



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

Processo nº 10980.723481/2010-72
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1102-00.769 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de julho de 2012
Matéria IRPJ e outro
Recorrente HSBC BANK BRASIL S/A - BANCO MÚLTIPLO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2008

Ementa:

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DEFINITIVA. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO VOLUNTÁRIO. DESCABIMENTO.

Tendo a decisão de primeira instância concluído pela improcedência do lançamento, e não tendo sido interposto recurso de ofício pelo fato do valor exonerado ser inferior ao limite de alçada, a decisão de primeira instância é definitiva, seja quais forem seus fundamentos, sendo incabível a interposição de recurso voluntário, por falta de previsão legal, razão pela qual não deve ser conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso voluntário, em razão da definitividade de decisão de primeira instância, que considerou o lançamento fiscal improcedente, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Ausentes momentaneamente, os Conselheiros Antônio Carlos Guidoni Filho, Silvana Rescigno Guerra Barreto e José Sérgio Gomes. Participaram do julgamento os Conselheiros Meigan Sack Rodrigues, Guilherme Pollastri Gomes da Silva e Plínio Rodrigues Lima.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima – Presidente e Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, Silvana Rescigno Guerra Barreto, José Sérgio Gomes, João Carlos de Figueiredo Neto, Antônio Carlos Guidoni Filho e Albertina Silva Santos de Lima.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário, contra decisão de primeira instância que considerou o lançamento improcedente e que não recorreu de ofício.

A ciência da decisão de primeira instância foi dada em 22.06.2011, e recurso voluntário foi apresentado em 21.07.2011.

Argumenta a recorrente, que apesar da Turma Julgadora ter cancelado os créditos tributários lançados (por ter a fiscalização considerado como período de apuração do IRPJ e da CSLL do ano-calendário de 2008, enquanto a operação de desmutualização se deu em 01.10.2007, ou seja, fato gerador divergente), a decisão merece reforma em seus fundamentos, a fim de que seja afastado o suposto entendimento equivocado da DRJ, no que tange aos efeitos jurídicos da operação de desmutualização das Bolsas de Valores, conforme procura demonstrar.

Afirma que a utilidade do presente recurso reside no fato de outra empresa do grupo da recorrente, a HSBC Corretora de Títulos e Valores Mobiliários S/A, também ter sido autuada em virtude do entendimento fiscal acerca dos efeitos tributários da operação de desmutualização, conforme cópias dos autos de infração (processos 16327.000402/2010-41 e 16327.000403/2010-96 – docs. 3 e 4).

Assim, na medida em que a decisão recorrida teria dado interpretação equivocada e totalmente desfavorável acerca dos efeitos jurídicos da operação de desmutualização das bolsas de valores, tal decisão teria causado prejuízo jurídico ao recorrente, colocando-o em situação menos favorável do que a que este gozava antes do processo, repelindo a maior parte de suas pretensões, acolhendo a pretensão da fiscalização. Entende ser manifesta a utilidade do recurso, a fim de que a motivação apresentada pela decisão não prevaleça e não prejudique o grupo empresarial.

A seguir, no item III do recurso, a contribuinte faz breve histórico da operação de desmutualização das bolsas.

No item IV apresenta suas razões de direito, sendo que no sub-item IV.1, aborda a improcedência do lançamento quanto ao IRPJ e CSLL sobre suposto ganho de capital. Nesse subitem aborda ainda: (i) a inaplicabilidade do art. 239 do RIR/99 ao presente caso, por inexistência da alegada “devolução do patrimônio” e muito menos “por parte da entidade isenta”, (ii) custos de aquisição – necessidade de consideração das atualizações do valor patrimonial do título.

Tais argumentos foram também tratados na impugnação, cuja síntese foi transcrita da decisão da Turma Julgadora, a qual transcrevo após abordar a autuação fiscal.

A autuação resultou na redução do prejuízo fiscal apurado no ano-calendário de 2008 de R\$ 338.188.159,61 para R\$ 336.515.172,95, por falta de adição, na apuração do lucro real, da reserva de atualização do título patrimonial da BM&F, referente às ações recebidas pelo sujeito passivo em devolução de sua participação no patrimônio da BM&F, relativamente às vendas de ditas ações ocorridas em 2008, com infração ao disposto no art. 249, § único, I, do RIR/99.

A falta de adição corresponde aos valores de R\$ 6.130,66 e R\$ 1.666.856,00.

A ação fiscal consistiu na verificação da correta tributação dos ganhos auferidos pela contribuinte, na devolução dos patrimônios sociais da Bovespa e da BM&F, quando da transformação das mesmas, de associações civis sem fins lucrativos em sociedades empresárias constituídas sob a forma de sociedade anônima de capital aberto (desmutualização).

