RDDT 160/172).

A PGFN segue a mesma trilha:

(...)

"...a entrega peio licitante vencedor **de títulos** da dívida pública federal ou de outros créditos contra a União **como contrapartida à aquisição das ações** leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização caracteriza-se como permuta, caso em que não incide o imposto de renda sobre ganho de capital pela só efetivação do leilão ou da celebração do contrato respectivo, e de que **só** ocorrerá ganho de capital tributável por ocasião da realização desse ganho pela alienação das ações adquiridas. (...) Em conclusão (...), não há ganho de capitais, quando ocorre mera **troca de bens..**" (Parecer PGFN nº 970/91, processo nº 10168.007447/91- 80, DOU de 24/9/91)"

(...)

Para finalizar, é imperativo ressaltar que a apuração do custo de aquisição dos títulos patrimoniais convertidos em ações é feita no momento da venda das referidas ações. Assim, se o Fisco não concordar com o custo de aquisição registrado pela impugnante em conformidade com o Ofício Circular 225/2007-DG (fls. 85-86), poderá, **no momento da venda**, glosá-lo e indicar aquele que lhe pareça mais correto. Isso só pode acontecer, no entanto, quando a impugnante **realizar** o ganho.

Dessa forma, tendo em vista (i) que o Fisco trata a troca dos títulos patrimoniais por ações como devolução de patrimônio apenas para subsumi-la à hipótese de incidência prevista no artigo 17 da Lei nº 9.532/97, (ii) que, apesar disso, o próprio TVF revela uma mera substituição de um ativo por outro, (iii) que a desmutualização nada mais é do que a transformação da bolsa/entidade sem fins lucrativos numa S.A., (iv) que, em relação à corretora, houve uma mera permuta, sem torna, de participações societárias, operação que, nos termos SC COSIT nº 13/97, não caracteriza ganho, (v) que, quando vendeu ações e realizou o ganho, a contribuinte pagou os tributos incidentes e (vi) que só cabe apurar o resultado da troca de ativos (ganho ou perda) no momento em que as ações respectivas forem vendidas, não resta a menor dúvida de que o IRPJ e a CSLL lançados devem ser cancelados.

### III - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MULTA ISOLADA PELA AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA ESTIMATIVA MENSAL E DE MULTA DE OFÍCIO SOBRE O TOTAL DO TRIBUTOS DEVIDO

Conforme se vê à fl. 2 dos autos, a auditoria fiscal lançou quatro multas contra a Impugnante: (i) multa de ofício de R\$ 219.150,69, ou seja, 75% sobre o IRPJ de R\$ 292.200,92 apurado; (ii) multa isolada de R\$ 146.100,46, ou seja, 50% sobre o IRPJ de R\$ 292.200,92 apurado; (iii) multa de ofício de R\$ 78.894,24, equivalente a 75% da CSLL de R\$ 105.192,33 lançada; e (iv) multa isolada de R\$ 52.596,17, isto é, 50% da CSLL de R\$ 105.192,33 lançada.

Apesar de as referidas multas estarem previstas no artigo 44, da Lei nº 9.430/96, não estaria havendo dupla punição pela mesma falta e aplicação de duas multas sobre uma mesma base de cálculo? **Sim**. Ora, é válida a exigência de multa isolada e proporcional simultaneamente e em função de uma mesma materialidade?

Segundo a Câmara Superior de Recursos Fiscais, não:

(...)

Como se vê, tendo em vista (i) que as bases de cálculo da multa de ofício exigida junto com o tributo e da multa isolada são as mesmas; (ii) que só pode haver cumulação de penalidades quando a lei é expressa nesse sentido; (iii) que o artigo 44 da Lei nº 9.430/96 previu multa tanto pelo não recolhimento do tributo, quanto pelas não antecipações, porém não determinou a cumulatividade delas, fato que, evidentemente, impede o intérprete de fazê-lo; (iv) que, diante da falta de previsão expressa, não há como admitir a duplicidade de pena sobre a mesma base de cálculo; (v) que a manutenção das duas multas implica dupla punição pela mesma falha e sobre o mesmo tributo; não resta a menor dúvida de que as multas de ofício isoladas lançadas com base no artigo 44, § Io, IV, da Lei nº 9.430/96 devem ser excluídas do lançamento.

#### IV - AÇÕES VENDIDAS CLASSIFICADAS NO ATIVO PERMANENTE. NÃO INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS

Os motivos que ensejaram a exigência do PIS e da COFINS, no presente caso, foram os seguintes:

(...)

Primeiramente, é necessário rememorar que o “*título patrimonial da Bolsa de Valores do Estado de Minas Gerais*” foi transferido à sociedade em 1967 (fl. 60). Depois de desdobrado etrocado por título patrimonial da BOVESPA em 2000 (fl. 38), os seis títulos patrimoniais da BOVMESB e o título patrimonial da BOVESPA continuaram registrados no ativo permanente. Em 2007, houve mera substituição de ativos, porém, antes e depois, nada mudou: a corretora participava de bolsa de valores e, ao final da desmutualização, continuou participando de bolsa de valores. Se o objetivo de manter as cotas/títulos/ações (participar da bolsa) e a função delas (poder participar da bolsa) é e sempre foi o mesmo (até hoje), por que mudar a classificação contábil? Não haveria razão para isso.

Relativamente à alienação e resgate das ações (menos de 30% do volume total mantido, frise-se), “*as autoridades fiscais têm entendido que a simples pretensão de venda não autoriza, para os efeitos da legislação do imposto de renda, a reclassificação de elementos registrados em contas do Ativo Permanente para o Ativo Circulante ou Realizável a Longo Prazo, devendo continuar integrando o Permanente até a data da venda.*”

De fato, ao não reclassificar as ações vendidas e resgatadas em conta do ativo circulante, a corretora nada mais fez do que seguir o entendimento do próprio Fisco. Nesse sentido, vale transcrever a Solução de Consulta SRRF da 6ª a RF/Disit nº 80, de 18/6/2007:

(...)

Como se pode perceber, a simples intenção de venda não é suficiente a determinar a reclassificação de um bem do ativo permanente para o ativo circulante. Assim, como a impugnante vendeu ações que integram o ativo permanente e essa venda não está sujeita à incidência do PIS e da COFINS, essa parte da autuação também deve ser cancelada.

#### V - PEDIDO

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.206-2/08/2001

Autenticado digitalmente em 28/09/2012 por VIVIANE VIDAL WAGNER, Assinado digitalmente em 28/09/2012

por VIVIANE VIDAL WAGNER, Assinado digitalmente em 30/03/2013 por ORLANDO JOSE GONCALVES BUENO, Ass

inado digitalmente em 27/03/2013 por NELSON LOSSO FILHO

Impresso em 03/04/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Ante o exposto, a impugnante requer o acolhimento da presente defesa para que, nos termos dos fundamentos expendidos acima, anulem-se, cancelem-se ou se julguem improcedentes os autos de infração em tela e, via de consequência, o crédito tributário neles pretendido.”

Assim, a DRJ julgou o lançamento procedente, editando a seguinte ementa:

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

**Ano-calendário: 2007 Operação de “desmutualização”.**

Incide o imposto de renda sobre a diferença entre o valor nominal das ações (da sociedade) recebidas pelos associados (sociedades corretoras) e o custo de aquisição das cotas ou frações ideais representativo do patrimônio segregado das bolsas de valores.

*Multa Proporcional e Exigida Isoladamente.*

Verificada a falta de pagamento do imposto ou da contribuição por estimativa, após o término do ano-calendário, o lançamento abrangerá a multa de ofício sobre os valores devidos por estimativa e não recolhidos; e o imposto e a contribuição apurados em 31 de dezembro, caso não recolhidos, acrescidos de multa de ofício.

A lei estabelece que, nos lançamentos de ofício, será aplicada multa exigida isoladamente, no percentual de 50%, sobre os valores devidos, e não recolhidos, a título das estimativas mensais, estando o contribuinte sujeito à apuração do lucro real anual, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL, no ano-calendário correspondente.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL Ano-calendário: 2007 Tributação reflexa.**

Por decorrência, o mesmo procedimento adotado em relação ao lançamento principal estende-se aos reflexos.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP Ano-calendário: 2007, 2008 Incidência do PIS/Pasep não-cumulativo.**

A contribuição para o PIS/Pasep, com incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, salvo as receitas não-operacionais decorrentes da venda de ativo imobilizado ou permanente.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS Ano-calendário: 2007, 2008 Incidência da COFINS não-cumulativa.**

A COFINS, com incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação

contábil, salvo as receitas não-operacionais decorrentes da venda de ativo permanente.

Impugnação Improcedente”

Inconformada com a decisão de primeira instância a Recorrente interpôs Recurso Voluntário, alegando, em síntese, o seguinte:

- (i) cerceamento do direito de defesa.; diz a Recorrente que a decisão de primeira instância não apreciou a questão a da permuta de títulos patrimoniais por ações, nem o fato da existência de ato normativo da SRFB que permite a transformação de entidade imune em S/A;
- (ii) Mera permuta de participações societárias, inexistência de ganho de capital: a mera substituição de ativos não implica ganho de capital, cita caso julgado pelo STJ. Trata-se de mera transformação, havendo previsão normativa para tal operação (IN SRF 113/98). Inclusive a Solução de Consulta COSIT nº 10/2007, reconhece que a desmutualização é uma “transformação disfarçada”. Enfim, ocorreu uma mera troca de ativos. E quando a corretora realizou o novo ativo, ela recolheu devidamente os tributos, como demonstra em provas nos autos. O próprio TVF revela a uma mera substituição de um ativo por outro. Que a desmutualização nada mais é do que a transformação da bolsa/entidade sem fins lucrativos numa S/A, ocorrendo mera permuta, sem torna, de participação societárias e que somente é cabível apurar o resultado da troca de ativos (ganho ou perda) no momento em que as ações respectivas forem vendidas;
- (iii) Que as multas isoladas, lançadas sobre as estimativas não recolhidas, cita a jurisprudência favorável, a **rejeição das exigências das penalidades, do CARF e da**

CSRF sobre a cumulatividade de bases de cálculo, com relação as multas de ofício e estas;

(iv)

Ações vendidas classificadas no ativo permanente, não incidência do PIS e da COFINS, uma vez que a autoridade lançadora considerou incorreto e que deveria ter sido lançado no Ativo Circulante, exigindo citadas contribuições incidentes sobre as receitas decorrentes de ganhos de capital. Todavia, sendo uma mera troca de ativos, e permanecendo a participação na Bolsa dos novos ativos, a função não foi desviada e, portanto, não há motivo para alterar a classificação contábil adotada pela Recorrente, o que denota a observação dessa na Solução de Consulta SRRF da 6ª RF/Disit nº 80/18/06/2007;

(v)

Não incidência de juros selic sobre a multa de ofício, citando decisão deste colegiado administrativo, inclusive decisão da CSRF contesta tal exigência

Eis o relatório.

## Voto

Conselheiro Relator Orlando José Gonçalves Bueno

Por presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, dele tomo conhecimento.

Em face a argüição preliminar de cerceamento do direito de defesa, considerando que o argumento da Recorrente relativo a decisão de primeira instância que deixou de apreciar a matéria sobre a permuta de ativos e o entendimento da própria SRFB a esse respeito, que, por si só, diz respeito a matéria central da discussão do mérito nestes autos, faz-se necessário o enfrentamento primeiro antes do mérito, a fim de deslindar e abranger toda a matéria em discussão neste processo administrativo fiscal, por consequência.

Assim, passa-se ao mérito.

Com a devida permissão do i. Conselheiro Relator, Geraldo Valentim Neto, no processo nº 16327.000281/2010-38, julgado na sessão de 11 de abril de 2012, ainda em fase de formalização do acórdão nº 1202-000.745, em cuidando com profundidade e esmero sobre a controvérsia idêntica nestes autos, reproduz-se, na íntegra, o seu voto, que, não obstante, vencido, expõe, com brilhantismo e rigor técnico jurídico, a interpretação plausível perante a situação fiscal em julgamento, pelo que o transcrevo a seguir:

“O mérito objeto dos Autos de Infração consiste na exigência de IRPJ e CSLL, multas (de ofício e isolada) e juros SELIC (fls. 286/322), tendo por base as seguintes alegações da fiscalização:

(i) Exigência de IRPJ e CSLL e acréscimos legais (multa de ofício e juros SELIC) em decorrência da caracterização pela autoridade fiscal de omissão de ganho auferido na devolução do patrimônio social das entidades BOVESPA, em 28 de agosto de 2007 (fls. 18 a 20, e fl. 309 do Termo de Verificação Fiscal - TVF), e BM&F, em 01 de outubro de 2007 (fls. 15 e 16, e fl. 310 do TVF), por ocasião da ocorrência dos processos que ficaram conhecidos como desmutualização das bolsas, tendo como enquadramento legal o artigo 17 da Lei nº 9.532/97;

(ii) Exigência de multa isolada pela falta de recolhimento de IRPJ e CSLL sobre a base de cálculo estimada nos referidos meses de agosto e outubro de 2007 (tendo em vista a não inclusão do suposto ganho auferido na devolução do patrimônio da BOVESPA, em 28 de agosto de 2007, e da BM&F, em 01 de outubro de 2007, em decorrência do processo conhecido como “desmutualização” das bolsas), tendo como enquadramento legal o artigo 44, §1º, inciso IV, da Lei nº 9.430/96, alterado pelo artigo 14 da Lei nº 11.488/07.

### **A NATUREZA DA OPERAÇÃO DE DESMUTUALIZAÇÃO DAS BOLSAS E A FUNDAMENTAÇÃO DA AUTUAÇÃO**

A fundamentação utilizada pela fiscalização para lavrar os presentes Autos de Infração e exigir o IRPJ e a CSLL da Recorrente foi a de que no processo de desmutualização das bolsas (BOVESPA e BM&F) teria havido uma devolução de

patrimônio social ao invés de uma substituição dos títulos patrimoniais por ações, conforme alega a Recorrente.

