



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

Processo nº 15504.019964/2010-16
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1202-001.083 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de dezembro de 2013
Matéria IRPJ e reflexos
Recorrente MUNDINVEST S/A CORRETORA DE CâMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

AUTO DE INFRAÇÃO. DESMUTUALIZAÇÃO DE BOLSAS DE VALORES E DE MERCADORIAS. ASSOCIAÇÕES ISENTAS. DEVOLUÇÃO DE TÍTULO PATRIMONIAL E SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES DAS NOVAS EMPRESAS. SUJEIÇÃO À TRIBUTAÇÃO.

Sujeita-se à incidência do imposto de renda, computando-se na determinação do lucro real do exercício, a diferença entre o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, por pessoa jurídica, 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 do referido patrimônio.

CSLL. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

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

COFINS RECEITA DE VENDA. ATIVO PERMANENTE. NÃO INCIDÊNCIA.

Em decorrência da operação em que o capital representado pelos títulos patrimoniais detidos pela Recorrente 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.

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP RECEITA DE VENDA. ATIVO PERMANENTE. NÃO INCIDÊNCIA.

Em decorrência da operação em que o capital representado pelos títulos patrimoniais detidos pela Recorrente 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.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO - INAPLICABILIDADE - Os juros de mora só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa de ofício aplicada. Precedentes do CARF.”

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade da autuação por cerceamento do direito de defesa e, no mérito, pelo voto de qualidade, em dar provimento parcial ao recurso, para manter a tributação em relação ao IRPJ e CSLL, vencidos os Conselheiros Nereida de Miranda Finamore Horta, Geraldo Valentim Neto (relator) e Orlando José Gonçalves Bueno; por maioria de votos, em excluir a tributação do PIS e da Cofins, vencida a Conselheira Viviane Vidal Wagner; e, por maioria de votos, em afastar a incidência da multa isolada e dos juros de mora sobre a multa de ofício, nos termos dos votos do relator e do redator designado, vencidos os Conselheiros Viviane Vidal Wagner e Carlos Alberto Donassolo. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Plínio Rodrigues Lima.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo – Presidente em Exercício.

(documento assinado digitalmente)

Geraldo Valentim Neto - Relator.

(documento assinado digitalmente)

Plínio Rodrigues Lima - Redator designado.

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

Relatório

Trata-se de Autos de Infração que exigem da contribuinte, ora Recorrente, IRPJ e CSLL, ambos cumulados com multa de ofício, no percentual de 75%, isoladamente no percentual de 50% e juros de mora; contribuição para o Pis/Pasep e Cofins, ambas cumuladas com multa de ofício no percentual de 75% e juros de mora.

Os autos foram enviados para a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Belo Horizonte, que julgou improcedente a Impugnação apresentada nos seguintes termos:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

Documento assinado digitalmente conforme Operação de "desmutualização".

Autenticado digitalmente em 22/09/2014 por GERALDO VALENTIM NETO, Assinado digitalmente em 29/09/2014

4 por CARLOS ALBERTO DONASSOLO, Assinado digitalmente em 22/09/2014 por GERALDO VALENTIM NETO, Assin

ado digitalmente em 26/09/2014 por PLÍNIO RODRIGUES LIMA

Impresso em 30/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

Crédito Tributário Mantido

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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 22/09/2014 por GERALDO VALENTIM NETO, Assinado digitalmente em 29/09/201

4 por CARLOS ALBERTO DONASSOLO, Assinado digitalmente em 22/09/2014 por GERALDO VALENTIM NETO, Assin

ado digitalmente em 26/09/2014 por PLINIO RODRIGUES LIMA

Impresso em 30/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

1- que a decisão recorrida é nula, uma vez que a DRJ não teria analisado de forma aprofundada todos os argumentos apresentados pela Recorrente, configurando cerceamento de defesa;

2- 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;

3- que, apesar disso, o próprio TVF revela uma mera substituição de um ativo por outro;

4- que a desmutualização nada mais é do que a transformação da bolsa/entidade sem fins lucrativos em uma S/A;