Exigiu-se a multa de ofício isolada no valor de R\$ 148.122,38, por falta de recolhimento de estimativas de IRPJ apuradas com base em balanço/balancete de suspensão/redução (art. 222 e 843 do RIR/99, c/c com o art. 44, § 1º, 4º, da lei 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14 da lei 11.488/2007) e R\$ 15.733,80 de juros de mora isolados (art. 843 e 953 do RIR/99). Os fatos geradores são março, junho e outubro de 2008.

Em relação à CSLL, exige-se o recolhimento do valor de R\$ 250.947,99 e respectiva multa de ofício, de 75%, em razão da mesma infração, e ainda multa isolada, por falta de recolhimento de estimativas no valor de R\$ 42.690,10 (fatos geradores de fevereiro, março, maio, junho, agosto e outubro) e juros de mora isolados no valor de R\$ 6.175,12.

Os lançamentos do PIS e COFINS referem-se aos fatos geradores de outubro a dezembro de 2007 e devem-se em razão de falta de recolhimento dessas contribuições incidentes sobre a receita auferida na venda de ações recebidas quando da desmutualização da Bovespa e da BM&F, indevidamente consideradas como ativo permanente (ao invés de ativo circulante), face ao compromisso de venda das mesmas assumido perante as referidas Bolsas. Esses lançamentos foram transferidos para o processo de nº 10980.726071/2010-83, por não serem decorrentes do lançamento do IRPJ.

Transcrevo da decisão de primeira instância o teor da impugnação:

a) no tópico “Breve Histórico da Operação de Desmutualização das Bolsas”, relata que a BM&F e a Bovespa eram associações civis sem fins lucrativos, enquadradas no art. 15 da Lei nº 9.532, de 1997; que, em 1997, houve a primeira reestruturação da Bovespa, na qual foram criadas duas empresas distintas, a Clearing S/A (posteriormente denominada Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia CBLC) e a Bovespa Serviços e Participações S/A;

b) quanto às corretoras que possuíam títulos patrimoniais, houve apenas uma substituição de títulos, que não constituiu fato gerador de IRPJ e CSLL em face de não haver disponibilidade jurídica ou econômica, conforme Solução de Consulta Cosit nº 13, de 10/11/1997; que em 10/08/2000, a impugnante adquiriu da HSBC Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários S/A as 1.500 ações da CBLC que esta possuía, pelo valor de R\$

2.310.019,82; posteriormente, recebeu mais 600 ações, em virtude de aumento de capital da CBLC;

c) que visando a unificação de suas operações e obtenção de lucros com suas atividades, a Bovespa e a BM&F iniciaram, em 2007, mais uma reestruturação societária (desmutualização), que se deu mediante cisão das associações e incorporação da parcela cindida por sociedades anônimas de capital aberto; assim, os títulos detidos por corretoras na BM&F e na Bovespa foram trocados por ações das novas companhias – BM&F S/A e Bovespa Holding S/A, respectivamente;

d) que a BM&F sofreu cisão parcial pela qual criou-se a BM&F S/A; em decorrência dessa operação, formalizada pelo “Instrumento de Protocolo e Justificativa da Operação de Cisão Parcial da Bolsa de Mercadorias & Futuros BM& F”, de 17/09/2007, e da “Ata da Assembléia Geral Extraordinária da BM&F S.A.”, de 20/09/2007, houve emissão de ações ordinárias da BM&F S/A, atribuídas aos detentores de títulos patrimoniais da BM&F; que a cisão da Bovespa foi aprovada por Assembléias Gerais Extraordinárias (AGE) realizadas em 28/08/2007, aprovando versão de parte de seu patrimônio à Bovespa Serviços e à Bovespa Holding S/A;

e) que em 14/12/2007 foi constituída a sociedade, cuja denominação passou a ser “Nova Bolsa S/A”, em 08/04/2008, com o objetivo de participar de outras sociedades; os Protocolos e Justificação de Incorporação celebrados em 17/04/2008 entre a BM&F S/A e a Nova Bolsa S/A, e entre a Bovespa Holding e a Nova Bolsa S/A, resumiram a reorganização societária envolvendo a BM&F S/A e a Bovespa Holding, deliberando pela incorporação da BM&F S/A pela Nova Bolsa, mediante versão à companhia do patrimônio líquido da BM&F S/A, e pela incorporação das ações da Bovespa Holding pela Nova Bolsa S/A;

f) que, em assembléias realizadas em 08/05/2008, foram aprovadas as incorporações, pela Nova Bolsa S/A, da BM&F S/A e das ações da Bovespa Holding S/A, unificando-se as operações das bolsas de valores e de mercadorias e futuros na Nova Bolsa S/A, que passou a se denominar BM&F Bovespa S/A.