Segundo o entendimento da fiscalização, a desmutualização foi um conjunto de alterações societárias que culminaram na transferência das atividades das bolsas, que até então eram desempenhadas por associações sem fins lucrativos, para companhias abertas, com propósitos econômicos. A fiscalização interpretou, assim, que nesse processo houve devolução de patrimônio das associações sem fins lucrativos para as corretoras e elas associadas na forma de ações das novas sociedades anônimas constituídas. Por tal razão, de acordo com a interpretação da fiscalização o montante correspondente à diferença entre o valor supostamente recebido a título de devolução de patrimônio de sociedades isentas e o valor entregue para a formação do mesmo deveria ter sido computado na determinação do lucro real da Recorrente, nos termos do artigo 17 da Lei nº 9.532/97.

Segundo a interpretação da fiscalização, o regime jurídico a que as bolsas se submetiam era próprio das associações e as normas legais não contemplam os institutos da cisão, incorporação ou fusão de referidas entidades, pois tais institutos estariam dispostos no Código Civil em capítulo específico para as sociedades. Assim, com base em tal entendimento a fiscalização chegou à conclusão, utilizada para fundamentar a lavratura dos presentes Autos de Infração, de que o que ocorreu no processo de desmutualização foi a extinção da BOVESPA e da BM&F, associações sem fins lucrativos, conduzindo a uma suposta devolução do patrimônio social à Recorrente.

Todavia, conforme será adiante demonstrado referida interpretação da fiscalização -- que serviu de fundamento para a lavratura dos presentes Autos de Infração -- não tem o condão de (i) invalidar o que de fato ocorreu e tentar desconsiderar a realização de cisão parcial das entidades (BOVESPA e BM&F), muito menos de (ii) configurar uma suposta extinção de referidas entidades com devolução de patrimônio, tendo por base o artigo 17 da Lei 9.532/97.

As premissas e fundamentações utilizadas pela fiscalização para a lavratura dos presentes Autos de Infração distanciam-se da realidade dos fatos, em especial no tocante à natureza da operação de desmutualização da BOVESPA e da BM&F, na medida em que esta se caracterizou, de fato, como uma cisão de parcela do patrimônio das entidades com a substituição dos títulos por ações, e não como extinção das entidades com devolução de patrimônio social à Recorrente.

Vale destacar, primeiramente, que nos documentos emitidos pela BM&F e pela BOVESPA (Comunicado e Ofício Circular de fls. 15/16 e 18/20), as referidas entidades informaram aos seus associados que referida operação de desmutualização seria deliberada em assembleia e ocorreria, uma vez aprovada, mediante a cisão parcial das entidades (com a transferência de parcela do patrimônio).

Dessa forma, como este assunto foi deliberado em assembleia e houve a consequente aprovação da transformação, a vontade das partes foi proceder a operação de desmutualização através da cisão parcial. Prevaleceu, no momento da operação, como em todos os contratos decorrentes, o princípio da autonomia da vontade, pautado nos interesses das partes.

Em nenhum momento ocorreu qualquer hipótese de extinção das associações e devolução do patrimônio; muito pelo contrário, os atos societários de cisão parcial foram arquivados na Junta Comercial e no Registro Civil das Pessoas Jurídicas competentes e tornaram-se válidos e definitivos no mundo jurídico.

Conforme se depreende dos documentos anexos aos autos, o que ocorreu em 2007 foi uma deliberação entre os associados da BM&F e da BOVESPA, com o intuito de reorganizar a estrutura jurídica das respectivas associações.

Assim, em reunião nas respectivas assembleias convocadas para tal fim, os associados expressaram suas vontades e decidiram pela cisão parcial de cada associação, com a versão de parcela de seus patrimônios para as sociedades anônimas criadas para viabilizar o processo de desmutualização.

Referido processo foi também realizado em âmbito mundial, a exemplo do que já vinha ocorrendo em outras bolsas de valores, como esclarecido abaixo:

*“As bolsas europeias e asiáticas foram as pioneiras na adoção do processo de desmutualização. De fato, a primeira bolsa a desmutualizar-se foi a Bolsa de Valores de Estocolmo, em 1993, sendo seguida por diversas outras, como a Bolsa de Valores de Helsinki, Bolsa de Valores de Amsterdã e a Bolsa de Valores da Itália em 1997. Em 2000, desmutualizaram-se as Bolsas de Valores de Singapura, Hong Kong, Toronto, a London Stock Exchange e a Euronext.*

*Nos Estados Unidos, o processo de desmutualização iniciou-se um pouco mais tarde, sendo a Chicago Mercantile Exchange a primeira bolsa americana a abandonar a estrutura associativa tradicional, em 2002. Logo, esta foi seguida pelas principais bolsas de valores e de mercadorias e futuros norte-americanas, como a Chicago Board of Trade, a NASDAQ e, no ano de 2006, a New York Stock Exchange – NYSE e a New York Mercantile Exchange – NYMEX.” (EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariadna B.; PARENTE, Flávia e HENRIQUES, Marcus de Freitas. Mercado de Capitais – Regime Jurídico, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008. p. 201-202).*

Nestes termos, por meio da decisão dos associados em assembleia geral extraordinária ocorreu a cisão parcial da BM&F com a incorporação da parcela cindida pela BM&F S/A. A BOVESPA, por sua vez, tendo por base decisão em assembleia geral e por meio também de cisão parcial verteu parte de seu patrimônio para a Bovespa Serviços e Participações S/A (Bovespa Serviços) e Bovespa Holding S/A (Bovespa Holding), e em seguida a Bovespa Holding incorporou a totalidade das ações da Bovespa Serviços, transformando esta última em uma subsidiária integral, conforme descritivo das operações de desmutualização acostado às fls. 384/387 dos autos.

Assim, após a realização dos processos de desmutualização ocorridos respectivamente nos dias 28/8/2007 e 01/10/2007, as entidades BOVESPA e BM&F transferiram, mediante cisão parcial seguida de incorporação, parcela de seu patrimônio para a BOVESPA HOLDING e para a BM&F S/A.

São fatos inquestionáveis, portanto, que:

(i) tanto a BM&F quanto a BOVESPA foram parcialmente cindidas e as parcelas cindidas de seus patrimônios foram incorporadas pela BM&F S.A e pela BOVESPA HOLDING;

(ii) os associados da BM&F e da BOVESPA receberam, em substituição aos seus títulos patrimoniais, certa quantidade de ações da BM&F S.A. e da BOVESPA HOLDING, ativos estes que nunca integraram o patrimônio da BM&F e da BOVESPA;

(iii) tais processos não importaram na extinção ou dissolução da BM&F ou da BOVESPA, que permaneceram em atividade, com um objeto social mais restrito; e que

(iv) nenhum dos ativos integrantes do patrimônio cindido da BOVESPA e da BM&F foi entregue aos seus associados.

Conforme pode se verificar da leitura do artigo 59 do Código Civil, abaixo transcrito, as deliberações em assembleia são extremamente importantes, pois consiste a assembleia no “*órgão necessário da associação, exercendo o papel de poder legislativo na instituição*”, conforme os ensinamentos do ilustre doutrinador Sílvio de Salvo Venosa (*in* Código Civil Interpretado. São Paulo: Atlas, 2010. p. 74).

Dessa forma, não há que se suscitar qualquer dúvida acerca da validade da cisão parcial, deliberada e implementada, visto que é competência privativa da assembleia geral alterar o estatuto, conforme dispõe referido dispositivo. Vejamos:

*Art. 59. Compete privativamente à assembleia geral.*

*I – destituir os administradores;*

*II – alterar o estatuto.*

Assim, na forma da lei e dos estatutos sociais das referidas instituições, a assembleia é o órgão incumbido de expressar a vontade social, que no presente caso consubstanciou-se na aprovação da cisão parcial das entidades.

Ademais, referidas operações encontravam-se expressamente previstas nos Estatutos Sociais da BOVESPA e da BM&F, respectivamente, como matérias de competência da assembleia geral. Vejamos:

### **BOVESPA**

***Art. 80 – A dissolução e liquidação, a incorporação, fusão e cisão da Bolsa, dependem de aprovação em uma única Assembleia Geral, por 2/3 (dois terços) das sociedades corretoras membros, ou pela maioria absoluta, em duas Assembleias, realizadas com intervalo mínimo de um ano, em exercícios consecutivos. (não grifado no original)***

### **BM&F**

***Art. 95 – A fusão, a cisão, a transformação, a incorporação ou, ainda, a dissolução da BM&F dependerá de aprovação, em uma única Assembleia Geral, de 2/3 (dois terços) dos sócios detentores de títulos patrimoniais ou de***

*sua maioria absoluta em duas Assembleias, realizadas com intervalo mínimo de um ano, em exercícios consecutivos. (não grifado no original)*

Por tais razões, e diante das respectivas aprovações em assembleias e dos eventos jurídicos realizados, que implicaram na cisão parcial das entidades, cabe à fiscalização aplicar as normas legais a eles atribuíveis, não podendo simplesmente ignorar, negar ou modificar a natureza dos fatos, para assim atribuir a norma legal de sua conveniência, em desvirtuamento da operação devidamente realizada nos termos da lei e das vontades das partes.

Também por tais motivos que o Código Tributário Nacional determinou, de maneira expressa, que não pode a lei tributária modificar conceitos do direito privado, conforme estabelece o artigo 110, abaixo transcrito:

*Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.*

Se o que efetivamente ocorreu foi uma cisão parcial, conforme registrado nos órgãos competentes e devidamente aprovado pelos associados nas respectivas assembleias, não pode a fiscalização, inclusive nos termos do Código Tributário Nacional, alterar esse fato e, conseqüentemente, modificar a natureza do que foi deliberado pelas partes e realizado com base na legislação aplicável.

A fim de demonstrar o que efetivamente ocorreu com o processo de desmutualização, oportuno se faz transcrever trechos do Comunicado Externo encaminhado pela BM&F aos seus associados, com esclarecimentos acerca de referida reestruturação (fls. 15/16):

*“A Assembleia será realizada amanhã, dia 20/09/2007, às 10h30min, conforme o Ofício Circular 071/2007-PRES, de 17/09/2007 (cópia em anexo), tendo por objeto **deliberar sobre a ‘desmutualização’ da BM&F, ou seja, o processo pelo qual as suas atividades passarão a ser desenvolvidas por intermédio de uma sociedade anônima. Tal procedimento será efetuado por meio da cisão de uma parcela do patrimônio da Bolsa, a ser incorporada por uma nova sociedade, a BM&F S.A.**” (não grifado no original).*

Não há dúvidas, da leitura do comunicado acima, de que o processo de reestruturação se deu pela cisão parcial, de modo que restou evidente a observância do Princípio da Autonomia da Vontade entre as partes, conforme preconiza o nosso Código Civil.

Assim, o que ocorreu no processo de desmutualização e que se depreende dos documentos anexados aos autos é que desde o início o objetivo dessa reestruturação foi a cisão de parcela do patrimônio acompanhada da incorporação de referida parcela por uma nova sociedade, o que de fato ocorreu, ao passo que nunca se discutiu, deliberou ou mesmo pretendeu a devolução do patrimônio decorrente de extinção da BOVESPA e da BM&F para a criação de outra sociedade, situações estas que sequer ocorreram.

Ao contrário do que alega a fiscalização, as ações da BOVESPA HOLDING e da BM&F S.A não foram recebidas pela Recorrente a título de “devolução” do patrimônio decorrente da extinção das associações BOVESPA e BM&F, o que torna inaplicável ao caso concreto o artigo 17 da Lei nº 9.532/97.

Ademais, não prosperam os argumentos da fiscalização de que as normas que regem as associações não contemplam os institutos de cisão, fusão e incorporação, o que supostamente teria culminado na extinção das referidas associações, visto que não há impedimento legal, muito menos estatutário para a cisão de associações.

O simples fato de as referidas operações não serem previstas nos artigos 53 a 61 – que tratam das associações – do Código Civil não impediria a sua realização. Assim, na ausência de dispositivo legal que vede a realização de operações de cisão por parte de associações, não tem a fiscalização o direito de presumi-las proibidas, até porque, por decorrência do princípio da legalidade, de observância obrigatória pela fiscalização, nos termos do artigo 2º da Lei 9784/99, *ninguém pode ser obrigado ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*, conforme regra preconizada no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, a exemplo do que também já decidiu este E. Conselho. Vejamos:

*IMPUTAÇÃO. Tendo em vista a ausência de lei formal estabelecendo a forma como os contribuintes realizarão a compensação entre créditos e débitos fiscais, notadamente nas situações em que o saldo credor acumulado for superior ao saldo devedor, é possível a utilização, pela via analógica, das disposições estabelecidas pelo Código Civil, sendo certo que não há como exigir-se do contribuinte conduta diversa, uma vez que, como estabelece o inciso II do art. 5º da Constituição Federal "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", a qual inexistente na situação em tela. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO. (Acórdão nº 30238954 do Processo 16327000585200295, Terceiro Conselho de Contribuintes. 2ª Câmara. Turma Ordinária, de 12/09/2007) (não grifado no original).*

Dessa forma, nada impedia e nada impede que associações passem por operações como fusão, cisão e transformação.

Tanto é assim que esta possibilidade encontra-se também prevista no atual Código Civil, conforme pode se verificar da simples leitura do artigo 2.033, que ao fazer remissão ao artigo 44 (que trata das associações) reconhece expressamente a possibilidade de associações serem submetidas a processos de reorganização societária, envolvendo sua fusão, cisão e incorporação. Vejamos:

*Art. 2.033. Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código.*

*Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:*

*1 - as associações.*

(*não grifado no original*)

Sabe-se que as únicas regras relativas a tais operações citadas pelo artigo 2.033 do Código Civil constam dos artigos 1.113 a 1.122 do mesmo diploma legal e se referem às sociedades. Estes dispositivos devem, portanto, reger as cisões, incorporações, transformações e fusões de associações, operações que se encontram expressamente autorizadas, conforme visto acima.

