



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

Processo n° 16327.000002/2010-36
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-001.522 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de dezembro de 2013
Matéria IRPJ e CSLL
Recorrente BRADESCO S/A CORRETORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2008

DESMUTUALIZAÇÃO DA BM&F E DA BOVESPA. INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSLL.

Incide o artigo 17 da Lei nº 9.532/97 no processo de desmutualização das bolsas, uma vez que os fatos ocorridos correspondem a uma devolução de patrimônio com posterior aquisição de ações de nova sociedade constituída.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do redator designado. Vencidos os Conselheiros Carlos Pelá, e Paulo Roberto Cortez que davam provimento. Designado o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto para redigir o voto vencedor.

(Assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(Assinado digitalmente)

Paulo Roberto Cortez - Relator

(Assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto

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

Autenticado digitalmente em 20/12/2013 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente

em 20/12/2013 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 18/03/2014 por LEONARD

O DE ANDRADE COUTO, Assinado digitalmente em 24/02/2014 por PAULO ROBERTO CORTEZ

Impresso em 19/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 16327.000002/2010-36
Acórdão n.º **1402-001.522**

S1-C4T2
Fl. 464

(Presidente), Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Carlos Pelá e Paulo Roberto Cortez.

CÓPIA

Relatório

BRADESCO S/A CORRETORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS, contribuinte inscrita no CNPJ/MF sob nº 61.855.045/0001-32, com domicílio fiscal na cidade de São Paulo - SP, Estado São Paulo, à Av. Paulista, nº 1.450 - Bairro Bela Vista, jurisdicionada a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo - SP, inconformada com a decisão de Primeira Instância de fls. 352/380, prolatada pela 10ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo – SP I, recorre, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 384/409.

Contra a contribuinte, acima identificada, foi lavrado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Instituições Financeiras em São Paulo - SP, em 04/01/2010, Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL (fls. 116/123), com ciência pessoal, em 05/01/2010 (fl.117), exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 20.905.485,65), a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social, acrescido de multa lançamento de ofício normal 75% e dos juros de mora de, no mínimo, de 1% ao mês, calculados sobre o valor do imposto e contribuição referente ao exercício de 2008, correspondente ao ano-calendário de 2007.

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização externa referente ao exercício de 2008, onde a autoridade fiscal lançadora entendeu haver, omissão de ganho auferido na devolução do patrimônio social de entidade isenta, conforme apurado em regular procedimento de fiscalização e relatado no Termo de Constatação Fiscal em anexo e parte integrante do presente Auto. Infração capitulada no art.17, caput § 1º, 3º e 4º da Lei nº 9.532, de 1997 e art. 239 do RIR/99.

O Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável pela constituição do crédito tributário lançado esclarece, ainda, através do Termo de Constatação Fiscal (fls. 110/113), entre outros, os seguintes aspectos:

- que, em 01/10/2007 ocorreu o processo de desmutualização da BMBF com a conseqüente substituição dos títulos dessa entidade por 14.767.640 ações da nova companhia BMBF S/A. E o valor das mesmas importou em R\$ 14.767.640,00, conforme consta do "Demonstrativo da Relação de Substituição dos Títulos Patrimoniais por ações da BMBF apresentado pela fiscalizada;

- que em relação à BOVESPA, em 28.08.2007, foi aprovado o processo de desmutualização de títulos dessa sociedade, formalmente implementado através de cisão parcial, mediante versão do patrimônio cindido para a Bovespa Serviços e Participações (BVSP) e para a Bovespa Holding S/A, com posterior incorporação das ações da BVSP pela Bovespa Holding, resultando na substituição dos títulos patrimoniais mantidos naquela entidade (Bovespa) por ações dessa nova empresa em valor equivalente ao do título patrimonial atualizado à data da ocorrência da referida sistemática. Conforme "Demonstrativo da Relação de Substituição dos Títulos Patrimoniais por Ações Bovespa" o contribuinte auferiu a importância de R\$ 23.532.055,65;

- que, originalmente, a fiscalizada detinha um Título Patrimonial da Bovespa que informa ter adquirido em 20/11/1967 (Codesbra), o qual, conforme Ofício Circular Bovespa de nº 06312000, de 06/04/2000, foi desdobrado em outros doze. Não obstante tenha sido regularmente intimado, o contribuinte não apresentou documento destinado a comprovar o efetivo custo de aquisição do Título Bovespa nº 1. E, por via de consequência, dos títulos resultantes do desdobramento retro mencionado. Também outros três títulos patrimoniais da Bovespa (de nºs. 13, 14 e 15) ingressaram no ativo do contribuinte, conforme consta do respectivo Instrumento negocia) de permuta com títulos da Bolsa de Valores do Rio de Janeiro (BVRJ) de 28/04/2000. E as respectivas contas "Razão" indicam como custo original de aquisição o valor de R\$ 400.904,09 por título;

- que, com efeito, tanto a BOVESPA quanto a BM&F eram associações sem fins lucrativos e como tal gozavam das prerrogativas trazidas pelo ordenamento. Na condição de instituições isentas e, desde que não distribuídas e mantidas em conta de reserva para oportuna e compulsória incorporação ao capital, as atualizações dos títulos patrimoniais não eram tributadas, pois se lhes aplicava o quanto disposto na Portaria MF no 785/77. Não obstante, com o advento dos referidos processos de desmutualização as diferenças entre o valor nominal das ações recebidas e o custo de aquisição dos títulos patrimoniais devem ser computadas para efeito de determinação das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL em face da retro citada legislação.

Em sua peça impugnatória de fls. 127/150, apresentada, tempestivamente, em 03/02/2010, o autuado se indispõe contra a exigência fiscal, solicitando que seja acolhida à impugnação para declarar a insubsistência do Auto de Infração, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que da transcrição do Termo de Verificação Fiscal, constata-se que o lançamento de ofício está assentado na falsa premissa de que o impugnante omitiu renda na formação do lucro líquido do exercício apurado em 31 de dezembro de 2007. Esta omissão teria ocorrido pelo não reconhecimento no resultado do exercício de parcela de patrimônio que teria recebido de entidades isentas, em devolução de suas participações;

- que estas entidades, a Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F) e a Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA), teriam, pretensamente, devolvido seus patrimônios aos associados, que, ao recebê-los, deveriam tributá-los, como resultado não operacional. Não tendo procedido desta forma o impugnante, aos olhos da fiscalização, ficou sujeito ao presente lançamento complementar;

- que conforme adiante restará demonstrado, não houve, tal devolução patrimonial, não havendo, portanto, qualquer tributação a ser feita a este título. Pura e simplesmente, as mencionadas associações passaram por processos de transformação, na modalidade cisão, não havendo, portanto, qualquer parcela a ser tributada a título de devolução patrimonial, pois esta não ocorreu;

- que tanto a Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA), como a Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F), associações constituídas, basicamente, por Instituições Financeiras, na modalidade de sociedades corretoras de valores, transformaram -se, cindindo parte de seus patrimônios, destinando-os ao aumento do capital de uma sociedade anônima. O objetivo das novéis sociedades seria o de explorar as atividades operacionais antes exercidas pelas associações cindidas, ou seja, dar curso e local às negociações dos títulos mobiliários

representativos de mercadorias e futuros. Permaneceu nas associações BOVESPA e BM&F, que continuaram existindo, o patrimônio não operacional, tudo como descrito nos Protocolos de Cisão e Justificativas (doc. anexo);

- que o procedimento adotado pelos associados, no caso, foi o de dividir o valor registrado no ativo, representativo da participação cindida em duas partes, uma representando as ações da novel sociedade e outra representando a continuidade de participação na associação. Esta operação não gerou qualquer ganho de capital, como acontece em toda cisão;

- que tal operação foi objeto de uma consulta formal pela ANCOR - Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias que mereceu uma solução, através da Decisão Cosit nº 013, de 10 /11/97, confirmando a correção do procedimento adotado (doc. anexo);

- que agora, face à transformação pela qual passaram a BOVESPA e a BM&F, nova Consulta foi formulada à Administração Tributária pela Comissão Nacional de Bolsas, solicitando um pronunciamento a respeito do procedimento adotado pelas sociedades corretoras, para espelhar em suas escriturações, o ocorrido com a BOVESPA e com a BM&F e provocou a formalização da Solução de Consulta Cosit nº 10, de 26/10/07 (doc. anexo);

- que a Consulta formulada pela Comissão Nacional de Bolsas, foi solucionada pela Administração Tributária de forma completamente diferente da anterior, para caso semelhante. Para justificar a diferença na solução dada, alegou a Administração Tributária alterações na legislação de regência entre um fato e outro;

- que a Solução de Consulta Cosit nº 10, de 26/10/07 inicia por negar que as bolsas de valores tenham passado por uma operação de cisão, entendendo que tal instituto, previsto na Lei nº 6.404/76, seria privativo das sociedades anônimas e que, portanto, entidades com outros formatos, mormente, as associações, não poderiam sujeitar-se a tal modalidade de transformação;

- que com base na assertiva acima, negando a evidência de fatos incontestáveis e passando por cima da autoridade competente para avaliar o procedimento societário, no caso específico a Junta Comercial do Estado de São Paulo, a solução da consulta sugere que houve uma disfarçada devolução de patrimônio aos associados, que o teriam usado na subscrição do capital de sociedades novas, que teriam substituído as velhas associações na operação dos negócios com títulos e valores mobiliários;

- que a solução de consulta desqualifica um fato, com base num argumento, esquecendo a velha lição dos filósofos gregos de que contra fatos não há argumentos. Não caberia aqui discutir-se se o instituto "solução de consulta administrativa" tem a prerrogativa legal de, desconstituir um fato, fato, aliás, ratificado pela Junta Comercial, ou se isto, em último caso, seria prerrogativa do Poder Judiciário;

- que as regras do BACEN e da CVM impunham que os associados, ao apurar seu balanço patrimonial, fizessem a correspondência entre o valor do patrimônio da Bolsa e a fração representada pelo título. A contrapartida da diferença, resultante entre o valor anteriormente contabilizado e o novo valor, havia de ser lançada diretamente nas contas do Patrimônio Líquido e, no momento oportuno, levado ao capital, aumentando-o, quando o valor representasse mais valia ou diminuindo-o, quando este valor representasse perda;

- que, por seu turno, as associações (BOVESPA e BM&F) teriam também de aumentar ou diminuir, de pronto, os seus respectivos capitais, para espelhar a superveniência ativa ou passiva, como se pode ver de seus Estatutos. Destarte, tanto as associações como os associados, estavam impedidos de distribuir tais resultados, característica prevista no Código Civil para as associações;

- que, por outro lado, a legislação tributária sempre deferiu isenção aos valores de reservas incorporados ao capital, o sócio não é tributado quando a sociedade aumenta o capital a partir de reservas, questão que será melhor adiante abordada;

- que o único pronunciamento formal e específico da Administração Tributária sobre a matéria é a Portaria MF 785 de 20/12/77, que consagra o procedimento estabelecido pelas autoridades que controlam as instituições e reconhece a não incidência tributária sobre a matéria, ao afirmar que esta mais valia "não constitui receita nem ganho de capital", longe, portanto, da afirmação de que a Portaria apenas diferia a tributação para momento posterior. A única condição imposta pelo texto 'é a de que não houvesse a distribuição destes resultados e ele fosse incorporado ao capital;

- que a cisão não implica em distribuição do patrimônio cindido para os associados, há uma versão direta deste patrimônio da pessoa jurídica cindida para a pessoa jurídica resultante. Para o associado só há uma troca de ativo, ele participava na primeira e agora participa na segunda, sempre pelo mesmo valor;

- que, isto acarreta uma conseqüência inexorável, ainda que houvesse ganho na operação, o que pela própria definição do instituto não existe, ainda assim, este ganho não se teria realizado. Não havendo realização de ganho, não haveria o que se tributar, pois a base imponible é a renda e o lucro;

- que, restando-se provado que não existiu a tal devolução do capital, não haveria, portanto, que se falar em renda ou lucro, inexistindo, base imponible de IRPJ ou CSLL;

- que, pelo exposto, não houve a realização de qualquer ganho no momento da cisão da BOVESPA ou da BM&F para o associado, o que torna os autos de infração e a ação fiscal absolutamente improcedentes, sendo necessário, contudo, abordar-se a afirmação de que o custo das ações recebidas em troca do título patrimonial, para efeitos fiscais, no momento de sua realização, seria o custo histórico de aquisição do Título Patrimonial e não o valor contabilizado do título no momento da cisão;

- que a ação fiscal considerou, de forma equivocada, diga-se, realizado um ganho, por considerar que houve uma restituição patrimonial, determinando o montante desse ganho através da diferença entre o custo histórico do título e o valor contábil do título no momento da cisão. Essa diferença foi considerada renda não operacional;

- que, portanto, o custo das ações recebidas em substituição aos títulos patrimoniais é o valor constante da escrituração do associado, não lhe restando qualquer ônus adicional a ser resgatado, mostrando-se mais uma vez desastrada e improcedente a ação fiscal;

- que, até o presente momento, demonstrou-se que os Autos de Infração lançam imposto e contribuição complementar sobre um fato inexistente, exigindo tributos sobre parcela que a própria lei tirou do campo de incidência do IRPJ e da CSLL, mas, para

descartar qualquer possibilidade de alteração de lei que desse base à pretensão fiscal, necessária a análise da lei invocada no enquadramento legal dos Autos de Infração, qual seda, o art. 17 da Lei nº 9.532/97;

- que, assim, caso viesse a ocorrer uma devolução de capital ao associado dentro do período quinquenal, haveria de se recorrer aos incisos e parágrafos do artigo 3º da Lei nº 8.849/94 para se determinar o valor a tributar, mas, jamais, ao artigo 17 da Lei nº 9.532/95, mostrando-se, mais uma vez, equivocada a ação fiscal;

- que o presente lançamento de ofício, como já demonstrado à exaustão, é totalmente improcedente e arbitrário frente ao ordenamento tributário em vigor, mas é necessário, ainda, chamar-se a atenção para uma questão temporal substantiva, a interferência em lançamentos de tributos já homologados;

- que, em 05/01/2010, data da lavratura dos presentes autos de infração, os lançamentos relativos aos exercícios pretéritos, até 2005, estavam, irrevogável e definitivamente, homologados, sendo juridicamente impossível, à luz da legislação tributária, à Administração Tributária, ou quem quer que seja, alterá-los;

- que, para coroar o trabalho realizado, a fiscalização entendeu que o título patrimonial BOVESPA,-simplesmente, deveria ser computado em sua apuração de lucros a custo ZERO, escudado na afirmação, de que a impugnante não teria apresentado o comprovante de aquisição do título;

- que, como vimos, a regular escrituração contábil, atendendo os princípios da técnica contábil, e as regras emanadas pelas autoridades encarregadas de regular o mercado financeiro e o mercado de capitais, jamais poderia ser desconsiderada, exceto nas hipóteses de dolo, fraude ou simulação, onde caberia ao fisco o ônus probatório;

