



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

Processo nº 16327.000352/2009-69
Recurso nº 882.795 Voluntário
Acórdão nº **1302-00.880 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 11/04/2012
Matéria IRPJ
Recorrente BES SECURITIES DO BRASIL S/A CORRETORA DE CâMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ementa.

IRPJ e CSLL

Processo de desmutualização da BMF e BOVESPA

O processo de desmutualização da BMF e da Bovespa redundou na devolução do capital e conseqüente tributação nos termos do art. 17 da Lei 9532.

Método de Equivalência Patrimonial.

O MEP só se aplica aos investimentos em sociedades não sendo aplicável às associações civis sem fins lucrativos, não reguladas pela Lei 6404.

Decadência.

Não há de admitir a decadência do direito de lançar se entre o momento da ocorrência do fato gerador e o lançamento não foi ultrapassado o prazo de cinco anos previsto no art. 150 do CTN

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos

Processo nº 16327.000352/2009-69
Acórdão n.º **1302-00.880**

S1-C3T2
Fl. 400

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, vencidos os Conselheiros Lavinia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira e Eduardo de Andrade, negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Marcos Rodrigues de Mello – relator e presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Rodrigues de Mello, Waldir Veiga Rocha, Eduardo de Andrade, Diniz Raposo e Silva, Guilherme Pollastri Gomes Da Silva e Lavinia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira,

:

Relatório

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

Autenticado digitalmente em 04/05/2012 por MARCOS RODRIGUES DE MELLO, Assinado digitalmente em 04/05

/2012 por MARCOS RODRIGUES DE MELLO

Impresso em 03/09/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Trata-se de recurso voluntário em relação ao acórdão DRJ que manteve os autos de infração que constituíram crédito tributário de IRPJ e de CSLL, em decorrência do quanto apurado em ação fiscal realizada junto ao contribuinte acima identificado.

Destaca a fiscalização que, em **26 de outubro de 2007**, a **Cosit - Coordenação Geral de Tributação da Secretaria da Receita Federal do Brasil** - emitiu a **Solução de Consulta nº 10**, em resposta a Consulta formulada no processo 10768.0024431/2007-00, formalizada pela **Comissão Nacional de Bolsas de Valores**, que analisou a questão da desmutualização das Bolsas.

No Termo de Verificação Fiscal de fls. 121 a 131, expõe a fiscalização que, através do trabalho determinado pelo Mandado de Procedimento Fiscal de diligência nº 08.1.66.00-2008-00078-0, coletou informações a respeito dos atos inerentes à desmutualização das Associações Bovespa e BM&F.

Quanto aos fatos, expõe a fiscalização que:

13. Convencionou-se chamar de "desmutualização" o conjunto de alterações societárias ocorridas no ano de 2007 em que a Bovespa e a BM&F, ambas Associações Civis sem Fins Lucrativos, transferiram suas atividades para companhias abertas (Sociedade Anônima).

14. Estas associações durante sua existência emitiram diversos títulos patrimoniais representativos de fração do seu patrimônio. A propriedade do título era condição necessária para se ter acesso às operações organizadas pelos seus emissores (Bolsas).

15. Como resultado das desmutualizações, as pessoas físicas e jurídicas associadas, detentoras dos títulos patrimoniais de ambas as associações (bolsas), passaram a deter ações das companhias (empresas S.A.) criadas no processo e que incorporaram as atividades das antigas Bolsas.

16. A Bovespa foi criada no dia 7 de março de 1967, a partir da transformação da antiga Bolsa Oficial de Valores de São Paulo. No curso de sua existência a Bovespa efetuou diversas emissões, desdobramentos e cancelamentos de títulos patrimoniais, de modo que na data da desmutualização o patrimônio da entidade era representado por 758 títulos patrimoniais.

17. Em 28 de agosto de 2007, conforme ata da Assembléia Geral Extraordinária, foi autorizada a execução da desmutualização. Resumidamente, a operação de desmutualização ocorreu da seguinte forma: 1º) criação da Bovespa Holding S.A.; 2º) Cisão parcial da antiga Bovespa; 3º) incorporação do capital cindido, parte diretamente na Bovespa Holding e parte na BVSP (Bovespa Serviços e Participações S.A.); 4º) incorporação pela Bovespa Holding S.A. das ações da BVSP e da CBLC. As atividades desempenhadas pela antiga Bovespa passaram a ser desempenhadas pela BVSP.

18. Em 18 de setembro de 2007, através do Ofício Circular 225/2007, a Bovespa Holding S.A. divulga aos acionistas o valor do título patrimonial da Bovespa, de R\$ 1.568.890,19, para fins de efetuar os lançamentos contábeis necessários aos registros dos efeitos das assembleias relativas ao processo de reestruturação, ou seja, desmutualização da Bovespa. Informa, também, que um título patrimonial da Bovespa equivalerá a 706.762 ações

de emissão da Bovespa Holding S.A., e o valor total das ações por título é de R\$ 1.568.803,71 (um milhão, quinhentos e sessenta e oito mil, oitocentos e três reais e setenta e um centavos). A diferença de R\$ 86,46, corresponde a um valor residual para o título e deve permanecer no Ativo Permanente da instituição.

19. Em 1985 foi fundada, como associação sem fins lucrativos, a BMF, Bolsa Mercantil & de Futuros. Em 1991 uniu-se a antiga Bolsa de Mercadorias de São Paulo, tradicional bolsa de commodities, passando a denominar-se Bolsa de Mercadorias & Futuro - BM&F.

20. Em 2007 iniciou-se o processo de desmutualização com a cisão parcial da antiga BM&F e a incorporação da parcela cindida pela companhia aberta intitulada Bolsa de Mercadorias e Futuros - BM&F S.A. Esta assumiu todas as atividades comerciais até então desenvolvidas pela antiga associação BM&F.

21. Ao longo de sua história a antiga BM&F emitiu 4 categorias de títulos, de acordo com a atuação do seu detentor na bolsa: Membro de Compensação, Corretora de Mercadorias, Operador Especial e Sócio Efetivo. Após diversas emissões, recompras e cancelamentos de títulos, permaneceram em poder de terceiros na desmutualização o total de 618, sendo 83 de Membro de compensação, 81 de Corretora de Mercadorias, 67 de Operador Especial, e 387 de Sócio Efetivo, que foram convertidos em 901.877.292 ações da BM&F S/A.

22. Na Assembléia Geral Extraordinária realizada em 20/09/2007 foi aprovada a desmutualização com efeitos a partir de 01/10/2007.

23. Em 17 de setembro de 2007, através do Comunicado Externo aos Membros de Compensação, Corretoras Associadas e Operadores Especiais nº 81/2007 a BM&F divulga o valor dos títulos patrimoniais decorrente do processo de desmutualização:

- a. Membro de Compensação : R\$ 4.961.610,00;*
- b. Corretora de Mercadorias: R\$ 4.898.015,00;*
- c. Operador Especial: R\$ 1.335.141,00;*
- d. Sócio Efetivo: R\$ 10.000,00.*

24. Os títulos representativos do patrimônio das Bolsas eram contabilizados na conta de ativo permanente das corretoras, ficando sujeito às atualizações periódicas de acordo com as informações fornecidas pela BM&F e pela Bovespa, decorrentes do engrandecimento das Bolsas.

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

26. A Portaria MF nº 785/77 conferiu neutralidade tributária aos referidos acréscimos do valor desses títulos, enquanto mantidos no ativo de seus detentores (...) (Decreto nº 1.109/70, art. 3º) (...) Portanto, em função da Portaria, os aumentos nominais dos títulos patrimoniais em virtude de aumento do capital social das bolsas ficam sujeitos à

tributação em caso de extinção ou redução do capital social (a qualquer título) da bolsa de valores.

27. Com base no disposto acima, entende-se que a receita auferida em razão da diferença entre o valor nominal das ações recebidas pela BES e o custo de aquisição das cotas ou frações ideais representativo do patrimônio segregado das bolsas de valores resume-se em:

<i>Título patrimonial</i>	<i>Data</i>	<i>Valor</i>
<i>Bovespa (aquisição) atualizado até 31/12/1995</i>	<i>31.12.1974</i>	<i>42.690,50</i>
<i>Bovespa - valor de devolução do patrimônio</i>	<i>28.08.2007</i>	<i>18.825.644,52</i>
<i>Ganho obtido no processo</i>		<i>18.782.954,02</i>
<i>BMF (aquisição) atualizado até 31/12/1995</i>	<i>18.07.1995</i>	<i>44.755,87</i>
<i>BMF - valor de devolução do patrimônio</i>	<i>01.10.2007</i>	<i>9.869.625,00</i>
<i>Ganho obtido no processo</i>		<i>9.824.869,13</i>

Assim, em função da documentação apresentada no curso da ação fiscal, apurou-se que o contribuinte não ofereceu à tributação o ganho auferido na devolução do patrimônio social de entidade isenta na desmutualização da BOVESPA e da BM&F à corretora (seu associado), ocorrida em 28/08/2007 e 01/10/2007, respectivamente, no valor tributável de R\$ 28.607.823,15.

Como base legal do IRPJ, a fiscalização aponta o art. 17, caput e parágrafos 1º, 3º e 4º da Lei nº 9.532, de 10/12/2007, ao art. 239 do RIR/99, esclarecendo que a atualização do custo foi efetuada nos termos do art. 17, inciso I, da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995 e art. 1002 do RIR/99, sendo a exigência da CSLL efetuada com base no art. 2º e parágrafos da Lei nº 7.689/88, art. 1º da Lei nº 9.316/96, art. 28 da Lei nº 9.430/96 e art. 37 da Lei nº 10.637/2002.

DA IMPUGNAÇÃO

Ciente das exigências em 27 de março de 2009, conforme consignado nos respectivos autos de infração (fls.134/135 e fls.139/140), o interessado apresenta impugnação protocolizada em 24 de abril de 2009, trazendo os argumentos de fls. 177 a 208, acompanhados dos documentos de fls. 209/227.