5- que, em relação à corretora, houve uma mera permuta, sem torna, de participações societárias, operação que, nos termos da Solução de Consulta COSIT nº 13/97, não caracteriza ganho;

6- que, quando, vendeu ações e realizou o ganho, a contribuinte pagou os tributos incidentes;

7- que só cabe apurar o resultado da troca de ativos (ganho ou perda) no momento em que as ações respectivas forem vendidas;

8- que no tocante ao IRPJ e à CSLL houve uma dupla punição pela mesma falta e aplicação de duas multas sobre uma mesma base de cálculo em confronto com o entendimento do CARF e da Câmara Superior de Recursos Fiscais;

09- que a incidência de juros SELIC sobre a multa de ofício não possui base legal.

Oportunamente, os autos foram enviados a este Colegiado. Tendo sido designado relator do caso, requisitei a inclusão em pauta para julgamento do recurso.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Geraldo Valentim Neto, Relator

Como o recurso preenche os pressupostos de admissibilidade, dele tomo conhecimento e passo à análise dos argumentos suscitados.

Inicialmente, cumpre afastar a alegação de cerceamento de defesa tendo em vista que na decisão recorrida restaram analisadas as questões suscitadas pela Recorrente.

Dessa forma, passa-se à análise do mérito.

a) 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 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 a 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 das Bolsas, 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, 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 das entidades, 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 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 das entidades, 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).

Assim, após a realização dos processos de desmutualização, as entidades transferiram, mediante cisão parcial seguida de incorporação, parcela de seu patrimônio para as novas entidades criadas, com fins lucrativas.

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 assembléia geral alterar o estatuto, conforme dispõe referido dispositivo. Vejamos:

Art. 59. Compete privativamente à assembléia geral.

I – destituir os administradores;

II – alterar o estatuto.

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

Por tais razões, e diante das respectivas aprovações em assembléias 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, consequentemente, modificar a natureza do que foi deliberado pelas partes e realizado com base na legislação aplicável.

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 das entidades para a criação de outra sociedade, situações estas que sequer ocorreram.

Ao contrário do que alega a fiscalização, não houve “devolução” do patrimônio decorrente da extinção das associações, 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 inexiste 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:

I - 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 sofrerem processo de transformação mediante incorporação, fusão ou cisão.

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

Cumpre 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) 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 das entidades 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 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 exaustivamente 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 nas entidades receberam ações das novas entidades 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**.

Constata-se, portanto, e conforme exaustivamente 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.

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 inocorreu –, 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.

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)

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 o processo de desmutualização.

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.

b) O MÉTODO DE AVALIAÇÃO DOS TÍTULOS PATRIMONIAIS

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, 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, 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 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 (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, 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, conforme previsto na Resolução CMN/BACEN nº 2.690/2000 (Regulamento das Bolsas de Valores).

Consequentemente, em caso de oscilação patrimonial (positiva ou negativa) no patrimônio líquido das emissoras dos títulos 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

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

b) *Títulos patrimoniais;*

c) *Ações e cotas;*

d) *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)

a) *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;*

b) *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 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 consequentemente 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 consequente 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 de 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)

Cumpre 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 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 entidade, 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 entidade, 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 entidade pelo mesmo valor contábil dos títulos patrimoniais, processo idêntico ao que ocorreu na operação de desmutualização 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, 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)*

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. 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 expresso 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;”

Qualquer alegação de 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, no único intuito de buscar defender que não teria havido violação ao artigo 146 do CTN não merece prosperar.

Isto porque, 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 incorreu no processo de desmutualização, 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) o processo de reestruturação ocorreu 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 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.

Referido posicionamento deve ser também aplicado à discussão acerca da incidência do PIS e da COFINS, que não são devidos no presente caso, conforme também já consignou esta Turma por unanimidade nos autos do Acórdão nº 1202-000.813, de 12.6.2012, de Relatoria do Conselheiro Orlando José Gonçalves Bueno, nos seguintes termos:

*“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.”

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

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Geraldo Valentim Neto

Voto Vencedor

Conselheiro Plínio Rodrigues Lima

É como voto.