- que, no mínimo, portanto, haveria o D. agente fiscal de considerar como valor de custo do título da BOVESPA, os valores devidamente registrados na escrita contábil, submetido à correção monetária de balanço, sob pena de, mais uma vez, se desqualificar indevidamente a escrita da impugnante, arbitrando-se, de maneira abusiva e sem previsão na lei, o lucro;

- que, toda a argumentação até agora expendida aplica-se tanto ao auto de infração lavrado para exigência do IRPJ, como ao auto de infração lavrado para a exigência da CSLL, sendo a exigência da contribuição, contudo, ainda mais descabida;

- que, a base impositiva desta contribuição é o lucro líquido do exercício, com ajustes, todos previstos, explicitamente, em lei. Por definição legal, o ajuste do valor dos títulos não transitava pelas contas de resultado da pessoa jurídica, compondo diretamente o patrimônio líquido, portanto, não fazendo parte do lucro líquido;

- que, como não há previsão de ajuste do lucro líquido na lei para refletir a valorização dos títulos, não haveria como se cogitar da, incidência da CSLL sobre estes valores, sendo, assim, ainda mais arbitrária e equivocada a exigência fiscal com relação à contribuição em questão.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pela impugnante, os membros da Décima Turma da Delegacia da Receita Federal

do Brasil de Julgamento em São Paulo – SP I, concluíram pela improcedência da impugnação e pela manutenção do crédito tributário lançado com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que a propósito de a impugnante alegar improcedência e insubsistência dos autos de infração, esclareça-se que o art. 142 do CTN fornece a definição legal de lançamento, estabelecendo como requisitos indispensáveis à sua constituição: a verificação da ocorrência do fato gerador, a identificação do sujeito passivo, a determinação da matéria tributável e o cálculo do montante do crédito a favor da Fazenda Pública. O parágrafo único do mesmo artigo dispõe sobre a vinculação e a obrigatoriedade do lançamento. A vinculação consiste na cerrada observância dos ditames legais quando de sua efetivação; enquanto que a obrigatoriedade do lançamento impede que o agente, para não faltar com o dever de ofício, que lhe foi atribuído por lei, uma vez constatada a ocorrência de infração, deixe de lavrar o competente auto para a formalização e cobrança do crédito tributário devido pelo sujeito passivo;

- que da combinação dos dispositivos acima transcritos depreende-se que só a inobservância dos pressupostos legais para a constituição do lançamento e para lavratura do auto de infração, ou a incompetência do autuante, são causas suficientes para invalidar a autuação e, conseqüentemente, o lançamento nela consignado. Como isso não ocorreu no presente caso, descabe a alegação de improcedência ou insubsistência dos autos em análise;

- que a respeito da fundamentação legal utilizada na referida Solução de Consulta, é preciso primeiramente identificar a natureza jurídica das bolsas de valores, pois a partir de tal definição poder-se-á determinar o regime jurídico ao qual se submetiam;

- que, com base no texto original do art. 18, inciso I, da Lei nº 6.385/76, o Conselho Monetário Nacional expediu a Resolução nº 1.656/89, que aprovou o regulamento para disciplinar a constituição, a organização e o funcionamento das bolsas de valores. O art. 1º desse regulamento preceituava que as bolsas de valores seriam constituídas sob a forma de "associações civis, sem finalidade lucrativa". Por sua vez, o art. 75 do mesmo regulamento estatuiu que as bolsas de valores deviam adaptar seu estatuto social às disposições regulamentares no prazo máximo de 180 dias da vigência da referida Resolução. Assim todas as bolsas de valores autorizadas a funcionar no Brasil ficaram obrigadas a assumir a forma de associação, ou seja, pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos e regidas pelo Código Civil brasileiro vigente à época (Lei nº 3.071/16, arts. 20 a 22);

- que a Resolução nº 1.656/89 foi alterada pelas Resoluções nº 1.760/90, nº 1818/91, nº 2.549/98 e nº 2.597/99, mas somente com a edição da Resolução CMN nº 2.690/2000, que aprovou um novo regulamento, é que as bolsas de valores foram autorizadas a se constituírem, alternativamente, sob a forma de sociedade anônima. Vale frisar que o art. 1º da Resolução nº 2.690/2000, abaixo transcrito, não alterou a forma de constituição das bolsas de valores existentes à época (associações) nem impôs que se constituíssem sob a forma de sociedade anônima;

- que a BM&F e a Bovespa, sendo associações sem fins lucrativos, não podem se submeter a dois regimes jurídicos diferentes. Ou são associações regidas pelo Código Civil e gozam de benefícios fiscais próprios; ou são sociedades anônimas sujeitas às obrigações tributárias impostas pela lei;

- que a cisão é instituto jurídico criado e disciplinado, inicialmente, apenas nos arts. 229 e segs. da Lei nº 6.404/76, aplicável, assim, às pessoas jurídicas submetidas a

esse regime por força do mesmo diploma legal ou de outra lei, a exemplo do parágrafo único do art. 1.053 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), que determina a possibilidade do estatuto da sociedade limitada submetê-la, supletivamente, às normas da Lei das S/A;

- que, posteriormente, o art. 1.113, e seguintes, da Lei nº 10.406/2002, estendeu a aplicação dos institutos da transformação, incorporação, fusão e cisão para as sociedades em geral;

- que o art. 2.033 da Lei nº 10.406/2002, ao estabelecer que as modificações os atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art.44, bem como sua transformação, incorporação, fusão ou cisão, reger-se-iam de acordo com o disposto nesse Código, sem, todavia, explicitar que tais operações aplicar-se-iam especificamente às associações. Por sua vez, o art. 1.113 e seguintes (que fazem parte do capítulo X "Da Transformação, da Incorporação, da Fusão e da Cisão das Sociedades") desse Código, ao tratarem das mesmas operações, mencionam apenas sociedades e seus sócios, sem se referirem a associações;

- que, assim, seja pela Lei nº 6.404/76 (Lei das S/A), seja pela Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), o instituto da cisão aplica-se apenas às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de sociedade;

- que, tanto é assim, que a Instrução Normativa nº 88/2001, do Departamento Nacional de Registro de Comércio, dispõe que as operações de transformação, incorporação, fusão e cisão abrangem apenas as sociedades mercantis. Além disso, não há norma que determine ou autorize a opção (em estatuto) de aplicação dos institutos da Lei nº 6.404/76, ou do art. 1.113 e seguintes da Lei nº 10.406/2002 às associações, pois nem mesmo a Lei nº 6.385/76, que disciplina a organização e funcionamento das bolsas de valores, o faz;

- que decerto que uma associação pode segregar seu patrimônio para, com a parte segregada, formar outra pessoa jurídica. Todavia, ainda que tal operação em muito se pareça com a cisão da Lei nº 6.404/76, ou do art. 1.113 e seguintes da Lei nº 10.406/2002, com ela não se confunde, pois a elas não se aplica o mesmo regime jurídico;

- que além de não haver autorização no ordenamento jurídico para que se lhe aplique subsidiariamente as normas da Lei 6.404/76 (Lei das S/A) ou do art. 1.113 e seguintes da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), as etapas do processo de desmutualização devem observar as limitações legais impostas à destinação de bens de associações sem fins lucrativos;

- que, assim, o art.61 da Lei nº 10.406/2002 estabelece que o remanescente do patrimônio líquido será destinado a entidade de fins não econômicos, mas somente depois de deduzidas as quotas cujos titulares são os associados. Estabelece ainda que, por deliberação dos associados, podem estes receber em restituição as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação. Logo, a devolução dos títulos patrimoniais das entidades isentas para suas associadas, como a impugnante, está prevista na legislação pertinente;

- que a operação de desmutualização envolveu a devolução de patrimônio de entidades constituídas como associações civis (entidades isentas BM&F e Bovespa), e posterior subscrição de ações das sociedades anônimas BM&F S/A e BOVESPA HOLDING S/A (conforme Atas das Assembléias Gerais Extraordinárias de 28/08/2007, item 4, e de 20/09/2007, item 5, às fls.194);

- que, ressalte-se que os títulos patrimoniais não se transformaram em ações, como alega a impugnante; o que houve foi a devolução do patrimônio das entidades isentas BM&F e Bovespa, recebendo os associados ações das novas sociedades anônimas formadas, aplicando-se ao caso o art.17 da Lei nº 9.532/97, que determina o cômputo no lucro real e na base de cálculo da CSLL da diferença entre o valor dos bens ou direitos recebidos em devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro, ou dos bens e direitos, que houver sido entregue para a formação do referido patrimônio. Portanto, não procede a tese da impugnante de que a operação de desmutualização envolveu mera substituição de títulos;

- que quanto à alegação de que o fisco teria desconsiderado a contabilidade e os documentos fiscais e contábeis da impugnante, os quais estariam homologados e prescritos, para apurar novo valor para os títulos, é preciso esclarecer que todos os valores levados em consideração pela fiscalização, e que deram origem aos valores autuados, originaram-se de registros contábeis e documentos da própria escrituração da empresa, a saber: razão auxiliar de fls. 36-81, demonstrativos enviados pela empresa de fls. 48 e 82, documentos de fls. 87-93, 96-99, 102-108. Tais valores e respectivas origens são indicados nos demonstrativos elaborados pela fiscalização no Termo de Constatação Fiscal (fls. 110-113), do qual foi cientificada a empresa. Assim, não procede a alegação de que a fiscalização teria desconsiderado a contabilidade e os documentos fiscais da empresa;

- que, deve ser notado que a fiscalização não alterou nenhum lançamento contábil da impugnante, considerando-os na medida em que suportados por documentos hábeis e idôneos. Cumpre observar que o método de equivalência patrimonial e a Portaria MF nº 785/77 não se aplicam à hipótese dos autos, conforme demonstrado. Repita-se que o art.17 da Lei nº 9.532/97 estabeleceu que a diferença a ser tributada é o valor dos bens ou direitos recebidos da instituição isenta a título de devolução de patrimônio, e o valor dos bens ou direitos que houver sido entregue para a formação do referido patrimônio;

- que, portanto, não procede a alegação da empresa sugerindo que a fiscalização estaria impedida de apurar o valor de aquisição dos títulos patrimoniais, e que o procedimento configuraria arbítrio e abuso de poder;

- que, no que diz respeito a não comprovação do custo de aquisição da BOVESPA é de se dizer, que a empresa foi intimada, e reintimada por duas vezes, a apresentar documentação que suportasse o valor indicado como custo de aquisição do título nº 1 da Bovespa (fls. 84, 94 e 100), porém apresentou apenas expediente referente a sua admissão nessa bolsa (fls. 87-88) e respostas informando que estaria tentando localizar a documentação referente ao título nº 1 da Bovespa (fls. 101 e 109);

- que embora a empresa alegue que deveria ser considerado o valor de aquisição do título constante de sua escrituração, não apresentou documentos hábeis e idôneos aptos a comprovar tal valor;

- que impende notar que, conforme o art.923 do RIR/99, e § 1º do art.9º do Decreto-lei nº 1.598/77, abaixo transcrito, a escrituração mantida com observância das disposições legais somente faz prova a favor da contribuinte dos fatos nela registrados se comprovada por documentos hábeis e idôneos;

- que em relação à Solução de Consulta Cosit nº 10/2007, já foi demonstrada no presente voto sua fundamentação legal. Ressalte-se ainda que, no caso da autoridade julgadora de 1ª instância administrativa, o dever de observância das normas abrange também os

atos da RFB, conforme preceituado na Portaria do Ministro da Fazenda nº 58, de 17/03/2006, disciplinadora da constituição das turmas e do funcionamento das Delegacias da Receita Federal de Julgamento;

- que, por fim, deve-se observar que as normas fiscais que disciplinam a exigência com respeito ao IRPJ aplicam-se à CSLL reflexa, no que cabíveis.

A decisão de Primeira Instância esta consubstanciada nas seguintes ementas:

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.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

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 da contribuição social sobre o lucro líquido, computando-se na determinação da base de cálculo da CSLL do ano, 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.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007

AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE.

Satisfeitos os requisitos do art. 10 do Decreto 70.235/72 e não tendo ocorrido o disposto no art. 59 do mesmo decreto, válidos são os autos de infração.

Ano-calendário: 2007

*ESCRITURAÇÃO. PROVA. SUPORTE POR DOCUMENTOS
HÁBEIS E IDÔNEOS.*

A escrituração mantida com observância das disposições legais somente faz prova a favor da contribuinte, dos fatos nela registrados, se tais fatos forem comprovados por documentos hábeis e idôneos.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 10/10/2010, conforme Termo constante às fl. 383, e, com ela não se conformando, a contribuinte interpôs, em tempo hábil (16/11/2010), o recurso voluntário de fls. 384/409, instruído pelos documentos de fls. 410/411, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que as operações de cisão feitas pelas associações em questão, seguindo os ditames legais e registradas regularmente pelo Registro de Comércio são regulares e legais e, portanto, desencadeiam todas as conseqüências que a lei lhes atribui;

- que a cisão não implica em distribuição do patrimônio cindido para os associados, há uma versão direta deste patrimônio da pessoa jurídica cindida para a pessoa jurídica resultante. Para o associado só há uma troca de ativo, ele participava na primeira e agora participa na segunda, sempre pelo mesmo valor;

- que desconstituir um ato, regularmente constituído e registrado, jamais poderia ser feito de forma indireta, o ato regularmente celebrado, por pessoas capazes, que não seja ilegal, não pode ser tratado, à luz da nossa Constituição, como um ato diverso do pretendido, mormente pela Administração Pública, a quem, no mínimo, caberia demonstrar onde estaria a simulação, único meio de justificar a realização de um ato e não de outro, que se pretendeu realizar. Não obstante, a Junta Comercial do Estado de São Paulo registrou a cisão, e o primeiro passo para viabilizar o entendimento defendido pela fiscalização e corroborado pela Turma Julgadora, seria revogar tal registro, pois, de outro modo, o ato é inatacável ou então já não estaríamos mais num Estado de Direito, regido por leis;

- que as atualizações dos títulos; neste caso não houve a realização de qualquer ganho no momento da cisão da BOVESPA ou da BM&F para o associado, o que torna os autos de infração e a ação fiscal absolutamente improcedentes, sendo necessário, contudo, abordar-se a afirmação de que o custo das ações recebidas em troca do título patrimonial, para efeitos fiscais, no momento de sua realização, seria o custo histórico de aquisição do Título Patrimonial e não o valor contabilizado do título no momento da cisão;

- que aceitar a presente ação fiscal seria admitir um arbitramento de lucro sem qualquer base legal, o que se traduz em confisco puro e simples. Não se poderia entender que o Decreto-Lei 1.109/70 tenha criado um diferimento provisório do tributo, pois, para não pairar qualquer dúvida, o parágrafo primeiro de seu artigo 3º deixa clara a natureza do instituto criado, ao estabelecer que *a não incidência estabelecida neste artigo se estende aos sócios*.";