I - Dos fatos

Expõe a defesa que a autuada é sociedade atuante no mercado financeiro, autorizada a operar como corretora e consultora de valores mobiliários. Nessa condição, detinha título patrimonial da Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa) e da Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F), uma vez que a condição de associada a essas entidades era essencial à sua atuação no mercado financeiro organizado por essas bolsas.

Argumenta que os títulos patrimoniais detidos pela impugnante nada mais eram do que frações ideais do patrimônio da Bovespa e BM&F, sujeitas à atualização periódica de seu valor, com base em informações fornecidas pelas próprias bolsas, a partir das variações verificadas em seus patrimônios líquidos.

Expõe, ainda, que a atualização periódica dos títulos patrimoniais jamais se sujeitou à incidência do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da reflexa Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), conforme consignado na Portaria do Ministro de Estado da Fazenda nº 785, de 20 de dezembro de 1977. Acrescenta que a não caracterização do ganho de capital e a conseqüente não incidência do IRPJ é corroborado com o Decreto-lei nº 1109, de 26 de junho de 1970.

Assim, no seu entender, à luz das regras invocadas, o aparente acréscimo patrimonial decorrente da reavaliação dos títulos patrimoniais da Bovespa e BM&F não estava sujeito à tributação pelo imposto de renda, já que não configurava ganho de capital, representando, na verdade, uma incorporação de reservas não sujeita à incidência do IRPJ e da CSLL.

Expõe que, em meados de 2007, a Bovespa e a BM&F optaram pela alteração de sua estrutura e decidiram que sua atividade de bolsa de valores passaria a ser exercida por meio de sociedades anônimas, na linha do que autoriza o art. 1º do Regulamento Anexo à Resolução nº 2.690, de 28 de janeiro de 2000, editada pelo Conselho Monetário Nacional (CMN).

E que, em decorrência disso, os títulos patrimoniais outrora detidos pela impugnante foram substituídos por ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A.

A esse processo de transferência das atividades da Bovespa e a BM&F para as sociedades anônimas, acompanhado da substituição dos títulos patrimoniais por ações, convencionou-se chamar de “desmutualização”.

No contexto da desmutualização das bolsas de valores, a impugnante expõe que substituiu seus títulos patrimoniais por ações emitidas por aquelas entidades, na proporção esclarecida à fiscalização e demonstrada na impugnação (fls.179).

O saldo contábil dos títulos patrimoniais que foram substituídos pelas ações corresponde ao valor desses títulos, ajustado periodicamente desde a sua aquisição, com base nas alterações patrimoniais das entidades associativas, conforme informado pela Bovespa e pela BM&F nos respectivos balancetes enviados aos seus associados.

Alega a defesa que, em que pese ter ocorrido mera troca dos títulos patrimoniais por ações (permuta de ativos) e a despeito da neutralidade tributária inerente à reavaliação dos títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F, a fiscalização entendeu que a impugnante teria apurado ganho de capital nesse processo de devolução dos títulos patrimoniais dessas entidades.

Contudo, afirma a defesa, a autuação fiscal não tem condições de prosperar e deverá ser integralmente cancelada, porque a permuta dos títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F não configura fato gerador do IRPJ e da CSLL.

II - Do direito

II. A - O processo de desmutualização não implicou a dissolução da BM& F e da BOVESPA

Expõe a defesa que o fundamento legal da autuação é o art. 17, caput e § 3º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997 e, conforme se depreende do Termo de Verificação Fiscal que embasou o lançamento, a autoridade fiscal traz ainda como fundamento da autuação a decisão proferida na Solução de Consulta nº 10, de 26 de outubro de 2007, por meio da qual o Fisco entendeu que a denominada operação de desmutualização das bolsas de valores teria implicado a dissolução dessas associações, tal como previsto no art. 61 do Código Civil, caracterizando-se a infração ao citado art. 17 da Lei nº 9.532/97 em razão do não oferecimento à tributação do ganho auferido na devolução do patrimônio social de entidades isentas na operação de desmutualização das bolsas à impugnante (sua associada).

Alega a requerente que em nenhum momento foi exposta ou demonstrada, na referida consulta, qualquer intenção das associações (bolsas de valores e de mercadorias) em se dissolverem e que o Fisco traz à análise o art. 61 do Código Civil por entender que a desmutualização equipara-se à dissolução da associação – premissa que, no seu entender, é absolutamente equivocada, por não encontrar qualquer respaldo legal.

Alega que, com o advento do Código Civil de 2002, foram introduzidas algumas mudanças na matéria relativa à dissolução das associações, e que a primeira é a exclusão da diferenciação entre associações de intuito econômico ou não econômico, já que o art. 53 do Código Civil de 2002 estabelece que as associações constituem-se pela união de pessoas que se organizem por fins não-econômicos e foi alterada a redação do artigo que trata da dissolução da associação, conforme previsto no citado art. 61 do Código Civil de 2002.

Argumenta que, em uma primeira leitura, poderia ser defendido que a mudança na redação impossibilitou que o patrimônio da associação tivesse fim diverso que não o destino para outra associação sem fins lucrativos. Não é, porém, o que defende a doutrina brasileira de peso, afirma a requerente.

Alega a requerente que, nos termos do art. 61 do novo Código Civil, as quotas e frações ideais do patrimônio das associações podem ser transferidas a seus titulares, antes que o patrimônio remanescente seja destinado a outra associação sem fins lucrativos. Essas quotas e frações ideais do patrimônio são citadas no parágrafo único, do art. 56, do Código Civil de 2002 e não é feita ressalva quanto à porcentagem do patrimônio que pode ser atribuído aos associados.

Alega a defesa que na dissolução o patrimônio da associação pode ser transferido aos associados, até a satisfação da sua fração (quota-parte), podendo, inclusive não sobrar patrimônio remanescente para ser destinado a outra associação.

Argumenta que o caráter privado da associação não pode ser desprezado e a destinação do patrimônio escolhida pelos associados deve prevalecer em detrimento da destinação fixada por imposição legal e que a transferência do patrimônio para associação de fins idênticos ou semelhantes deve ser encarada como alternativa subsidiária disposta em lei de destinação do patrimônio.

Expõe que, ainda que se tratasse de uma dissolução da associação, a operação seria plenamente admitida pelo ordenamento jurídico e não teria produzido qualquer impacto fiscal enquanto não promovida a alienação dos bens recebidos em devolução.

Alega que o Fisco traz à análise o art. 61 do Código Civil e a equiparação da desmutualização foi feita por “não haver autorização no ordenamento jurídico para que se lhe

aplique subsidiariamente as normas da Lei das S/A ou dos arts. 1113 e segs. do Código Civil de 2002”.

Contudo, expõe a defesa, a premissa de que parte o Fisco para a conclusão de que a desmutualização equipara-se a uma dissolução é plenamente equivocada, isso porque, o Código Civil, em seu art. 2033, autoriza a aplicação de suas regras relativas à cisão às associações e afirma que, ao mesmo tempo em que a disciplina da transformação, incorporação, cisão ou fusão (arts. 1113 e seguintes do Código Civil) é comum a todas as pessoas jurídicas, as normas relativas às associações aplicam-se, subsidiariamente, a quaisquer espécies de sociedades (art. 44, § 2º)

Assim, no seu entender, ao presente caso são aplicáveis, portanto, as regras previstas nos artigos 1113 e seguintes do Código Civil, em prejuízo do art. 61 invocado pelo fisco, que trata de operação diversa.

Complementa que a legislação civil permite a cisão de uma associação isenta e a legislação tributária não impõe qualquer restrição a esta operação, e nem considera esse evento como fato gerador do IRPJ e CSLL, desde que o valor do patrimônio vertido ao capital da incorporadora tenha sido avaliado a valor contábil.

De fato, expõe a defesa, a redação original da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, determinava que as entidades isentas deveriam assegurar a destinação de seu patrimônio a outra instituição que atendesse às condições para gozo de isenção, no caso de incorporação, fusão, cisão ou de encerramento de suas atividades, ou a órgão público (art. 15, § 4º). Porém, afirma que tal dispositivo foi revogado pelo art. 18, IV, da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, de maneira que a legislação fiscal não impõe qualquer restrição a que, por ocasião da cisão de entidade isenta, o patrimônio cindido seja destinado a uma entidade com fins econômicos.

Alega que, mesmo que impusesse qualquer restrição, a consequência para o descumprimento da norma não produziria efeitos em relação à impugnante, e sim para as Bolsas, operando-se nesse caso a perda da condição de entidade isenta a partir da prática da infração (art. 32, §§ 5º e 10, da Lei nº 9.320, de 27 de dezembro de 1996, e arts. 14 e 15, § 3º, da Lei nº 9.532/97).

Quer sob a ótica do Direito Civil quer sob o prisma do Direito Tributário, conclui, a defesa, pela legitimidade da operação de desmutualização da Bovespa e da BM&F que deu ensejo à substituição dos títulos patrimoniais que a impugnante detinha perante essas associações por ações das sociedades que resultaram dessa operação.

II.B - A inaplicabilidade do art. 17 da Lei nº 9.532/97 como fundamento legal para a exigência de IRPJ e CSLL sobre o suposto ganho de capital ocorrido na devolução dos títulos patrimoniais das entidades isentas à impugnante.

Alega a requerente que o art. 17 da Lei nº 9.532/97 trata da tributação de devolução de capital não sendo aplicável ao caso em questão, na medida em que a cisão, seguida de incorporação, reflete mera relação de troca, e como tal, nada tem a ver com devolução de capital, que pressupõe a liquidação da associação.

Expõe que é aplicável à operação o parágrafo único, do artigo 16, da Lei nº 9.532/97, que determina que a transferência de bens e direitos do patrimônio das entidades

isentas para o patrimônio de outra pessoa jurídica, em virtude de cisão, deve ser efetuada pelo valor de sua aquisição.