g) no tópico “Inaplicabilidade do art. 239 do RIR ao presente caso –Inexistência da alegada devolução do patrimônio, muito menos por parte de entidade isenta”, alega que a diferença entre o custo de aquisição dos títulos patrimoniais e o valor das ações recebidas com a desmutualização não constitui acréscimo patrimonial, mas decorre da atualização dos títulos entre a data de aquisição e a data da transformação;

h) que no entender da fiscalização, a operação de desmutualização se caracterizou pela devolução do título patrimonial da entidade isenta– o título de Membro de Compensação nº 256 da BM&F Associação – mediante a entrega de ações da BM&F S/A, o que daria ensejo à aplicação do art. 239 do RIR de 1999; que a fiscalização buscou

caracterizar como sendo devolução de patrimônio e posterior integralização de capital a operação, real, de transformação dos títulos patrimoniais em ações, mas a impugnante não recebeu em devolução qualquer valor em dinheiro, bens ou direitos da associação de que participava (BM&F);

i) que o processo de desmutualização consistiu em uma cisão parcial das entidades e na posterior incorporação das parcelas cindidas pelas novas sociedades; que, assim, os títulos patrimoniais da BM&F e as ações da CBLC transformaram-se em ações da BM&F S/A e da Bovespa Holding S/A, respectivamente; que a doutrina é unânime no sentido de que o primeiro titular dessas ações será a mesma pessoa física ou jurídica que detinha a participação na entidade cindida (as corretoras, distribuidoras e demais instituições financeiras); que, com a cisão e consecutiva incorporação de parcela cindida, as empresas então detentoras dos títulos patrimoniais passaram a deter, na mesma proporção, as ações da BM&F S/A e da Bovespa Holding S/A, de tal modo que cai por terra a alegação fiscal de que as associações transmitiram a titularidade das ações como devolução de seu patrimônio;

j) que as instituições isentas não devolveram patrimônio algum, tendo seus associados recebido ações de emissão de terceiras sociedades empresárias; que, a desmutualização gera, na prática, verdadeira transformação dos títulos em ações, ou seja, a sociedade passa por uma espécie a outra, mudando-lhe as características, mas não a individualidade, que permanece a mesma; que o evento denominado desmutualização em nada alterou o montante de seu patrimônio, mas apenas a sua natureza; que a transformação dos títulos patrimoniais em ações é operação única, não se confundido jamais com as operações de devolução de patrimônio de uma associação e posterior integralização de capital em uma sociedade anônima; que a troca de títulos por ações não gera quaisquer efeitos patrimoniais, pois não houve aumento de patrimônio ou disponibilização econômica ou jurídica de renda em face de tratar-se de mera substituição de ativos;

k) que a própria Receita Federal entende não ser possível a destinação de patrimônio das associações BM&F e Bovespa para entes com finalidade lucrativa, conforme Solução de Consulta Cosit nº 10, de 2007; que o entendimento da fiscalização de que houve devolução do patrimônio carece de fundamento, uma vez que o art. 16, parágrafo único, da Lei nº 9.532, de 1997, admite expressamente a possibilidade de uma entidade isenta realizar operação de cisão e incorporação;

l) no tópico “Custo de aquisição – necessidade de consideração das atualizações dos valores patrimoniais do título da BM&F” argumenta que a diferença entre o custo do título patrimonial (R\$ 1.919.815,00) considerado pela fiscalização, e o valor das ações recebidas com a desmutualização (R\$ 4.961.610,00) não constitui acréscimo patrimonial da impugnante, mas decorre da atualização do título entre a data de aquisição e a data de sua

transformação em ações; que os títulos patrimoniais, por determinação do Conselho Monetário Nacional, eram sujeitos a atualizações periódicas de seu valor, pautadas em informações fornecidas pelas próprias Bolsas com base na variação de seus patrimônios líquidos; que referidas atualizações de títulos eram registradas pelas associadas como acréscimos ao valor do título, que figura no Ativo Permanente, em contrapartida à subconta “Reserva de Atualização dos Títulos Patrimoniais”, integrante da conta de “Reserva de Capital”, no Patrimônio Líquido;

m) que por força da Portaria do Ministério da Fazenda nº 785, de 1977, tais atualizações de títulos patrimoniais, quando positivas, não constituíam receita e nem ganho de capital, podendo ser excluídas do lucro real para fins de apuração do IRPJ e da CSLL, desde que não distribuídas e mantidas em conta de reserva para aumento futuro de capital; que a substituição de títulos patrimoniais da Bovespa por ações da Clearing S/A (atual CBLC) foi considerada operação de permuta e não tipificou qualquer fato gerador do IRPJ e da CSLL, conforme Solução de Consulta Cosit nº 13, de 1997;