- que o texto legal não guarda qualquer relação com o ocorrido com a BOVESPA ou com a BM&F, pois, como demonstrado e provado, não houve qualquer devolução de dinheiro, bens ou direitos das Bolsas para os associados, pois, na Cisão, o patrimônio transita direto entre as duas entidades cindidas, não passando pelo patrimônio do associado ou do sócio; o sócio tinha títulos da associação e passou a ter ações da sociedade, mas nunca o imóvel ou outros bens da associação transitaram por sua propriedade, não havendo, portanto, qualquer espaço para a apuração prevista no citado artigo 17;

- que para coroar o trabalho realizado, a fiscalização entendeu que o título patrimonial BOVESPA, simplesmente, deveria ser computado em sua apuração de lucros a custo ZERO, escudado na afirmação de que a recorrente não teria apresentado o comprovante de aquisição do título;

- que a aquisição do título patrimonial remonta ao ano de 1.967, ou seja, quarenta e três anos atrás. O título é escritural, consta na Bolsa a relação dos sócios, e era, exatamente, a propriedade do título que permitia ao associado realizar junto àquela instituição as atividades próprias de sociedade corretora. Ao não sócio, àquele que não detinha o título patrimonial, houve sempre a vedação ao acesso àquela casa, fato incontroverso;

- que o título da BOVESPA consta da escrituração regular da recorrente desde sua aquisição, a contabilidade tem assentado a aquisição do título na sua origem, e registra todos os eventos aos quais o título se submeteu ao longo desses anos todos (fl. 49);

- que da exigência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, ou seja, toda a argumentação até agora expendida aplica-se tanto ao auto de infração lavrado para exigência do IRPJ, como ao auto de infração lavrado para a exigência da CSLL, sendo a exigência da contribuição, contudo, ainda mais descabida;

- que a base imponible desta contribuição é o lucro líquido do exercício, com ajustes, todos previstos, explicitamente, em lei. Por definição legal, o ajuste do valor dos títulos não transitava pelas contas de resultado da pessoa jurídica, compondo diretamente o patrimônio líquido, portanto, não fazendo parte do lucro líquido;

- que como não há previsão de ajuste do lucro líquido na lei para refletir a valorização dos títulos, não haveria como se cogitar da incidência da CSLL sobre estes valores, sendo, assim, ainda mais arbitrária e equivocada a exigência fiscal com relação à contribuição em questão.

Em 22 de junho de 2009, a Fazenda Nacional, por intermédio do seu representante legal apresenta, tempestivamente, com fundamento no § 2º do art. 48 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, as suas Contrarrazões ao Recurso Voluntário interposto (fls. 414/432) baseado, em síntese, nas seguintes considerações:

- que o cerne da questão controvertida nestes autos diz respeito ao regime jurídico a que se submetiam as Bolsas de Valores (Bovespa e BM&F) ao tempo das "operações societárias" de 2007. O contribuinte recorrente defende a aplicação do regime próprio das sociedades anônimas, sendo plenamente aplicável, segundo ele, os institutos da cisão, fusão e incorporação. Assim sendo, ainda segundo o contribuinte, teria havido uma cisão das Bolsas (Bovespa e BM&F) seguida de incorporação da parcela do patrimônio pelos respectivos

associados. Ao final da operação, os antigos associados, até então detentores de títulos patrimoniais, passaram à condição de acionistas das sociedades anônimas criadas;

- que, diante desse cenário, importante ressaltar que o enquadramento em um regime jurídico ou em outro traz conseqüências jurídico-tributárias totalmente distintas. Com efeito, defende o contribuinte que a cisão seguida de incorporação não produz qualquer efeito fiscal quando efetuada a valor contábil. Isso porque, segundo o contribuinte, não há qualquer acréscimo patrimonial a ser tributado. Por sua vez, o Fisco entendeu que o processo de desmutualização das Bolsas culminou com a extinção das respectivas Associações sem fins lucrativos (Bovespa e BM&F), até então isentas. Desse modo, a referida extinção conduziu a uma devolução de patrimônio social ao contribuinte recorrente, sendo que este não teria oferecido à tributação o ganho ali auferido;

- que, primeiramente, é preciso ser dito que o contribuinte insiste, repetidas vezes, que a incorporação, a cisão e a fusão de bolsas de valores eram plenamente aplicáveis ao caso em análise. Por mais engenhosas que tenham sido as operações societárias que culminaram com a transferência das atividades das Bolsas para uma S.A., não há como fugir da simplicidade dos fatos. Implica dizer que, ao final das operações, as associações civis sem fins lucrativos estavam extintas e, em seu lugar, constituíram-se sociedades anônimas;

- que, como se vê, o art. 61 do Código Civil de 2002 veda a destinação de qualquer parcela do patrimônio das bolsas de valores, constituídas sob a forma de associações, a antes com finalidade lucrativa. Diante disso, para que uma associação pudesse transferir seu patrimônio a uma sociedade comercial com fins lucrativos, deveria ser promovida a devolução do seu patrimônio aos associados com a posterior baixa de seus atos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e a subsequente inscrição na Junta Comercial, constituindo-se, portanto, outra pessoa jurídica. Dessa forma, é possível afirmar que as operações societárias resultaram na extinção das sociedades civis Bovespa e BM&F, e, conseqüentemente, na devolução de seus patrimônios às corretoras associadas;

- que, dessa forma, não houve alteração automática no modelo de organização das bolsas de valores. Especificamente quanto à Bovespa e à BM&F, cumpre salientar que elas permaneceram como associações sem fins lucrativos até o ano de 2007, submetendo-se, até essa data, aos ditames dos arts. 53 a 61 do Código Civil de 2002. Somente naquele ano é que decidiu-se alterar a forma de constituição das bolsas de valores e, conseqüentemente, realizar os atos necessários para isso. Portanto, não podem os beneficiários da desmutualização se furtar aos efeitos jurídicos dessa decisão, inclusive os efeitos tributários;

- que, e nem se diga, também, que a operação de desmutualização teria conduzido à prática de um ato meramente permutativo, previsto no artigo 22 da Lei 9.249, de 1995 e, por isso, não haveria incidência de IRPJ e CSLL. Isso porque o mencionado dispositivo legal trata da devolução de capital pela pessoa jurídica, tomada de forma genérica, ao seu titular, ou aos seus sócios ou acionistas, por meio da entrega de bens e direitos do seu ativo. Trata-se de uma norma geral que perde espaço diante do que determina o art. 17 da Lei 9.532, de 1997, já que este tem aplicação específica cara as situações em que a devolução do patrimônio é feita por uma instituição isenta, tal qual ocorreu no caso dos autos;

- que, o problema é que o contribuinte parte da equivocada premissa de que não houve devolução patrimonial e que a Fiscalização estaria tributando a atualização dos títulos patrimoniais emitidos pela Bovespa e BM&F. Inicialmente, deve-se repetir que o presente processo tem por objeto a cobrança de tributos devidos em face do GANHO DE

CAPITAL decorrente da devolução do patrimônio de associações civis (Bovespa e BM&F) — em razão da operação de desmutualização. Portanto, não há que se falar em atualização de investimentos;

- que, de acordo com o dispositivo acima transcrito, até mesmo os aumentos nominais dos títulos patrimoniais, decorrentes de aumento do capital social das bolsas de valores, ficam sujeitos à tributação em caso de extinção ou de redução do capital social (a qualquer título) da bolsa de valores. Desse modo, pode-se concluir que a Portaria nº 785/1977 servia de amparo para toda e qualquer alteração no valor do ativo representativo de título patrimonial das Bolsas, bem como autorizava a postergação da tributação de tais acréscimos, para quando houvesse a redução do capital social da bolsa de valores ou a própria extinção da mesma;

- que, o contribuinte tenta afastar o valor considerado pela Fiscalização argumentando que comprovou ser o proprietário do título patrimonial emitido pela Bovespa — tanto que ele está registrado em seus livros contábeis. Ora, é óbvio que o contribuinte é o proprietário, caso contrário a tributação sequer poderia recair sobre ele. Contudo, isso não é suficiente para determinar qual o custo de aquisição do referido título patrimonial. Isso porque era indispensável que o contribuinte apresentasse algum documento hábil e idôneo que comprovasse o valor do custo de aquisição do título patrimonial. Considerando que o recorrente não conseguiu trazer tais provas — tanto que afirmou que estaria tentando localizar a documentação referente ao título 1 da Bovespa — deve ser acatado o custo zero atribuído pela autoridade administrativa no lançamento;

- que, primeiramente, deve-se registrar que a alegação do recorrente apresenta-se totalmente desprovida de fundamento e afastada da realidade. Ora, o que se busca tributar com o presente lançamento não é a valorização dos títulos patrimoniais da recorrente. Com efeito, o auto de infração tem por objeto o GANHO DE CAPITAL referente à diferença entre o valor recebido a título de devolução de patrimônio das pessoas jurídicas isentas e o valor entregue para a formação do patrimônio dessas entidades. Nessa perspectiva, a autoridade administrativa não busca alterar lançamentos por homologação já ocorridos ou tributar fatos geradores que tenham sido fulminados pela decadência. Vale dizer, o presente processo administrativo tem por objeto a tributação de um fato que somente ocorreu em 2007, qual seja: a devolução patrimonial concretizada com o processo de desmutualização da Bovespa e da BM&F, que gerou ganho de capital para os proprietários dos títulos patrimoniais das mencionadas bolsas de valores.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Paulo Roberto Cortez, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Turma de Julgamento.

Não arguição de qualquer preliminar.

Trata o presente de Recurso Voluntário (fls. 384-409), interposto contra o acórdão proferido pela Delegacia da receita federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I — (fls. 352-380).

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização externa referente ao exercício de 2008, onde a autoridade fiscal lançadora entendeu haver, omissão de ganho auferido na devolução do patrimônio social de entidade isenta, conforme apurado em regular procedimento de fiscalização e relatado no Termo de Constatação Fiscal em anexo e parte integrante do presente Auto. Infração capitulada no art.17, caput § 1º, 3º e 4º da Lei nº 9.532, de 1997 e art. 239 do RIR/99.

Observando, que estas infrações foram aplicadas por decorrência para a lavratura do Auto de Infração de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Inconformada, em virtude de não ter logrando êxito na instância inicial, a contribuinte apresenta a sua peça recursal a este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais pleiteando a reforma da decisão prolatada na Primeira Instância onde, em sua defesa, ataca o que entende terem sido os fundamentos do lançamento, sob os argumentos de que: (i) a BM&F e a Bovespa teriam se transformado e cindido parte de seus patrimônios, destinando-os em parte para as pessoas jurídicas resultantes, sem distribuí-los aos associados. Para o associado teria havido apenas uma troca de ativo do mesmo valor e, ainda que houvesse ganho na operação, este não teria se realizado, e não haveria o que se tributar; (ii) o art.17 da Lei nº 9.532, de 1997 não guardaria relação com os fatos em análise, pois não teria havido parcela a ser tributada a título de devolução patrimonial, já que esta não teria ocorrido; nem teria existido o ganho não operacional apontado nos autos de infração, (iii) conforme art. 44 e 2.033 da Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil), o instituto da cisão aplicar-se-ia às associações, ao contrário do exposto pela Solução de Consulta Cosit nº 10/2007; (iv) a Solução de Consulta Cosit nº 10/2007 sugeriu que houve devolução de patrimônio aos associados; caberia questionar a base legal invocada para desconstituir tal fato, e a criação de fato novo que nunca teria existido; nada impediria que urna associação utilizasse o instituto da cisão.

Observa-se, que tanto a Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA), como a Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F), associações constituídas, basicamente, por Instituições Financeiras, na modalidade de sociedades corretoras de valores, transformaram-se, cindindo parte de seus patrimônios, destinando-os ao aumento do capital de uma sociedade anônima. O objetivo das novéis sociedades seria o de explorar as atividades operacionais antes exercidas pelas associações cindidas, ou seja, dar curso e local às negociações dos títulos

mobiliários representativos de mercadorias e futuros. Permaneceu na associações BOVESPA e BM&F, que continuaram existindo, o patrimônio não operacional tudo como descrito nos Protocolos / de Cisão e Justificativas.

Como visto, a fundamentação utilizada pela autoridade fiscal lançadora para lavrar os presentes Autos de Infração e exigir o IRPJ e a CSLL da Recorrente foi a de que no processo de desmutualização das bolsas (BOVESPA e BM&F) teria havido uma devolução de patrimônio social ao invés de uma substituição dos títulos patrimoniais por ações, conforme alega a Recorrente.

Segundo o entendimento da autoridade fiscal lançadora, 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 autoridade fiscal lançadora 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 autoridade fiscal lançadora 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, de 1997.

Segundo a interpretação da autoridade fiscal lançadora, 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 autoridade fiscal lançadora chegou à conclusão, utilizada para fundamentar a lavratura dos presentes Autos de Infração, de que o que ocorreu no processo de desmutualização foi a extinção da BOVESPA e da BM&F, associações sem fins lucrativos, conduzindo a uma suposta devolução do patrimônio social à Recorrente.

Todavia, conforme será adiante demonstrado referida interpretação da fiscalização que serviu de fundamento para a lavratura dos presentes Autos de Infração não tem o condão de (i) invalidar o que de fato ocorreu e tentar desconsiderar a realização de cisão parcial das entidades (BOVESPA e BM&F), muito menos de (ii) configurar uma suposta extinção de referidas entidades com devolução de patrimônio, tendo por base o artigo 17 da Lei nº 9.532, de 1997.

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

Vale destacar, primeiramente, que nos documentos emitidos pela BM&F e pela BOVESPA (Comunicado e Ofício Circular), as referidas entidades informaram aos seus associados que referida operação de desmutualização seria deliberada em assembléia 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 assembléia e houve a consequente aprovação da transformação, a vontade das partes foi proceder a operação de desmutualização através da cisão parcial. Prevaleceu, no momento da operação, como em todos os contratos decorrentes, o princípio da autonomia da vontade, pautado nos interesses das partes.

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

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

Assim, em reunião nas respectivas assembléias 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 européias 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. 201202).

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

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

São fatos inquestionáveis, portanto, que:

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

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

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

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

Conforme pode se verificar da leitura do artigo 59 do Código Civil, abaixo transcrito, as deliberações em assembléia são extremamente importantes, pois consiste a assembléia 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.

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

BOVESPA

Art. 80 – A dissolução e liquidação, a incorporação, fusão e cisão da Bolsa, dependem de aprovação em uma única Assembléia Geral, por 2/3 (dois terços) das sociedades corretoras membros, ou pela maioria absoluta, em duas Assembléias, realizadas com intervalo mínimo de um ano, em exercícios consecutivos.

BM&F

Art. 95 – A fusão, a cisão, a transformação, a incorporação ou, ainda, a dissolução da BM&F dependerá de aprovação, em uma única Assembléia Geral, de 2/3 (dois terços) dos sócios detentores de títulos patrimoniais ou de sua maioria absoluta em duas Assembléias, realizadas com intervalo mínimo de um ano, em exercícios consecutivos.