Trata-se de divergência quanto à incidência de IRPJ e CSLL em decorrência da desmutualização da bolsa de valores. Em que pesem os fundamentos do I. Conselheiro Relator, ousou discordar, adotando os argumentos, cabíveis nos presentes autos, constantes do Acórdão nº 1301-001.225 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, publicado em 30/07/2013, de relatoria do I. Conselheiro Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior, a seguir transcritos:

(...)

Como visto no relatório acima circunstanciado, trata-se na espécie, resumidamente, de autuação acerca do processo de desmutualização das Bolsas de Valores, assim compreendidos os procedimentos pelos quais se levou a efeito diversas alterações societárias que modificaram a estruturação jurídica das Bolsas de Valores, e a Fiscalização reputa que a recorrente deixou de recolher o IRPJ e a CSLL incidentes na alienação de título patrimonial da BM&F.

A Fiscalização, bem como a recorrente, nos arrazoados que apresentaram, bem cuidaram de delinear em que consistiu o processo de desmutualização das bolsas de valores, sendo que estas, falo das bolsas de valores, nos termos da Lei nº 6.385/76, ostentam a posição de órgão integrante do sistema de distribuição de valores mobiliários (art. 15, IV), bastando referir, para que se entenda o processo de desmutualização, que em sua constituição originária detinham natureza jurídica de Associações sem Fins Lucrativos e assim o foi até o ano de 2007, quando então se alterou o regime jurídico das bolsas de valores.

Enquanto existiram como “associações sem fins lucrativos”, as bolsas de valores emitiram títulos representativos do seu patrimônio, sendo condição inarredável para “operar” no mercado financeiro, melhor dizendo, às operações nas bolsas de valores, ser detentor dos apontados títulos.

Sabidamente, dado a natureza jurídica distinta, bem como a destinação das bolsas de valores, estas dispunham de tratamento tributário diferenciado, mas, sem prejuízo disso, as bolsas de valores aprovaram o que se chamou de processo de desmutualização, acarretando a extinção das “associações sem fins lucrativos” com a conversão dos títulos patrimoniais dos

associados, a exemplo da recorrente, em ações ordinárias da BM&F S.A.

A Fiscalização reputa, em resumo, que a extinção das associações sem fins lucrativos, irradiou a aplicação do artigo 17 da Lei nº 9.532/1997, de sorte que tendo havido devolução de patrimônio de pessoa isenta, o constatado ganho haveria de ser tributado.

A recorrente, por seu turno sustenta ter havido mera cisão parcial e incorporação no processo de desmutualização das bolsas, ou seja, teria ocorrido a cisão parcial do patrimônio das antigas associações e a incorporação da parcela cindida em novas sociedades, situação que obstaria a ocorrência do fato gerador do IRPJ e da CSLL, porquanto não teria havido qualquer devolução de patrimônio.

Antes mesmo de seguir-se com os demais fundamentos, convém reproduzir o referido artigo, in verbis:

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.

Conquanto não se tenha formado uma jurisprudência sólida no âmbito deste CARF, entendo que na espécie a decisão recorrida conferiu correta interpretação aos fatos sucedidos e não está, portanto, a merecer qualquer reforma neste tópico.

Não me parece legítimo concluir, por tudo quanto já se relatou nestes autos e pelo que se sabe do processo de desmutualização

das Bolsas de Valores, ter havido cisão parcial e posterior incorporação sem qualquer devolução de patrimônio de sociedade isenta, contrário disso, não sobram dívidas de que a desmutualização alterou de tal modo a situação jurídica, que atraiu para a espécie a incidência do artigo 17 da Lei nº 9.532/1997, porquanto em momento ao processo, a recorrente participava de uma entidade isenta, que não podia distribuir resultados e era participante por exigência da legislação, pois lhe era impossível o exercício de sua atividade em caso contrário. Com a desmutualização, a recorrente recebeu da BM&F e da Bovespa, cotas do capital social, na forma de devolução de capital social.