Argumenta que o fato de ter passado a deter ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A, na exata proporção dos títulos patrimoniais que possuía nas associações sem fins lucrativos que lhe deram ensejo, não caracteriza o acréscimo patrimonial a que alude o artigo 43 do CTN como fato tributável e que o ganho de capital é aquele apurado no momento da efetiva alienação das ações por parte da impugnante.

Afirma que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, através do Parecer PGFN nº 970, de 23 de setembro de 1991, examinou situação semelhante envolvendo a troca de títulos da dívida pública federal por ações leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, concluindo, naquela oportunidade, que a operação se caracterizava como uma mera permuta e que o ganho de capital tributável não ocorreria pela só efetivação do leilão ou da celebração do contrato respectivo, sendo necessária a alienação das ações adquiridas para que se consumasse tal ganho. E que a Secretaria da Receita Federal já reconheceu a natureza do fato permutativo para a operação de substituição de títulos patrimoniais por ações envolvendo a Clearing S/A (atual CBLIC), por oportunidade da decisão proferida na Solução de Consulta nº 13, de 10 de novembro de 1997 em seu item 8.

Argumenta que o art. 22 da Lei nº 9.249/95 veio afirmar expressamente que inexistente ganho de capital passível de tributação em caso de devolução de participação no capital social quando o bem é transferido pelo seu valor contábil, como na hipótese dos autos, por aplicação, ao associado membro de associação civil, da expressão “titular, sócio ou acionista”, conforme entendimento na Solução de Consulta nº 07/2002.

Efetivada a desmutualização pelo valor contábil, conclui que não há ganho de capital passível de tributação, nos termos do art. 16, parágrafo único, da Lei nº 9.532/97 c/c o art. 22, § 4º, da Lei nº 9.249/95.

II.C - O reconhecimento pelo Fisco da inexistência de ganho de capital no caso de acréscimo do valor nominal dos títulos patrimoniais das Bolsas de Valores, em decorrência de alteração do seu patrimônio social – Portaria MF nº 785/77

Expõe a defesa que a Portaria MF nº 785, de 20 de dezembro de 1977, previu expressamente que os ajustes contábeis realizados pelas corretoras nos títulos patrimoniais das Bolsas de Valores seriam indiferentes para fins tributários, a menos que significassem efetiva distribuição e referida Portaria reconhece que o dispositivo 223 “m” do RIR/75, que faz referência às ações, quotas ou quinhões de capital, se aplica aos títulos patrimoniais.

Afirma que a orientação de que a reserva de reavaliação decorrente da atualização dos títulos patrimoniais não deveria ser tributada pelo IRPJ e CSLL foi chancelada pelo Fisco em diversas oportunidades pela antiga Coordenação do Sistema de Tributação, atualmente denominada Cosit (Parecer CST nº 2.111, de 1981; Parecer CST nº 911, de 1983 e Parecer CST Nº 2867, de 1983).

Por tudo isso, alega que resta evidente a fragilidade da pretensão fazendária.

II.D - A aplicação do Método de Equivalência Patrimonial (MEP) para a avaliação dos títulos das Bolsas de Valores detidos pelos seus associados e os seus reflexos tributários

Alega a defesa que a aplicação do MEP, previsto no art. 248 da Lei das nº S/A, para a avaliação dos títulos patrimoniais detidos pelas corretoras de títulos e valores mobiliários para atuar em bolsas de valores é determinada pelo COSIF – Plano contábil das Instituições Financeiras editado pelo Banco Central do Brasil, por força da Circular nº 1.273, de 29 de dezembro de 1987 e Ofício Circular CVM nº 325, de 21 de fevereiro de 1979.

Logo, afirma a requerente, as corretoras não avaliam os títulos patrimoniais nas bolsas de valores e de mercadorias pelo método de custo, visto que são obrigadas a refletir em sua contabilidade as mutações havidas no patrimônio líquido das bolsas, proporcionalmente à sua participação nestas associações, mas sem efeito tributário conforme Portaria MF nº 785/77.

Argumenta que na Solução de Consulta nº 13/97, a Secretaria da Receita Federal reconheceu a aplicação do MEP para fins de avaliação contábil dos títulos patrimoniais das bolsas.

Alega que a legislação tributária reconhece que se a legislação regulatória ou bancária impõe a aplicação do MEP, tal regra deve obrigatoriamente produzir efeitos fiscais, conforme restou consignado no Parecer Normativo CST nº 78/78 e no Ato Declaratório Normativo nº 9/81.

Reporta-se ao entendimento do STF que afastou cobrança do imposto de renda sobre o ganho de capital auferido em desapropriação provocada pelo Poder Público, no Julgamento de Representação nº 1260/DF.

Conclui que, na operação de desmutualização, caracterizada como mera permuta de ativos, inexistente manifestação de vontade da impugnante no sentido de alienar as ações, quando então se poderia falar em incidência tributária, nos termos do art. 4º da Lei nº 9.959, de 27 de janeiro de 2000.

II.E - A posição da Jurisprudência sobre o tema

Expõe a defesa que o Poder Judiciário já teve oportunidade de rechaçar a pretensão fazendária de tributar os valores correspondentes à mera atualização dos títulos patrimoniais detidos pelos associados das bolsas de valores na operação de desmutualização, devendo, no seu entender, também prevalecer esse entendimento no julgamento da presente demanda administrativa (liminar concedida no MS nº 2008.61.00.000032-2, DJ 02/04/2009).

II. F - Subsidiariamente: o princípio da segurança jurídica e a aplicação do disposto no artigo 100, parágrafo único, do Código Tributário Nacional ao caso dos autos.

Alega a defesa que o procedimento adotado estava em conformidade com o entendimento consagrado no âmbito da própria Administração Tributária, manifestado por ocasião da mencionada Solução de Consulta nº 13, de 10 de novembro de 1997 e que, assim, ao presente caso seria aplicável o artigo 100, parágrafo único, do CTN, devendo no seu entender serem excluídos os juros de mora e a multa de ofício.

Naquela oportunidade, afirma, a COSIT se posicionou exatamente quanto à questão ora em debate, afirmando inexistir qualquer ganho de capital tributável em razão da

permuta de títulos patrimoniais da Bovespa por ações da atual Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (CBLIC).

Alega que a baixa contábil dos títulos patrimoniais em razão do processo de desmutualização das entidades associativas ocorreu em setembro de 2007, ou seja, ainda na vigência do entendimento consagrado na Solução de Consulta nº 13/97 e antes da publicação da Solução de Consulta nº 10/07, que ocorreu apenas em 26 de outubro de 2007.

Alega que não se pode admitir que o contribuinte seja penalizado por ter agido em conformidade com entendimento já manifestado pela própria Fiscalização Tributária e, o que é mais grave, em conformidade com o entendimento vigente no momento de sua conduta.

II.G - Ainda subsidiariamente: decadência do direito de constituir os créditos de IRPJ e CSLL incidentes sobre as reavaliações patrimoniais ocorridas antes de março de 2004.

Alega a requerente que as reavaliações dos títulos patrimoniais foram efetuadas pela equivalência patrimonial, sem a observância das formalidades prescritas no art. 35 do DL nº 1598/77 (laudo técnico). Dessa forma, considera que as periódicas reavaliações dos títulos patrimoniais deveriam ter ensejado as respectivas incidências de IRPJ e CSLL, e, assim, estariam decaídos os valores das reavaliações ocorridas antes de 27 de março de 2004.

III - DO PEDIDO

Requer o conhecimento da impugnação e que, no mérito, seja provida, para o fim de anular a integralidade do lançamento, uma vez reconhecida a inexistência de acréscimo patrimonial passível de tributação no ato de desmutualização da Bovespa e da BM&F em razão da substituição dos títulos patrimoniais que a impugnante detinha perante essas associações e que foram convertidos em ações, cuja operação restou caracterizada como uma mera permuta de ativos, tal como já reconhecido pelo Poder Judiciário.

Caso contrário, requer a procedência parcial da impugnação para:

- (i) com fundamento no art. 100, parágrafo único do CTN, cancelar a imposição da multa de ofício de 75% bem como afastar a incidência dos juros moratórios, eis que a conduta da Impugnante encontra respaldo na Solução de Consulta COSIT nº 13/97, que tem status de norma complementar de direito tributário, e
- (ii) reconhecer a decadência dos créditos tributários correspondentes ao IRPJ e à CSLL incidentes sobre as reavaliações dos títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F detidos pela Impugnante e realizadas até o mês de março de 2004

A DRJ decidiu:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2007

DESMUTUALIZAÇÃO DA BOVESPA E BM&F. SOLUÇÃO DE CONSULTA. GANHO DE CAPITAL NA DEVOLUÇÃO DE TÍTULOS PATRIMONIAIS AOS ASSOCIADOS.

Formulada consulta pela Comissão Nacional de Bolsas de Valores e proferida a respectiva Solução de Consulta pela COSIT, que analisou a questão da desmutualização das Bolsas, o entendimento assim proferido impõe-se à autoridade julgadora de 1ª instância administrativa, que tem o dever de observância das normas, o que abrange também os atos da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

Apurado ganho tributável em 31/12/2007, auferido em devolução do patrimônio social de entidades isentas, não se verifica decadência no lançamento científico antes do prazo quinquenal.

MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA. CABIMENTO.

Ocorrido o fato gerador do tributo após a publicação e ciência da Solução de Consulta, inaplicável o art. 100 do CTN, e, portanto, cabível a imposição de multa de ofício e juros de mora.

DECISÃO JUDICIAL. PARTE NÃO INTEGRANTE DA LIDE.

Os efeitos de liminar proferida em mandado de segurança restringem-se às partes impetrantes da ação judicial.

PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS.

A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; refira-se a fato ou a direito superveniente; destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos (art. 67 da Lei n.º 9.532/1997).

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Data do fato gerador: 31/12/2007

DESMUTUALIZAÇÃO. TRIBUTAÇÃO DECORRENTE.

O decidido no IRPJ repercute na exigência de CSLL, por depender dos mesmos fatos e dos mesmos elementos de prova.