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

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

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

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

Ora, não podem ser ultrapassados os limites imposto legalmente no sentido de que, por vias transversas, a autoridade fiscal lançadora possa requalificar operações e tentar adequar a incidência tributária de acordo com a sua conveniência, para alcançar uma tributação inexistente exigindo tributo sobre hipóteses não contidas na lei.

Os critérios de exigências tributárias não podem ficar a cargo do subjetivismo pessoal da autoridade fiscal lançadora, em que pese o seu alto grau de especialização, ética e competência. Não se deve esquecer a condição humana dos intérpretes e aplicadores da lei, sujeitos a influências sociais, pessoais, econômicas, culturais, etc., que podem macular o grau de imparcialidade e isenção necessária à exação. Portanto, como garantia absoluta, somente a estrita legalidade pode dar nascimento à obrigação tributária, ao lançamento e à sua conseqüente exigência de tributo ou à imposição de penalidade em respeito à segurança jurídica.

A consagração do princípio da legalidade por si só bastaria para repelir a aplicabilidade da interpretação econômica se ao lado dele não se colocasse, igualmente, por decorrência dela mesma, a obrigatoriedade da autoridade fiscal se interar da real situação do contribuinte para realizar a isonomia tributária.

O ilícito tributário decorre do comportamento que contraria a lei. Sem lei prévia específica e anterior que torne possível subsumir a realidade fática à hipótese abstrata nela prevista não há como se exigir tributos, caracterizar práticas como ilícitas ou impor penalidades, sob pena de serem gerados arbítrios decorrentes de considerações subjetivas.

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

A Assembléia será realizada amanhã, dia 20/09/2007, às 10h30min, conforme o Ofício Circular 071/2007PRES, de 17/09/2007 (cópia em anexo), tendo por objeto deliberar sobre a desmutualização da BM&F, ou seja, o processo pelo qual as suas atividades passarão a ser desenvolvidas por intermédio de uma sociedade anônima. Tal procedimento será efetuado por meio da cisão de uma parcela do patrimônio da Bolsa, a ser incorporada por uma nova sociedade, a BM&F S.A.

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

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

Ao contrário do que alega a fiscalização, as ações da BOVESPA HOLDING e da BM&F S.A não foram recebidas pela Recorrente a título de “devolução” do patrimônio decorrente da extinção das associações BOVESPA e BM&F, o que torna inaplicável ao caso concreto o artigo 17 da Lei nº 9.532, de 1997.

Ademais, não prosperam os argumentos da autoridade fiscal lançadora 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 nº 9.784, de 1999, 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:

Acórdão nº 302-38.954, de 12/09/2007:

IMPUTAÇÃO. Tendo em vista a ausência de lei formal estabelecendo a forma como os contribuintes realizarão a

compensação entre créditos e débitos fiscais, notadamente nas situações em que o saldo credor acumulado for superior ao saldo devedor, é possível a utilização, pela via analógica, das disposições estabelecidas pelo Código Civil, sendo certo que não há como exigir-se do contribuinte conduta diversa, uma vez que, como estabelece o inciso II do art. 5º da Constituição Federal "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", a qual inexistente na situação em tela.
RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

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.

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 nº 9.532, de 1997:

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.

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, de 1998, abaixo transcrito, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração das leis, não há que se falar em falta de previsão legal para a realização de cisão de associações:

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

[...]

III - para a obtenção de ordem lógica

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

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

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

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 52700000043/ 9898, 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.

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, de 1976).

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.

Cumpre 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).

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.

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

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

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

000158365.2004.8.19.0037, Rel. Des. Marco Aurélio Froes, de 09/05/2007).

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

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

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

Constata-se, portanto, e conforme 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 autoridade fiscal lançadora 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 0105.198, de 14.3.2005, Acórdão CSRF nº 0105.059, de 10.8.2004, e Acórdão CSRF nº 0103.633, de 6.11.2001). Vale transcrever, neste sentido, trecho do voto proferido pelo relator nos autos do Acórdão CSRF nº 0105.059, 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 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 assembléias correspondentes, e do posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

Como bem já entendeu este Conselho através do Acórdão nº 104-15653, “a tipicidade cerrada do fato gerador e a estrita legalidade são impeditivas a interpretações da legislação para a efetivação ou sustentação de lançamento tributário em condições ou circunstâncias legais e expressamente não autorizadas, sendo, neste contexto, incabível o emprego de analogia”.

Assim, considerando que o fato gerador do IRPJ consiste no acréscimo patrimonial decorrente da aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica sobre a renda, nos termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional, é evidente que não houve nenhum acréscimo patrimonial por parte da Recorrente a ensejar a tributação pelo IRPJ, haja vista não

ter a Recorrente auferido qualquer ganho decorrente da substituição dos títulos patrimoniais pelas ações com o processo de desmutualização da BOVESPA e da BM&F, cujos valores foram exatamente os mesmos.

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

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

Por tais razões, tendo em vista que “renda e proventos de qualquer natureza são elementos patrimoniais que não pertenciam ao conjunto de direitos preexistentes 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 desubstituição dos títulos por ações que configurou a desmutualização da BOVESPA e da BM&F.

Dessa forma, resta claro que não ficou configurada a hipótese de incidência tributária prevista no artigo 17 da Lei nº 9.532, de 1997, na medida em que (i) incorreu devolução de patrimônio e (ii) não houve ganho ou perda de capital que pudesse ensejar o fato gerador do imposto de renda. O que houve, como comprovado, foi uma substituição dos títulos patrimoniais que a Recorrente possuía na BOVESPA e na BM&F por ações da BOVESPA HOLDING e BM&F S/A sob o mesmo valor anteriormente contabilizado em decorrência da cisão parcial de tais entidades que caracterizou o processo de desmutualização.

Por ter dado razão à Recorrente no mérito diante da inoportunidade da hipótese prevista no artigo 17 da Lei nº 9.532, de 1997, 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.

Como se infere do relato, a exigência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) decorre do lançamento levado a efeito na área do Imposto de Renda Pessoa Jurídica e, especificamente, em razão das irregularidades apuradas pela autoridade lançadora mantida de forma parcial.

Em observância ao princípio da decorrência, e sendo certo a relação de causa e efeito existente entre o suporte fático em ambos os processos, o julgamento daquele apelo

principal, ou seja, Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), deve, a princípio, se refletir nos presentes julgados, eis que o fato econômico que causou a tributação por decorrência é o mesmo e já está consagrado na jurisprudência administrativa que a tributação decorrente/reflexa deve ter o mesmo tratamento dispensado ao processo principal em virtude da íntima correlação de causa e efeito. Considerando que, no presente caso, a autuada não conseguiu elidir a totalidade das irregularidades apuradas, deve-se manter, em parte, o exigido no processo decorrente, que é a espécie do processo sob exame, uma vez que ambas as exigências que a formalizada no processo principal quer as dele originadas (lançamentos decorrentes) repousam sobre o mesmo suporte fático.

Diante do conteúdo dos autos e pela associação de entendimento sobre as considerações expostas no exame da matéria, voto no sentido dar provimento ao recurso voluntário.

(Assinado digitalmente)

PAULO ROBERTO CORTEZ

Voto Vencedor

Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Redator Designado.

Com a devida vênia, discordo do Ilustre Conselheiro Relator.

O núcleo do presente litígio consiste em se determinar qual é a verdadeira natureza jurídica das operações de desmutualização da BM&F e da Bovespa. Passo, então, a descrever sucintamente estas operações.

Valho-me de meu entendimento exarado na relatoria do processo nº julgado na sessão de 06 de novembro de 2013 que culminou com a lavratura do acórdão nº 1402001.502, transcrevendo a seguir as razões de decidir que se amoldam perfeitamente ao caso concreto.

A decisão *a quo* bem descreve as operações de desmutualização da Bovespa e da BM&F:

Da Desmutualização da Bovespa

A denominada operação de desmutualização da Bovespa (Bolsa de Valores de São Paulo), em síntese, foi um processo aprovado pelos associados da Bovespa e pelos acionistas da Cia Brasileira de Liquidação e Custódia (CBLC) e da Bovespa Serviços e Participações S.A. - BSP (que teve a sua razão social alterada para Bolsa de Valores de São Paulo S.A. - BVSP), no dia 28 de agosto de 2007, que teve como objetivo transferir as atividades compreendidas no objeto social da Bovespa (associação civil sem fins lucrativos) para outras duas entidades organizadas sob a forma de sociedades por ações: a Bovespa Holding S.A. e a Bovespa Serviços e Participações S.A. - BSP (BVSP). O processo, segundo documento de fls. 27, consistiria na "cisão

parcial" da Bovespa (redução do seu patrimônio em 99,97%, permanecendo somente 0,03% do valor total) e incorporação do patrimônio cindido, parte na BSP (BVSP) e parte na Bovespa Holding S.A. Em seguida, houve a incorporação de ações da BVSP pela Bovespa Holding S.A.

Pela incorporação da parcela cindida da Associação Bovespa pela Bovespa Holding, cada associado recebeu, por título patrimonial, 570.535 ações ordinárias de emissão da Bovespa Holding S.A., e, pela incorporação de ações da BVSP pela Bovespa Holding S.A., cada associado recebeu mais 136.227 ações, totalizando, portanto, 706.762 ações por cada título patrimonial que compunha o patrimônio da Bovespa.

Conforme o Ofício Circular Bovespa nº 225, de 18 de setembro de 2007, para efeito de registro contábil, o valor patrimonial unitário das ações de emissão da Bovespa Holding S.A., em 28 de agosto de 2007, após os efeitos da reorganização societária, foi determinado em, aproximadamente, R\$2,22.

Como consequência dessa reorganização societária, o acesso das sociedades corretoras aos sistemas de negociação administrados pela BVSP, bem como o acesso dos agentes de compensação e liquidação aos sistemas administrados pela CBLC, passou a decorrer de relação contratual desvinculada da participação societária.

Da Desmutualização da BM&F

O processo de desmutualização da BM&F foi aprovado pelos associados em assembléia geral realizada no dia 20 de setembro de 2007, com efeitos a partir do dia 1º de outubro de 2007, e, segundo consta deste documento, consistiria na "cisão parcial" da BM&F (associação civil sem fins lucrativos) e na incorporação da parcela cindida (R\$1,28 bilhão) pela companhia aberta intitulada Bolsa de Mercadorias e Futuros - BM&F S.A. Esta assumiu todas as atividades comerciais até então desenvolvidas pela associação BM&F, a qual manteve somente as atividades educacionais, assistenciais e esportivas.

A BM&F era constituída sob a forma de associação e os títulos eram divididos por categoria de acordo com a atuação do seu detentor na bolsa, sendo que as principais eram: Membro de Compensação, Corretora de Mercadorias, Operador Especial e Sócio Efetivo. Após diversas emissões, recompras e cancelamento de títulos, havia, na época da desmutualização, 618 títulos divididos nestas quatro categorias.

Dos Entendimentos da Fiscalização e do Contribuinte

Para a Fiscalização, a desmutualização não poderia ser caracterizada como uma operação de cisão parcial das associações sem fins lucrativos (BM&F e Bovespa) com a incorporação do patrimônio cindido pelas sociedades por ações (BM&F S/A e Bovespa Holding S.A.). Conforme é possível

de Instituições Financeiras entendeu que, em verdade, as associações teriam devolvido parte de seu patrimônio aos associados, e estes teriam utilizado este patrimônio para adquirir ações da BM&F S/A e da Bovespa Holding S/A.

O contribuinte, por sua vez, entende que, na operação de desmutualização, teria havido uma transformação destas associações em sociedades por ações. Em razão disso, afirma que não teria havido devolução do patrimônio aos associados, mas mera substituição dos títulos da Bovespa e da BM&F por ações das companhias resultantes das reorganizações.

Entendo assistir razão ao Fisco. A questão, que envolve pormenores que serão analisados em seguida, pode ser resumida de maneira simples: uma entidade isenta de imposto de renda acumulou durante inúmeros períodos superávits; ao fim e ao cabo, quer entendendo-se que houve extinção da entidade sem fins lucrativos, quer sob a ótica de transformação e cisão, desejam os então associados da entidade sem fins lucrativos, posteriormente guindados a acionistas da empresa, não ver submetidos ao crivo do imposto de renda os ganhos da entidade e que não foram alvo de incidência de IRPJ e CSLL. Tais ganhos foram refletidos no valor patrimonial dos títulos de cada associado, refletindo no valor das ações recebidas da empresa com fins lucrativos criada. Ou seja, se assistisse razão à Recorrente, os ganhos não tributados da entidade sem fins lucrativos teria se transformado em custo das ações posteriormente pertencentes aos acionistas da sociedade anônima criada. Desse modo, entendo que deva prevalecer a posição adotada pela autoridade fiscal.

Passo a análise detalhada das questões controvertidas.

DAS OPERAÇÕES ENVOLVENDO ASSOCIAÇÕES E SEUS EFEITOS TRIBUTÁRIOS

Para análise do tema, necessário se faz uma breve análise do regime jurídico a que se submetiam as Bolsas de Valores (Bovespa e BM&F) no período a que se referem as operações em análise.

Em primeiro lugar, a tese de que os institutos da incorporação, da cisão e da fusão pudessem ser aplicado às bolsas de valores não se mostra adequado.

Veja-se o que dispõe o art. 5º da Resolução CMN nº 2.690/2000:

Art. 5º O estatuto social das bolsas de valores deve estabelecer, além do que for exigido pela legislação aplicável, regras básicas relativas à adoção de estrutura administrativa e operacional que permitam assegurar o pleno atendimento do seu objeto social e dos requisitos inerentes à sua condição de instituição auxiliar da Comissão de Valores Mobiliários enquanto entidade reguladora e fiscalizadora do mercado, dispondo, ainda, sobre:

[...]

VII - incorporação, fusão, cisão e dissolução da bolsa de valores;

[...]

Apoia-se a tese da Recorrente no fato de que o próprio CMN admite a possibilidade de incorporação, fusão e cisão das bolsas de valores.

De certa forma, correta a conclusão da Recorrente, exceto pela amplitude que deseja dar ao dispositivo.

Isso porque, conforme disposto no art. 1º da mesma Resolução CMN, **as bolsas de valores poderão ser constituídas como associações civis ou sociedades anônimas.**¹

Ou seja, instituiu-se uma faculdade às bolsas de valores de se constituírem sob a forma de associações civis ou sob a forma de sociedades anônima.

Note-se que em seus artigos 6º e 7º a Resolução em comento, inclusive, trata de forma distinta a composição do patrimônio ou capital social das bolsas de valores, diferenciando os casos de associações civis (divisão em títulos patrimoniais) e sociedades anônimas (divisão em ações ordinárias com direito de voto pleno).²

No caso de organização em forma de associação civil, conforme já explanado, o patrimônio social das Bolsas de Valores era formado mediante realização em dinheiro e dividido em títulos patrimoniais, colocados no mercado mediante leilão para aquisição pelas sociedades corretoras membros (art. 7º c/c art. 25 da Resolução CMN nº 1656/89). O valor nominal destes títulos patrimoniais era atualizado anualmente com base nas demonstrações financeiras do exercício (art. 10 da Resolução CMN nº 1.656/89).