Como bem descrito no termo de verificação fiscal e reafirmando pela decisão impugnada, os títulos patrimoniais das bolsas de valores devem ser avaliados por seu custo de aquisição, pois nunca estiveram as sociedades corretoras autorizadas a avaliar tais cotas ou frações ideais pelo Método de Equivalência Patrimonial, mas, sim, autorizados pela Portaria nº 785/1977, 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 bolsas de valores para o momento em que houvesse a redução do capital ou até mesmo a extinção dessas associações.

Como bem reconheceu a decisão recorrida, o embate que se trava nestes autos coincide com o que tratado no âmbito da Receita Federal do Brasil, pela Coordenação Geral de Tributação por meio da Decisão Cosit nº 13/1997, que, numa primeira interpretação, reconheceu a aplicação do Método de Equivalência Patrimonial – MEP para avaliar os títulos patrimoniais representativos da participação das corretoras no capital das Bolsas, que eram instituições isentas, admitindo a neutralidade dos seus efeitos quanto à tributação, o que, segundo a recorrente acolheria sua tese e seria aplicável ao presente caso.

Mas, como referido acima, a despeito do posicionamento da COSIT supramencionado, o que se imputa à recorrente é que, em momento posterior à Decisão 13/97, foi promulgada, em 10/12/1997, a Lei 9.532 que, em seu artigo 17, afastou a eficácia daquele entendimento porque previu, no caso de devolução de patrimônio, a tributação do valor de atualização do investimento no patrimônio de instituição isenta, representado pelo montante que excede o custo histórico do investimento, situação que esvazia o argumento de que se teria mudado o entendimento fiscal sem alteração do critério jurídico.

Importante também salientar que os títulos representativos do patrimônio das Bolsas eram contabilizados na conta de ativo permanente das corretoras, ficando sujeitos às atualizações periódicas de acordo com as informações fornecidas pela BM&F e pela Bovespa, decorrentes do engrandecimento do patrimônio das Bolsas.

Essas atualizações eram contabilizadas como acréscimos ao valor dos citados ativos, em contrapartida à subconta "reserva de atualização dos títulos patrimoniais", dentro da conta "reserva de capital", que compõe o patrimônio líquido das corretoras de acordo com as orientações contidas no COSIF — Plano Contábil das Instituições Financeiras, Capítulo 1, item 11, sub item 3, §3º;

A Portaria MF nº 785/1977 conferiu neutralidade tributária aos referidos acréscimos do valor desses títulos, enquanto mantidos no ativo de seus detentores. Assim disposto:

I - "Os acréscimos 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 DL nº 1.109/70, art. 3º, § 3º." Decreto nº 1.109/70, art. 3º: " Os aumentos de capital das pessoas jurídicas mediante a incorporação de reservas ou lucros em suspenso não sofrerão tributação do IR(.)§3º Ocorrendo a redução do capital ou a extinção da pessoa jurídica nos 5 anos subsequentes o valor da incorporação será tributado na pessoa jurídica como lucro distribuído, ficando os sócios, acionistas ou titular, sujeitos ao imposto de renda da declaração de rendimentos, ou na fonte, no ano em que ocorrer a extinção ou redução." Portanto, em função da Portaria, os aumentos nominais dos títulos patrimoniais em virtude de aumento do capital social das bolsas ficam sujeitos à tributação em caso de extinção ou redução do capital social (a qualquer título) da bolsa de valores.

A descrição da legislação e dos fatos evidencia que houve aumento patrimonial da recorrente decorrente do aumento do patrimônio das Bolsas e que esse aumento de riqueza teve sua tributação diferida para momento futuro que foi alcançado com o processo de desmutualização e a Lei 9.532/97 definiu esse como o critério temporal da hipótese tributária.

De igual modo, é certo que houve a devolução de capital pelas extintas bolsas à recorrente e esses direitos recebidos foram utilizados para compor o capital das novas empresas.

Considerar de forma diferente seria admitir isenção sem lei que a autorize, pois é inegável que os associados aportaram recursos no momento de ingressarem na associação sem fins lucrativos e, tiveram acréscimos nos valores de suas participações decorrentes dos acréscimos patrimoniais nas associações, acréscimos estes que não foram tributados pela permissão do diferimento dada pela Portaria MF 785/77, mas deveriam ser tributados no momento da devolução.