Destaca-se no voto condutor dói acórdão recorrido:

O fato de ter havido a cisão e a conseqüente criação de uma nova sociedade não prejudica a situação que a Impugnante desfrutava até a data da desmutualização (...) tanto os títulos quanto as ações são absolutamente indispensáveis para que a impugnante possa operar no mercado de bolsa de valores, o que revela, também sob essa ótica, a mais pura roupagem de fato permutativo na troca dos títulos por ações.

Contudo, tal afirmativa não pode ser acolhida tendo em vista que no Protocolo e Justificação da Cisão parcial da Bolsa de Valores de São Paulo com incorporação de parcelas cindidas pela Bovespa Serviços e Participações S/A e pela Bovespa Holding S/A, assinado em 17/08/2007, consta o seguinte considerando (fls.55/58), através do qual está evidenciado que o acesso das sociedades corretoras aos sistemas de negociação na nova estrutura será desvinculada da participação societária, conforme segue:

CONSIDERANDO QUE:

(a) as administrações da Bovespa, da Bovespa Serviços e da Bovespa Holding desejam reorganizar suas estruturas, de forma que a Bovespa Holding será a controladora integral da CBLC e da Bovespa Serviços, e esta última passará a exercer as atividades atualmente desempenhadas pela Bovespa. Em razão desta reorganização, o acesso das sociedades corretoras aos sistemas de negociação administrados pela Bovespa (na nova estrutura, Bovespa Serviços) decorrerá de relação contratual, desvinculada da participação societária na Bovespa Serviços. Da mesma forma, o acesso dos agentes de compensação aos sistemas de compensação e liquidação administrados pela CBLC, será desvinculado da participação societária na CBLC, constituindo relação contratual (“Desmutualização”); e (b) para tal fim, faz-se necessária a cisão parcial da Bovespa seguida da incorporação das parcelas cindidas na Bovespa Serviços e na Bovespa Holding;

No caso da BM&F, de igual modo, o acesso ao sistema independerá da participação societária, conforme Instrumento de Protocolo e Justificativa da Operação de Cisão parcial da Bolsa de Mercadorias & Futuros, assinado em 17/09/2007, que prevê (fls.78/82):

2.4. De outro lado, a desmutualização da BM&F apresenta uma série de vantagens, uma vez que a separação entre o conteúdo operacional do título (“Direito de Acesso”) e os direitos patrimoniais (que passarão a estar corporificados em ações) permitirá um alargamento da base de usuários daqueles sistemas, dando ainda mais representatividade aos mercados da Bolsa. Ao mesmo tempo, a nova estrutura outorgará maior flexibilidade na realização de alianças estratégicas com outras instituições ao redor do mundo e maior facilidade de acesso às fontes de recursos eventualmente necessários.

Conforme consta da autuação e corroborado pelo interessado, em 26 de outubro de 2007, a Cosit - Coordenação Geral de Tributação da Secretaria da Receita Federal do Brasil - emitiu a Solução de Consulta nº 10, em resposta a consulta formulada no processo 10768.00244312007-00, formalizada pela Comissão Nacional de Bolsas de Valores, que versou sobre a desmutualização das Bolsas.

Pela leitura do quanto consignado no relatório, verifica-se que as alegações de mérito, trazidas pela defesa, identificadas como

II.A até II.D encontram-se abrangidas pelo entendimento proferido na referida Solução de Consulta, pois as provas trazidas pela fiscalização permitem concluir que a desmutualização ocorreu da forma exposta pela consulente (desmutualização da Bovespa, fls.50/70, e da BM& F, fls.71/86)

Tendo em vista a relevância do assunto e por se tratar de matéria nova, reporto-me à Solução de Consulta da COSIT nº 10/2007, cuja transcrição segue abaixo:

EMENTA Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ OPERAÇÃO DE DESMUTUALIZAÇÃO DAS BOLSAS DE VALORES.

O instituto da cisão, disciplinado nos arts. 229 e segs. da Lei nº 6.404, de 1976, e no art. 1.122 da Lei nº 10.406, de 2002, só é aplicável às pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob a forma de sociedade.

Às bolsas de valores constituídas sob a forma de associações se aplica o regime jurídico estatuído nos arts. 53 a 61 da Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil de 2002).

O art. 61 da Lei nº 10.406, de 2002, veda a destinação de qualquer parcela do patrimônio das bolsas de valores, constituídas sob a forma de associações, a entes com finalidade lucrativa.

As sociedades corretoras devem avaliar as cotas ou frações ideais das bolsas de valores pelo custo de aquisição.

O fato de a operação de “desmutualização” de associações não encontrar amparo no ordenamento jurídico não obsta a incidência do imposto de renda sobre a diferença entre o valor nominal das ações (da sociedade) recebidas pelos associados (sociedades corretoras) e o custo de aquisição das cotas ou frações ideais representativo do patrimônio segregado das bolsas de valores.

Dispositivos Legais: Lei nº 10.406, de 2002, art. 61; Lei nº 9.532, de 1997, arts. 16 e 17.

Relatório Versa a presente solução sobre consulta formulada a esta Coordenação-Geral de Tributação (Cosit), com fulcro no art. 7º, inciso III, e no art. 10, inciso I, do art. 10 da Instrução Normativa nº 740, de 2 de maio de 2007, pela Comissão Nacional de Bolsas (CNB), na qualidade de entidade representativa de categoria econômica de âmbito nacional.

A consulente expõe, para depois questionar, o que a seguir se resume em apertada síntese:

(...)

2.34. que a consulta visa confirmar os seguintes pontos:

2.34.1. *que o patrimônio formado pelas bolsas de valores, mercadorias e futuros, na qualidade de associações sem fins lucrativos não será tributado pelo IRPJ e pela CSLL em razão da sua cisão parcial com versão do acervo cindido para uma (ou mais de uma) pessoa jurídica com finalidade lucrativa;*

2.34.2. *que o patrimônio formado pelas bolsas de valores, mercadorias e futuros, na qualidade de associações sem fins lucrativos não será tributado pelo IRPJ e pela CSLL em razão da incorporação do seu patrimônio remanescente por uma pessoa jurídica com finalidade lucrativa;*

2.34.3. *que o valor de aquisição a que se refere o parágrafo único do art. 16 da Lei nº 9.532, de 1997, significa o valor contábil do bem ou direito, de tal modo que a cisão parcial a valores contábeis e a incorporação a valores contábeis não geram efeitos tributários para as bolsas de valores, de mercadorias e futuros;*

2.34.4. *que a reestruturação societária das bolsas, mormente a cisão parcial e a subsequente incorporação, ocorrerá a valores contábeis, de modo que deve ser mantido o entendimento manifestado na Decisão Cosit nº 13/97 de que não haverá ganho de capital tributável para seus associados, sejam estas pessoas jurídicas ou pessoas físicas, na substituição dos títulos patrimoniais das bolsas por participação na pessoa jurídica incorporadora;*

2.34.5. *que a substituição dos títulos patrimoniais das bolsas no contexto da reestruturação societária não importa distribuição de lucros passível de acarretar a tributação do patrimônio formado pelas bolsas na qualidade de associação civil sem fins lucrativos consoante o art. 15, § 1º, da Lei nº 9.532, de 1997.*

3.(...)

Fundamentos 4. As questões aduzidas na presente consulta, salvo as abordadas nos parágrafos 2.34.3 e 2.34.5, não deveriam ser conhecidas, pois elas não se consubstanciam numa dúvida interpretativa sobre um dispositivo legal especificado. Além disso, elas são, em verdade, consultas em tese sobre fatos genéricos, o que destoa da função teleológica do processo de consulta. Com efeito, o processo de consulta serve para a relevante função de dirimir dúvidas interpretativas de normas tributárias especificadas pelo contribuinte, de forma a criar mais segurança jurídica nas relações tributárias.

5. Não obstante, como questões similares às que ora desbordam os limites da consulta foram em momento pretérito conhecidas por esta Coordenação-Geral, por meio da Solução de Consulta Cosit nº 13, de 1997 (SC 13/97), e agora a consulente indaga sobre a aplicação dos mesmos entendimentos a uma nova situação análoga à anteriormente apreciada, há que se conhecer da consulta na sua totalidade, mormente quando se verifica que tanto há considerações a serem feitas na interpretação

sustentada na SC 13/97, como também, sobre a alteração do quadro normativo em que se colocou a referida solução à época.

6. Em vista de tal particularidade, é necessário deixar claro, desde já, que a análise da matéria transcende a simples questão tributária, pois a consulta coloca sob exame não o teor de uma norma tributária, mas a aplicação de entendimentos sustentados na SC 13/97 sobre toda uma complexa operação de “desmutualização”. Assim, não pode a administração tributária se pautar apenas na questão fiscal, sem analisar a operação como um todo.

7. Inicialmente, analisemos o teor da SC 13/97, cuja parte dispositiva trazia três conclusões:

a) primeiro, que não constituem fatos capazes de excluir a BOVESPA do gozo do benefício da isenção do imposto de renda de que é titular:

a.1) a destinação de parte de seu patrimônio para a integralização do capital social de empresa comercial que desempenhará atividades auxiliares (informática e telefonia); e
a.2) a sua cisão, com destinação parcial de seu patrimônio para a constituição da empresa comercial que terá atividade correlata (câmara de compensação e custódia de títulos – CLEARING); e
b) por último, que, na apuração de ganho ou perda de capital na alienação, pelas corretoras-membro, das ações que receberem em substituição à parte do valor do título patrimonial da associação, considerar-se-á como custo de aquisição das referidas ações o seu valor contábil, que deverá ser proporcional à parcela do valor contábil do título patrimonial que for por elas substituída.

8. Da análise de tais conclusões, afluem duas situações distintas, quais sejam: primeira, a cisão do patrimônio da bolsa de valores para devolução aos associados sob a forma de ações de uma sociedade que incorpore este patrimônio (cindido); segunda, a cisão do patrimônio da bolsa de valores para dar em pagamento por dívida por ela contraída na subscrição de capital de alguma sociedade que desempenhe atividades auxiliares. A segunda situação, não será objeto de considerações nesta solução de consulta, visto que se refere à hipótese fática diferente da que fora exposta na presente consulta. Desde já, cabe alertar que esta solução de consulta não se presta a rever toda a SC 13/97, mas somente os pontos que sejam pertinentes para os deslindes das questões postas pela consulente.