Portanto, encontra-se equivocada a alegação da fiscalização relativa à falta de permissão legal para a transformação de associações, exatamente porque o Código Civil reconhece expressamente (artigo 2.033) a possibilidade de associações promoverem atos de transformação.

Esta possibilidade encontra-se também prevista de maneira expressa na própria legislação tributária. Vejamos:

*Lei 9.532/97*

*Art. 16. Aplicam-se à entrega de bens e direitos para a formação do patrimônio das instituições isentas as disposições do art. 23 da Lei n.º 9.249, de 1995.*

*Parágrafo único. A transferência de bens e direitos do patrimônio das entidades isentas para o patrimônio de outra pessoa jurídica, **em virtude de incorporação, fusão ou cisão**, deverá ser efetuada pelo valor de sua aquisição ou pelo valor atribuído, no caso de doação. (*não grifado no original*)*

Conforme pode se verificar da leitura do dispositivo acima transcrito, é evidente que a legislação tributária autoriza expressamente a incorporação, fusão e cisão de entidades isentas, como associações. E como o disposto nos parágrafos serve para complementar o disposto no *caput* de determinado artigo, conforme previsto no artigo 11, inciso III, alínea “c” da Lei Complementar nº 95/1998, abaixo transcrito, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração das leis, não há que se falar em falta de previsão legal para a realização de cisão de associações:

*Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:*

*III - para a obtenção de ordem lógica*

*c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida.*

Não restam dúvidas, portanto, de que a legislação tributária prevê também a possibilidade de entidade isentas, como é o caso das associações sem fins lucrativos (BOVESPA e BM&F), sofrerem processo de transformação mediante incorporação, fusão ou cisão.

O próprio estatuto das instituições (BOVESPA e BM&F) autorizava tais operações, debatidas e aprovadas em assembleias constituídas para tanto, conforme visto, e com suporte na legislação aplicável.

Cumpra transcrever, neste sentido, e a fim também de afastar qualquer dúvida que possa ser suscitada a esse respeito, trechos do Parecer Jurídico DNRC/COJUR nº 064/98 ([http://www.dnrc.gov.br/facil./pareceres/pa064\\_98.htm](http://www.dnrc.gov.br/facil./pareceres/pa064_98.htm)) emitido pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior nos autos do Processo MDIC nº 52700-000043/98-98, em que foi analisado o pleito das recorrentes acerca da possibilidade de arquivamento na Junta Comercial dos atos relativos à operação de cisão de entidade aberta de previdência privada. Vejamos:

*“Em verdade, a lei não faz qualquer restrição ou proibição à espécie de cisão cujo arquivamento se pretende. Como destacado nas razões deste recurso, a lei se refere genericamente a sociedades, sem restringir qualquer um dos tipos de sociedade, o que equivale afirmar que qualquer tipo societário poderá figurar em processo de cisão.”*

(...)

*Nos dispositivos legais que orientam a cisão não se encontra qualquer proibição ou restrição à participação de uma sociedade sem fins lucrativos no processo.*

(...)

*No tocante à alegação de que estaria configurada, no caso vertente, uma devolução de capital e não uma cisão de empresa, pelo fato de que as componentes da cindida receberam diretamente a titularidade dos bens/direitos que pertencem à mesma, também não identifiquei qualquer óbice para arquivamento dos atos, na medida em que já está assente que tal procedimento não descaracteriza a figura da cisão prevista na Lei nº 6404/76.*

(...)

*Quanto à questão de mérito propriamente dita entendemos que prosperam, pelos seus próprios fundamentos jurídicos e legais, os argumentos expedido pelas Recorrentes, posto que não encontramos na legislação pertinente, qualquer proibição ou impedimento dessas entidades participarem de operações de incorporação, fusão ou cisão. Aliás, esse é o entendimento da Consultoria Jurídica deste Ministério, do qual, dado seu efetivo vinculante, não cabe a este Departamento arrear, nos termos expressos pelo inciso III do art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.*

(...)

*Efetivamente assevera o M. D. Consultor Jurídico no Parecer MICT/CONJUUR nº 129/96 que “...também sociedades sem fins lucrativos (v.g partidos políticos, Estados) podem incorporar-se entre si, fundir-se ou desmembrar-se. As idéias de incorporação, fusão e cisão antecedem o surgimento das sociedades anônimas.” (não grifado no original)*

Portanto, não restam dúvidas de que a desmutualização consistiu na cisão de parcela do patrimônio das entidades, parcela esta incorporada por outra sociedade, nos termos da legislação (Código Civil, artigo 2.033), do próprio estatuto das instituições e pareceres das autoridades competentes anexados aos autos.

Comprovada a natureza da operação de desmutualização, realizada mediante a cisão parcial do patrimônio das entidades, conforme demonstrado, cumpre tecer alguns esclarecimentos acerca da forma como tais atos foram realizados.

O Código Civil não dispõe sobre a cisão, embora a ela se refira, de modo que se aplicam neste caso os esclarecimentos contidos na Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76).

Assim, conforme estabelece o artigo 229 de referida lei, “a cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão”.

Ora, conforme comprovado, no presente caso a cisão foi *parcial*, de maneira que não há que se falar em *extinção* da companhia cindida, como equivocadamente argumentado pela fiscalização como justificativa para a lavratura dos presentes Autos, mas sim na sua divisão, conforme bem esclarece o artigo supra transcrito.

Cumpra transcrever, neste sentido, os esclarecimentos do doutrinador Modesto Carvalhosa:

“O direito brasileiro admite duas modalidades de cisão: a cisão total, quando ocorre versão de todo o patrimônio da cindida, que se extingue sem se dissolver (art. 219, II), e a cisão parcial, quando há versão de parte do patrimônio da cindida, que se mantém com seu capital diminuído.” (In Comentários à Lei de Sociedades Anônimas - Ed. Saraiva, 2009. Volume 4, páginas 293). (não grifado no original)

Portanto, a extinção de uma entidade se dá apenas em caso de cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades mas nunca pela cisão de parcela, como ocorrido no presente caso, conforme estabelece também o artigo 219 da Lei das S.A., abaixo transcrito:

“Art. 219. **Extingue-se a companhia:**

I – pelo encerramento da liquidação;

II – pela incorporação ou fusão, e **pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.**” (não grifado no original)

Assim, “a cisão pode ou não acarretar a extinção da sociedade cindida” dependendo da modalidade adotada: se total, haverá a extinção, e se parcial, não. Tanto é assim que ao compará-la com o processo de cisão total, esclarece ainda Modesto Carvalhosa que “no caso de cisão parcial com constituição de novas sociedades, o procedimento é idêntico, com exceção do efeito de extinção que não ocorre, por permanecer a cindida com sua personalidade jurídica intocada.” (In Comentários à Lei de Sociedades Anônimas - Ed. Saraiva, 2009, Volume 4, páginas 300 e 309).

Portanto, o que de fato ocorreu foram legítimas operações de cisão parcial da BOVESPA e da BM&F e não extinção dessas entidades seguidas de devolução de patrimônio aos associados e realização de novos investimentos nas sociedades constituídas, como incorretamente alegou a fiscalização.

Caso houvesse sido implementada uma dessas operações, o que não foi o caso, os ativos da BOVESPA e da BM&F teriam necessariamente transitado pelo patrimônio dos associados, que teriam, então, a faculdade de transferi-los, ou não, às sociedades resultantes do processo de desmutualização. Mas isso não ocorreu e não foi o caso ora examinado. Ocorreram, sim, verdadeiras cisões parciais com a versão de parcela do patrimônio às sociedades constituídas, conforme exhaustivamente demonstrado.

Ademais, a jurisprudência dos tribunais judiciais reconhece que a operação de cisão caracteriza-se pela transferência de patrimônio de uma pessoa jurídica para outra, que dará continuidade às atividades anteriormente exercidas pela primeira, o que efetivamente ocorreu no presente caso. Não há que se falar em devolução de patrimônio decorrente de extinção das entidades, que jamais ocorreu. Vejamos:

**“Configura-se cisão o negócio jurídico pelo qual uma sociedade transfere parcelas de seu patrimônio para outra sociedade criada a fim de prosseguir na exploração de suas atividades comerciais.”** (TJRJ, 6ª Câmara, Apelação nº 0001583-65.2004.8.19.0037, Rel. Des. Marco Aurélio Froes, de 09/05/2007) (não grifado no original)

Portanto, com a aprovação das operações de cisão parcial em assembleia e a imediata transferência de parcela patrimonial de uma pessoa jurídica para a outra, as corretoras de valores que possuíam títulos patrimoniais na BOVESPA e na BM&F receberam ações da BOVESPA HOLDING e da BM&F S.A em **substituição** aos títulos representativos da mesma parcela patrimonial vertida. Isso porque nas cisões parciais não há alienação, muito menos devolução de patrimônio, mas sim sucessão. Ou seja, não houve ganho nenhum. O que apenas ocorreu foi uma efetiva substituição dos títulos da cindida pelas ações da cindenda.

Os proprietários dos títulos patrimoniais simplesmente passaram a ser acionistas das novas sociedades. Nem mesmo o valor da substituição dos títulos, lançado no ativo por meio de uma mera reclassificação entre as contas contábeis, sofreu alteração, **pois as ações foram registradas com base no mesmo valor contábil atribuído aos títulos patrimoniais.** Dessa forma, **não houve ganho ou perda de capital.**

Ademais, a substituição é demonstrada através dos documentos trazidos pela Recorrente aos autos, que comprovam que antes possuía títulos patrimoniais e que com a desmutualização os teve substituídos por ações, que correspondem exatamente ao mesmo montante contábil relativo aos títulos anteriores (fls. 49). Isso reflete o que de fato ocorreu, ou seja, os ativos e passivos foram transferidos para as sociedades anônimas pelos mesmos valores com que constavam no balanço das associações em que estavam antes contabilizados.

Constata-se, portanto, e conforme exhaustivamente comprovado, que o que houve foi uma mera substituição de títulos por ações, realizada com base no mesmo valor contábil atribuído aos títulos, o que impede a alegação de ganho ou perda de capital.

É importante ainda ressaltar que a própria DRJ/SP reconheceu a natureza permutativa da operação sob análise ao determinar que **“a equivalência apontada pelo autuado entre os valores dos títulos patrimoniais da BOVESPA e da BM&F e os valores das ações, recebidas em troca, da BOVESPA HOLDING S/A e da BM&F S/A sem registro de acréscimo**

***patrimonial, deu-se no âmbito contábil e societário, por força de alegadas normas contábeis e societárias***” (fls. 433).

Por tal razão, não há que se falar em ganho de capital, muito menos em fato gerador do IRPJ, como também já determinado pela própria Procuradoria no Parecer PGFN nº 454/92 (DOU de 12/5/92, p. 5898), ao concluir que “os argumentos válidos para a permuta de imóveis servem igualmente para demonstrar a inexistência do fato gerador do imposto de renda na permuta de ações por títulos diversos.”.

Todavia, mesmo diante de todo o exposto, a fiscalização houve por bem interpretar e alegar no sentido de que houve devolução do patrimônio por extinção das associações – que conforme exaustivamente comprovado incorreu –, aplicando, como embasamento para a lavratura dos autos, o disposto no artigo 17 da Lei nº 9.532/97, abaixo transcrito:

*“Art. 17. Sujeita-se à incidência do imposto de renda à alíquota de quinze por cento a diferença entre o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, por pessoa física, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver entregue para a formação do referido patrimônio.”*

Com efeito, o que se verifica é que o referido artigo faz referência à devolução de patrimônio de pessoa jurídica isenta aos participantes de seu capital. Todavia, conforme comprovado anteriormente, as instituições isentas não devolveram nada aos seus associados; até porque, se assim o fizessem -- o que não foi o caso, conforme demonstrado --, os ativos das instituições teriam necessariamente transitado pelo patrimônio dos associados, que teriam, então, a faculdade de transferi-los, ou não, às sociedades resultantes do processo de desmutualização. Mas não foi isto o que ocorreu. O que houve, sim, foi uma mera substituição dos títulos patrimoniais por ações, com base no mesmo valor contábil, não sendo aplicável ao caso sob análise o disposto no referido dispositivo.

Por tal razão, além da inconsistência com base no quanto já comprovado, a tentativa da fiscalização de aplicar o artigo acima transcrito, a fim de tratar o processo de desmutualização como operação de devolução de patrimônio em decorrência de extinção das associações, implica na tentativa de exigência de tributos por analogia, o que contraria o disposto no Código Tributário Nacional, que veda essa prática em seu artigo 108, parágrafo 1º, ao dispor que “*o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.*”

A própria Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) já reconheceu em diversos julgados a impossibilidade da cobrança de tributos por analogia (vide, por exemplo, Acórdão CSRF nº 01-05.198, de 14.3.2005, Acórdão CSRF nº 01-05.059, de 10.8.2004, e Acórdão CSRF nº 01-03.633, de 6.11.2001). Vale transcrever, neste sentido, trecho do voto proferido pelo relator nos autos do Acórdão CSRF nº 01-05.059, que se aplica à presente discussão. Vejamos:

***“Não se pode admitir a exigência de tributo para situação em que não se encaixe perfeitamente a hipótese legal. É o princípio constitucional da estrita legalidade que determina a necessidade de que a lei adventícia traga no seu bojo os elementos descritores do fato jurídico. A identidade dos elementos com o fato jurídico tributário caracteriza a tipicidade tributária, diretamente decorrente da estrita legalidade.***

*O comando constitucional do art. 150, I, é repetido pelo Código Tributário Nacional no art. 97 que prevê expressamente que somente a lei pode estabelecer a instituição de tributos e a definição do sujeito passivo (inciso III). E mais: o § 1º do art. 108 impede o emprego da analogia para exigência de tributo não previsto em lei.” (não grifado no original)*

Não é possível, portanto, e unicamente para fins de exigência tributária, buscar caracterizar como devolução de patrimônio em decorrência de suposta extinção de associações quando (i) não houve extinção das entidades e (ii) inexistiu devolução de patrimônio, e também quando (iii) comprovado ter havido apenas cisão parcial das associações, nos termos da legislação (Código Civil, artigo 2.033), dos estatutos e assembleias correspondentes, e do posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

Como bem já pontuou este E. CARF (Acórdão nº 10415653), “a tipicidade cerrada do fato gerador e a estrita legalidade são impeditivas a interpretações da legislação para a efetivação ou sustentação de lançamento tributário em condições ou circunstâncias legais e expressamente não autorizadas, sendo, neste contexto, incabível o emprego de analogia”.