Nesse contexto, a Resolução CMN nº 2.690, de 2000, como qualquer outra norma, deve ser analisada em seu conjunto, e não se detendo a dispositivo específico isolado. O fato de o art. 5º da norma em comento dispor sobre a possibilidade de incorporações, fusões e cisões no âmbito das bolsas de valores deve ser interpretada de forma harmônica não somente em relação a tal diploma infralegal, mas também no contexto da legislação que rege tais institutos. No que se refere única e exclusivamente à Resolução em questão, mostra-se evidente que, havendo distinção entre bolsas de valores constituídas sob a forma de associações civis e sob a forma de sociedades anônimas, impõe-se diferenciar quais institutos são aplicáveis a uma e a outra forma de organização das bolsas de valores. Entendo que o art. 1º da Resolução,

¹ Resolução CMN nº 2.690, de 2000.

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

Parágrafo único. As bolsas de valores que se constituírem como associações civis, sem finalidade lucrativa, não podem distribuir a sociedades membros parcela de patrimônio ou resultado, exceto se houver expressa autorização da Comissão de Valores Mobiliários.

² Resolução CMN nº 2.690, de 2000.

Art. 6º O Patrimônio ou o capital social das bolsas de valores deve ser formado, quando da constituição, mediante realização em dinheiro, e será dividido, conforme o caso, em títulos patrimoniais ou ações ordinárias com direito de voto pleno, devendo a quantidade e o valor inicial de emissão de títulos patrimoniais ser fixados pela Comissão de Valores Mobiliários.

[...]

Art. 7º As bolsas de valores podem emitir títulos patrimoniais ou ações com direito de voto pleno, cuja colocação será realizada mediante leilão, com pré-qualificação para os licitantes, ou na forma prevista em lei.

inciso VII, ao dispor sobre incorporação, fusão e cisão, refere-se exclusivamente às bolsas de valores constituídas sob a forma de sociedade anônima.

A meu ver, como bem asseverou a Fazenda Nacional em contrarrazões, “*Por mais engenhosas que tenham sido as operações societárias que culminaram com a transferência das atividades das Bolsas para uma S.A., não há como fugir da simplicidade dos fatos. Ou seja, ao final das operações, as associações civis sem fins lucrativos estavam extintas e, em seu lugar, constituíram-se sociedades anônimas*”.

Ademais, os institutos da fusão, cisão e incorporação aplicam-se tão somente às sociedades empresárias. Logo, às associações não é possível utilizar-se de tais mecanismos de reestruturação societária. Isso porque o artigo 1.113 e seguintes do Código Civil, que tratam de tais institutos societários, estão inseridos em livro específico do Estatuto Civil aplicável exclusivamente às sociedades empresárias (Livro II - Do Direito de Empresa; Título II - Da Sociedade; Subtítulo II - Da Sociedade Personificada; Capítulo X - Da Transformação, Da Incorporação, Da Fusão e Da Cisão das Sociedades).

Tal exegese encontra eco também nas normas expedidas pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio, que, por meio da Instrução Normativa nº 88, estabeleceu explicitamente que os institutos jurídicos em comento aplicam-se somente às sociedades mercantis. Por oportuno, transcreve-se o art. 23 da IN em questão:

Art. 23. As operações de transformação, incorporação, fusão e cisão abrangem apenas as sociedades mercantis, não se aplicando às firmas mercantis individuais.

A respeito do tema, a Conselheira Edeli Pereira Bessa, no voto vencedor do acórdão 1101-000.833 assim examinou a matéria:

No âmbito da incidência do IRPJ e da CSLL, a Lei nº 9.532/97, ao revogar o art. 28 do Decreto-lei nº 5.844/43, e o art. 30 da Lei nº 4.506/64, consolidou as regras para reconhecimento de isenção às associações civis sem fins lucrativos:

Art. 15. Consideram-se isentas as instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural e científico e as associações civis que prestem os serviços para os quais houverem sido instituídas e os coloquem à disposição do grupo de pessoas a que se destinam, sem fins lucrativos.

§ 1º A isenção a que se refere este artigo aplica-se, exclusivamente, em relação ao imposto de renda da pessoa jurídica e à contribuição social sobre o lucro líquido, observado o disposto no parágrafo subsequente.

§ 2º Não estão abrangidos pela isenção do imposto de renda os rendimentos e ganhos de capital auferidos em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável.

§ 3º As instituições isentas aplicam-se as disposições do art. 12, § 2º, alíneas "a" a "e" e § 3º e dos arts. 13 e 14.

[...]

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

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

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;

§ 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. (negrejou-se)

O art. 15, §3º da Lei nº 9.532/97 vinculou a isenção concedida à observância dos seguintes dispositivos da mesma lei:

Art. 12 [...]

[...]

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

- a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados;
- b) **aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais;**
- c) manter escrituração completa de suas receitas e despesas em livros revestidos das formalidades que assegurem a respectiva exatidão;
- d) conservar em boa ordem, pelo prazo de cinco anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem assim a realização de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial;
- e) apresentar, anualmente, Declaração de Rendimentos, em conformidade com o disposto em ato da Secretaria da Receita Federal;

[...]

§3º Considera-se entidade sem fins lucrativos a que **não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.** (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

Art. 13. Sem prejuízo das demais penalidades previstas na lei, a Secretaria da Receita Federal suspenderá o gozo da imunidade a que se refere o artigo anterior, relativamente aos anos-calendários em que a pessoa jurídica houver praticado ou, por qualquer forma, houver contribuído para a prática de ato que constitua infração a dispositivo da legislação tributária, especialmente no caso de informar ou declarar falsamente, omitir ou simular o recebimento de doações em bens ou em dinheiro, ou de qualquer forma cooperar para que terceiro sonegue tributos ou pratique ilícitos fiscais.

Parágrafo único. Considera-se, também, infração a dispositivo da legislação tributária o pagamento, pela instituição imune, em favor de seus associados ou dirigentes, ou, ainda, em favor de sócios, acionistas ou dirigentes de pessoa jurídica a ela associada por qualquer forma, de despesas consideradas indedutíveis na determinação da base de cálculo do imposto sobre a renda ou da contribuição

Art. 14. A suspensão do gozo da imunidade aplica-se o disposto no art. 32 da Lei nº 9.430, de 1996.

*Nestes termos, a associação civil que atende aos requisitos legais e destina seu superávit **integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais**, está isenta dos tributos incidentes sobre o lucro. Caso esta associação devolva bens e direitos a pessoa jurídica que contribuiu para a formação de seu patrimônio, a diferença entre o valor recebido e o valor antes entregue à associação deverá ser adicionada à base de cálculo do IRPJ e da CSLL (art. 17, caput c/c §§ 3º e 4º da Lei nº 9.532/97).*

O Código Civil de 2002 somente cogita da destinação do patrimônio de uma associação em caso de dissolução, fixando que ela deve beneficiar entidade de fins não econômicos ou os associados que contribuíram para a formação daquele patrimônio:

TÍTULO II DAS PESSOAS JURÍDICAS

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV- as organizações religiosas; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

V- os partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

§ 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

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

§ 3º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)
[...]

CAPÍTULO II DAS ASSOCIAÇÕES

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

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

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

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

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

III - os direitos e deveres dos associados;

IV - as fontes de recursos para sua manutenção;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ao ser editado, o referido Código ainda trouxe algumas disposições transitórias para adaptação de todas as pessoas jurídicas, inclusive as associações, ao novo regime, estipulando prazo que foi prorrogado pela Lei nº 10.838/2004 e pela Lei nº

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

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às organizações religiosas nem aos partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

[...]

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. 2.034. A dissolução e a liquidação das pessoas jurídicas referidas no artigo antecedente, quando iniciadas antes da vigência deste Código, obedecerão ao disposto nas leis anteriores. (negrejou-se)

Observa-se no referido diploma legal que as hipóteses de transformação, incorporação, cisão ou fusão somente foram previstas para sociedades, nos termos dos arts. 1.113 a 1.122, integrantes do Capítulo X (Da Transformação, da Incorporação, da Fusão e da Cisão das Sociedades) do Subtítulo II (Da Sociedade Personificada). Quando quis compartilhar as normas aplicáveis às sociedades com as demais pessoas jurídicas privadas, o legislador foi expresso:

Art. 51 [...]

[...]

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

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

[...]

Neste cenário jurídico, a dissolução da associação civil sem fins lucrativos deve resultar na destinação de seu patrimônio a entidade de fins não econômicos, idênticos ou semelhantes aos seus, ou favorecer os associados que contribuíram para a formação de seu patrimônio. E, caso bens e direitos sejam devolvidos a pessoa que contribuiu para formação do patrimônio da associação civil, haverá a incidência tributária prevista no art. 17 da Lei nº 9.532/97.

*Estas regras aplicam-se, inclusive, em caso de dissolução parcial da associação civil, devendo o parágrafo único do art. 16 da Lei nº 9.532/97 ser interpretado à luz do Código Civil de 2002, que somente permite a **transferência de bens e direitos do patrimônio das entidades isentas para o patrimônio de outra pessoa jurídica de fins não econômicos.***

Inexistindo a possibilidade de cisão da associação civil, ou mesmo de destinação de seu patrimônio a entidade de fins econômicos, o fato jurídico que converteu os títulos patrimoniais que a recorrente possuía em Bolsa de Valores em ações de Bolsa de Valores somente pode ser caracterizado como dissolução parcial da associação sem fins lucrativos, com devolução de patrimônio a associado, que utiliza este valor para aporte de capital na sociedade anônima referida. Em tais circunstâncias, a diferença entre o valor recebido e o valor antes entregue à associação deverá ser adicionada à base de cálculo do IRPJ.

Aliás, recente decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região orienta-se neste mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MANDAMENTAL. IRPJ. CSSL. BM&F - BOLSA DE MERCADORIAS E FUTURO DE SÃO PAULO. OPERAÇÃO DE DESMUTUALIZAÇÃO. TÍTULOS CONVERTIDOS EM AÇÕES DE S/A. LEI 9.532/97, ART. 17. INCIDÊNCIA NA ESPÉCIE.

1.O processo de desmutualização trouxe ganhos patrimoniais à impetrante que passou de simples associada da BM&F à detentora de ações na nova holding, acrescendo ao seu patrimônio as novas ações adquiridas com os valores que havia despendido para a formação da associação e que lhe fora devolvido.

2. A devolução implicou em aplicação de parte dos valores que compunha o patrimônio da associação em ações de empresa com fins lucrativos, o que desnatura o processo de sucessão legal das associações e autoriza a incidência de tributos em razão do acréscimo patrimonial experimentado pela impetrante.

3. Não há que se falar em avaliação pelo método de equivalência patrimonial porquanto o Decreto 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda), autoriza a utilização de tal método apenas na hipótese de investimentos em controladas e coligadas, não sendo este o caso dos autos.

4. Também não socorre a impetrante a Solução de Consulta nº 13 de 10/11/97, proferida antes da vigência da Lei 9.532/97. O mesmo vale para a

aplicação da Portaria MF nº 785/77, já que esta cuidava de "constituição de reserva com os acréscimos no valor nominal dos títulos" e a exclusão de tais acréscimos ao lucro real, não sendo este o caso dos autos.

5. O processo de desmutualização autoriza a incidência do imposto de renda e da CSLL, como pretendido pelo Fisco, nos exatos termos do quanto disposto no artigo 17 da Lei nº 9.532/97.

6. Apelação que se nega provimento. (Apelação Cível nº 0035179-62.2007.4.03.6100/SP, processo nº 2007.61.00.035179-5/SP, Relator Desembargador Federal Márcio Moraes, sessão de 19 de julho de 2012).

Vale a pena destacar que o entendimento fixado na decisão citada pela Ilustre Conselheira não reproduz exegese isolada sobre o tema, antes pelo contrário, uma vez que a jurisprudência sobre o tema caminha no mesmo sentido, senão vejamos:

TRIBUTÁRIO. DEVOUÇÃO À IMPETRANTE DOS VALORES CORRESPONDENTES A TÍTULOS DA BOVESPA E DA BM&F. INVESTIMENTO INTEGRAL EM AÇÕES DAS MESMAS ENTIDADES, TRANSFORMADAS EM SOCIEDADES POR AÇÕES. DIFERENÇA ENTRE O VALOR INVESTIDO E O VALOR DEVOLVIDO. CARACTERIZAÇÃO DE GANHOS DE CAPITAL. INAPLICABILIDADE DO "MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL". CARACTERIZAÇÃO DE RENDA. DISPONIBILIDADE JURÍDICA. INCIDÊNCIA DO ART. 17 DA LEI 9.532/97.

[...]

2. Controvérsia sobre a aplicabilidade ou não do art. 17 e seus parágrafos, da Lei 9.532/97, para efeito de incidência do IRPJ e CSLL, sobre ganhos de capital, no tocante aos valores gerados pela atualização dos títulos patrimoniais que a impetrante detinha na BOVESPA e BM&F e que foram convertidos em ações daquelas instituições, quando da cisão em duas novas entidades, operação intitulada "desmutualização".

3. A conversão dos títulos em ações importa em reversão jurídica dos valores a que correspondiam os citados títulos, ainda que tais valores tenham sido integralmente convertidos em ações da entidade que resultou da transformação.

4. Caracterizada a disponibilidade jurídica dos ganhos de capital equivalentes à diferença entre o valor investido pela pessoa jurídica e aquele posteriormente devolvido a ela, configurando renda nos moldes do art. 43 do CTN.

5. A inoocorrência de dissolução ou extinção da associação que se transformou em sociedade por ações (art. 1.113 e 2.033 do Código Civil) tem relevância apenas para a preservação da titularidade dos direitos e obrigações da própria sociedade, que não terá solução de continuidade e manter-se-á íntegra.

6. Todavia, é inegável que a transformação implica em modificação da natureza jurídica das participações societárias ou dos títulos de natureza similar que forem convertidos em ações da neonata pessoa jurídica.

7. Não há como ignorar o fato de que houve, do ponto de vista jurídico, a devolução à impetrante dos valores que correspondiam aos títulos que ela detinha, ainda que estes valores tenham sido inteiramente utilizados na aquisição de ações da nova sociedade.

8. Não há lugar, na hipótese dos autos, para contabilização dos ganhos de capital pelo "método da equivalência patrimonial", posto que este método tem aplicação quando surge a necessidade de encontrar a expressão econômica das participações no capital social de outra pessoa jurídica.

9. Esta não é a hipótese dos autos, em que o capital da impetrante estava investido em títulos e não em participação societária na outra empresa, daí porque as diferenças entre os valores investidos e aqueles devolvidos devem ser tratadas como ganhos de capital, sofrendo incidência do art. 17 da Lei 9.532/97.