DO REGIME JURÍDICO APLICÁVEL 9. A primeira questão que emerge, para a verificação da procedência de tais conclusões, é identificar a natureza jurídica das bolsas de valores, pois a partir de tal definição poderemos determinar o regime jurídico a que estão sujeitas.

10. Com fundamento no disposto no texto original do art. 18, inciso I, da Lei nº 6.385, de 1976, o Conselho Monetário Nacional expediu a Resolução nº 1.656, de 1989, que aprovou o

regulamento para disciplinar a constituição, a organização e o funcionamento das bolsas de valores. O art. 1º do referido 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 (cento e oitenta) dias, a contar de sua 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, de 1916, arts. 20 a 22).

11.A Resolução nº 1.656, de 1989, sofreu várias alterações pelas Resoluções nº 1.760, de 1990; nº 1818, de 1991; nº 2.549, de 1998; e nº 2.597, de 1999, sendo que somente com a edição da Resolução CMN nº 2.690, de 2000, que aprovou um novo regulamento, é que as bolsas de valores foram autorizadas a se constituírem, alternativamente, sob a forma de sociedade anônima. Vale frisar que o art. 1º da Resolução nº 2.690, de 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, ao contrário da afirmação efetuada pela Consulente e transcrita no subitem 2.4 desta Solução de Consulta.

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

.....”

12.Por sua vez, toda a questão posta pela consulente se refere às bolsas de valores constituídas sob a forma de associações e, assim sendo, regidas pela Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil de 2002), nos arts. 53 a 61. Tais associações, justamente em virtude de sua natureza (sem fins lucrativos), gozam da isenção prevista no art. 15 da Lei nº 9.532, de 1997, in verbis:

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

13. Da análise da SC 13/97, vê-se que não foi devidamente delimitado o regime jurídico das bolsas de valores, pois ora as têm como associações - entidades sem fins lucrativos, ora as submetem às normas da Lei nº 6.404, de 1976 (Lei das S/A) - para lhes aplicar a disciplina do instituto da cisão e do método da equivalência patrimonial. Em verdade, não pode a bolsa de valores estar submetida a dois regimes jurídicos diferentes, ou bem é uma associação regida pelo Código Civil e gozando dos benefícios fiscais que são próprios de tal categoria ou bem é uma sociedade anônima sujeita às obrigações tributárias que lhe são impostas por lei.

DA CISÃO 14. A cisão é instituto jurídico criado e disciplinado, inicialmente, apenas nos arts. 229 e segs. da Lei nº 6.404, de 1976, assim, logicamente, aplicável 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 do novo Código Civil, que determina a possibilidade do estatuto da sociedade limitada submetê-la, supletivamente, às normas da Lei das S/A. Posteriormente, o Código Civil de 2002, nos arts. 1.113 e segs., estendeu a aplicação dos institutos da transformação, incorporação, fusão e cisão para as sociedades em geral. De qualquer forma, seja pela Lei das S/A, seja pelo Código Civil de 2002, o instituto da cisão só é aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de sociedade. Tanto é assim, que a Instrução Normativa nº 88, de 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, de 1976, ou dos arts. 1.113 e segs. do Código Civil de 2002 às associações, pois, nem mesmo a Lei nº 6.385, de 1976, que disciplina a organização e funcionamento das bolsas, chega a tanto.

15. Por seu turno, a consulente sustenta, implicitamente, que a cisão das bolsas de valores encontraria respaldo na alínea "g" do § 2º do art. 12 da Lei nº 9.532, de 1997, em vista do que dispunha o já revogado § 4º do art. 15 da mesma lei. Ora, tal dispositivo não dispõe que as normas da Lei nº 6.404, de 1976, sejam aplicadas às associações, mas, de forma genérica, determina apenas, em havendo cisão de entidade que goze de imunidade (também de isenção, quando ainda em vigor o referido § 4º do art. 15), que o patrimônio cindido fosse obrigatoriamente destinado a uma entidade que atendesse as mesmas condições. O que se pode unicamente depreender é que a alínea "g" veda a destinação do patrimônio de entes sem fins lucrativos e que gozem da imunidade ali tratadas a entidades com fins lucrativos.

16. 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, de 1976, ou dos arts. 1.113 e segs. do Código Civil de 2002, com ela não se confunde, pois a elas não se aplica o mesmo regime jurídico. Além de não haver autorização no ordenamento jurídico para que se lhe aplique subsidiariamente as normas da Lei das S/A ou dos arts. 1.113 e segs. do Código Civil de 2002, a operação descrita pela consulente deve observar as limitações legais impostas à destinação de bens de associações. Nesse sentido é que deve ser interpretado o termo “cisão” na alínea “g” do § 2º do art. 12 e no parágrafo único do art. 16 da Lei nº 9.532, de 1997.

17. Mais especificamente sobre o parágrafo único do art. 16 da Lei nº 9.532, de 1997, engana-se a consulente quando entende que o destinatário de tal norma seja a categoria das associações, não o é, pois que a norma se aplica aos entes isentos, o que compreende um universo mais abrangente já que nele se incluem também algumas sociedades. Ademais, em momento nenhum tal parágrafo dispôs sobre a aplicação subsidiária das normas da cisão da Lei nº 6.404, de 1976, aos entes isentos ali tratados, logo, o termo cisão ali tratado deve ser visto à luz do regime jurídico aplicável ao ente isento que tenha sofrido a segregação do patrimônio.

DO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL

18. Mutatis mutandi, aplicam-se as mesmas razões, retro aduzidas, para se refutar o entendimento, exarado na SC 13/97, de que seja aplicável o método da equivalência patrimonial (MEP) para a avaliação do ativo das corretoras representativo do título patrimonial das bolsas de valores. Ora, o MEP é criação, no direito pátrio, também da Lei nº 6.404, de 1976. Ademais, a referida Portaria nº 785, de 1977, do Ministro de Estado da Fazenda, citada na SC 13/97, em momento algum assim dispôs, se não vejamos os seus termos:

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). [grifo nosso] Mário Henrique Simonsen Ministro da Fazenda

19. Como se vê, em nenhum momento a Portaria determinou que se aplicassem as normas da Lei nº 6.404, de 1976, que disciplinam o MEP para avaliação dos investimentos das

sociedades corretoras nas bolsas de valores, como afirma a SC 13/97. Na verdade, se observarmos o que determina a alínea “m” do art. 223 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 76.186, de 1975, que fundamentou a aludida interpretação ministerial, verificaremos que tal Portaria se referia a quinhões ou frações ideais recebidas pelos associados em decorrência de meros aumentos de capital da bolsa de valores, nada a ver, portanto, com o MEP. Vale, assim, trazer à colação o art. 223, alínea “m”, do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 76.186, de 1975, in verbis:

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);

20. Aliás, seria mesmo impossível o Ministro da Fazenda, com fundamento na norma regulamentar expedida em 1975 (art. 223, “m”), autorizar a aplicação do MEP, instituto que só veio a ser instituído no ordenamento pátrio um ano depois, pela Lei nº 6.404, de 1976. Com efeito, ao se revelar o verdadeiro sentido da Portaria nº 785, de 1977, verifica-se que ocorreu um erro interpretativo ao se confundir a situação tratada nos referidos atos normativos com o MEP.

21. Além disso, na SC 13/97, não foi observado que o item “II” da referida Portaria nº 785, de 1977, condiciona a aplicação do item I a que seja cumprido o disposto no art. 3º, § 3º do Decreto-Lei nº 1.109/70, que se assim dispunha:

“Art. 3º Os aumentos de capital das pessoas jurídicas mediante a incorporação de reservas ou lucros em suspenso não sofrerão tributação do imposto de renda.

(...)

§ 3º Ocorrendo a redução do capital ou a extinção da pessoa jurídica nos 5 (cinco) anos subseqüentes o valor da incorporação será tributado na pessoa jurídica como lucro distribuído, ficando os sócios, acionistas ou titular, sujeitos ao imposto de renda na declaração de rendimentos, ou na fonte, no ano em que ocorrer a extinção ou redução.” [grifo nosso]
22. Ora, até os aumentos nominais dos títulos patrimoniais em

virtude de aumento do capital social das bolsas de valores ficam, conforme referida Portaria, sujeitos à tributação em caso de extinção ou de redução do capital social (a qualquer título) da bolsa de valores. Verifique-se que qualquer alteração no valor do ativo das sociedades corretoras que registre o título patrimonial das bolsas de valores só encontra amparo em tal Portaria, a qual autorizou também a postergação da tributação de tais acréscimos, para quando houver a redução do capital social da bolsa de valores ou a própria extinção dela. Se for alegado e comprovado que tal Portaria não tinha base legal, estará prejudicada tanto a autorização para crescer ao patrimônio das sociedades corretoras como a própria postergação da tributação.

23. Por sua vez, equivoca-se também a consulente ao afirmar que o Ofício Circular CVM nº 325, de 1979, e a Carta Circular nº 1.273, de 1987, do Banco Central do Brasil, teriam obrigado as sociedades corretoras de valores a avaliarem seus títulos patrimoniais das bolsas de valores (associações) pelo MEP, se não vejamos o que se segue.

24. Não obstante o art. 9º da Resolução CMN nº 2.690, de 2000, determinar que as bolsas de valores, ao final de cada período, devam apurar o valor do patrimônio social com base nas demonstrações financeiras feitas de acordo com procedimentos e critérios adotados pelas sociedades anônimas, não autoriza que as sociedades corretoras possam avaliar seus títulos patrimoniais de associações (bolsas de valores) pelo MEP, mesmo porque sequer a norma indicada teve como destinatário as sociedades corretoras.