Assim, considerando que o fato gerador do IRPJ consiste no acréscimo patrimonial decorrente da aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica sobre a renda, nos termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional, é evidente que não houve nenhum acréscimo patrimonial por parte da Recorrente a ensejar a tributação pelo IRPJ, haja vista não ter a Recorrente auferido qualquer ganho decorrente da substituição dos títulos patrimoniais pelas ações com o processo de desmutualização da BOVESPA e da BM&F, *cujos valores foram exatamente os mesmos*.

Cumprе ressaltar, neste sentido, que o próprio Ministério da Fazenda, ao se manifestar acerca das regras aplicáveis aos acréscimos patrimoniais dos títulos patrimoniais das bolsas confirmou, de forma expressa, que os valores referentes às atualizações de títulos patrimoniais de bolsa de valores, desde que não distribuídos, não estão sujeitos à tributação, exatamente **porque não constituem receita nem ganho de capital**, conforme pode se verificar da leitura da Portaria MF nº 785/77, abaixo transcrita:

*“O acréscimo do valor nominal dos títulos patrimoniais das Bolsas de Valores, em decorrência de alteração do seu patrimônio social, **não constitui receita nem ganho de capital das sociedades corretoras associadas** e, por isso, pode ser excluído do lucro real destas desde que não seja distribuído e constitua reserva para oportuna e compulsória incorporação ao capital.” (não grifado no original)*

Vale lembrar que a própria DRJ/SP reconheceu, expressamente (fls. 433), que não houve acréscimo patrimonial na operação de desmutualização, realizada através da substituição, pelo mesmo valor contábil, dos títulos patrimoniais pelas ações, o que impossibilita a exigência do IRPJ.

Por tais razões, tendo em vista que “‘renda’ e ‘proventos de qualquer natureza’ são elementos patrimoniais que não pertenciam ao conjunto de direitos pré-existentes das pessoas e que não representam uma mera reposição de elementos patrimoniais ou permuta” (Mosquera, Roberto Quiroga, “Tributação no Mercado Financeiro de Capitais”, São Paulo, 1998, Revista Dialética, p. 140 e seguintes), não há que se falar em acréscimo patrimonial, e por conseguinte, hipótese de

incidência do IRPJ, em razão da operação de substituição dos títulos por ações que configurou a desmutualização da BOVESPA e da BM&F.

Dessa forma, resta claro que não ficou configurada a hipótese de incidência tributária prevista no artigo 17 da Lei nº 9.532/97, na medida em que (i) inocorreu devolução de patrimônio e (ii) não houve ganho ou perda de capital que pudesse ensejar o fato gerador do imposto de renda. O que houve, como comprovado, foi uma substituição dos títulos patrimoniais que a Recorrente possuía na BOVESPA e na BM&F por ações da BOVESPA HOLDING e BM&F S/A sob o mesmo valor anteriormente contabilizado em decorrência da cisão parcial de tais entidades que caracterizou o processo de desmutualização.

#### **b) O MÉTODO DE AVALIAÇÃO DOS TÍTULOS PATRIMONIAIS DA BM&F E DA BOVESPA**

Conforme demonstrado acima, não houve no presente caso a tipificação do artigo 17 da Lei nº 9.532/97 que pudesse ensejar a tributação da Recorrente pelo IRPJ e pela CSLL, haja vista não ter ocorrido devolução de patrimônio no processo de desmutualização da BOVESPA e da BM&F, muito menos ganho de capital, uma vez que os títulos patrimoniais foram substituídos por ações e mantiveram o mesmo valor contábil em decorrência do processo de cisão parcial que sofreram referidas entidades.

Além disso, a não incidência de tais tributos também decorre do método atribuído à atualização dos títulos patrimoniais na BM&F e na BOVESPA, que se assemelha ao método de equivalência patrimonial de investimentos previsto na Lei nº 6.404/76.

Referido método consiste na atualização do valor contábil do investimento pelo valor equivalente à participação societária da sociedade investidora no patrimônio líquido da sociedade investida. Significa, portanto, em *“avaliar determinados investimentos em outras pessoas jurídicas através do valor do patrimônio líquido contábil que elas apresentam”* (Oliveira, Ricardo Mariz de. Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 731).

Assim, ao final de cada exercício a empresa investida deve informar a empresa investidora acerca da alteração (positiva ou negativa) do seu patrimônio líquido, a fim de que sejam contabilizados os ajustes devidos no valor apresentado na contabilidade da investidora. Na hipótese de alteração positiva, por exemplo, verifica-se um aumento no valor da avaliação do investimento.

Tais reajustes, seja por aumento ou redução do valor do patrimônio líquido do investimento, são neutros do ponto de vista tributário, e não devem ser computados na determinação do lucro real, conforme determinam os artigos 225, parágrafo 1º e 389 do RIR/99. Portanto, variações positivas verificadas no valor contábil do investimento apurado pelo regime da equivalência patrimonial não estão sujeitas à incidência do IRPJ e da CSLL.

Dessa forma, para atuarem nas bolsas (BM&F e BOVESPA) as corretoras de valores mobiliários eram obrigadas a deter títulos patrimoniais das referidas entidades. Tais títulos representavam frações ideais do

patrimônio destas entidades, os quais eram contabilizados no ativo permanente das corretoras e ficavam sujeitos a atualizações periódicas.

Nos termos da legislação aplicável, ao final de cada ano as entidades (BM&F e BOVESPA) deveriam aumentar o valor nominal dos títulos por elas emitidos (artigo 9º da Resolução do Conselho Monetário Nacional – CMN/BACEN nº 2.690, de 28.1.2000) enquanto que as corretoras de valores mobiliários deveriam registrar, em seu ativo, como valor contábil dos títulos patrimoniais das referidas entidades (BM&F e BOVESPA), o respectivo valor patrimonial dos títulos, atualizando o valor nominal dos mesmos (Consolidação das Normas Contábeis do Sistema Financeiro, COSIF, anexa à Circular do Banco Central nº 1273/87, itens 1.11.3.3 a 5 das Normas Básicas e contas contábeis 2.1.4.10).

A atualização do valor dos títulos patrimoniais visava refletir a variação periódica (ao final de cada exercício social) verificada no patrimônio líquido das emissoras dos títulos (BM&F e BOVESPA), conforme previsto na Resolução CMN/BACEN nº 2.690/2000 (Regulamento das Bolsas de Valores).

Conseqüentemente, em caso de oscilação patrimonial (positiva ou negativa) no patrimônio líquido das emissoras dos títulos (BM&F e BOVESPA) havia a necessidade da respectiva atualização no valor contábil dos títulos patrimoniais, correspondente ao valor originário da sua aquisição pelas corretoras.

Dessa forma, quando as bolsas auferiam superávit e aumentavam o valor nominal dos títulos patrimoniais, as corretoras de valores deviam acompanhar esse movimento e aumentar o valor dos títulos em seu ativo.

De acordo com o Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional – COSIF (item 11, subitem 3, do capítulo 01, abaixo transcrito), referida atualização era feita a débito de título permanente – investimento em títulos de Bolsa – e a crédito de conta de patrimônio líquido, sem trânsito do respectivo valor pelo resultado do exercício:

*“3. Outros investimentos*

*Constituem a carteira Outros Investimentos as seguintes aplicações (Circ 1273)*

*Investimentos por incentivos fiscais;*

*Títulos patrimoniais;*

*Ações e cotas;*

*Outros investimentos.*

*2- Tais investimentos, bem como participações acionárias não aferíveis com base no patrimônio líquido, avaliam-se pelo custo de aquisição deduzido da provisão para perdas permanentes. (Circ 1273)*

**3- Os títulos patrimoniais de bolsas de valores, de mercadorias e de futuros, e da Central da Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos – CETIP são atualizados, por ocasião dos balanços, pelo valor informado pela respectiva bolsa, procedendo-se aos seguintes lançamentos de ajustes: (Circ 1273)**

*Se o novo valor informado pelas bolsas for superior ao saldo contábil na data-base do balanço, debita-se TÍTULOS PATRIMONIAIS pela diferença apurada, em contrapartida com RESERVA DE ATUALIZAÇÃO DE TÍTULOS PATRIMONIAIS;*

*Se o novo valor informado pelas bolsas for inferior ao saldo contábil na data-base do balanço, credita-se TÍTULOS PATRIMONIAIS pela diferença apurada, em contrapartida com RESERVA DE ATUALIZAÇÃO DE TÍTULOS PATRIMONIAIS até o limite do seu saldo. A parcela excedente, se houver, é debitada em LUCROS OU PREJUÍZOS ACUMULADOS.”*

*4- As atualizações de títulos patrimoniais, informadas pelas bolsas, independentemente da época de sua aprovação, são valorizadas em cada levantamento de balanço de exercício para efeito de lançamentos de ajustes. (Circ 1273)” (não grifado no original)*

Assim, referidas capitalizações eram creditadas diretamente a conta do patrimônio líquido (Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais), sem trânsito pelo resultado das corretoras de valores. Conclui-se, dessa forma, que a avaliação dos títulos patrimoniais para as corretoras de valores e equiparadas se dava pela aplicação da mesma sistemática do método de equivalência patrimonial, que goza de tratamento fiscal neutro, nos termos dos artigos 225, parágrafo 1º e 389 do RIR/99.

Vale ressaltar, a esse respeito, que a própria Receita Federal do Brasil reconheceu que o regime de atualização dos títulos patrimoniais da BM&F e da BOVESPA deve ser efetuado pelo método de equivalência patrimonial, e que os acréscimos decorrentes de referidas atualizações não constitui receita tributável para fins de incidência do IRPJ e da CSLL, conforme pode se verificar da leitura dos trechos abaixo transcritos, extraídos da Solução de Consulta COSIT nº 13/97:

*“Item 6.5 – A partir de 1997, referidos títulos puderam ser avaliados em função do valor do patrimônio da Bovespa, sem que os seus acréscimos ou decréscimos de valor se refletissem na base de cálculo do imposto de renda devido pelas corretoras membros, ou seja, passaram a ter o mesmo tratamento tributário dispensado às participações societárias avaliadas pelo método de equivalência patrimonial, por força do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, com alteração do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.648, de 1978.*

(...)

*Item 6.8 – Dos textos transcritos fica evidente que o tratamento tributário dos aumentos e das reduções de valor dos Títulos Patrimoniais das sociedades corretoras, membros da Bovespa, em virtude de acréscimos no patrimônio desta, decorrentes de suas operações, é exatamente o dispensado a acréscimos e reduções no valor dos investimentos avaliados pelo método da equivalência*

*patrimonial praticado por qualquer pessoa jurídica que tenha por finalidade o lucro, ou seja: os acréscimos não constituem receita tributável, devendo ser excluídos do lucro líquido, para determinação do lucro real, e as reduções constituem despesa não dedutível, devendo ser adicionadas ao lucro líquido, para determinação do lucro real.*

(...)

*Item 6.11 – Por tudo isso, é pacífico o entendimento de que a avaliação do valor dos referidos títulos patrimoniais deve ser efetuada pelo método da equivalência patrimonial, com todas as consequências de natureza comercial e fiscal daí decorrentes.” (não grifado no original)*

Dessa forma, além da inaplicabilidade do artigo 17 da Lei nº 9.532/97 ao presente caso em razão do que restou comprovado anteriormente, não procede ainda a alegação da autoridade fiscal com relação à Portaria MF nº 785/77, no sentido de que a suposta (e inexistente) devolução do capital resolveria o diferimento do IRPJ e da CSLL sobre a valorização dos títulos para o momento da desmutualização das bolsas, pois tal diferimento não tem amparo na legislação vigente, tendo-se em conta que a Portaria não trata de postergação de tributos mas da neutralidade fiscal do acréscimo do valor nominal dos títulos patrimoniais. Vale transcrever o teor da referida Portaria para melhor entendimento:

*“O Ministro de Estado da Fazenda, no uso de suas atribuições, e, com fundamento no que dispõe o art. 223, “m” do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 76.186/75,*

*RESOLVE*

*I. O acréscimo do valor nominal dos títulos patrimoniais das Bolsas de Valores, em decorrência de alteração do seu patrimônio social, não constitui receita nem ganho de capital das sociedades corretoras associadas e, por isso, pode ser excluído do lucro real destas desde que não seja distribuído e constitua reserva para oportuna e compulsória incorporação ao capital.*

*II. Aos aumentos de capital assim procedidos aplica-se o disposto no Decreto-lei nº 1.109/70, art. 3º, § 3º (RIR, art. 237).” (não grifado no original)*

Conforme visto, por determinação da referida Portaria, as citadas atualizações do valor dos títulos patrimoniais, quando positivas, não compunham o lucro das corretoras e conseqüentemente não estavam sujeitas à incidência do IRPJ e da CSLL, desde que tais valores não fossem distribuídos. Vale lembrar que o processo de desmutualização, conforme exaustivamente demonstrado, consistiu em substituição dos títulos patrimoniais por ações em decorrência de cisão parcial das entidades e conseqüente incorporação do patrimônio pelas novas sociedades.

Conclui-se, portanto, que essas atualizações têm natureza de mera equivalência patrimonial, e de acordo com os artigos 225, parágrafo 1º e 389 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), em caso de avaliação por este método eventual elevação do investimento não acarreta incidência do

IRPJ e da CSLL, conforme já havia sido definido pelas autoridades fiscais nos termos da Solução de Consulta COSIT nº 13/97.