10. Não socorrem a impetrante os atos regulamentares e interpretativos editados antes da apontada lei, tal como a Portaria MF 785/77, visto que se consideram ab-rogados pela nova legislação, que cuida especificamente do tema em discussão.

11. Rejeitada a alegação de decadência, haja vista que o fato gerador do IRPJ e da CSLL (devolução dos títulos) ocorreu somente depois que houve a deliberação, em Assembléia Geral Extraordinária, pela transformação da BOVESPA e da BM&F em sociedades anônimas, respectivamente, em 28 de agosto e 20 de setembro de 2007, menos de um ano antes do ajuizamento do presente "mandamus".

12. Improvido o agravo retido, por ausência de verossimilhança das alegações da parte agravante.

13. Apelação improvida. (AC 2008.61.00.008706-3/SP, Relator Juiz Convocado RUBENS CALIXTO, TRF da 3ª Região, D.E. de 23.07.2012)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MANDAMENTAL. IRPJ. CSLL. BM&F - BOLSA DE MERCADORIAS E FUTURO DE SÃO PAULO. OPERAÇÃO DE DESMUTUALIZAÇÃO. TÍTULOS CONVERTIDOS EM AÇÕES DE S/A. LEI 9.532/97, ART. 17. INCIDÊNCIA NA ESPÉCIE.

1. O processo de desmutualização trouxe ganhos patrimoniais à impetrante que passou de simples associada da BM&F à detentora de ações na nova holding, crescendo ao seu patrimônio as novas ações adquiridas com os valores que havia despendido para a formação da associação e que lhe fora devolvido.

2. A devolução implicou em aplicação de parte dos valores que compunha o patrimônio da associação em ações de empresa com fins lucrativos, o que desnatura o processo de sucessão legal das associações e autoriza a incidência de tributos em razão do acréscimo patrimonial experimentado pela impetrante.

3. Não há que se falar em avaliação pelo método de equivalência patrimonial porquanto o Decreto 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda), autoriza

a utilização de tal método apenas na hipótese de investimentos em controladas e coligadas, não sendo este o caso dos autos.

4. Também não socorre a impetrante a Solução de Consulta nº 13 de 10/11/97, proferida antes da vigência da Lei 9.532/97. O mesmo vale para a aplicação da Portaria nº MF nº 785/77, já que esta cuidava de "constituição de reserva com os acréscimos no valor nominal dos títulos" e a exclusão de tais acréscimos ao lucro real, não sendo este o caso dos autos.

5. O processo de desmutualização autoriza a incidência do imposto de renda e da CSLL, como pretendido pelo Fisco, nos exatos termos do quanto disposto no artigo 17 da Lei nº 9.532/97.

6. Apelação que se nega provimento. (AMS 2007.61.00.035179-5/SP, Relator Juiz Convocado RUBENS CALIXTO, TRF da 3ª Região, D.E. de 30.07.2012)

TRIBUTÁRIO. DEVOLUÇÃO À IMPETRANTE DOS VALORES CORRESPONDENTES A TÍTULOS DA BOVESPA E DA BM&F. INVESTIMENTO INTEGRAL EM AÇÕES DAS MESMAS ENTIDADES, TRANSFORMADAS EM SOCIEDADES POR AÇÕES. DIFERENÇA ENTRE O VALOR INVESTIDO E O VALOR DEVOLVIDO. CARACTERIZAÇÃO DE GANHOS DE CAPITAL. INAPLICABILIDADE DO "MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL". CARACTERIZAÇÃO DE RENDA. DISPONIBILIDADE JURÍDICA. INCIDÊNCIA DO ART. 17 DA LEI 9.532/97.

[...]

2. Controvérsia sobre a aplicabilidade ou não do art. 17 e seus parágrafos, da Lei 9.532/97, para efeito de incidência do IRPJ e CSLL, sobre ganhos de capital, no tocante aos valores gerados pela atualização dos títulos patrimoniais que a impetrante detinha na BOVESPA e BM&F e que foram convertidos em ações daquelas instituições, quando da cisão em duas novas entidades, operação intitulada "desmutualização".

3. A conversão dos títulos em ações importa em reversão jurídica dos valores a que correspondiam os citados títulos, ainda que tais valores tenham sido integralmente convertidos em ações da entidade que resultou da transformação.

4. Caracterizada a disponibilidade jurídica dos ganhos de capital equivalentes à diferença entre o valor investido pela pessoa jurídica e aquele posteriormente devolvido a ela, configurando renda nos moldes do art. 43 do CTN.

5. A inocorrência de dissolução ou extinção da associação que se transformou em sociedade por ações (art. 1.113 e 2.033 do Código Civil) tem relevância apenas para a preservação da titularidade dos direitos e obrigações da própria sociedade, que não terá solução de continuidade e manter-se-á íntegra.

6. Todavia, é inegável que a transformação implica em modificação da natureza jurídica das participações societárias ou dos títulos de natureza similar que forem convertidos em ações da neonata pessoa jurídica.

7. Não há como ignorar o fato de que houve, do ponto de vista jurídico, a devolução à impetrante dos valores que correspondiam aos títulos que ela detinha, ainda que estes valores tenham sido inteiramente utilizados na aquisição de ações da nova sociedade.

8. Não há lugar, na hipótese dos autos, para contabilização dos ganhos de capital pelo "método da equivalência patrimonial", posto que este método tem aplicação quando surge a necessidade de encontrar a expressão econômica das participações no capital social de outra pessoa jurídica.

9. Esta não é a hipótese dos autos, em que o capital da impetrante estava investido em títulos e não em participação societária na outra empresa, daí porque as diferenças entre os valores investidos e aqueles devolvidos devem ser tratadas como ganhos de capital, sofrendo incidência do art. 17 da Lei 9.532/97.

10. Não socorrem a impetrante os atos regulamentares e interpretativos editados antes da apontada lei, tal como a Portaria MF 785/77, visto que se consideram ab-rogados pela nova legislação, que cuida especificamente do tema em discussão.

11. Rejeitada a alegação de decadência, haja vista que o fato gerador do IRPJ e da CSLL (devolução dos títulos) ocorreu somente depois que houve a deliberação, em Assembléia Geral Extraordinária, pela transformação da BOVESPA e da BM&F em sociedades anônimas, respectivamente, em 28 de agosto e 20 de setembro de 2007, menos de um ano antes do ajuizamento do presente "mandamus".

12. Não conhecido o agravo de instrumento n. 2008.03.00.014236-8, convertido em retido na forma do inciso II do art. 527 do CPC, uma vez que não houve reiteração do recurso nas razões de apelação.

13. Apelação improvida. (AMS 00023846620084036100, Relator Juiz Convocado RUBENS CALIXTO, TRF3, D.E. de 03.08.2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IRPJ. CSSL. BOVESPA - BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO, BM&F - BOLSA DE MERCADORIAS E FUTUROS DE SÃO PAULO. OPERAÇÃO DE DESMUTUALIZAÇÃO. TÍTULOS CONVERTIDOS EM AÇÕES DE S/A. LEI 9.532/97, ART. 17, INCIDÊNCIA NA ESPÉCIE. SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 13, DE 10/11/97, PROFERIDA ANTERIORMENTE À LEI 9.532 DE 10/12/97. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO FAZENDÁRIO, QUE SE CONFORMA À LEI VIGENTE APLICÁVEL À HIPÓTESE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I. As Bolsas de Valores, nos termos da Lei 6.385/76 são órgãos integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários, voltando-se à realização do interesse geral do mercado. Conquanto pessoas jurídicas de direito privado, exercem serviço público. Constituídas originariamente como associações sem fins lucrativos colaboradoras com o poder público, assembleias gerais extraordinárias vieram de aprovar a "desmutualização" das Bolsas, acarretando a conversão dos títulos patrimoniais dos associados, detidos pelos Agravantes, em ações da Bovespa Holding S/A e BM&F S/A.

II. A noticiada "desmutualização" alterou a situação jurídico-tributária então existente, ensejando a incidência fiscal, a teor da Lei 9.532 de 10/12/97, art. 17.

III. O art. 177, § 2º da Lei 6.404/76, prevê que as normas de natureza tributária possam ter apuração de resultado diferente do contábil.

IV. O Dec. 3.000/99, Regulamento do Imposto de Renda – RIR determina a utilização do método de equivalência patrimonial apenas na hipótese de investimentos em controladas e coligadas (arts. 384, 387, 388), do que não se cogita na espécie dos autos.

V. Solução de Consulta nº 13 de 10/11/97, proferida anteriormente à vigência da Lei 9.532 de 10/12/97, que ora rege a hipótese objetivada.

VI. Agravo a que se nega provimento. (AI 01051154420074030000, Relatora Desembargadora Federal Salette Nascimento, TRF3, D.E. de 19.08.2008).

Assim sendo, com base no artigo 61 do Código Civil e no artigo 17 da Lei nº 9.532, de 1997, a decisão recorrida deve ser mantida, mantendo-se integralmente o crédito tributário em litígio.

INAPLICABILIDADE DO MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL PARA AVALIAÇÃO DO PATRIMÔNIO DE ASSOCIAÇÕES

A conduta adotada pela Recorrente baseou-se no disposto na Circular BACEN nº 1.273/87, responsável por criar o Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional - COSIF, a seguir transcrita:

CAPÍTULO: Normas Básicas - 1

SEÇÃO: Ativo Permanente - 11

[...]

3 - Os títulos patrimoniais de bolsas de valores, de mercadorias e de futuros, são corrigidos mensalmente e atualizados, por ocasião dos balanços, pelo valor informado pela respectiva bolsa, procedendo-se aos seguintes lançamentos de ajustes:

a) se o novo valor informado pelas bolsas for superior ao saldo contábil corrigido 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 corrigido 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.

Pode-se constatar que no Capítulo 1, item 11, subitem 3, § 3º do Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional - Cosif consta que a conta utilizada para registro dos títulos patrimoniais pertence ao grupo do Ativo Permanente - Investimentos (contas Cosif 2.1.4.10.10.0001-83, 2.1.4.10.20.0003-7 e 2.1.4.10.20.0004-0), e que a Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais é registrada na conta Cosif 6.1.3.70-9, integrante do Patrimônio Líquido - Reserva de Capital.

Em contrarrazões, a Fazenda Nacional muito bem analisou a questão:

Ora, é sabido que uma sociedade é caracterizada por ser uma pessoa jurídica decorrente de um estatuto social ou de um contrato, pelo qual duas ou mais pessoas se obrigam a prestar certa contribuição de bens ou serviços, formando um patrimônio destinado ao exercício de atividade econômica, e com a intenção de partilhar lucros entre si. Nessa perspectiva, as antigas Bovespa e BM&F, para serem consideradas sociedades, deveriam partilhar os resultados advindos da atividade econômica desenvolvida. Todavia, por terem sido constituídas sob a forma de associações civis SEM FINS LUCRATIVOS, não há que se falar em distribuição de lucros e, portanto, em equiparação de tais entidades a sociedades.

Dessa maneira, a legislação aplicável às sociedades não pode ser estendida às associações em razão das próprias características que diferenciam um e outro tipo de pessoa jurídica. Portanto, resta inviabilizada a pretensão de estender à Bovespa e à BM&F a legislação de regência das sociedades empresárias.

As razões utilizadas acima servem para se refutar o entendimento da contribuinte, no sentido de que seria aplicável o método da equivalência patrimonial (MEP) para a avaliação do título patrimonial das bolsas de valores. Ora, o MEP foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 6.404, de 1976, e deve ser aplicado de acordo com os preceitos firmados por este diploma legal. Assim, o primeiro aspecto que deve ser ressaltado é que a Lei nº 6.404, de 1976, tem como destinatárias as sociedades por ações, que possuem natureza jurídica totalmente diversa das associações. Com efeito, basta lembrar que a Bovespa e a BMF foram instituídas como associações sem fins lucrativos, enquanto as sociedades por ações servem para o desenvolvimento de atividades empresariais -cujo objetivo é proporcionar lucro aos seus sócios. Desse modo, fica evidente a incompatibilidade da Lei nº 6.404, de 1976, com o regime jurídico das associações.

Não obstante, nada impede que uma lei possa autorizar que as associações civis utilizem as regras previstas para as sociedades empresárias. Apesar das inúmeras disparidades entre as sociedades empresárias e as associações civis sem fins lucrativos, se a lei previsse que estas poderiam ser regidas pelas normas da Lei nº 6.404, de 1976, caberia apenas obedecer ao comando legal. Nessa perspectiva, o contribuinte teria razão se houvesse uma lei que autorizasse as associações civis a seguirem as normas contábeis específicas para as sociedades por ações. Entretanto, não existe tal suporte legal que fundamente a pretensão do contribuinte - pois os dispositivos do Código Civil que regulamentam as associações não trouxeram norma com este conteúdo, tampouco a Lei nº 6.404, de 1976.

Feitas estas considerações, não há como se distanciar das conclusões exaradas na Solução de Consulta Cosit nº 10/2007, ao afirmar que:

(...) nunca estiveram as sociedades corretoras autorizadas a avaliar as cotas ou frações ideais do patrimônio das bolsas de valores pelo MEP. Estavam, sim, autorizadas pela Portaria nº 785, de 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. (destaques não constam no original)

Conforme se verifica no trecho acima transcrito, não havia autorização legal para que as corretoras avaliassem seus títulos patrimoniais da Bovespa e da BMF utilizando o MEP. Esse entendimento apenas confirma que o regime jurídico das Bolsas de Valores era distinto das sociedades por ações - e não poderia ser diferente, visto que a Bovespa e a BMF eram entidades sem fins lucrativos, ao contrário das sociedades empresárias. Assim, resta evidenciado que nenhuma lei ou Decreto-Lei fundamentou a pretensão do contribuinte de avaliar seus títulos patrimoniais das Bolsas de Valores pelo MEP.

Por sua vez, cumpre destacar que a Portaria nº 785/1977, do Ministro de Estado da Fazenda, regulamentou a tributação dos acréscimos patrimoniais auferidos pela Bovespa e pela BMF. Ocorre que a mencionada Portaria em momento algum determinou a utilização da Lei das Sociedades por Ações para contabilização dos acréscimos de valor dos títulos patrimoniais das Bolsas. Confira-se:

Portaria nº 785, de 20 de dezembro de 1977

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. 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 Decreto-Lei nº 1.109/70, art. 3º, § 3º (RIR, art. 237).