n) ainda que tivesse ficada configurada a devolução de patrimônio, o dispositivo aplicado seria o art. 22 da Lei nº 9.249, de 1995; que, como a desmutualização foi efetivada pelo valor contábil e não pelo valor de mercado dos títulos, não deve ser aplicado o art. 17 da Lei nº 9.532, de 1997; que, por força da Portaria MF nº 785, de 1977, a atualização era registrada em reserva de atualização de títulos patrimoniais; que as instituições financeiras estavam obrigadas, por força do COSIF (Circular 1.273, de 1987), a avaliar a participação societária detida na BM&F e na Bovespa com base no valor informado pela própria Bolsa; que não deve haver a tributação pelo IRPJ e CSLL da reserva de reavaliação decorrente da atualização dos títulos patrimoniais, conforme Pareceres CST nºs 2.111, de 1981, 911, de 1983, e 2.867, de 1983; que aludidas regras de atualização dos títulos patrimoniais possuem natureza jurídica idêntica às regras de equivalência patrimonial (não tributável, conforme art. 389 do RIR de 1999);

o) que além da RFB, também as agências reguladoras têm poderes para normatizar a contabilidade de suas reguladas, como é o caso da CVM e do Bacen, conforme item 4 do Parecer Normativo CST nº 2.254, de 1981; que o CVM, através do Ofício Circular CVM nº 325, de 1979, estabeleceu que os títulos das bolsas devem ser ajustados pelos associados de acordo com o método semelhante ao de equivalência patrimonial; que o fato de as Bolsas de Valores serem entidades sem fins lucrativos não impede a aplicação do método de equivalência patrimonial, como consta da Solução de Consulta nº 10/2007, porque a legislação tributária reconhece expressamente que se a legislação regulatória ou bancária exigir a aplicação do método da equivalência patrimonial essa regra deve produzir efeitos fiscais, conforme o Parecer Normativo CST nº 78/78 e o Ato Declaratório Normativo nº 09/81;

p) caso assim não entenda esta DRJ, requer seja considerado como custo de aquisição do título patrimonial aos menos o valor que se encontra lançado em sua contabilidade ao final do ano-calendário de 2004; uma vez expirado o prazo previsto no art. 150, § 4º, do CTN, a fiscalização não está autorizada a promover a revisão dos fatos contábeis ocorridos e registrados anteriormente, eis que alcançados pelo instituto da decadência; que a fiscalização não possui o direito de, apenas no ano de 2010, reputar irregulares as atualizações ocorridas desde a aquisição do título (06/12/2001) até 2004;

q) no tópico “Vício material nos lançamentos efetuados para o ano-calendário de 2008 – erro flagrante na subsunção dos fatos ao critério temporal da hipótese de incidência tributária” argúi que a fiscalização incorreu em grave e insanável erro no critério temporal de sua regra matriz de incidência; que, embora tenha observado que a operação de desmutualização se deu em 01/10/2007, quando, no seu entender, teria ocorrido a devolução do patrimônio de entidade isenta, considerou como período de apuração do IRPJ e da CSLL o ano-calendário de 2008, o que configura grave vício na apuração do tributo; que a alienação em 2008 dos bens e direitos recebidos em devolução da instituição isenta não tem qualquer relevância para a imposição em comento; se houve falta de oferecimento à tributação do ganho referente à atualização acumulada periodicamente desde a aquisição do título patrimonial até a devolução deste sob a forma de ações da BM&F S/A, bem como a insuficiência no recolhimento de estimativas mensais de IRPJ e CSLL, tais infrações ocorreram, todas, no mês de outubro/2007, quando ocorreu a operação de desmutualização;

r) que o errôneo critério temporal eleito pela fiscalização constituiu vício substancial, insanável, impossível de ser convalidado, nos termos do quanto disposto no art. 142 do CTN; que na escrituração contábil deve ser observado o regime de competência, que representa verdadeiro e efetivo princípio de contabilidade, previsto nas Resoluções CFC nº 750/93 e 774/94 e arts. 177 e 187 da Lei nº 6.404, de 1976;

s) que, se os principais não são devidos, também não há como se manter o lançamento das multas e dos juros isolados sobre as estimativas dos meses do ano-calendário de 2008; que os juros isolados foram lançados com base nas taxas Selic de meses completamente estranhos aos fatos;

t) no tópico “Impossibilidade de cobrança da multa isolada – inexistência de saldo de imposto e de contribuição a pagar no final do ano-calendário” aduz que a exigência da multa de lançamento de ofício isolada, bem como de juros isolados, sobre diferenças de IRPJ e CSLL não recolhidas mensalmente, somente se justifica, acaso efetuadas após o encerramento do ano-calendário, se de tal falta de recolhimento ou reconhecimento a menor resultar prejuízo ao Fisco;