25. Entretanto, acrescenta a consulente que, uma vez observado o art. 9º da Resolução CMN nº 2.690, de 2000, as mutações patrimoniais sofridas pelas bolsas de valores teriam reflexos nas sociedades corretoras, por força do disposto no Ofício Circular CVM nº 325, de 1979, e na Carta Circular nº 1.273, de 1987, do Banco Central do Brasil, os quais teriam obrigado as sociedades corretoras de valores a avaliarem seus títulos patrimoniais das bolsas de valores (associações) pelo MEP. Há que se refutar de plano tal alegação antes mesmo de analisar o teor dos referidos documentos, pois seria uma afronta ao princípio da legalidade e ao Estado de Direito se atos infralegais (cartas circulares e ofício) pudessem derrogar o art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976, o qual dispõe que o MEP só se aplica aos investimentos em sociedades. Nem sequer o poder regulamentar conferido à CVM pela Lei nº 6.404, de 1976, poderia autorizar tamanha quimera, pois o § 1º do art. 235 da referida norma é claro ao dispor que as normas expedidas pela CVM sujeitam apenas as companhias abertas.

26. A situação fica ainda mais transparente, quando analisamos o teor dos documentos citados pela consulente. A Carta Circular nº 1.273, de 1987, do Banco Central do Brasil, apenas determina que as sociedades corretoras observem normas substanciadas no COSIF, mas, de forma nenhuma e em

nenhum momento, a referida norma infralegal autorizou que se avaliassem investimentos em associações pelo MEP. Para que não reste dúvida sobre tal assertiva, vale transcrever in totum as disposições da referida Carta circular nº 1.273:

CIRCULAR 1.273 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 apartir do Balanço de 30.06.88, o anexo PLANO CONTÁBIL DAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - COSIF. 2. **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.** 3. 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.

4. 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 01.07a 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.

27.Como se vê, não há na Carta 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.

28. Com o fito de expor ainda mais o desacerto da consulente e da SC 13/97, analisemos também o já revogado art. 10 da Resolução Bacen nº 1.656, de 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.

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 requirite à Bolsa de Valores informações ou documentos adicionais.

29. O parágrafo 1º do art. 10 acima transcrito não foi repetido na Resolução CMN nº 2.690, de 2000, que atualmente consolida as normas que disciplinam a constituição, a organização e o funcionamento das bolsas de valores, sendo que o disposto nos seus artigos 6º, 7º e 9º 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 a seguir se depreende da inteligência dos referidos artigos:

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 requirir à bolsa de valores informações ou documentos adicionais.

30.O que tais dispositivos determinam não se confunde com equivalência patrimonial, primeiro porque o MEP é método de avaliação de investimento e não, método de apuração de patrimônio social. O que os aludidos dispositivo tratam é da apuração do próprio patrimônio das bolsas de valores e como deve ser repartido pelo número de títulos patrimoniais e da emissão de novos títulos. De qualquer sorte, tais dispositivos não autorizaram as sociedades corretoras a avaliarem seus títulos patrimoniais pelo MEP, mesmo porque vale lembrar aos mais desatentos, que a contrapartida do MEP não se resume somente a resultados, mais a outros elementos, v.g., perdas e ganhos por variações societárias etc., os quais não entram na simples apuração do valor patrimonial da associação.

31.Verificado que as alegações do consulente são improcedentes, conclui-se 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.

DA DESMUTUALIZAÇÃO *32.Visto que não se aplica às associações (bolsas de valores) nenhum dos institutos regulados pela Lei nº 6.404, de 1976, pois esses entes estão submetidos ao regime jurídico do Código Civil, analisemos, então, a natureza da operação denominada pela consulente como*

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

33.1. Na primeira etapa, quando ocorrer o que a consulente chama de “cisão parcial”, com a aquisição de parte do patrimônio da associação (bolsa de valores) por uma pessoa jurídica com fins lucrativos (sociedade) e a troca dos títulos patrimoniais dos associados, proporcionais a parte segregada, por ações desta sociedade, ou seja, o associado deixa de assim ser qualificado, para se tornar sócio de empresa lucrativa, com todas as liberdades próprias da qualificação resultante desta transformação.

33.2. Na segunda etapa, diz a consulente que o patrimônio remanescente nas associações bolsas de valores serão “incorporados” por uma pessoa jurídica de fins lucrativos (sociedade) e novamente os associados passarão a condição de sócios desta empresa lucrativa, o que na verdade se constitui numa transformação disfarçada, já que também sem esteio no Código Civil.

34.Fica evidente, assim, a operação desejada pela consulente, primeiro transformar em sociedade associações cujo patrimônio em boa parte foi formado por impostos isentados e, assim sendo, tornar disponíveis todo o patrimônio destas associações para as corretoras associadas.

35.O mais surpreendente é a consulente afirmar que não ocorrerá qualquer distribuição de patrimônio aos associados (parágrafo 8 da inicial). Ora, pode ser até que num primeiro momento não haja, mas depois de “transformada” a associação em sociedade (de fins lucrativos), nada poderá impedir que se queira distribuir todos os resultados acumulados pelas associações durante anos de isenção tributária sem qualquer tributação, em vista do disposto no art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995. Logicamente que, se assim agirem, s.m.j., estará configurada a fraude à lei, uma vez que a mens legis do art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, é que não se pode tributar os lucros distribuídos aos sócios por já terem sido tributados na sociedade distribuidora, o que não ocorre in casu, já que não foram tributados na associação bolsa de valores.

36.Assim, primeiro transformam a associação em sociedade, para afastar as normas que vedam a distribuição de resultados aos associados; depois, deixar-se-á ao alvedrio dos agora sócios a distribuição dos resultados constituídos em boa parte por

tributos não pagos pela extinta associação. Além disso, como quer a consulente aplicar o MEP na avaliação dos títulos patrimoniais das bolsas de valores, em caso de devolução de capital pela sociedade incorporadora, sequer ganho de capital tributável haveria para os sócios, pois as ações já estariam avaliadas pelo patrimônio líquido segregado. Se tal operação não ofendesse nenhuma norma do ordenamento jurídico, no mínimo, seria ofensiva ao princípio da moralidade, hoje, insculpido no art. 37 da CF/88. Todavia, como a seguir se demonstrará tal operação não encontrava amparo no ordenamento jurídico à época da SC 13/97 e, muito menos agora, à luz do novo Código Civil.

DA DESTINAÇÃO DO PATRIMÔNIO 37. Diante do exposto, resta irrefutável a necessidade de que sejam observadas as limitações impostas pelo Código Civil à destinação do patrimônio das associações em caso de extinção. Ora, se em caso de extinção da associação devem ser observados determinadas normas impostas pelo Estatuto Civil, também deverão observá-las as associações que queiram devolver parte do seu patrimônio aos seus associados.

38. À época em que foi proferida a SC 13/97, vigia o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916), o qual no seu art. 22 assim dispunha:

Art. 22. Extinguindo-se uma associação de intuitos não econômicos, **cujos estatutos não disponham quanto ao destino ulterior dos seus bens, e não tendo os sócios adotado a tal respeito deliberação eficaz**, devolver-se-á o patrimônio social a um estabelecimento municipal, estadual ou federal, de fins idênticos, ou semelhantes.

Parágrafo único. Não havendo, no Município, no Estado, ou no Distrito Federal, estabelecimento em tais condições, será devolvido o patrimônio à Fazenda estadual, ou à nacional.

39. Tal dispositivo deixava, assim, à disposição do estatuto a destinação do patrimônio de uma associação em caso de extinção. Note-se que o dispositivo não permitiu de maneira expressa que o patrimônio pudesse migrar para atividades lucrativas, muito pelo contrário, já que, na omissão do estatuto, dava-se uma destinação pública aos bens. Isso estava em consonância com a lição de Caio Mário, quando dizia que a “associação de fins não lucrativos é aquela que se propõe realizar atividades **não destinadas a proporcionar interesse econômico aos associados**”¹. No mesmo sentido, Orlando Gomes professava que “Dissolvida uma sociedade ou associação, seu patrimônio terá **destinação diversa**: sendo sociedade, partilha-se entre os sócios, sendo associação, devolve-se à pessoa designada no estatuto e, sendo este omissor, à que for indicada na lei”². 40. Tal entendimento guardava total harmonia com as normas tributárias, pois não seria razoável que

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. I, ed. Forense, p. 217.

² GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, ed. Forense, p. 196.

o patrimônio de uma associação aumentado pela renúncia fiscal, fruto de isenções tributárias, tivesse destinação outra que não aquela visada pela norma isentiva. Se o que justificava a isenção de uma associação é o seu objeto social, uma vez destinada parcela ou a totalidade de seu patrimônio a outro fim, estaria ali descaracterizado o interesse público que autorizava o gozo da isenção tributária.

41. Entretanto, como o art. 22 não trazia disposição expressa, poucas não foram as associações, durante a vigência do Estatuto Civil de 1916, que previram a destinação do patrimônio a pessoas jurídicas com fins lucrativos e, em outros casos, até a devolução do patrimônio líquido aos associados em caso de extinção da associação. Ocorre, porém, que, no tocante às bolsas de valores, há dois pontos que as diferenciam e que não foram enfrentados pela SC 13/97, quais sejam, os arts. 14 e 18, alínea “c”, todos da Lei nº 6.385, de 1976, os quais, à época, vigiam com a seguinte redação:

*“Art. 14. A Comissão de Valores Mobiliários poderá prever em seu **orçamento**, dotações de verbas às bolsas de valores, nas condições a serem aprovadas pelo Conselho Monetário Nacional.”*

“Art. 18. Compete à Comissão de Valores Mobiliários:

I - propor ao Conselho Monetário Nacional a aprovação de normas gerais sobre:

*c) condições de constituição e extinção das bolsas de valores, forma jurídica, órgãos de administração e seu preenchimento; (...)”*42. Posteriormente, os textos acima foram alterados pelas Leis nº 10.303, de 2001, e 10.411, de 2002, apenas para concentrar as competências na CVM, se não vejamos:

*“Art. 14. A Comissão de Valores Mobiliários poderá prever, **em seu orçamento, dotações de verbas às Bolsas de Valores e às Bolsas de Mercadorias e Futuros.**”*

“Art. 18. Compete à Comissão de Valores Mobiliários:

I - editar normas gerais sobre:

c) condições de constituição e extinção das Bolsas de Valores, entidades do mercado de balcão organizado e das entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários, forma jurídica, órgãos de administração e seu preenchimento;”.