Inicialmente, chama a atenção que a citada Portaria foi editada para regulamentar a alínea "m" do art. 223 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 76.186/75. Significa dizer que a Portaria nº 785, de 1977, retirou fundamento de validade de uma norma anterior ao próprio surgimento do MEP - que passou a vigorar apenas a partir da Lei nº 6.404, de 1976. Dessa forma, fica patente que a interpretação ministerial explicitada na mencionada Portaria não se referia ao MEP. Para confirmar essa constatação, vejamos o que dispunha a alínea "m" do art. 223 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 76.186/75:

Art. 223. - Serão excluídos do lucro real para os efeitos de tributação:

(...)

m) o valor das ações, quotas ou quinhões de capital, recebidos em decorrência dos aumentos de capital efetuados nos termos e condições dos artigos 197, §§ 6º e 9º, 223, alínea l, 223, § 31, 236, 243, alínea d, 250, 254, § 3º, 283, 297, 577, 578 e 583 (Decreto-lei nº 1.096/70, art. 1º, §§ 6º e 7º, Lei nº 4.862/65, art. 49, Decret-lei nº 1.260/73, art. 4º, Decreto-lei nº 1.109/70, art. 3º e § 1º, Lei nº 4.357/64, art. 3º, § 6º, Decreto-lei nº 756/69, art. 25, Decreto-lei nº 1.338/74, art. 15, § 4º, Decreto-lei nº 1.191/71, art. 9º, § único, Decreto-lei nº 221/67, art. 80, § 4º, Lei nº 5.508/68, art. 36, Decreto-lei nº 756/69, art. 24, § 4º, Decreto-lei nº 1.346/74, arts. 6º, § 3º, e 11, e Decreto-lei nº 1.370/74, art. 2º, § 3º); (sem negrito no original)

Dessa forma, percebe-se que a norma acima tratava dos quinhões ou frações ideais recebidas pelos associados em decorrência de meros aumentos de capital da bolsa de valores. Assim, não há que se confundir a situação tratada nos referidos atos normativos com o MEP.

Não merecem prosperar, igualmente, alegações no sentido de que o Ofício Circular CVM nº 325/1979, e a Circular do Banco Central do Brasil nº 1.273/1987 teriam obrigado as sociedades corretoras de valores a avaliarem seus títulos patrimoniais das bolsas de valores (associações) pelo MEP. Com efeito, infere-se da leitura do art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976³, que o MEP só se aplica aos investimentos em sociedades controladas ou coligadas. Diante disso, não se pode admitir que o Poder Regulamentar conferido à CVM, pela Lei nº 6.404 de 1976, possa servir para autorizar a extensão do MEP para as Bolsas de Valores constituídas sob a forma de associação civil. Isso porque o art. 4º da referida lei evidencia que as normas expedidas pela CVM sujeitam apenas as companhias abertas.

Por outro lado, se o Ofício Circular CVM nº 325/1979, e a Circular do Banco Central do Brasil nº 1.273/1987 conferiram tal prerrogativa às corretoras, o fizeram desrespeitando o art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976. Isso porque o citado dispositivo legal restringe a aplicação do MEP para avaliação de investimentos em sociedades coligadas ou controladas. Ora, Srs. Conselheiros, é possível conceber que as corretoras eram coligadas ou controladoras das Bolsas de Valores? Se prevalecer o entendimento de que as corretoras poderiam avaliar seus títulos patrimoniais nas Bolsas de Valores pelo MEP, restaria desconfigurada ou simplesmente ignorada a natureza jurídica das próprias Bolsas de Valores. Significa dizer que o MEP serviria para associados avaliarem sua participação no patrimônio da associação - o que é totalmente incompatível com a finalidade e a estrutura de uma associação sem fins lucrativos.

Acrescente-se ainda que a Circular do Banco Central do Brasil nº 1.273/1987 determina apenas que as sociedades corretoras observem normas consubstanciadas no COSIF, mas, de forma alguma autorizou que se avaliassem investimentos em associações pelo MEP. Vale a pena transcrever as disposições da referida Circular:

Às Instituições Financeiras e demais Entidades Autorizadas a Funcionar pelo Banco Central do Brasil

Comunicamos que a Diretoria do Banco Central do Brasil, em sessão realizada em 16.12.87, com fundamento no art. 4., inciso XII, da Lei n. 4.595, de 31.12.64, por competência delegada pelo Conselho Monetário Nacional, decidiu instituir, para adoção obrigatória a partir do Balanço de 30.06.88, o anexo PLANO CONTÁBIL DAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL -COSIF.

As normas consubstanciadas no COSIF aplicam-se aos bancos comerciais, bancos de desenvolvimento, bancos de investimento, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de arrendamento mercantil, sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários, sociedades de crédito imobiliário, associações de poupança e empréstimo, caixas econômicas e cooperativas de crédito.

O período compreendido entre janeiro e junho de 1988 é considerado como de implantação, devendo as instituições financeiras tomar as providências necessárias para que a sua escrituração esteja em condições de fornecer, em 30.06.88, os dados indispensáveis ao levantamento das demonstrações financeiras exigidas.

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas:

Observar-se-á também o seguinte:

- a) *considerada a data-base de 30.06.88, remeter-se-á ao Banco Central o Balancete Geral Analítico (Doc. n. 01), confeccionado de acordo com os planos contábeis vigentes, ou na forma usual, no caso de instituições que não possuam, ainda, demonstrações padronizadas pelo Banco Central;*
- b) *juntar-se-ão ao Balancete Geral Analítico, indicado no item 4.a, as demonstrações financeiras previstas no COSIF, dispensada a Demonstração das Origens e Aplicações de Recursos - DOAR (Doc. n.12);*
- c) *a Demonstração das Origens e Aplicações de Recursos - DOAR, relativa ao Balanço de 31.12.88, será elaborada segundo as variações patrimoniais que afetarem o disponível no período de 01.07 a 31.12.88;*
- d) *dispensar-se-á, em 30.06 e 31.12.88, a publicação das demonstrações financeiras de forma comparada com as de outros períodos. (destaques não constam no original)*

Como se vê, não há na Circular acima transcrita qualquer autorização ou determinação para que as sociedades corretoras avaliem seus ativos representativos dos títulos patrimoniais das bolsas de valores pelo MEP.

De forma a evidenciar ainda mais o desacerto do entendimento sustentado pelo contribuinte, analisemos também o já revogado art. 10 da Resolução Bacen nº 1.656/1989, que aprovou o Regulamento que disciplinava a constituição, a organização e o funcionamento das bolsas de valores, por força do disposto, à época, no art. 18 da Lei nº 6.385, de 1976, que assim dispunha:

Art. 10. Ao término de cada exercício social, o valor do patrimônio social deve ser atualizado com base nas demonstrações financeiras correspondentes, feitas de acordo com os procedimentos e critérios adotados pelas sociedades anônimas.

Parágrafo 1. O valor do patrimônio, apurado anualmente, dividido pelo número de títulos patrimoniais, computados, inclusive, os que não tenham sido ainda colocados ou que estejam em tesouraria, dará o valor nominal destes, e terá vigor nos 12 (doze) meses subsequentes. (destaques não constam no original)

Parágrafo 2. A atualização anual do patrimônio deve ser submetida, até 10 (dez) dias depois de aprovada pela assembléia geral, à Comissão de Valores Mobiliários, para sua homologação.

Parágrafo 3. A falta de manifestação da Comissão de Valores Mobiliários, após 30 (trinta) dias da apresentação dos respectivos processos de atualização, implicará aceitação da proposta. Parágrafo 4. O prazo previsto no parágrafo anterior poderá ser interrompido, uma única vez, por no máximo 30 (trinta) dias, caso a Comissão de Valores Mobiliários requisite à Bolsa de Valores informações ou documentos adicionais.

Ocorre que o parágrafo 1º do artigo 10 acima transcrito não foi repetido na Resolução CMN nº 2.690/2000, que atualmente consolida as normas que disciplinam a constituição, a organização e o funcionamento das bolsas de valores. Com efeito, o disposto nos artigos 6º, 7º e 9º da Resolução em vigor indicam que as bolsas de valores não podem mais alterar o valor dos títulos patrimoniais, pois agora, se quiserem, podem emitir novos títulos e colocá-los em leilão, conforme se depreende da inteligência dos referidos artigos.

Confira-se:

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

Autenticado digitalmente em 20/12/2013 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente

em 20/12/2013 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 18/03/2014 por LEONARD

O DE ANDRADE COUTO, Assinado digitalmente em 24/02/2014 por PAULO ROBERTO CORTEZ

Impresso em 19/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Art. 6º. O Patrimônio ou o capital social das bolsas de valores deve ser formado, quando da constituição, mediante realização em dinheiro, e será dividido, conforme o caso, em títulos patrimoniais ou ações ordinárias com direito de voto pleno, devendo a quantidade e o valor inicial de emissão de títulos patrimoniais ser fixados pela Comissão de Valores Mobiliários.

Art. 7º As bolsas de valores podem emitir títulos patrimoniais ou ações com direito de voto pleno, cuja colocação será realizada mediante leilão, com pré-qualificação para os licitantes, ou na forma prevista em lei.

Parágrafo 1º O preço mínimo de emissão ou colocação de título patrimonial ou ação não será inferior ao seu valor nominal.

Parágrafo 2º A emissão e colocação de títulos patrimoniais ou de ações de forma diversa da prevista no caput depende de prévia autorização da Comissão de Valores Mobiliários ou de previsão legal.

Parágrafo 3º O desdobramento de títulos patrimoniais ou de ações depende, igualmente, de prévia autorização da Comissão de Valores Mobiliários ou de previsão legal.

Art. 9º Ao término de cada exercício social, o valor do patrimônio social deve ser apurado com base nas demonstrações financeiras correspondentes, feitas de acordo com os procedimentos e critérios adotados pelas sociedades anônimas.

Parágrafo 1º A apuração anual do patrimônio deve ser submetida, até dez dias depois de aprovada pela assembléia geral, à Comissão de Valores Mobiliários, para sua homologação.

Parágrafo 2º A falta de manifestação da Comissão de Valores Mobiliários, após trinta dias da apresentação dos respectivos processos de apuração, implicará aceitação da proposta.

Parágrafo 3º O prazo previsto no parágrafo anterior poderá ser interrompido, uma única vez, por no máximo trinta dias, caso a Comissão de Valores Mobiliários requisite à bolsa de valores informações ou documentos adicionais.

Como se vê, o que tais dispositivos determinam não se confunde com equivalência patrimonial, pois o MEP é método de avaliação de investimento e não, método de apuração de patrimônio social. O que os aludidos dispositivos tratam é da apuração do próprio patrimônio das bolsas de valores, de como ele deve ser repartido pelo número de títulos patrimoniais e da emissão de novos títulos.

Entendo, assim, corretas as conclusões da Fazenda Nacional.

De todo modo, ainda que se entenda aplicável o Método da Equivalência Patrimonial para avaliação dos títulos patrimoniais da BOVESPA e BM&F, outra sorte não assiste à Recorrente.

Tal ganho obtido pela atualização dos títulos patrimoniais estava sujeito à tributação conforme definido pelo parágrafo único do art. 219 do RIR/99. Contudo, estas operações contábeis foram objeto da Portaria MF nº 785/77, que assim classificou os resultados destas atualizações:

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).

Ainda que se admita que tais variações, por não transitarem por conta de resultado, dependeriam de previsão legal expressa para que fosse computada na apuração do lucro real, aliás, conforme dispõe o art. 249 do RIR/99, *verbis*:

Art. 249. Na determinação do lucro real, serão adicionados ao lucro líquido do período de apuração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, § 2º):

I - os custos, despesas, encargos, perdas, provisões, participações e quaisquer outros valores deduzidos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Decreto, não sejam dedutíveis na determinação do lucro real;

II - os resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores não incluídos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Decreto, devam ser computados na determinação do lucro real.(grifo nosso)

[...]

Contudo, a alienação destes títulos patrimoniais pelas sociedades corretoras, em geral, se dá por valor superior ao de aquisição. Discute-se, assim, a existência, ou não, de ganho de capital suscetível de tributação na forma estabelecida pelo Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000/99 (RIR/99):

Art. 418. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, na desapropriação, na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 31).

§ 1º Ressalvadas as disposições especiais, a determinação do ganho ou perda de capital terá por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte e diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 31, § 1º).

§ 2º O saldo das quotas de depreciação acelerada incentivada, registradas no LALUR, será adicionado ao lucro líquido do período de apuração em que ocorrer a baixa.

[...]

Art. 425. O ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento será determinado com base no valor

contábil (art. 418, § 1º) (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 31, § 3º).

Parágrafo único. A provisão para perdas constituídas até 31 de dezembro de 1995, quando dedutível na apuração do lucro real nos termos da legislação aplicável, deverá ser considerada na determinação do ganho ou perda de capital. (negrejou-se)

Para a Recorrente o valor contábil do bem é aquele registrado em sua escrituração contábil, já atualizado pela equivalência ao patrimônio social da Bovespa e BM&F. Contudo, o "custo contábil" a que refere a legislação nada mais é que o custo de aquisição dos bens do ativo permanente, conforme escriturado com base em seu valor original, à exceção de eventual correção montaria, de acordo com o período em que foi adquirido, e à dedução de depreciação, amortização ou exaustão acumulada.

Embora se reconheça que haja semelhanças procedimentais entre a atualização dos títulos patrimoniais e o Método de Equivalência Patrimonial, este gerando ganhos periódicos não sujeitos à tributação (art. 389 do RIR/99) e que comporiam o valor contábil do investimento para fins de apuração do ganho de capital em eventual alienação (art. 426 do RIR/99), os efeitos tributários diversos de cada um dos casos se dão em razão de possuírem fundamentos igualmente distintos.

Em relação ao Método da Equivalência Patrimonial - MEP cumpre ressaltar que se trata de critério contábil de avaliação de ativos, alvo de estudo pela doutrina contábil e positivado na Lei nº 6.404/76. De outra banda, as atualizações dos títulos patrimoniais das bolsas de valores encontra-se regrado pelas referidas Resoluções do Banco Central. Ainda no que tange ao MEP, é imperioso salientar que a contrapartida do aumento do valor do investimento é um ganho não tributável, uma vez que advém de resultado positivo de uma sociedade controlada ou coligada cujo acréscimo patrimonial já foi alvo de tributação, diversamente da atualização dos títulos patrimoniais, lastreada em superávits de uma associação civil sem fins lucrativos, ou seja, cujos resultados não estão sujeitos à tributação do IRPJ inclusive em razão de norma isencional. A última distinção entre tal institutos advém do fato de a investidora – obrigada a avaliar o investimento pelo MEP – possuir poderes para influenciar nas decisões da investida, em razão da relevância do investimento, ao passo que a sociedade corretora somente realizar os resultados auferidos por intermédio dos títulos patrimoniais da BOVESPA e BM&F caso os aliene.

Nessa senda, considerando-se que os resultados reconhecidos pela Recorrente em razão de participação na BOVESPA e BM&F - então associações civis sem fins lucrativos - não foram objeto de tributação, também não poderiam afetar a apuração de ganho de capital no momento de sua alienação. Na prática, embora haja reconhecimento contábil de tais resultados por força de normas expedidas pelo CMN e/ou Banco Central do Brasil, postergou-se a tributação para o momento da realização efetiva dos resultados, qual seja, a alienação dos títulos patrimoniais representativos de participação na BOVESPA E BM&F.