u) que, na hipótese de não existir, na apuração anual, saldo de imposto ou de contribuição a pagar, fica evidente que a eventual insuficiência de recolhimento de estimativas mensais não acarreta prejuízo ao Fisco, o qual não deixou de receber montante algum a título de IRPJ ou CSLL; com efeito, conforme declarado na DIPJ 2009, apurou prejuízo de R\$ 338.159,61 no ano-calendário de 2008 e, após efetuar a dedução dos valores relativos a retenções na fonte, imposto pago no exterior e estimativas recolhidas, houve a formação de saldo negativo de R\$ 100.605.085,82 de IRPJ a pagar; que, em relação à CSLL apurou saldo negativo de R\$ 84.780.341,86;

v) que não há razoabilidade nem justo motivo para a cominação da vultosa multa que lhe está sendo exigida, calculada com base em valores que, supostamente devidos no curso do ano-calendário, confirmaram-se indevidos quando do encerramento do ano-calendário e da apresentação da declaração de rendimentos; que, se eram indevidas as estimativas, não podem mais ser base de cálculo de multa e juros, sob pena de se calcular penalidade e acréscimos moratórios sobre base inexistente;

w) no tópico “Da impossibilidade de cobrança, após o término do ano-calendário, de multa e juros por não recolhimento de estimativas mensais”, assevera que após o encerramento do período-base não há que se faltar na exigência do recolhimento por estimativas; que o mesmo raciocínio se aplica à multa de ofício isolada e aos juros sobre diferenças de IRPJ e CSLL não recolhidos mensalmente, eis que tal penalidade e tais acréscimos moratórios somente se justificam se operados no curso do próprio ano-calendário; que não haverá base de cálculo para a cobrança da multa isolada e dos juros de mora isolados, eis que o valor das estimativas supostamente não pagas não mais refletirá a realidade da contribuinte; que como os juros são acessórios do principal, não há como pretender cobrá-los se o principal não mais é devido;

x) que aplicar multa e juros isolados no presente caso é uma evidente contradição, eis que a parcela das estimativas de fevereiro a dezembro/2008 não foram sequer declaradas pela impugnante, tendo surgido apenas agora com o lançamento de ofício efetuado; que a fiscalização já efetuou o lançamento do IRPJ (em verdade, reduziu o saldo de prejuízo fiscal) e da CSLL devido no ajuste anual por conta da desmutualização das Bolsas, com o acréscimo, no caso da CSLL, de juros e multa de ofício de 75%; que não há qualquer motivo para a cominação de mais de uma multa de ofício com base nos mesmos fatos;

y) no tópico “Da ilegalidade da Multa Isolada Aplicada – Ocorrência de bis in idem quanto à CSLL” afirma que tanto a multa de ofício de 75% como a multa isolada foram impostas sobre a mesma infração; que o entendimento de que essas multas são aplicadas para fatos diferentes, a multa de ofício em virtude do não pagamento do tributo e a multa isolada pelo descumprimento do regime da estimativa, ignora o fato de que,

após o encerramento do ano-calendário o crédito tributário deixa de ser aquele com base no lucro estimado e passa a ser aquele calculado sobre o lucro real efetivo;

z) que após o término do ano-calendário nem há que se falar em crédito tributário, pois estimativa não é tributo, mas mera antecipação do tributo cuja apuração terá lugar no fim do ano-calendário; que, pelo princípio da absorção ou consunção, não deve ser aplicada penalidade pela violação do dever de antecipar, na mesma medida em que já houve aplicação de sanção sobre o dever de recolher em definitivo; que a multa de ofício de 75% absorve a multa isolada de 50% até o montante em que suas bases se identificam, o que não foi feito no presente caso em relação ao lançamento sobre os supostos ganhos de R\$ 3.041.795,00;

aa) no tópico “Da improcedência do lançamento quanto ao PIS e à Cofins sobre a venda das ações” argumenta que a principal discussão diz respeito à classificação contábil dos títulos pretensamente alienados pela impugnante, adquiridos em decorrência do processo de desmutualização das Bolsas, dado que a legislação aplicável ao caso exclui da base de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente (art. 3º, § 2º, IV, da Lei nº 9.718, de 1998);

bb) que a fiscalização fundamentou seu posicionamento no fato a impugnante ter assinado Termo de Adesão em que se comprometeu a alienar 35% de suas ações da BM&F S/A e de ter enviado Carta Mandato à Bovespa expressando sua intenção de alienar todas as suas ações da Bovespa Holding S/A; que esse fatos demonstrariam a intenção da impugnante de proceder à venda das ações e, por conseguinte, exigiriam a contabilização no ativo circulante e consideração das receitas obtidas como parte integrante da receita bruta;