**c) OS CRITÉRIOS JURÍDICOS UTILIZADOS NAS MANIFESTAÇÕES DA COSIT SOBRE O TEMA**

Em consonância com as conclusões acima, a Receita Federal do Brasil examinou referido procedimento de cisão parcial e se manifestou no mesmo sentido ao emitir, primeiramente, a Solução de Consulta COSIT nº 13, de 10 de novembro de 1997, abaixo transcrita, reiterando o caráter de neutralidade tributária preconizado na Portaria MF nº 785/77. Vejamos:

*“Processo de Consulta – Decisão Cosit 013, de 10 de novembro de 1997:*

*Assunto: IRPJ – Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas*

**Ementa: Não constituem fatos capazes de excluir a Bovespa do gozo do benefício de isenção do imposto de renda de que é titular:**

*I- a destinação de parte de seu patrimônio para integralização do capital social de empresa comercial que desempenhará atividades auxiliares (informática e telefonia);*

**II – a sua cisão, com destinação parcial de seu patrimônio para a constituição de empresa comercial que terá atividade correlata (Câmara de Compensação e Custódia de Títulos - ‘Clearing’);**

*Na apuração de ganho ou perda de capital na alienação pelas corretoras-membros, das ações (da ‘clearing’), por percentagem em substituição a parte do valor do título patrimonial na Bovespa, consider-se-á como custo de aquisição das referidas ações o seu valor contábil, que deverá ser proporcional à parcela do valor contábil do título patrimonial que for por elas substituída. Dispositivos legais: Arts. 159, 375 e 376 do RIR/94, Portaria MF 785/77, Res. BACEN 1.656/89, Parecer Cosit 2.111/81 e Pareceres CST/SIPR 2.254/81, 911/83 e 2.867/83.” (não grifado no original)*

Cumprе transcrever, ainda, os seguintes trechos do posicionamento da COSIT em referida Solução de Consulta:

*“8. A respeito do valor pelo qual as corretoras-membros devem registrar as ações do capital social da CLEARING, que receberem em substituição de parte do valor do título patrimonial da BOVESPA, em virtude de cisão em que os bens são avaliados a valor contábil, esclareça-se que, para a legislação do imposto de renda, este é um fato meramente permutativo, o que significa dizer que as ações serão registradas no ativo das corretoras pelo mesmo valor da parcela do título patrimonial que substituírem.*

*8.1. A esse respeito, e só para melhor compreensão, pois não é o caso presente, compara-se o efeito desse ato à situação de a BOVESPA devolver o capital para a associada e esta, ato contínuo, integralizar o valor recebido em empresa (no caso a Clearing) para os mesmos fins. Essa situação está clarificada, do ponto de vista fiscal, no art. 22 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995.” (não grifado no original)*

A operação analisada pela COSIT para proferir o posicionamento acima transcrito possui a mesma natureza daquela que ora se discute, qual seja, substituição de títulos patrimoniais por ações em decorrência de processo de reestruturação da bolsa (no caso, BOVESPA) mediante cisão parcial do patrimônio.

Em referida ocasião, houve a atribuição de ações da Clearing S.A. -- antiga denominação social da atual Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (CBLC) -- aos associados da BOVESPA, em substituição aos títulos patrimoniais que possuíam, por conta de processo de cisão parcial da associação.

Assim, ao analisar os efeitos tributários decorrentes de operação de cisão parcial da própria BOVESPA, com incorporação de parcela de seu patrimônio pela Clearing S.A., a COSIT reconheceu que não havia ganho de capital ou qualquer outra receita passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL em operação caracterizada pela substituição dos títulos patrimoniais por ações, ainda mais tendo referidas ações sido registradas pelos associados da BOVESPA pelo mesmo valor contábil dos títulos patrimoniais, processo idêntico ao que ocorreu na operação de desmutualização da BM&F e da BOVESPA que ora se analisa, conforme anteriormente comprovado.

Porém, no final do ano de 2007 a COSIT emitiu entendimento contrário ao exarado acima, também em resposta a uma solução de consulta. Referido posicionamento, expresso na Solução de Consulta nº 10/07, abaixo transcrita, teve como fundamentação a alegação de que (i) não seria possível a realização de cisão parcial de associações, como a BOVESPA e a BM&F, e de que (ii) o processo de desmutualização de tais entidades teria ocorrido mediante a devolução de capital, sustentando, assim, a exigência de tributação de eventual diferença entre o valor dos títulos e o valor das ações em razão de uma suposta subsunção da situação à regra do artigo 17 da Lei nº 9.532/97, a qual incorreu, conforme restou exaustivamente demonstrado. Vejamos:

*“EMENTA: OPERAÇÃO DE DESMUTUALIZAÇÃO DAS BOLSAS DE VALORES. O instituto de cisão, disciplinado nos arts. 229 e segs. da Lei nº 6.404, de 1976, e no art. 1.122 da Lei nº 10.406, de 2002, só é aplicável às pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob a forma de sociedade. Às bolsas de valores constituídas sob a forma de associações se aplica o regime jurídico estatuído nos arts. 53 a 61 da Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil de 2002). O art. 61 da Lei nº 10.406, de 2002, veda a destinação de qualquer parcela do patrimônio das bolsas de valores, constituídas sob a forma de associações, a entes com finalidade lucrativa. As sociedades corretoras devem avaliar as cotas ou frações ideais das bolsas de valores pelos custos de aquisição. O fato de a operação de “desmutualização” de associações não encontrar amparo no ordenamento jurídico não obsta a incidência do imposto de renda sobre a diferença entre o valor nominal das ações (da sociedade) recebidas pelos associados (sociedades corretoras) e o custo de aquisição das cotas ou frações ideais representativo do patrimônio segregado das bolsas de valores.”*

Por conseguinte, tendo em vista tratar-se de operações de mesma natureza, conforme visto, o fato de a COSIT ter mudado de posicionamento no final de 2007 -- logo após o referido processo de desmutualização -- violou o artigo 146 do Código Tributário Nacional, que dispõe o seguinte:

*“Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento **somente pode ser efetivada**, em relação a um mesmo sujeito passivo, **quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução**.” (não grifado no original)*

Assim, considerando que referida Solução de Consulta nº 10 foi publicada no Diário Oficial da União no dia 30 de outubro de 2007 (Seção 1 - Edição 209 – fl. 20) – ou seja, posteriormente à realização do processo de desmutualização, ocorrido no dia 28 de agosto de 2007 (com relação à BOVESPA) e no dia 01 de outubro de 2007 (com relação à BM&F) –, e que o IRPJ e a CSLL foram apurados em bases anuais, é certo que eventuais lançamentos somente poderiam atingir operações que viessem a ocorrer após o exercício seguinte, ou seja, somente a partir do ano calendário de 2008, em respeito também ao princípio da anterioridade.

Vale esclarecer ainda que o teor da Solução de Consulta COSIT nº 13/97 é de observância obrigatória pela fiscalização até o dia 30 de outubro de 2007, data da publicação no Diário Oficial da União da mudança de posicionamento, conforme determina o artigo 14 da Instrução Normativa RFB nº 740/07, abaixo transcrito. Por tal razão, referida Solução de Consulta deveria ter sido observada e aplicada pelas autoridades no momento da análise do processo de desmutualização, ocorrido nos dias 28 de agosto (BOVESPA) e 01 de outubro (BM&F) de 2007. Vejamos:

*Instrução Normativa RFB nº 740/07*

*Art. 14 A consulta eficaz, formulada antes do prazo legal para recolhimento de tributo, impede a aplicação de multa de mora e de juros de mora, relativamente à matéria consultada, a partir da data de sua protocolização até o trigésimo dia seguinte ao da ciência, pelo consulente, da Solução de Consulta.*

**§ 6º Na hipótese de alteração de entendimento exposto em Solução de Consulta, a nova orientação alcança apenas os fatos geradores que ocorrerem após a sua publicação na Imprensa Oficial ou após a ciência do consulente, exceto se a nova orientação lhe for mais favorável, caso em que esta atingirá, também, o período abrangido pela solução anteriormente dada. (não grifado no original)**

Referido posicionamento também foi confirmado por este E. Conselho, conforme pode se verificar da leitura do acórdão abaixo transcrito, que comprova a obrigatoriedade de as autoridades fiscais aplicarem, até o dia 30 de outubro de 2007 (data de publicação no D.O.U. da Solução de Consulta COSIT nº 10/07), o posicionamento contido na Solução de Consulta COSIT nº 13/97, o que deveria ter sido realizado na verificação das operações em discussão.

*PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. - CONSULTA. - EFEITOS. - A resposta dada à consulta vincula a administração até que venha de ser alterada. Inviável à Administração Pública negar validade ao procedimento do contribuinte, quando em conformidade com a orientação recebida, resultante de resposta fornecida em consulta anteriormente formulada. Vindo a ocorrer alteração do entendimento expresso em decisão proferida em processo de consulta, a nova orientação irá atingir tão-somente os fatos ocorridos após a publicação do ato na imprensa oficial ou à ciência dada ao consulente, exceto na hipótese de a nova orientação lhe for mais favorável. No caso, esta alcançará, também, o período abrangido pela solução anteriormente dada. Recurso conhecido e provido. (Primeiro Conselho de Contribuintes. 1ª Câmara. Turma Ordinária, Acórdão nº 10194540 do Processo 13897000840200247, Data: 14/04/2004) (não grifado no original)*

Vale ainda esclarecer que “sendo a solução de consulta ato normativo expedido pela autoridade administrativa tributária que publica entendimento do fisco acerca de critério jurídico” (Acórdão nº 310100415 do CARF, de 30/4/2010, 3ª Seção de Julgamento, 1ª Câmara, 1ª Turma Ordinária), nos termos do artigo 100, inciso II, do Código Tributário Nacional, seus efeitos normativos apenas poderiam produzir efeitos 30 (trinta) dias após a data da sua publicação realizada em 30 de outubro de 2007, conforme determina também o artigo 103, inciso II, do CTN, abaixo transcrito:

*“Art. 103. Salvo disposição em contrário, entram em vigor:*

*II - as decisões a que se refere o inciso II do artigo 100, quanto a seus efeitos normativos, 30 (trinta) dias após a data da sua publicação;”*

A Fazenda alega, porém, em sede de Contrarrazões, que a Solução de Consulta COSIT nº 10/07 se baseou em uma norma que não existia à época em que foi proferida a Solução de Consulta COSIT nº 13/97, qual seja, o artigo 17 da Lei nº 9.532/97, de maneira que não teria havido violação ao artigo 146 do CTN.

Porém, além de a mesma Lei nº 9.532/97 prever em seu artigo 16 a possibilidade de cisão de entidades isentas, como associações, conforme pode se verificar abaixo -- o que por si só já demonstra o equívoco da fundamentação utilizada pela fiscalização --, e diferentemente do alegado pela COSIT para modificar o seu posicionamento anterior, que validava a possibilidade de cisão de operação de mesma natureza, sem produção de resultado tributável, a previsão contida no artigo 17 de referida lei trata de devolução de patrimônio, o que conforme exaustivamente demonstrado incoerreu no processo de desmutualização da BOVESPA e da BM&F, não se aplicando à situação sob análise. Por tais razões, constata-se que houve, sim, violação ao artigo 146 do Código Tributário Nacional.

*Lei 9.532/97*

*Art. 16. Aplicam-se à entrega de bens e direitos para a formação do patrimônio das instituições isentas as disposições do art. 23 da Lei n.º 9.249, de 1995.*

*Parágrafo único. A transferência de bens e direitos do patrimônio das entidades isentas para o patrimônio de outra pessoa jurídica, **em virtude de incorporação, fusão ou cisão**, deverá ser efetuada pelo valor de sua aquisição ou pelo valor atribuído, no caso de doação. (não grifado no original)*

Este também é o posicionamento deste E. Conselho, conforme pode se verificar nos Acórdãos abaixo transcritos:

*(i) **“NORMAS PROCESSUAIS - CRITÉRIO JURÍDICO - ARTIGO 146 DO CTN - Só ocorre mudança de critério jurídico nos termos a que alude o artigo 146 do CTN quando a autoridade administrativa substituir uma interpretação por outra sem que se possa afirmar que uma ou outra esteja incorreta, ou quando, dentre várias alternativas oferecidas pelo dispositivo legal, a autoridade opta por substituir a que adotou anteriormente a fim de modificar o lançamento. Sendo esta atividade administrativa obrigatória e vinculada, sob pena de responsabilidade funcional, a autoridade fiscal deve celebrá-lo independentemente de orientações contidas em Pareceres, sobretudo quando estes não vinculam a Administração e limitam-se a analisar situações jurídicas de ordem meramente processuais. Recurso negado.”*** (Primeiro Conselho de Contribuintes. 7ª Câmara. Turma Ordinária, 11/06/1997, Acórdão nº 10704215, não grifado no original. Vide, no mesmo sentido, Acórdão nº 10246520, do Primeiro Conselho de Contribuintes, 2ª Câmara. Turma Ordinária, de 21/10/2004.)

*(ii) **“TRIBUTÁRIO – ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO – O artigo 146 do CTN, combinado com o artigo 10, § 6º, da IN nº 02/97, vigente à época dos fatos, impede que se exija o pagamento dos tributos aduaneiros referentes aos fatos geradores ocorridos anteriormente à alteração do entendimento pela Administração Pública.”*** (Acórdão Unânime da 1ª Câmara do Conselho de Contribuintes, Acórdão nº 301.30892, de 01/12/2003, não grifado no original).