No que tange aos efeitos dos Pareceres Normativos CST nº 78/78 e 107/78, que trataram dos efeitos tributários dos resultados de equivalência patrimonial promovidos em razão de determinações do Banco Central do Brasil, convém transcrever alguns de seus dispositivos:

2. De acordo com a Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, artigo 247, parágrafo único) um investimento em sociedade

coligada ou controlada é relevante quando seu valor contábil é igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor do patrimônio líquido da sociedade anônima investidora. Também o é, mesmo sem atingir os 10% (dez por cento) se o valor da participação, somado ao das demais participações em coligadas ou controladas, alcança pelo menos 15% (quinze por cento) do valor do patrimônio líquido da investidora. Investimentos em sociedades não coligadas nem controladas não são considerados relevantes, não importa quão importantes sejam para a empresa investidora. A mesma lei, no artigo 243, considera duas sociedades como coligadas quando uma participa com 10% (dez por cento) ou mais do capital da outra, sem controlá-la (§ 1º); e define controlada como aquela sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores (§ 2º).

3. O artigo 248 da Lei das S/A. manda que a sociedade anônima apresente em seu balanço, avaliado pelo valor de patrimônio líquido, o investimento relevante (a) em sociedade coligada sobre cuja administração tenha influência, ou (b) em sociedade coligada de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, ou ainda (c) em sociedade controlada. Assim sendo, as participações de capital de caráter permanente, que a um só tempo sejam relevantes e determinem influência (sob qualquer das formas (a), (b) ou (c) mencionadas neste item) nas coligadas ou controladas devem ser avaliadas em função do valor de patrimônio líquido, método também chamado de equivalência patrimonial:

3.1 A lei não manda avaliar indiscriminadamente segundo um (equivalência patrimonial) ou outro (custo de aquisição) critério; antes, discrimina os investimentos segundo sua importância relativa. Importância na capacidade de inversão da investidora, originando o conceito de relevância, e importância no conjunto dos recursos aplicados no empreendimento, gerando o conceito de influência.

4. O Decreto-Lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977 (artigo 20, § 4o), diz que essa modalidade de avaliação de investimentos é obrigatória nos casos determinados pela Lei das S/A., e nas sociedades em que "a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada".

5. O Decreto-lei desta maneira exige que outras sociedades, além das anônimas, avaliem investimentos por equivalência patrimonial. Na cadeia de participações entre sociedades, iniciada por sociedade anônima, toda avaliação de investimento no capital de outra sociedade, quando o investimento for permanente, relevante e influente, deve ser feita por esse método, mesmo naquelas sociedades não organizadas sob a forma de companhia. Não importa, convém lembrar, que a participação seja direta ou indireta.

6. Em resumo, quando possuírem investimentos permanentes, relevantes e influentes devem em relação a eles praticar avaliação por equivalência patrimonial: I - as companhias; e II - as demais sociedades, sempre que entre os detentores do seu capital ou na cadeia ascendente e ininterrupta de participações relevantes e influentes se encontre sociedade anônima.

7. Não obstante a generalidade das regras acima discutidas, ressalve-se a possibilidade de legislação específica para setores econômicos ou classes de empresas estabelecer outros critérios de avaliação pelo patrimônio líquido.

Particularmente, a Lei da Reforma Bancária (n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964,

artigo 49, item XII) atribui ao Conselho Monetário Nacional a fixação de normas contábeis para as instituições financeiras, assim como a Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976 (artigo 22, §, IV) deferiu à Comissão de Valores Mobiliários a fixação de padrões de contabilidade para companhias abertas:

7.1 Dado que tais normas devem ser interpretadas integralmente com a legislação tributária, a imposição pelo Banco Central ou CVM de avaliação de investimentos por valor de patrimônio líquido, em situações que não as referidas no § 4º do artigo 20, do Decreto-lei n. 1.598/77, cria para as pessoas jurídicas obrigação de assim proceder nas demonstrações financeiras, com os reflexos pertinentes na apuração do lucro real.

8. Por fim, pessoas jurídicas outras que não as acima referidas devem avaliar seus investimentos permanentes em outras sociedades de conformidade com o princípio do custo de aquisição de que trata o artigo 183, item III, da Lei das S/A., sendo-lhes vedado avaliá-los pelo valor de patrimônio líquido.

Sobre o tema, a I. Conselheira Edeli Basso Pereira, no já aludido acórdão, conclui que:

Como se vê, referido ato normativo apenas esclarece que, nas hipóteses em que o Banco Central do Brasil ou a Comissão de Valores Mobiliários determinar que investimentos outros, que não aqueles previstos no Decreto-lei nº 1.598/77, sejam avaliados pelo método da equivalência patrimonial, o Fisco não poderá desqualificar esta operação, e deve atribuir ao resultado os efeitos que a legislação prevê no âmbito da equivalência patrimonial. Se não for este o caso, orienta o Parecer Normativo CST nº 107/78:

5. Inexistindo relevância ou influência na participação societária, o investimento se refletirá no balanço da investidora a custo contábil, é dizer, a custo de aquisição corrigido monetariamente, por força do art. 183, item III, da Lei n.º 6.404/76. A eventual avaliação desses investimentos acima dos custo de aquisição corrigido será considerada reavaliação tributável, observado quando for o caso o disposto no artigo 35 do Decreto-lei n.º 1.598/77. Todavia, a perda patrimonial registrada por esse processo não será dedutível na apuração do lucro real, excetuado o caso de provisão admitida nos termos do artigo 32 do Decreto n.º 1.598.

Contudo, nenhuma razão existe para se cogitar, aqui, que a determinação fixada pelo Banco Central do Brasil, no sentido de que os títulos patrimoniais detidos pelas sociedades corretoras sejam atualizados periodicamente em razão do patrimônio da Bovespa, represente hipótese de avaliação de investimentos por valor de patrimônio líquido, em situações que não as referidas no § 4º do artigo 20, do Decreto-lei n. 1.598/77, mencionada no Parecer Normativo CST nº 78/78. Inadmissível cogitar de avaliação de investimento por valor de patrimônio líquido se não há nem investimento, no sentido de participação societária, nem patrimônio líquido, na medida em que se está tratando de um título patrimonial representativo do patrimônio social de uma associação civil sem fins lucrativos.

A interpretação integrada, orientada pelo Parecer Normativo CST nº 78/78, diante das circunstâncias específicas da situação presente, é aquela expressa na Portaria MF nº 785/77, que afasta qualquer incidência sobre atualização patrimonial reconhecida contabilmente por determinação do Banco Central do Brasil, mas sem qualquer disponibilidade econômica ou jurídica, e que tem por reverso a

inadmissibilidade destas parcelas como redutoras do ganho de capital na alienação, caso o valor da alienação disponibilize, à sociedade corretora, a atualização antes reconhecida contabilmente.

De toda sorte, ainda que se interprete literalmente o §1º do art. 418 do RIR/99, de modo a adotar como valor contábil do bem o montante pelo qual ele estiver registrado na escrituração do contribuinte, independentemente das operações que ensejaram aquele resultado, não se pode olvidar que contabilmente também está registrado, no patrimônio líquido da sociedade corretora, o total das atualizações promovidas desde a aquisição do título patrimonial, em conta de reserva de capital. E tal reserva deve ser baixada no momento em que o ativo que a justifica também o é. Em consequência, se a apuração do ganho de capital deve ter em conta o valor contábil do bem, no montante defendido pela recorrente, a reserva assim baixada deve necessariamente integrar o resultado tributável, o que mantém inalterada a presente exigência, [...]

Adicionalmente cabe também refutar outras alegações que a recorrente apresentou em sua defesa:

- Não teria havido devolução patrimonial pela BM&F, mas sim a modalidade cisão, o que resultou na destinação de capital de uma sociedade anônima: os titulares das ações decorrentes deste aumento de capital são as sociedades corretoras de valores que antes integravam a associação, e não havendo previsão legal para a cisão desta, e quanto menos de destinação de seu patrimônio a entidade com fins econômicos, a disponibilização destes valores somente se efetiva mediante devolução do patrimônio aos associados e destinação, por estes, à sociedade anônima;*
- A cisão foi parcial e a BM&F continuou existindo, reunindo o patrimônio não operacional: inexistindo a previsão legal de cisão de associação civil, e somente podendo se cogitar de transferência de patrimônio de uma associação civil em favor de uma entidade de fins não econômicos, o ato praticado caracteriza-se como devolução parcial do patrimônio aos associados;*
- Há solução de consulta anterior no qual operação semelhante realizada por outra associação, há cerca de dez anos, não ensejou a apuração de ganho de capital em favor dos associados: a hipótese legal de incidência em razão da caracterização de ganho de capital surgiu com a Lei nº 9.532/97, e as associações civis submeteram-se a novo regramento com a edição do novo Código Civil, em 2002, de modo que operação ocorrida em contexto legal anterior não serve como paradigma para validar a operação aqui questionada;*
- A Junta Comercial do Estado de São Paulo seria a autoridade competente para avaliar o procedimento societário: a pretendida cisão de uma associação civil, correspondente à sua extinção parcial, não está sujeita a registro na Junta Comercial, mas sim no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. À Junta Comercial do Estado de São Paulo coube, apenas, registrar os estatutos da nova sociedade anônima, inexistindo qualquer prova de que neste procedimento tenha sido convalidado o aporte de patrimônio vertido de associação civil;*

- CÓPIA*
- Não haveria óbice legal à transformação, na modalidade cisão, de qualquer sociedade ou associação: a cisão é procedimento que somente passou a existir com a Lei nº 6.404/76, e sem esta previsão legal, era necessário que a sociedade devolvesse capital a seus sócios para que estes utilizassem tal parcela para integralização em outra sociedade. Não basta inexistir óbice legal, é preciso que haja previsão legal para que a forma jurídica "cisão" possa ser adotada. Inexistindo previsão legal para cisão de associação civil, o ato praticado somente pode ser caracterizado como devolução parcial do patrimônio aos associados, e assim ensejar a aplicação do art. 17 da Lei nº 9.532/97;
 - Os ativos patrimoniais teriam sido vertidos do patrimônio da associação BM&F para o patrimônio da sociedade anônima que surgiu pela cisão, pelo valor contábil: a sociedade anônima foi constituída com um capital equivalente ao valor do patrimônio devolvido pela associação aos seus associados. Em que pese a equivalência de valores, não era possível a versão direta de patrimônio da associação civil para a sociedade anônima, nem há evidências de que assim se fez na proposta de Estatuto das sociedades anônimas constituídas [...]. Portanto, necessariamente ocorreu a devolução de patrimônio aos associados antes destes subscreverem as ações da nova sociedade com estes mesmos valores. E, mesmo na visão da recorrente, não se pode olvidar que a associação civil teria destinado patrimônio a entidade de fins econômicos, transmitindo-lhe os resultados beneficiados com isenção de IRPJ e CSLL, em afronta às condições legais deste benefício, especialmente a necessária destinação de seus resultados às atividades sem fins lucrativos. Em tais condições, a lei não cogita da suspensão da isenção, mas sim da tributação dos beneficiários daqueles rendimentos;
 - Em termos de valor absoluto nada teria mudado na contabilidade dos associados: isto porque foi dado indevidamente o tratamento de cisão, que tem como característica a permuta de ações/quotas no patrimônio do investidor. Não sendo possível a cisão da associação civil, a devolução do patrimônio com os rendimentos por ele produzidos durante o período que permaneceu sob a administração da entidade isenta, em confronto com o custo contabilizado deste aporte antes feito pelo associado, revela riqueza tributável segundo o disposto no art. 17 da Lei nº 9.532/97;
 - O custo para fins de apuração do resultado tributável seria aquele contabilizado no momento da cisão, pois há regras do BACEN e da CVM, além do art. 3º do Decreto Lei nº 1.109/70 e da Lei nº 8.849/94, e suas alterações, que determinam o registro em Patrimônio Líquido da contrapartida da diferença resultante entre o valor inicialmente contabilizado e o valor do patrimônio da Bolsa proporcional ao título detido pelo associado: as leis referidas afastam a incidência tributária sobre distribuição de lucros quando estes, mantidos em contas de reservas, sem distribuição, são utilizados para aumento de capital, bem como estabelecem presunções de distribuição se a incorporação é seguida ou precedida de redução do capital com devolução aos sócios. A Portaria MF nº 785/77 declarou que o acréscimo do valor nominal dos títulos patrimoniais das Bolsas de Valores, em decorrência de alteração de seu patrimônio social não constitui receita nem ganho de capital, desde que mantido em reserva, providência, inclusive,

determinada pelo BACEN. Nestes termos, enquanto não alienado ou baixado o investimento que gerou aquele rendimento, não há incidência de IRPJ e CSLL como extensamente justificado no início deste voto. A devolução de patrimônio pela associação isenta nada mais é do que a baixa deste investimento, e a apuração do ganho de capital deve observar o diz a legislação, consoante já expresso neste voto, integrando a hipótese de incidência expressa no art. 17 da Lei nº 9.532/97, que expressamente alcança todo o acréscimo auferido entre o aporte inicial e a devolução do patrimônio. Em suma, inexistente tributação se o patrimônio da associação isenta com ela permanece ou é destinado a outra entidade sem fins econômicos, consoante permite o Código Civil. Se o patrimônio é destinado a entidade com fins econômicos, o que pressupõe, necessariamente, a sua devolução aos associados, há realização dos resultados segundo a determinação legal e, por consequência, incidência de IRPJ e CSLL quando o beneficiário deste ganho é pessoa jurídica;

- *O entendimento da Solução de Consulta COSIT nº 10/2007 estabeleceria nova regra de tributação, desqualificaria a escrituração contábil dos associados e arbitraria o lucro: a regra de tributação foi fixada pela Lei nº 9.532/97 e a hipótese de incidência ocorreu tal qual interpretado na Solução de Consulta referida, na medida em que não houve cisão parcial da associação civil, mas sim devolução parcial de seu patrimônio aos associados, que o destinaram à constituição de uma entidade com fins econômicos, em total afronta às exigências fixadas em lei para manutenção dos efeitos da isenção dos resultados de entidades sem fins lucrativos;*
- *Não há previsão de ajuste do lucro líquido na lei para refletir a valorização dos títulos, e, por consequência, não há incidência de CSLL sobre estes valores: o art. 17, §4º da Lei nº 9.532/97 estabelece que a base de cálculo expressa no caput do dispositivo presta-se, não só à adição ao lucro real, como também para determinação da base de cálculo da CSLL. Assim, caracterizada a devolução parcial de patrimônio aos associados, há fundamento legal para exigência, também, da CSLL.*

Desse modo, conclui-se que, na realidade, as associações devolveram parte de seu patrimônio aos associados, e estes utilizaram este patrimônio para adquirir ações da BM&F S/A e da Bovespa Holding S/A. Nesse cenário, corretas as conclusões da decisão recorrida.

Processo nº 16327.000002/2010-36
Acórdão n.º **1402-001.522**

S1-C4T2
Fl. 518

CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Redator Designado

CÓPIA