cc) refuta tal entendimento ao argumento de que os títulos sempre foram representativos de participações permanentes em outras entidades e sua venda não constituiu receita operacional; que os grupos contábeis sofreram modificações em decorrência das alterações promovidas nos últimos tempos na Lei das S/A, em especial as introduzidas pelas Leis nº 11.638, de 2007, e 11.941, de 2009; explicita as alterações sofridas na Lei das S/A, especificamente em seu art. 178, para demonstrar quais ativos estavam e agora estão abarcados pelos diferentes grupos de contas do ativo; que o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718, de 1998, que ampliou, indevidamente, o conceito de faturamento para abranger todas as receitas da empresa, independentemente de sua classificação contábil, sendo que tal parágrafo foi posteriormente revogado pela Lei nº 11.941, de 2009 (art. 79, XII);

dd) argumenta que alienar as ações que possuía da BM&F S/A e da Bovespa Holding S/A, após a desmutualização ocorrida em 2007, não faz parte do objeto social da impugnada, razão pela

qual a receita obtida com as aludidas vendas tem a natureza de receita não operacional; que pouca diferença faz se a impugnante deveria ter contabilizado as ações recebidas em seu ativo circulante ou permanente, pois o que importa é a essência da operação realizada, isto é, se o resultado é oriundo da atividade típica da impugnante ou não; que, como visto, a alienação de ações recebidas em substituição das ações da CBLC e o título da BM&F não fazem e nunca fizeram parte do objeto social da impugnante; que, ainda que a legislação aplicável à impugnante não excluísse da base de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente, o fato é que as receitas oriundas da alienação das ações não são operacionais, não integrando o faturamento ou a receita bruta da impugnante;

ee) no tópico “Da competência absoluta do Bacen para a avaliação da correção de procedimentos contábeis da impugnante –impossibilidade de ingerência da fiscalização” aduz que constitui competência privativa do Bacen, dentre outras, exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas na legislação; que, portanto, é o Bacen que tem a competência funcional exclusiva para definir se a contabilização das ações oriundas do processo de desmutualização foi correta;

ff) que tanto o Bacen como a RFB têm cada qual, parcela de atribuições para decidir os assuntos que lhe são afetos, deles não podendo fugir ou extrapolar; que a RFB, por intermédio do Parecer Normativo nº 78, de 1978, já manifestou o seu entendimento sobre a necessidade observância, pela própria RFB, das normas e manifestações expressas pelo Bacen; cita o Parecer nº GQ50, de 1994, a Advocacia Geral da União para afirmar que a fiscalização só poderia desconstituir a operação pactuada e tributar eventuais receitas que deveriam ter sido registradas em razão do suposto erro na contabilização das ações se o Bacen assim determinasse;

gg) no tópico “Do erro da fiscalização em tributar a venda de 45% das ações da BM&F S/A ao invés de 35%” assevera que a fiscalização entendeu que somente 35% das ações da BM&F S/A recebidas e alienadas pela impugnante teriam sido compromissadas para venda e, portanto, passíveis de tributação pelo PIS e Cofins; que esses 35% foram formados da seguinte forma: 25% das ações seriam vendidas na Oferta Pública Inicial e 10% seriam vendidas ao grupo General Atlantic; ocorre que a fiscalização fez incidir o PIS e a Cofins sobre a receita oriunda de venda de 45% das ações; quanto aos 10% adicionais, não havia qualquer manifestação expressa da intenção de venda, de modo que não poderiam essas ações serem reclassificadas para o ativo circulante e a receita de sua venda tida como operacional;

hh) no tópico “Da ilegalidade da incidência de juros sobre multa” argúi que não há como se pretender a incidência de juros sobre multas, na medida em que, por definição, se os juros

remuneram o credor pela privação do uso de seu capital, eles devem incidir somente sobre o que deveria ter sido recolhido no prazo legal, e não foi; que os juros não podem incidir sobre a multa, na medida em que essa não retrata a obrigação principal, mas sim encargo que se agrega ao valor da dívida, como forma de punir o devedor; que, a multa não tem como ser prevista em norma primária, pois seus efeitos não integram a materialidade da obrigação prevista naquela norma; que essa linha de pensamento não resta prejudicada pelo disposto no art. 113, § 3º, do CTN, pois multa não é tributo e o descumprimento da obrigação principal não tem o condão de transformar a multa em tributo; que falta lei que autorize a incidência de juros sobre multa;

ii) no tópico “Da ilegalidade da aplicação da taxa Selic” alega que a taxa Selic visa a remuneração do investidor, e não a aplicação como sanção pelo atraso no cumprimento de uma obrigação; ademais, não foi criada por lei, o que ofende o princípio da legalidade, bem como o disposto no art. 161, § 1º, do CTN, razão pela qual não pode ser admitida sua utilização como juros de mora na presente autuação.

jj) ao final, protesta desde logo provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos; requer o provimento integral da presente impugnação, determinando o cancelamento integral dos autos de infração em questão e, conseqüentemente, o seu arquivamento definitivo, como medida de Direito e Justiça.