43. Em vista do que dispõe o art. 14 acima transcrito, mesmo não sendo claro o art. 22 do Código Civil de 1916, não há como defender que o estatuto de uma bolsa de valor seja livre para destinar a qualquer fim seu patrimônio, quando parte deste patrimônio é formada por tributos não cobrados (em virtude de isenções tributárias) e, eventualmente, por recursos orçamentários públicos, em razão de transferências da CVM.

Verifica-se, assim, que, mesmo durante a vigência do antigo Código Civil de 1916, as bolsas de valores não eram simples associações, mas que o seu objeto estava intimamente ligado e até financiado pelo poder público.

44. Tal entendimento se fortalece pela inteligência do art. 18, pois, ao contrário das demais associações, em que os associados eram livres para dispor sobre a extinção da associação, nos casos das bolsas de valores há de ser observadas normas gerais impostas pelo Poder Público, as quais foram estabelecidas pelo Regulamento, aprovado pela Resolução Bacen nº 1.656, de 1989, o qual assim dispôs no parágrafo único do art. 1º:

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

45. A norma acima transcrita prova mais uma vez que as bolsas de valores não são meras associações, mas entes intimamente ligados com o poder público, sem a autonomia própria que o art. 22 do Código Civil de 1916 reservava as associações em geral.

46. Se a questão acima podia gerar alguma dúvida sob a égide do Código Civil de 1916, ficou totalmente sepultada com a entrada em vigor do novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 2002. Ocorre que este novo Estatuto Civil deu nova disciplina sobre a matéria anteriormente regulada no art. 22 do Código Civil de 1916, conforme se depreende da simples leitura do seu art. 61, in verbis:

*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.

47. Como se vê, o art. 61 do novo Código Civil é claro ao exigir que o estatuto de associação só possa destinar seu patrimônio em caso de extinção para outra entidade de fins não lucrativos.

Nesse sentido, são as considerações de Sabo Paes³ ao comentar o indigitado art. 61:

“Cumpre-nos fazer duas observações. A primeira é que a nova lei civil, diferentemente da anterior (art. 22), estabeleceu como obrigatória a destinação do patrimônio líquido remanescente à entidade de fins não econômicos que tenha sido elecanda no estatuto como beneficiária.

A segunda é que sendo o estatuto omissivo ou silente com relação à indicação de entidade de fins não econômico como beneficiária, seus associados deverão deliberar, certamente por meio de assembléia geral, para decidir para qual instituição de fins idênticos ou semelhantes será destinado o referido patrimônio. A instituição, com certeza de fins não econômicos, poderá ser municipal, estadual ou federal, subentendendo-se, obviamente, nas duas primeiras esferas o Distrito Federal por ser detentor de competências daqueles dois entes políticos.

Por fim, cabe a indagação para o caso daquelas associações que tenham em seu estatuto norma dispondo que em caso de dissolução ou extinção o destino de seus bens/patrimônio líquido será para uma entidade de fins lucrativos.

Nosso entendimento é que, de acordo com o atual ordenamento jurídico civil, não será possível dar cumprimento a esta norma estatutária, devendo seus associados providenciarem uma alteração para adequação da redação ao preconizado pelo art. 61, sob pena de que seja o patrimônio em caso de dissolução destinado a uma instituição pública de fins idênticos ou semelhantes (art. 61, in fine), ou caso não haja deliberação dos associados ou inexistência de uma instituição dessas condições o que remanescer do seu patrimônio será devolvido à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União (conforme estabelece o § 2º do art. 61 do CC).”

48. Perfeita a lição de Sabo Paes, cabendo apenas um pequeno adendo ao seu entendimento de que a regra do art. 61 do Código Civil se aplica inclusive para as associações constituídas anteriormente a entrada em vigor desta lei. Ocorre que, embora já fosse o bastante para se chegar a tal conclusão alegar que não há direito adquirido a regime jurídico, conforme entendimento já pacificado no Supremo Tribunal Federal (AI-AgR 644887 / DF; RE-AgR 425579 / RJ, RE-AgR 480644 / AM; AI-AgR 598229/PR; etc), o legislador civil foi ainda mais cauteloso, pois previu um prazo, inicialmente, de um ano para que as pessoas jurídicas, inclusive as associações (bolsas de valores), se ajustassem ao novo Estatuto Civil, se não vejamos como preceitua o seu art. 2.031:

Art. 2.031. As associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, terão o prazo de um ano para se

³ PAES, José Eduardo Sabo. Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social, ed. Brasília Jurídica, 6ª ed., p. 171.

adaptarem às disposições deste Código, a partir de sua vigência; igual prazo é concedido aos empresários.

49. Posteriormente, tal artigo viria a ser alterado, pela Lei nº 10.833, de 2004, passando a vigor com a seguinte redação:

*Art. 2.031. As **associações**, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, **terão o prazo de 2 (dois) anos para se adaptar às disposições deste Código, a partir de sua vigência; igual prazo é concedido aos empresários.***

50. Assim, o próprio legislador civil deu o prazo de 2 (dois) anos para que as associações se ajustassem ao novo Código Civil, logo, poder-se-ia até sustentar que dentro de tal prazo os associados poderiam se valer das imprecisões do art. 22 do Código Civil de 1916, para fazer cumprir disposição estatutária contrária ao novo Código Civil. Todavia, dois anos após a entrada em vigor do novo Código Civil, 11 de janeiro de 2005, não há mais dúvida de que todas as associações são inteiramente regidas pelo Código Civil de 2002, especialmente pelos seus arts. 53 a 61.

51. Alerte-se que o art. 18 da Lei nº 6.385, de 1976, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 10.411, de 26 de fevereiro de 2002, não derogou o art. 61 do novo Código Civil para as bolsas de valores, pois são normas compatíveis, aliás, o art. 18 reforça ainda mais, para as bolsas de valores, os preceitos do referido art. 61. Ora, se para as demais associações o art. 61 do novo Código Civil limitou a liberdade dos associados para destinar o patrimônio da associação - pois agora só pode destinar para outra entidade de fins não lucrativos; no caso das bolsas de valores, além disso, ficam os associados obrigados a observar normas gerais expedidas pela CVM. Isso só reforça tudo quanto antes foi sustentado acerca das estreitas ligações das bolsas de valores com o setor público, a ponto de as limitações que lhes são impostas serem ainda maiores do que as ordinariamente fixadas para as demais associações.

52. Por outro lado, pode ser restituído aos associados a quota ou fração ideal, as quais, conforme anteriormente demonstrado, devem estar avaliadas pelo seu custo de aquisição. Além disso, por força do § 1º do art. 61 do novo Código Civil, podem também ser restituídos aos associados, em caso de dissolução da associação, o valor das contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação, devidamente atualizado, desde que haja cláusula estatutária ou deliberação dos sócios neste sentido. Cabe, porém, ressaltar que o Código Civil é claro ao dispor que podem ser restituídas as contribuições ao patrimônio, nelas não se incluindo, portanto, as contribuições para custeio, a exemplo das anualidades pagas pelas sociedades corretoras para a manutenção dos serviços das bolsas de valores. Por contribuições ao patrimônio entenda-se, então, aquela contribuição destinada à aquisição ou construção de um bem que venha a ser incorporado ao patrimônio da associação.

DO ART. 16 DA LEI Nº 9.532, DE 1977 53.No tocante à indagação da consulente sobre o significado do termo “valor de aquisição” contido no parágrafo único do art. 16 da Lei nº 9.532, de 1997, cumpre, primeiramente, ressaltar que tal parágrafo não se aplica à hipótese fática exposta pela consulente, se não vejamos como dispõe tal dispositivo legal:

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.

54.Ora, a hipótese fática intitulada “desmutualização”, conforme descrita pela consulente, prevê que a transferência de bens das bolsas de valores para outras pessoas jurídicas não tornará aquelas sócias dessas, mas, sim, os seus associados, ou seja, as sociedades corretoras, o que configura uma devolução de capital aos associados, matéria disciplinada pelo art. 17 da Lei nº 9.532, de 1997. Ademais, conforme já abordado anteriormente, os destinatários da norma do art. 16, acima transcrito, são também as sociedades isentas de impostos, essas sim podem realizar cisões, fusões e incorporações quando regidas pela Lei nº 6.404, de 1976. Repita-se que não pode a consulente entender que neste dispositivo se encontre qualquer modificação do regime jurídico aplicável às associações (bolsa de valores) ou então autorização à aplicação subsidiária das normas da Lei nº 6.404, de 1976.

55. Ainda que assim não se entenda, caso se insista na aplicação do art. 16 em tela à operação de “desmutualização”, não há dúvida de que o termo “valor de aquisição” significa, in casu, custo de aquisição das cotas ou frações ideais do patrimônio das bolsas de valores, nele não incluídos os acréscimos em virtude de aumento de capital da bolsa de valores. Isso não só pela literalidade do próprio artigo, mas, principalmente porque restou fartamente demonstrado que nunca houve qualquer autorização legal para que as sociedades corretoras avaliassem as cotas ou frações ideais das bolsas de valores pelo MEP.

DO ART. 17 DA LEI Nº 9.532, DE 1977 55.Não obstante tudo quanto antes sustentado, em sendo levado a efeito a operação de desmutualização, haverá de qualquer forma a incidência da norma tributária, já que rege o fenômeno tributário o princípio da pecunia non olet, positivado pelo legislador complementar no art. 118, inciso I, do Código Tributário Nacional. Assim sendo, analisemos as consequências tributárias de uma eventual realização da desmutualização, da forma como exposta pela consulente.