Constata-se, portanto, que houve, sim, mudança de critério jurídico pela COSIT, não podendo o posicionamento consubstanciado na Solução de Consulta nº 10/07 ser aplicado às operações sob análise, sob pena de violação ao artigo 146 do Código Tributário Nacional, e em respeito aos princípios da segurança jurídica e anterioridade, nos termos do posicionamento legal, doutrinário e jurisprudencial deste E. CARF aplicável à matéria, tendo em vista que:

(i) ambas as reestruturações das bolsas (1997 e 2007) ocorreram mediante a substituição de títulos patrimoniais por ações através de cisão parcial das associações, possuindo, assim, *a mesma natureza*;

(ii) a COSIT já havia se manifestado através da Solução de Consulta COSIT nº 13/97, e em caráter de norma complementar (nos termos do artigo 100, II, do CTN), no sentido de tratar-se no caso de operação de substituição (fato meramente permutativo) impeditivo de tributação pelo IRPJ e pela CSLL quando os valores em substituição (dos títulos por ações) são os mesmos, o que ocorreu no presente caso;

(iii) referido posicionamento constante na Solução de Consulta COSIT nº 13/97 perdurou por cerca de dez (10) anos, inclusive enquanto vigente a Lei nº 9.532/97, que permite expressamente a possibilidade de cisão de associações, nos termos do seu artigo 16, parágrafo único, de observância obrigatória às autoridades, razão pela qual não há que se falar em nova norma que pudesse suportar referida modificação de posicionamento; como também que

(iv) eventuais lançamentos tendo por base a Solução de Consulta COSIT nº 10/07, publicada no D.O.U. no dia 30/10/2007 – *ou seja, posteriormente à realização do processo de desmutualização, ocorrido no dia 28 de agosto de 2007 (com relação à BOVESPA) e no dia 01 de outubro de 2007 (com relação à BM&F)* – somente poderiam atingir operações que viessem a ocorrer após o exercício seguinte, ou seja, somente a partir do ano calendário de 2008, em respeito ao princípio da anterioridade, haja vista que o IRPJ e a CSLL foram apurados em bases anuais.

Em razão de tudo quanto acima exposto, seja pela possibilidade de realização de cisão de associações (nos termos do artigo 2.033 do Código Civil e do artigo 16 da Lei nº 9.532/97) -- como aquela objeto dos autos, realizada de forma parcial e com a substituição dos títulos por ações sob o mesmo valor, sem extinção das associações e sem a devolução de capital --, como também pela nítida mudança de critério jurídico das autoridades fiscais, voto no sentido de declarar a inaplicabilidade da Solução de Consulta COSIT nº 10/07 ao presente caso, sob pena de violação dos artigos 146 e 100 do Código Tributário Nacional e do posicionamento deste E. CARF.

Por ter dado razão à Recorrente no mérito diante da inocorrência da hipótese prevista no artigo 17 da Lei nº 9.532/97, da inexistência de ganho de capital a ensejar a tributação do IRPJ e da CSLL, da possibilidade de cisão parcial das associações e do efeito meramente permutativo da operação, com a realização de troca dos títulos por ações tendo por base o mesmo valor contábil, nos termos já definidos pelas autoridades, que modificaram injustificadamente o posicionamento anteriormente proferido, e também por medida de economia processual, deixo de adentrar nos demais argumentos trazidos no Recurso Voluntário apresentado.

Dessa forma, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade e no mérito dar provimento ao Recurso Voluntário.”

Assim, diante as razões acima expostas, fica claro que a preliminar suscitada ficou absorvida no mérito, que, reitere-se, cuida da idêntica autuação fiscal como no caso acima transcrito, vale dizer, mesma situação fática e de direito, sendo apenas em sujeitos passivos distintos.

E por adotar o mesmo entendimento exarado pelo voto acima reproduzido, consideram-se procedentes os argumentos de mérito da Recorrente, a fim de firmar que o a transformação societária de entidade imune para S/A apenas expressou um fato permutativo, sem implicação tributária, sendo mera substituição de ativos, o que esvazia, portanto, completamente o objeto das atuações em exame apreciativo.

Com efeito, considerando a recomposição das bases de cálculos efetuada pela fiscalização, que redundou no recálculo das estimativas do IRPJ e CSLL, também é de se considerar improcedentes as multas isoladas, sejam porque perderam objeto, restabelecido o correto procedimento da Recorrente em seu tratamento contábil/fiscal sobre sua operação de desmutualização societária, sejam porque não poderiam ser cumulativas com multa de lançamento de ofício.

Melhor sorte não se reserva as exigências de PIS/COFINS, uma vez decorrentes dos lançamentos principais do IRPJ e CSLL, correspondendo a mesmas acusações fiscais, ora consideradas improcedentes, tais exigências por íntima relação de causa e efeito, tem o mesmo destino, qual seja, não podem prosperar. Ademais, é certo que as bases de cálculos dessas contribuições são constituídas legalmente pela receita bruta e não pelo lucro, ou seja, não há a menor incidência sobre a operação em exame, notadamente seja porque não se há falar em produção de receita nova, ou riqueza nova, expressa em lucro real ou lucro líquido, mesmo porque, o que se realizou meros fatos permutativos, sem ingresso de receita ou ganhos que poderiam, em tese, se incluírem nas bases tributáveis das referidas contribuições. Vale dizer, em se considerando fatos permutativos que são considerados meras transposições de ativos, de uma sociedade sem fins lucrativos, para uma sociedade de fins lucrativos, os quais foram tributados como ganhos de capital na efetiva venda dos mesmos, não se configura faticamente a hipótese legal de incidências das citada contribuições, vez que não fora do campo de inciência legal das mesmas.

Em face a todo o exposto, incorporando as razões de decidir no voto transcrito neste voto, e mais que dos autos consta, sou por dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Orlando José Gonçalves Bueno

## Voto Vencedor

Conselheira Viviane Vidal Wagner, Redatora designada

A matéria a ser tratada neste voto vencedor foi objeto de julgamento recente por este colegiado, através do acórdão nº 1202-000.745, de 11 de abril de 2012, cujo voto vencido consubstanciou o voto do eminente relator neste processo.

Neste caso, da mesma forma que no precedente, a autuação, de acordo com a fiscalização, incidiu sobre o ganho de capital decorrente da devolução do patrimônio de associações civis sem fins lucrativos (BOVESPA e BM&F), aos seus associados, incluindo a recorrente, em razão de operação de desmutualização ocorrida em 2007 e em 2008.

A divergência quanto aos argumentos expostos no voto vencido, que acolheu a pretensão da recorrente, segue os mesmos fundamentos abordados no voto vencedor dado alhures, pelo que passo a expô-los.

Discordo da conclusão referida no voto vencido de que a interpretação fiscal, chancelada pela turma julgadora de primeira instância, não teria “*o condão de (i) invalidar o que de fato ocorreu e tentar desconsiderar a realização de cisão parcial das entidades (BOVESPA e BM&F), muito menos de (ii) configurar uma suposta extinção de referidas entidades com devolução de patrimônio, tendo por base o artigo 17 da Lei 9.532/97*”, para considerar que o que ocorreu “*foi uma substituição dos títulos patrimoniais que a Recorrente possuía na BOVESPA e na BM&F por ações da BOVESPA HOLDING e BM&F S/A sob o mesmo valor anteriormente contabilizado em decorrência da cisão parcial de tais entidades que caracterizou o processo de desmutualização.*”

Para fins tributários, o processo de desmutualização das Bolsas objeto da presente autuação não teve o condão de transferir o patrimônio das associações sem fins lucrativos, isentas na forma do art. 15 da Lei nº 9.532/97, para sociedades anônimas, através de mera substituição dos títulos por ações sob o mesmo valor, sem extinção das associações e sem devolução de capital, como quer fazer crer a recorrente.

Com a desmutualização, BOVESPA e BM&F procederam a uma reorganização societária, a exemplo do que teria ocorrido nas Bolsas europeias, asiáticas e americana, deixando de ser instituições mútuas para se constituírem em sociedades anônimas. Com isso, seus associados, as corretoras, deixaram de ter a propriedade exclusiva dos seus títulos patrimoniais, em face da faculdade conferida pelo o art. 1º da Resolução CMN nº 2.690, de 2000 (“*As bolsas de valores **poderão** ser constituídas como associações civis ou sociedades anônimas, tendo por objeto social:[...]*”).

Nota-se que a referida resolução, ao aprovar as normas que disciplinam a constituição, a organização e o funcionamento das bolsas de valores, não alterou a forma de constituição das entidades existentes à época (como associações) nem impôs que se constituíssem sob a forma de sociedade anônima, mas apenas previu tal alternativa.

Com o processo de desmutualização ora analisado, os direitos patrimoniais dos títulos emitidos pela BOVESPA e pela BM&F foram corporificados em ações da Bovespa Holding S/A e a BM&F S/A, respectivamente, sendo atribuído a cada detentor dos antigos títulos um determinado número de ações de emissão respectiva da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A.

Assim, essas entidades deixaram de ser associações civis, e passaram a ter finalidade lucrativa e caráter competitivo no mercado. Logo após, deu-se a oferta pública inicial das ações, de forma notoriamente concorrida.

O processo de desmutualização teria ocorrido em duas etapas:

1- na primeira etapa, ocorreu a chamada “cisão parcial”, com a aquisição de parte do patrimônio da associação (bolsa de valores) por uma pessoa jurídica com fins lucrativos (sociedade) e a troca dos títulos patrimoniais dos associados, proporcionais à parte segregada, por ações desta sociedade;

2- na segunda etapa, o patrimônio remanescente nas associações bolsas de valores foi “incorporado” por uma pessoa jurídica de fins lucrativos (sociedade) e novamente os associados passaram à condição de sócios desta empresa lucrativa.

O que se discute nos autos é a forma de transferência desse patrimônio das associações para as sociedades anônimas, o qual, num primeiro momento, permaneceu de titularidade dos mesmos associados, e seus efeitos tributários.

Considerou o relator que, como o assunto foi deliberado em assembleia e houve a consequente aprovação da transformação, o processo de desmutualização se deu corretamente através da cisão parcial, com arquivamento dos respectivos atos societários na Junta Comercial e no Registro Civil das Pessoas Jurídicas competentes, tendo prevalecido, no momento da operação, e nos contratos decorrentes, o princípio da autonomia da vontade, pautado nos interesses das partes.

Todavia, nenhuma dessas etapas, embora tenham gerado efeitos societários e comerciais, pode ser admitida pela Administração Tributária, da forma como pretende a recorrente, ou seja, a título de cisão parcial seguida de incorporação, sem solução de continuidade, a partir da interpretação do Código Civil de 2002 e da Lei nº 9.532/97, como se demonstrará.

Cabe ressaltar, inicialmente, que o regime jurídico a que se submetiam as Bolsas ao tempo das operações só poderia ser aquele próprio das associações sem fins lucrativos. Assim, o regime da Lei nº 6.404/76 (sociedade por ações) não podia ser aplicado, à época dos fatos geradores, às operações de desmutualização levadas a termo pelas Bolsas.

A tese da defesa pressupõe que não ficou configurada a hipótese de incidência tributária prevista no art.17 da Lei nº 9.532/97, na medida em que (i) inocorreu devolução de patrimônio e (ii) não houve ganho ou perda de capital que pudesse ensejar o fato gerador do imposto de renda, ocorrendo, apenas, uma substituição dos títulos patrimoniais que

a Recorrente possuía na BOVESPA e na BM&F por ações da BOVESPA HOLDING e BM&F S/A sob o mesmo valor anteriormente contabilizado em decorrência da cisão parcial de tais entidades que caracterizou o processo de desmutualização.

Sustenta-se que, na ausência de dispositivo legal que vede a realização de operações de cisão por parte de associações, não teria a fiscalização o direito de presumi-las proibidas e que, ao final das operações, as associações civis sem fins lucrativos estavam extintas e, em seu lugar, constituíram-se sociedades anônimas.

Ora, a autonomia da vontade privada deve observar as disposições legais, sabendo-se que o Código Civil de 2002 reformulou todo o Direito Civil e criou o ramo do direito empresarial, com regras próprias, específicas para as sociedades, as quais, por sua própria natureza, possuem intenção de lucro.

Ao intérprete do Direito compete a tarefa de realizar a interpretação sistemática, considerando que “interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito” (Juarez Freitas, 2002, p.70). E essa interpretação sistemática inicia-se pelo próprio diploma normativo onde se insere a norma a ser interpretada.

A interpretação sistemática do Código Civil, por si só, a meu ver, afasta a interpretação extensiva que se pretende dar ao art. 2.033 do referido diploma como fundamento para aplicar às associações as normas referentes à cisão de sociedades e denegar a ocorrência de devolução patrimonial aos associados.

Veja-se o que dispõe o mencionado artigo, inserido no Livro Complementar, no capítulo das “Das disposições finais e transitórias”, *litteris*:

*Art. 2.033. Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código.*

No referido art. 44, o Código Civil define quais são as pessoas jurídicas de direito privado, dentre elas:

*Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:*

*I - as associações;*

*II - as sociedades;*

*[...]*

Doutrinariamente, consoante a lição de Caio Mário da Silva Pereira, a “associação de fins não lucrativos é aquela que se propõe realizar atividades não destinadas a proporcionar interesse econômico aos associados”<sup>1</sup>. Assim, entende-se que associações civis são pessoas jurídicas com regras próprias, distintas das sociedades, por não visarem o lucro.

Ainda no Código Civil de 2002, as associações são tratadas no Capítulo II do Título II, referente às pessoas jurídicas, nos arts.53 a 61, conforme abaixo:

## TÍTULO II - DAS PESSOAS JURÍDICAS

### CAPÍTULO I - DISPOSIÇÕES GERAIS

[...]