As ementas proferidas na decisão de primeira instância são as seguintes:

**DESMUTUALIZAÇÃO DAS BOLSAS DE VALORES.
DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO DE ASSOCIAÇÃO ISENTA.
TRIBUTAÇÃO.**

**DIFERENÇA ENTRE OS VALORES RECEBIDOS EM
DEVOLUÇÃO E OS ENTREGUES PARA FORMAÇÃO DO
PATRIMÔNIO.**

Sujeita-se à incidência do imposto de renda, computando-se na determinação do lucro real, a diferença entre o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos de associação isenta, a título de devolução de patrimônio na operação de desmutualização das bolsas de valores (unificação das operações da Bovespa e BM&F, à época estabelecidas sob a forma de entidades civis sem fins lucrativos, em uma única sociedade anônima de capital aberto), e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver sido entregue para a formação do referido patrimônio.

**DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO DE ASSOCIAÇÃO ISENTA.
TRIBUTAÇÃO. MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO
GERADOR DO IMPOSTO.**

Considerando que na operação de desmutualização das bolsas de valores o fato gerador do imposto de renda ocorreu no momento da devolução do patrimônio da associação isenta a

seus associados, improcede o lançamento fiscal que tributa a realização da reserva de atualização do título patrimonial da BM&F no ano-calendário subsequente, mediante venda das ações recebidas em devolução do patrimônio dessa associação isenta.

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

A contagem do prazo decadencial para constituição do crédito tributário apurado na operação de desmutualização das bolsas de valores inicia-se no momento da devolução do patrimônio da associação isenta a seus associados.

DECORRÊNCIA. CSLL.

Tratando-se de tributação reflexa de irregularidade descrita e analisada no lançamento de IRPJ, constante do mesmo processo, e dada à relação de causa e efeito, aplica-se o mesmo entendimento à CSLL.

MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA EXIGIDOS ISOLADAMENTE.

Uma vez cancelada a exigência relativa à realização da reserva de atualização do título patrimonial de associação isenta (BM&F), inexistente insuficiência de recolhimento de estimativas de IRPJ e CSLL que justifique a cobrança de multa de ofício e juros de mora exigidos isoladamente.

Ao final, a recorrente pede que se conheça e julgue o recurso voluntário, com a determinação da reforma dos fundamentos da decisão de primeira instância, a fim de que seja afastado o suposto entendimento equivocado, no que tange aos efeitos jurídicos da operação da desmutualização das Bolsas de Valores, mantendo-se o cancelamento dos autos de infração e seu arquivamento definitivo.

É o relatório.

Voto

Conselheira Albertina Silva Santos de Lima,

O lançamento em discussão decorre da operação de desmutualização das bolsas de valores, que teve como objetivo a unificação das operações da BM&F e BOVESPA (entidades sem fins lucrativos), que ocorreu por meio de uma seqüência de atos societários, em 2007 e 2008, mediante a organização em sociedades anônimas de capital aberto (BM&F S/A e Bovespa Holding), posteriormente incorporadas em uma única sociedade anônima de capital aberto (Nova Bolsa S/A), com ações negociadas no mercado de valores, atualmente BM&F Bovespa S/A.

O valor tributado refere-se ao saldo de R\$ 1.672.986,94 da reserva de atualização do título patrimonial da BM&F, cujo valor foi realizado mediante a venda no ano-calendário de 2008, de 2.728.885 ações, recebidas na operação de desmutualização das bolsas de valores.

Com o lançamento, reduziu-se o prejuízo fiscal apurado no ano-calendário de 2008, de R\$ 338.188.159,61 para R\$ 336.515.172,95. Exigiu-se a multa de ofício isolada no valor de R\$ 148.122,38, por falta de recolhimento de estimativas de IRPJ apuradas com base em balanço/balancete de suspensão/redução, e R\$ 15.733,80 de juros de mora isolados.

Em relação à CSLL, exige-se o recolhimento do valor de R\$ 250.947,99 e respectiva multa de ofício, de 75%, em razão da mesma infração, e ainda multa isolada, por falta de recolhimento de estimativas no valor de R\$ 42.690,10 e juros de mora isolados no valor de R\$ 6.175,12.