Registre-se ainda, para afastar o argumento da recorrente de que teria havido mera cisão e posterior incorporação do patrimônio das bolsas, e apenas em complemento ao que já que foi exposto, é que sendo as Bolsas, primitivamente associações sem fins lucrativos, regida por normas do Direito Civil, é seguramente inaplicável a sua sucessão a forma da legislação comercial, próprio das sociedades mercantis, situação que ainda mais se evidencia com a presença do tratamento distinto da associação e da sociedade, inclusive tratamento tributário, mas sem afastar-se do fato de serem tratadas em capítulos inteiramente distintos na legislação civil e tributária.

Tanto é assim que o Novo Código Civil dispõe separadamente seus preceitos legais, princípios, órgãos, e a sua própria dissolução, conforme se constata do Livro I do Código Civil que rege os preceitos das associações, ao passo que o Livro II rege a sociedade empresarial.

Sendo assim, somados aos outros fundamentos já expostos, tem-se que o que de fato ocorreu, ainda que outra tenha sido outra a denominação, foi a dissolução da BM&F e Bovespa, com a respectiva restituição do seu patrimônio, tal como expresso no artigo 61, § 1º, do Código Civil, na forma de ações a seus associados, e a constituição de novas sociedades.

Em conclusão, não se pode olvidar também o posicionamento da Secretaria da Receita Federal do Brasil nos termos da Solução de Consulta nº 10/2007, que tem como interessado a Comissão Nacional de Bolsa de Valores:

(...) 32. Visto que não se aplica às associações (bolsas de valores) nenhum dos institutos regulados pela Lei n. 6.404, de 1976, pois esses entes estão submetidos ao regime jurídico do Código Civil, analisemos, então, a natureza da operação denominada pela consulente como “desmutualização”.

33. A primeira questão que se coloca é que tanto o Código Civil de 1916 não versava como o de 2002 não versa sobre cisão de associação ou mesmo sobre sua incorporação a uma sociedade de fins lucrativos, mesmo porque, conforme já abordado, estes são institutos próprios das sociedades, em especial das S. A., e estranhos aos entes sem fins lucrativos. Assim sendo, ainda que a consulente insista em chamar a operação descrita de “cisão parcial” e de “incorporação”, na verdade, a natureza das operações consiste em uma mera devolução e patrimônio aos associados divididas em duas etapas, conforme a seguir explicado:

33.1. Na primeira etapa, quando ocorrer o que a consulente chama de “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 a parte segregada, por ações desta sociedade, ou seja, o associado deixa de assim ser qualificado, para se tornar sócio de empresa lucrativa, com todas as liberdades próprias da qualificação resultante desta transformação.

33.2. Na segunda etapa, diz a consulente que o patrimônio remanescente nas associações bolsas de valores serão “incorporados”

por uma pessoa jurídica de fins lucrativos (sociedade) e novamente os associados passarão a condição de sócios desta empresa lucrativa, o que na verdade se constitui numa transformação disfarçada, já que também sem esteio no Código Civil. (...)

De qualquer sorte, para o prisma tributário, tais efeitos são tributados abstratamente de sua legitimidade formal, nos termos do artigo 118, I e II, do Código Tributário Nacional. Assim, aludida “desmutualização”, qual seja, a transformação de títulos em ações gera acréscimo patrimonial, já que de mera associada, passou a recorrente a ser sócia de empresa com fins lucrativos, cuja projeção econômica foi divulgada internacionalmente por todos os meios de comunicação, dada a dimensão econômica dos negócios. Daí o patente acréscimo patrimonial, interpretado nos termos do artigo 118 do CTN, em sintonia com a norma impositiva de dissolução da associação.

(...)

Destarte, caracterizar-se-ia isenção de IRPJ sem amparo legal, a ausência de tributação decorrente da operação de desmutualização. Razão pela qual nego provimento ao presente recurso contra a cobrança de IRPJ e da CSLL, por tratar-se de tributo reflexo.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Plínio Rodrigues Lima