### CAPÍTULO II - DAS ASSOCIAÇÕES

*Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.*

*Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.*

*Art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterá:*

*I - a denominação, os fins e a sede da associação;*

*II - os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados;*

*III - os direitos e deveres dos associados;*

*IV - as fontes de recursos para sua manutenção;*

*V - o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos; (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)*

*VI - as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução.*

*VII - a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas. (Incluído pela Lei nº 11.127, de 2005)*

*Art. 55. Os associados devem ter iguais direitos, mas o estatuto poderá instituir categorias com vantagens especiais.*

*Art. 56. A qualidade de associado é intransmissível, se o estatuto não dispuser o contrário.*

*Parágrafo único. Se o associado for titular de quota ou fração ideal do patrimônio da associação, a transferência daquela não importará, de per si, na atribuição da qualidade de associado ao adquirente ou ao herdeiro, salvo disposição diversa do estatuto.*

*Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)*

*Art. 58. Nenhum associado poderá ser impedido de exercer direito ou função que lhe tenha sido legitimamente conferido, a não ser nos casos e pela forma previstos na lei ou no estatuto.*

*Art. 59. Compete privativamente à assembléia geral: (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)*

*I – destituir os administradores; (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)*

*II – **alterar o estatuto.** (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)*

*Parágrafo único. Para as deliberações a que se referem os incisos I e II deste artigo é exigido deliberação da assembléia especialmente convocada para esse fim, cujo quorum será o estabelecido no estatuto, bem como os critérios de eleição dos administradores. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)*

*Art. 60. A convocação dos órgãos deliberativos far-se-á na forma do estatuto, garantido a 1/5 (um quinto) dos associados o direito de promovê-la. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)*

*Art. 61. Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissa esta, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.*

*§ 1º Por cláusula do estatuto ou, no seu silêncio, por deliberação dos associados, podem estes, antes da destinação do remanescente referida neste artigo, receber em restituição, atualizado o respectivo valor, as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação.*

*§ 2º Não existindo no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território, em que a associação tiver sede, instituição nas condições indicadas neste artigo, o que remanescer do seu patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União. (destaquei)*

As sociedades, por sua vez, são tratadas em livro distinto, que traz regras próprias, incluindo a possibilidade de transformação, incorporação, fusão e cisão, como demonstra a divisão verificada no Código, reproduzida no esboço abaixo:

*LIVRO II - Do Direito de Empresa*

*TÍTULO II - Da Sociedade*

*SUBTÍTULO II – Da Sociedade Personificada*

***CAPÍTULO X - Da Transformação, da Incorporação, da Fusão e da Cisão das Sociedades***

Como se vê, o Código Civil de 2002 distingue claramente as normas destinadas às associações das normas destinadas às empresas, sendo ressalvada a lei especial que rege as sociedades anônimas, como se extrai do seu art. 1.089 (“*A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código.*”)

Note-se que, quando quis compartilhar as normas das associações com as sociedades, o legislador expressamente o fez, através de dispositivo específico no corpo do próprio diploma legal, estendendo as normas do regime jurídico das associações às empresas, subsidiariamente, *verbis*:

Art. 44.  
.....

**§ 2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)**

De outro lado, inexistente qualquer dispositivo no Código Civil determinando a aplicação das regras das sociedades empresárias às associações. Apenas são estendidas as normas societárias sobre liquidação para as demais pessoas jurídicas privadas, quando cabíveis, *verbis*:

Art. 51.....

**§ 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado.**

**§ 3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.**

Ao intérprete cabe, necessariamente, observar as divisões internas de suas normas, ao realizar a interpretação sistemática do Código, o que se aplica na leitura da regra transitória do art. 2.033.

Assim, de acordo com os dispositivos mencionados, a única interpretação possível, a meu ver, é a de que, em relação às associações, dado seu caráter de entidade peculiar, sua extinção somente se dá através da dissolução, ainda que parcial, a qual deve obedecer às regras previstas no capítulo próprio do CC/2002, especialmente em seu art. 61.

No presente caso, o que se verifica não é a ocorrência de cisão ou transformação, mas de criação de uma nova personalidade jurídica (sociedade), após a dissolução parcial da entidade sem fins lucrativos (associação civil), com devolução parcial do patrimônio aos associados, já que não seria possível a versão direta de patrimônio da associação civil para a sociedade anônima.

O ilustre civilista Orlando Gomes fez a seguinte distinção entre ambas, pertinente ao presente litígio: “*dissolvida uma sociedade ou associação, seu patrimônio terá destinação diversa: sendo sociedade, partilha-se entre os sócios, sendo associação, devolve-se à pessoa designada no estatuto e, sendo este omissivo, à que for indicada na lei*”<sup>2</sup>.

Ademais, não pode restar dúvida de que a regra do art. 61 do Código Civil se aplica inclusive para as associações constituídas anteriormente à entrada em vigor da lei, já que o próprio legislador civil previu, dentre as disposições transitórias, um prazo de adaptação, inicialmente, de um ano e, depois com a alteração da Lei nº 10.833, de 2004, de dois anos, para

que as pessoas jurídicas, inclusive as associações, se ajustassem ao novo Estatuto Civil. Posteriormente, todas passaram a estar sujeitas às novas regras, como preceitua o art. 2.031, em sua redação atual:

*Art. 2.031. As associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, bem como os empresários, deverão se adaptar às disposições deste Código até 11 de janeiro de 2007. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)*

Mesmo que, após a publicação do Código Civil de 2002, mas ainda durante a vigência do art. 22 do Código Civil de 1916, se pudesse tentar fazer cumprir disposição estatutária contrária às novas regras, após o prazo de transição, essa possibilidade se extingue, visto que todas as associações passam a ser inteiramente regidas pelos arts. 53 a 61 do novo Código.

Nesse sentido, quaisquer atos legais ou infralegais, tais como instruções normativas (Instrução normativa SRF 113/98) e pareceres, publicados anteriormente à data de vigência do novo Código Civil, devem ser interpretados à luz da novel legislação. Isso inclui a leitura do art. 16 da Lei nº 9.532/97, abaixo transcrito:

*Art. 16. Aplicam-se à entrega de bens e direitos para a formação do patrimônio das instituições isentas as disposições do art. 23 da Lei nº 9.249, de 1995.*

*Parágrafo único. A transferência de bens e direitos do patrimônio das entidades isentas para o patrimônio de outra pessoa jurídica, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, deverá ser efetuada pelo valor de sua aquisição ou pelo valor atribuído, no caso de doação.*

Cabe observar que tal dispositivo sequer se aplica ao presente caso, que trata da entrega de bens para a formação do patrimônio de sociedade anônima, pois se refere à entrega de bens e direitos para a formação do patrimônio de instituição isenta, ou seja, à transferência entre patrimônios de entidades de mesma natureza.

Verifica-se que nos casos de entidades sem fins lucrativos detentoras de benefício fiscal, a preocupação do legislador leva em conta a versão do patrimônio para entidades de mesma natureza, para fins de continuidade do tratamento, como se depreende do disposto na mesma lei, em relação às entidades imunes. Veja-se:

*Art. 12. Para efeito do disposto no art. 150, inciso VI, alínea "c", da Constituição, considera-se imune a instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos. (Vide artigos 1º e 2º da Mpv 2.189-49, de 2001) (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)*

[...]

*§ 2º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos:*

[...]

*g) assegurar a destinação de seu patrimônio a outra instituição que atenda às condições para gozo da imunidade, no caso de incorporação, fusão, cisão ou de encerramento de suas atividades, ou a órgão público;*

*h) outros requisitos, estabelecidos em lei específica, relacionados com o funcionamento das entidades a que se refere este artigo. (destaquei)*

Logo, interpretando-se restritivamente a legislação que dispõe sobre entidades sem fins lucrativos, nos termos do art. 111 do CTN, toda forma de tributação privilegiada pode ser mantida apenas enquanto atendidos os requisitos legais, o que se estende às entidades dela derivadas nas hipóteses previstas em lei.

Ademais, em todo e qualquer processo de reorganização societária, tem-se a necessidade de registro específico dos atos de constituição e de dissolução das entidades envolvidas, em atendimento ao disposto no Código Civil de 2002, conforme abaixo:

*Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.*

.....

*Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua.*

*§ 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução.*

.....

Enquanto as associações e demais entidades civis são registradas no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, consoante dispõe a Lei nº 6.015, de 31/12/73 (Lei dos Registros Públicos), as sociedades de caráter comercial são registradas nas Juntas Comerciais do Estado.

Considerando-se que o art. 45 do Código Civil estabelece que a existência da pessoa jurídica se dá com o registro de seus atos no órgão competente, não é possível a transformação de associação civil em sociedade mercantil, havendo a necessidade de se promover a baixa de seus atos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e a subsequente inscrição na Junta Comercial, constituindo-se, portanto, em outra pessoa jurídica.

Assim, a par de ostentarem finalidades econômicas opostas, a manutenção de cadastros absolutamente distintos para entidades sem fins lucrativos e sociedades empresárias, por si só, evidencia a solução de continuidade do empreendimento e a impossibilidade de se considerar o processo de desmutualização como mera transformação.

Na transformação ocorre, necessariamente, a continuidade da sociedade que se modificou, mantendo-se a mesma personalidade jurídica adquirida. Nesse sentido, dispõe o CC/2002:

*Artigo 1.113. O ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrições próprios do tipo em que vai converter-se.*

Note-se que o referido dispositivo aplica-se unicamente às sociedades, considerando os diversos tipos societários: limitada, anônima, em comandita simples, em comandita por ações, dentre outros.

Aqui ressalto, novamente, a distinção entre a natureza jurídica de uma associação sem fins lucrativos e uma sociedade empresarial, vez que a intenção de se alterar o propósito operacional das Bolsas, de não lucrativo para lucrativo, altera sua própria finalidade existencial. Ademais, não se pode olvidar que a isenção tributária das associações pertine à natureza jurídica de não distribuição dos resultados positivos.

Em suma, não se pode negar que há evidente solução de continuidade entre a dissolução de uma associação, ainda que parcialmente, e a criação de uma sociedade comercial, o que é reforçado pela necessidade de distintos registros – no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e na Junta Comercial, a demonstrar a impossibilidade de se registrar uma mera transformação de associação civil sem fins lucrativos em sociedade anônima.

Da mesma forma, improcede o argumento de que a CVM teria “chancelado” todo o processo de “cisão” parcial das Bolsas, já que, a par do Código Civil, não estaria vedada a cisão de Bolsa de Valores, de acordo com a Lei nº 10.411, de 26 de fevereiro de 2002,

Ocorre que o legislador, ao dar nova redação ao artigo 18, I, “h”, da Lei nº 6.385, de 07/12/76 - que dispõe sobre mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários – CVM -, simplesmente firmou a competência da CVM para editar normas gerais sobre as condições de constituição e de extinção das Bolsas de Mercadorias e Futuros, bem como a sua forma jurídica, considerando-se a possibilidade de constituição sob a forma de sociedade anônima, já referida anteriormente.

Nota-se que o legislador limita a competência da CVM a condições de constituição e extinção, não fazendo qualquer referência aos institutos de transformação, cisão, fusão ou incorporação, estes definidos pelo Código Civil.

Na seara tributária, a legislação é clara ao prever a incidência do IRPJ e da CSLL na hipótese dos autos, através do art. 17 da Lei nº 9.532, de 10/12/97:

*Art. 17. Sujeita-se à incidência do imposto de renda à alíquota de quinze por cento a diferença entre o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, por pessoa física, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver entregue para a formação do referido patrimônio.*

*§ 1º Aos valores entregues até o final do ano de 1995 aplicam-se as normas do inciso I do art. 17 da Lei nº 9.249, de 1995.*

*§ 2º O imposto de que trata este artigo será:*

*a) considerado tributação exclusiva;*

*b) pago pelo beneficiário até o último dia útil do mês subsequente ao recebimento dos valores.*

**§ 3º Quando a destinatária dos valores em dinheiro ou dos bens e direitos devolvidos for pessoa jurídica, a diferença a que se refere o caput será computada na determinação do lucro real ou adicionada ao lucro presumido ou arbitrado, conforme seja a forma de tributação a que estiver sujeita.**

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, para a determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido a pessoa jurídica deverá computar:

a) a diferença a que se refere o caput, se sujeita ao pagamento do imposto de renda com base no lucro real;

b) o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos, se tributada com base no lucro presumido ou arbitrado. (destaquei)

Como se viu, a hipótese dos autos enquadra-se no art. 61 do Código Civil, pela dissolução parcial de associação (BOVESPA e BM&F), com devolução parcial de patrimônio aos associados, gerando o conseqüente ganho de capital da diferença do custo de aquisição e do valor contábil pelo qual foi realizada a capitalização, respectivamente, da Bovespa Holdings e da BM&F S.A.

Assim, em razão do processo de desmutualização, representa receita tributável, na forma do art. 17 da Lei nº 9.532/97, a “diferença entre o valor nominal das ações (da sociedade) recebidas pelos associados (sociedades corretoras) e o custo de aquisição das cotas ou frações ideais representativos do patrimônio segregado das bolsas de valores”, apurada no momento da substituição dos títulos patrimoniais pelas ações.

A exigência da CSLL decorre de expressa previsão do §4º do mesmo dispositivo, ao estabelecer que a base de cálculo expressa no caput presta-se também para determinação da base de cálculo da CSLL.

Diante de todo o exposto, não se pode concluir pela possibilidade de realização de cisão de associações, com base simplesmente nos termos do art. 2.033 do Código Civil e do art. 16 da Lei nº 9.532/97, de modo a afastar a apuração de ganho de capital no processo de desmutualização.

Também não procede o argumento de que os ajustes realizados na apuração do custo do patrimônio vertido teriam natureza de mera equivalência patrimonial, e que, de acordo com os art. 225, §1º e 389 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), em caso de avaliação por este método eventual elevação do investimento não acarreta incidência do IRPJ e da CSLL, conforme já havia sido definido pelas autoridades fiscais nos termos da Solução de Consulta COSIT nº 13/97.

Quanto a isso, basta referir que o Método da Equivalência Patrimonial (MEP), previsto no art. 248 da Lei nº 6.404/76, como método de avaliação de investimento, destina-se única e exclusivamente aos investimentos realizados em sociedades comerciais. Como a hipótese tratada nos autos refere-se a valores oriundos do patrimônio de associações sem fins lucrativos, é incabível a utilização desse método, e a única forma de contabilizá-los é através do seu custo de aquisição.