Os lançamentos do PIS e COFINS referem-se aos fatos geradores de outubro a dezembro de 2007 e segundo a fiscalização, devem-se a falta de recolhimento dessas contribuições incidentes sobre a receita auferida na venda de ações recebidas quando da desmutualização da Bovespa e da BM&F, indevidamente consideradas como ativo permanente (ao invés de ativo circulante), face ao compromisso de venda das mesmas assumido perante as referidas Bolsas. Esses lançamentos foram transferidos para o processo de nº 10980.726071/2010-83, por não serem decorrentes do lançamento do IRPJ, portanto, não são objeto de discussão nos presentes autos.

Segundo a Turma Julgadora, na operação de desmutualização das bolsas de valores, o fato gerador do imposto de renda ocorreu no momento da devolução do patrimônio da associação isenta a seus associados, devendo ser computado na determinação do lucro real do ano-calendário de 2007, a diferença entre o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos da BM&F, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver sido entregue para a formação de referido patrimônio, conforme o disposto no art. 17, § 3º da Lei 9.532/97, razão pela qual reconheceu a improcedência do lançamento fiscal que tributou no ano-calendário de 2008, a realização da reserva de atualização do título patrimonial da BM&F mediante a venda de 2.728.885 ações da BM&F S/A.

Concluiu que a devolução do patrimônio da entidade isenta ocorreu no mês de outubro de 2007, quando houve a operação de desmutualização das bolsas, razão pela qual, cancelou o lançamento fiscal que tributou a realização da reserva de atualização dos títulos patrimoniais no ano-calendário de 2008, sem prejuízo de novo procedimento fiscal para regularização da falha, enquanto não decorrido o prazo decadencial.

A Turma Julgadora não recorreu de ofício, o que está correto, pois o valor exonerado é inferior ao valor de R\$ 1 milhão, limite do valor de alçada.

Por meio da comunicação nº 504/11, de 22.06.2001, de fls. 444, a autoridade administrativa encaminhou cópia do acórdão recorrido à contribuinte, onde informou que foi totalmente extinto o lançamento constante dos presentes autos.

Transcrevo alguns artigos do Decreto 70.235/72:

Art. 31. A decisão conterá relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

Art. 34. A autoridade de primeira instância recorrerá de ofício sempre que a decisão:

I - exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa de valor total (lançamento principal e decorrentes) a ser fixado em ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

(...)

§ 1º O recurso será interposto mediante declaração na própria decisão.

(...)

Art. 42. São definitivas as decisões:

I - de primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto;

II - de segunda instância de que não caiba recurso ou, se cabível, quando decorrido o prazo sem sua interposição;

III - de instância especial.

Parágrafo único. Serão também definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício.

Art. 45. No caso de decisão definitiva favorável ao sujeito passivo, cumpre à autoridade preparadora exonerá-lo, de ofício, dos gravames decorrentes do litígio.

O parágrafo único do art. 42 do Decreto 70.235/72, traz duas situações de definitividade das decisões de primeira instância: a parte que não for objeto de recurso voluntário, ou seja, embora cabível o recurso voluntário, o sujeito passivo somente o interpõe em parte, sendo definitiva a decisão de primeira instância em relação à parte não contestada no recurso voluntário; e a parte que não estiver sujeita a recurso de ofício, que no caso, dos presentes autos, corresponde à totalidade do crédito tributário lançado.

O crédito tributário lançado não mais será exigido, conforme se observa da comunicação ao sujeito passivo efetuada pela autoridade administrativa de fls. 444, sendo incabível o recurso voluntário, não havendo previsão legal para sua interposição.

Outro não é o entendimento, manifestado no AgRg no REsp 1150146 / MG 2009/0140722-9, de 14.12.2010 (Relator Ministro Luiz Fux), cuja parte da ementa, a seguir transcrevo:

1. O interesse em recorrer é instituto ontologicamente semelhante ao interesse de agir como condição da ação, e é mensurado à luz do benefício prático que o recurso pode proporcionar ao recorrente. Amaral Santos, in "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", 4.ª ed., v. IV, n.º 697, verbis: "O que justifica o recurso é o prejuízo, ou gravame, que a parte sofreu com a sentença".

Não havendo litígio nos presentes autos, o recurso voluntário não deve ser conhecido.

Do exposto, oriento meu voto, para não conhecer do recurso voluntário, em razão da definitividade de decisão de primeira instância, que considerou o lançamento fiscal improcedente.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima - Relatora

Processo nº 10980.723481/2010-72
Acórdão n.º **1102-00.769**

S1-C1T2
Fl. 16

CÓPIA