Nesse sentido, nenhuma norma infralegal emitida pela CVM como parte de seu poder regulamentar sobre as companhias abertas, o qual foi conferido pela própria Lei nº 6.404/76 (art. 4º), poderia se estender às bolsas de valores constituídas sob a forma de associação civil.

Ademais, a referida Portaria nº 785, de 1977, apenas autorizava a postergação da tributação sobre o valor dos acréscimos efetuados ao valor nominal das cotas ou frações ideais recebidos em virtude de aumento do capital social das bolsas de valores para o momento em que houvesse a redução do capital ou até mesmo a extinção dessas associações.

É de se afastar, igualmente, a idéia de que teria havido mudança de posicionamento da Administração em face da publicação da Solução de Consulta COSIT nº 10, de 30/10/2007.

Com base no art. 61 da Lei nº 10.406, de 2002, e nos art. 16 e 17 da Lei nº 9.532, a Solução de Consulta COSIT nº 10, de 30/10/2007, analisou a operação de desmutualização das Bolsas de Valores sob a ótica tributária e concluiu que:

- (i) o instituto da cisão, disciplinado nos arts. 229 e segs. da Lei nº 6.404, de 1976, e no art. 1.122 da Lei nº 10.406, de 2002, só é aplicável às pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob a forma de sociedade;
- (ii) às bolsas de valores constituídas sob a forma de associações se aplica o regime jurídico estatuído nos arts. 53 a 61 da Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil de 2002);
- (iii) o art. 61 da Lei nº 10.406, de 2002, veda a destinação de qualquer parcela do patrimônio das bolsas de valores, constituídas sob a forma de associações, a entes com finalidade lucrativa;
- (iv) as sociedades corretoras devem avaliar as cotas ou frações ideais das bolsas de valores pelo custo de aquisição;
- (v) o fato de a operação de “desmutualização” de associações não encontrar amparo no ordenamento jurídico não obsta a incidência do imposto de renda sobre a diferença entre o valor nominal das ações (da sociedade) recebidas pelos associados (sociedades corretoras) e o custo de aquisição das cotas ou frações ideais representativo do patrimônio segregado das bolsas de valores.

Alega-se que, por se tratar de operações de mesma natureza, a mudança de posicionamento da Cosit após o referido processo de desmutualização violou o art. 146 do Código Tributário Nacional, pois, na análise do referido processo, ocorrido nos dias 28 de agosto (BOVESPA) e 01 de outubro (BM&F) de 2007, deveria ser observado o teor da Solução de Consulta COSIT nº 13/97.

Ocorre que a Solução de Consulta Cosit nº 10/2007 analisou especificamente o art. 17 da Lei 9.532/97, que fundamentou a presente autuação, de vigência posterior à edição da Solução de Consulta Cosit nº 13/97.

Ademais, não se pode olvidar que, enquanto a SC COSIT nº 13/97 foi editada sob a égide do Código Civil de 1916, a SC COSIT nº 10/2007 foi editada na vigência do novo Código Civil (Lei nº 10.407, de 11/01/2002).

É cediço que o novo Código Civil alterou profundamente as regras do direito civil e comercial até então vigentes, como demonstrado alhures, e a SC COSIT nº 10/2007 analisou o processo de desmutualização ocorrido em 2007 à luz da novel legislação.

Diante da significativa mudança no ordenamento jurídico brasileiro no que tange aos conceitos e institutos civilistas, especialmente quanto ao direito empresarial, e considerando que se tratou de analisar a incidência de norma tributária nova, não há que se falar em mudança de posicionamento da Administração Tributária com a edição de solução de consulta sobre o mesmo tema da anterior. Assim, inexistente qualquer violação dos arts. 100 e 146 do Código Tributário Nacional.

No caso concreto, o que se verifica é que o processo de desmutualização e a consequente alteração estrutural da Bovespa, com a transformação dos títulos patrimoniais em ações, implicou na percepção de acréscimo patrimonial por parte das corretoras associadas, incluindo a Recorrente, o que deu ensejo à tributação do IRJP e da CSLL sobre a diferença entre o custo registrado e o valor recebido no momento da desmutualização.

Ademais, inexistente analogia passível de contrariar o disposto no art. 108, §1º, do Código Tributário Nacional, quando o tributo é exigido nos termos da lei, mais especificamente, na forma do art. 17 da Lei nº 9.532/97.

Pode-se concluir, assim, que:

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

b) a inoponibilidade ao Fisco da operação de desmutualização das bolsas de valores atrai a incidência do IRPJ e da CSLL calculados sobre a diferença entre o valor nominal das ações das sociedades (Bovespa Holdings e da BM&F S.A.) recebidas pelas corretoras associadas e o custo de aquisição das cotas ou frações ideais representativo do patrimônio segregado das associações (Bovespa e BM&F).

c) aplica-se o art. 17 da Lei nº 9.532/97, e não o art. 16 da mesma lei, à operação de desmutualização, visto que a transferência de bens das bolsas de valores para outras pessoas jurídicas configura uma devolução de capital em razão da transferência dos títulos representativos do seu capital aos seus associados (sociedades corretoras), sem que as novas sociedades (Bovespa Holdings e da BM&F S.A) passem a integrar seu quadro social;

c) os títulos patrimoniais das bolsas de valores (associações) devem ser avaliados por seu custo de aquisição, e não pelo Método de Equivalência Patrimonial (MEP), estando apenas autorizadas pela Portaria nº 785/77, a postergar a tributação sobre o valor dos acréscimos efetuados ao valor nominal das cotas ou frações ideais recebidos em virtude de aumento do capital social das associações para o momento da redução do capital ou extinção das mesmas.

Ainda que, por hipótese, se admitisse que a desmutualização consistiu em uma operação de cisão e uma posterior incorporação, essa qualificação seria restrita ao âmbito contábil e societário. Na perspectiva tributária, tem-se que a operação de desmutualização resultou, de fato, em uma devolução patrimonial às corretoras, dentre elas a recorrente,

correspondente aos títulos emitidos pela Bovespa e BM&F. Assim, torna-se inequívoca a aplicação do art. 17 da Lei nº 9.532, de 1997, e a respectiva tributação pelo IRPJ e pela CSLL do ganho de capital auferido pela recorrente com a mencionada devolução patrimonial.

Diante do exposto, deve ser negado provimento ao recurso voluntário nessa parte.

#### MULTA ISOLADA

No presente caso, como se viu, o lançamento de multa isolada devida por falta de recolhimento das estimativas de IRPJ e CSLL teve por fundamento legal o art. 44, §1º, inciso IV, da Lei 9.430/96, alterado pelo art. 14 da Medida Provisória 351, de 2007, sobre as diferenças entre os valores declarados e os apurados pela fiscalização.

Nos casos de ausência de recolhimento das estimativas mensais, a Lei nº 9.430/96, art. 44, prevê a incidência de multa isolada sobre o valor apurado no mês à alíquota de 50%, consoante nova redação dada pela Medida Provisória 351, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15/06/2007:

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:[...]*

*II – de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:[...]*

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

A tese alegada pela recorrente, de que não incide multa isolada por falta de recolhimento de estimativas quando existe apuração de prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL ao final do ano calendário, embora adotada por boa parte dos membros deste Conselho, *data venia*, não merece ser reconhecida.

Respeitando as opiniões em contrário, entendo que a legislação é expressa. Sendo a opção pela sistemática das estimativas mensais concedida ao contribuinte como uma faculdade pela Lei nº 9.430/96, em seu art. 2º, uma vez optante, ele estará sujeito às regras daquela sistemática.

A sistemática de recolhimento por estimativas, de caráter facultativo, não tem o condão de equiparar os recolhimentos com uma antecipação do tributo, já que o fato gerador do imposto e da contribuição social apurado anualmente, de natureza complexa, apenas irá se configurar em 31 de dezembro do ano-calendário em referência.

O legislador instituiu a opção como alternativa à regra de apuração trimestral, mas estipulou que esta traz consequências, na medida em que a falta de recolhimento representa um ato ilícito, caracterizado pelo descumprimento de um dever.

Assim, a falta de recolhimento gera uma infração específica. Pretender equiparar as bases de cálculo da multa isolada e da multa de ofício não parece conforme ao sentido da lei.

Ora, são distintos tributo e multa pela sua própria natureza jurídica. Enquanto um decorre de ato lícito – fato gerador –, o outro decorre da realização de um ato ilícito, comissivo ou omissivo, como é o caso em análise.

Da mesma forma, distingue-se a multa isolada, esta devida nos casos em que for detectada a falta de recolhimento do tributo estimado a cada mês, da multa de ofício incidente sobre o montante do tributo calculado após o encerramento do período de apuração.

Entendo que não há que se confundir a base de cálculo da multa isolada e a base de cálculo de eventual multa de ofício, já que, em caso de opção pela sistemática das estimativas, o tributo não é apurado trimestralmente, mas anualmente, e a base de cálculo da multa isolada é a estimativa mensal calculada a partir da receita bruta. A multa de ofício, por sua vez, incide sobre o imposto ou contribuição efetivamente devidos ao final do período de apuração.

Nesse sentido, a nova redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, ao art. 44 da Lei nº 9.430/96, que alterou o percentual da multa isolada de 75% para 50% veio apenas reforçar essa distinção.

Ademais, a legislação possibilita o não recolhimento de antecipação, desde que apresentado o balancete mensal que comprove que as antecipações recolhidas superam o valor do tributo até aquele momento apurado, o que não implica dizer que a multa isolada prevista no art. 44, inciso II, alínea “b” da Lei nº 9.430/96 não é devida em casos de prejuízo fiscal ou base negativa de CSLL. A determinação legal é clara nesse sentido, ao reafirmar que a multa é devida *“ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente”*.

Em outras palavras, a regra é clara: o descumprimento do dever de antecipação deve ser sancionado na forma da lei, independentemente do valor do imposto ou contribuição calculada ao final do exercício, ou mesmo da existência de prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa. Fica ressalvada, apenas, a hipótese de apresentação de balancetes de suspensão ou redução que demonstrem que o valor pago já seria maior do que o devido, o que não se verificou no presente caso.

Para superar a falta dos balancetes e acolher a tese da recorrente, seria necessário afastar regra legal expressa, o que não se inclui na função de julgamento na esfera administrativa, pela impossibilidade de manifestação sobre eventual inconstitucionalidade da legislação tributária, consoante a regra prevista no art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6.03.1972, com a redação dada pelo art. 25 da Lei nº 11.941, de 27.05.2009, e reproduzida no art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22.06.2009.

Nesse sentido, o julgamento da ilegalidade de uma norma sob o argumento de desproporcionalidade necessariamente atrai a apreciação de sua compatibilidade com o texto constitucional, fazendo incidir, na hipótese, o teor da Súmula CARF nº 2: *“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”*.

Assim, nego provimento ao recurso também nessa parte.

## CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP E COFINS

Em que pese a votação ter sido unânime pelo provimento do recurso voluntário nessa parte, cabem alguns esclarecimentos, haja vista que as razões dadas pelo relator para a não incidência dessas contribuições sobre a operação pautaram-se, basicamente, na interpretação de que teriam ocorrido meros fatos permutativos, sem ingresso de receita ou ganho que poderiam, em tese, ser incluídos nas bases tributáveis respectivas, argumento esse que restou vencido.

A interpretação majoritária dada pelo colegiado à operação que ensejou a infração à legislação do IRPJ e da CSLL, formalizada como “001 – OUTROS RESULTADOS NÃO OPERACIONAIS - GANHOS AUFERIDOS EM DEVOLUÇÃO DO PATRIMÔNIO DE ENTIDADES ISENTAS”, concluiu pela existência de devolução de patrimônio com ganho de capital no momento da desmutualização, consoante os fundamentos expostos anteriormente.

Como fundamento da autuação das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins, a autoridade fiscal considerou que as ações vendidas em momento posterior estavam incorretamente classificadas como Ativo Permanente, quando deveriam estar classificadas como Ativo Circulante, ensejando, neste caso, a tributação de PIS e Cofins sobre a receita de venda, por representar receita bruta, referente a “ganho de capital obtido na venda de 210.000 ações da BOVESPA HOLDING S/A, em outubro de 2007, e ganho de capital resultante do recebimento de ações preferenciais da BM&F BOVESPA S/A, em junho de 2008”, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal (fls.33-45).

O fundamento da autuação das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins evidencia que não se trata de lançamento reflexo, mas, sim, conexo com o de IRPJ. Assim, as conclusões quanto ao lançamento de IRPJ não vinculam as conclusões quanto aos lançamentos de PIS e Cofins. A competência da 1ª Seção para apreciação desses lançamentos decorre do art. 2º, inciso IV, do Anexo II, da Portaria MF nº 256, de 22/06/2009, com a redação dada pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010, considerando que as exigências das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins estiveram lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ.

No caso concreto, a recorrente 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 BOVESPA S/A, em junho de 2008. A recorrente contesta as autuações, alegando que, sendo uma 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.

Segundo a técnica contábil, no momento do recebimento das ações é que se averigua a intenção de se ativar ou vender o ativo, o que determina sua classificação em conta do ativo permanente ou circulante.

Como se viu, no processo de desmutualização, não houve mera troca de ativos. A alteração estrutural das entidades de natureza associativa para sociedades anônimas gerou a devolução do capital detido pela recorrente, anteriormente, sob a forma de títulos patrimoniais.

Todavia, essa devolução se deu sob a forma de ações da nova sociedade. Poderia ter se dado através de moeda em espécie ou outro ativo qualquer, mas, tendo se dado através de ações, a classificação destas no ativo permanente da recorrente é justificável.

Assim, no momento da venda/resgate dessas ações, a percepção de eventual acréscimo patrimonial representa ganho de capital tributável pelo IRPJ e pela CSLL, não equivalendo a receita bruta, esta, sim, sujeita às contribuições para o PIS/Pasep e Cofins.

### CONCLUSÃO

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso voluntário para cancelar as exigências das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins.

*(assinado digitalmente)*

Viviane Vidal Wagner