56.À hipótese fática exposta pela consulente aplica-se o art. 17 da Lei nº 9.532, de 1997, o qual assim dispõe:

*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 Omissis.

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

a) considerado tributação exclusiva;

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

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

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

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

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

57. Logo, incidirá o imposto de renda sobre a diferença entre o valor nominal das ações da sociedade recebidas pelos associados e o custo de aquisição das cotas ou frações ideais do patrimônio das bolsas de valores proporcionais ao patrimônio segregado, nele não incluídos os acréscimos em virtude de aumento de capital da bolsa de valores. Em relação à tributação dos acréscimos do valor título patrimonial, em virtude do aumento de capital da bolsa de valores, note-se que o art. 17, acima transcrito, está em consonância com o que já previa a Portaria nº 785, de 1977.

*58. Aos associados pessoas físicas, caso existam, a tributação será definitiva e exclusiva e deverá ser pago até o último dia útil do mês subsequente ao recebimento dos valores, ou seja, até o último dia útil do mês subsequente a aquisição das ações das sociedades incorporadoras do patrimônio das bolsas de valores. Em sendo o associado **pessoa jurídica**, a diferença tributável será computada na determinação do lucro real ou adicionada ao arbitrado, conforme seja a forma de tributação a que estiver sujeita.*

Conclusão 59. Em resposta às questões formuladas pela consulente nos itens “i”, “ii”, “iii”, “iv” e “v” do parágrafo 59 da peça vestibular, conclui-se que:

a operação de “desmutualização” das bolsas de valores, conforme descrita pela consulente, encontra obstáculo insuperável na norma do art. 61 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 2002), a qual veda a destinação de qualquer parcela do patrimônio de associações a entes com finalidade lucrativa, dessa forma prejudicadas as indagações da consulente dos itens “i” e “ii”;

o art. 16 da Lei nº 9.532, de 1997, não se aplica à operação de “desmutualização”, pois, nessa, a transferência de bens das bolsas de valores para outras pessoas jurídicas não tornará aquelas sócias dessas, mas, sim, os seus associados (as sociedades corretoras), o que configura uma devolução de capital, ao qual se aplica o art. 17 do mesmo diploma legal;

ao contrário do que sugere a consulente no item “iii”, os títulos patrimoniais das bolsas de valores devem ser avaliados por seu custo de aquisição, pois nunca estiveram as sociedades corretoras autorizadas a avaliar tais cotas ou frações ideais pelo MEP, mas, 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;

o fato de a operação de “desmutualização” de associações não encontrar amparo no ordenamento jurídico não obsta a incidência do imposto de renda sobre a diferença entre o valor nominal das ações (da sociedade) recebidas pelos associados (sociedades corretoras) e o custo de aquisição das cotas ou frações ideais representativo do patrimônio segregado das bolsas de valores, logo improcedentes as conclusões da consulente nos itens “iv” e “v”.

(fim da transcrição da Solução de Consulta)

Dessa forma, no mérito, deve a incidência tributária ser mantida nos termos da Solução de Consulta da COSIT nº10/2007.

Das alegações não abrangidas na Solução de Consulta Cosit nº 10/2007 II.E - Da alegação de aplicação de liminar proferida em Mandado de Segurança Alega a requerente que o Poder Judiciário já teve oportunidade de rechaçar a pretensão fazendária de tributar os valores correspondentes à mera atualização dos títulos patrimoniais detidos pelos associados das bolsas de valores na operação de desmutualização, devendo, no seu entender, também prevalecer esse entendimento no julgamento da presente demanda administrativa (liminar concedida no MS nº 2008.61.00.000032-2, DJ 02/04/2009), fls.223/227.

Contudo, a defesa não trouxe provas de que é parte integrante da referida ação judicial, e, dessa forma, não pode a requerente se valer de tal liminar, não lhe sendo aplicável o art. 63 da Lei nº 9.430/96, com a redação do artigo 70 da MP nº 2.158, de

24/08/2001, esta última em vigor por força do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11/09/2001.

Portanto, não merece acolhida a alegação de aplicação dos efeitos de liminar concedida em mandado de segurança do qual não provou ser parte integrante.

II.F - Da alegação de violação do princípio da segurança jurídica e a aplicação do disposto no artigo 100, parágrafo único, do Código Tributário Nacional ao caso dos autos.

Alega a defesa que o procedimento adotado estava em conformidade com o entendimento consagrado no âmbito da própria Administração Tributária, manifestado por ocasião da Solução de Consulta nº 13, de 10 de novembro de 1997 e que, assim, ao presente caso seria aplicável o artigo 100, parágrafo único do CTN, devendo no seu entender serem excluídos os juros de mora e a multa de ofício.

Acrescenta que a baixa contábil dos títulos patrimoniais em razão do processo de desmutualização das entidades associativas ocorreu em setembro de 2007, ou seja, ainda na vigência do entendimento consagrado na Solução de Consulta nº 13/97 e antes da publicação da Solução de Consulta nº 10/07, que ocorreu apenas em 26 de outubro de 2007 (item 107, fls.204).

O processo de consulta estava então regulado na Instrução Normativa nº 740/2007, que a seguir transcrevemos em parte:

Instrução Normativa RFB nº 740, de 2 de maio de 2007 DOU de 4.5.2007 Dispõe sobre o processo de consulta relativo à interpretação da legislação tributária e aduaneira e à classificação de mercadorias no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso das atribuições previstas no art. 224 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 95, de 2 de maio de 2007, combinado com o disposto no art. 8º da Portaria MF nº 275, de 15 de agosto de 2005, e tendo em vista o disposto nos arts. 46 a 53 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, nos arts. 48 a 50 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e no art. 25, inciso II e § 3º, da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007, resolve:

Art. 1º Os processos administrativos de consulta sobre interpretação da legislação tributária e aduaneira relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e sobre classificação de mercadorias, serão disciplinados segundo o disposto nesta Instrução Normativa.

(...)

Efeitos da Consulta Art. 14 A consulta eficaz, formulada antes do prazo legal para recolhimento de tributo, impede a aplicação

de multa de mora e de juros de mora, relativamente à matéria consultada, a partir da data de sua protocolização até o trigésimo dia seguinte ao da ciência, pelo consulente, da Solução de Consulta.

§ 1º Quando a solução da consulta implicar pagamento, este deverá ser efetuado no prazo referido no caput.

§ 2º Os efeitos da consulta que se reportar a situação não ocorrida, somente se aperfeiçoarão se o fato concretizado for aquele sobre o qual versou a consulta previamente formulada.

§ 3º Os efeitos da consulta formulada pela matriz da pessoa jurídica estender-se-ão aos demais estabelecimentos.

§ 4º No caso de consulta formulada por entidade representativa de categoria econômica ou profissional em nome dos associados ou filiados, os efeitos referidos neste artigo somente os alcançarão depois de cientificada a consulente da solução da consulta.

§ 5º A consulta não suspende o prazo para recolhimento de tributo, retido na fonte ou auto-lançado, antes ou depois de sua apresentação, nem para entrega de declaração de rendimentos ou cumprimento de outras obrigações acessórias.

§ 6º Na hipótese de alteração de entendimento expresso em Solução de Consulta, a nova orientação alcança apenas os fatos geradores que ocorrerem após a sua publicação na Imprensa Oficial ou após a ciência do consulente, exceto se a nova orientação lhe for mais favorável, caso em que esta atingirá, também, o período abrangido pela solução anteriormente dada.

§ 7º Na hipótese de alteração ou reforma, de ofício, de Solução de Consulta sobre classificação de mercadorias, aplicar-se-ão as conclusões da Solução alterada ou reformada em relação aos atos praticados até a data em que for dada ciência ao consulente da nova orientação.

§ 8º Havendo divergência de conclusões entre soluções de consultas relativas a uma mesma matéria, fundada em idêntica norma jurídica, proferida pela mesma autoridade administrativa, poderá a decisão ser revista pela autoridade que a proferiu aplicando-se, nesse caso, o disposto no § 6º.

Pela Pesquisa Comprot, observa-se que o processo de consulta nº 10768.002443/2007-00 foi protocolizado em 30 de maio de 2007 e encaminhado ao Arquivo Geral em 06 de novembro de 2007 (fls.230/232).

Conforme consta dos autos de infração em análise (fls.136 e fls.141), o fato gerador do IRPJ e da CSLL ocorreu em 31 de dezembro de 2007 (§ 3º, do art. 2º, da Lei nº 9.430/96, transcrito abaixo), tendo em vista que a requerente, em relação a esse ano-

calendário, optou pela apuração anual de tais tributos, conforme cópia da respectiva DIPJ, entregue em 30/06/2008 (fls.116/120).

Pagamento por Estimativa Art. 2º A pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real poderá optar pelo pagamento do imposto, em cada mês, determinado sobre base de cálculo estimada, mediante a aplicação, sobre a receita bruta auferida mensalmente, dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 e nos arts. 30 a 32, 34 e 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995.

§ 1º O imposto a ser pago mensalmente na forma deste artigo será determinado mediante a aplicação, sobre a base de cálculo, da alíquota de quinze por cento.

§ 2º A parcela da base de cálculo, apurada mensalmente, que exceder a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ficará sujeita à incidência de adicional de imposto de renda à alíquota de dez por cento.

§ 3º A pessoa jurídica que optar pelo pagamento do imposto na forma deste artigo deverá apurar o lucro real em 31 de dezembro de cada ano, exceto nas hipóteses de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo anterior.

Dessa forma, na data de ocorrência do fato gerador dos tributos lançados de ofício, a Solução de Consulta já havia sido publicada no Diário Oficial da União, conforme alegado na peça impugnatória, e o interessado já cientificado do entendimento proferido pela COSIT em relação à desmutualização, e, portanto, em condições de apurar corretamente o IRPJ e CSLL do ano-calendário de 2007.

Logo, não há como acolher a alegação do requerente de aplicação do art. 100 do CTN, sendo devidos os juros de mora e a multa de ofício.

II.G - Da alegação de decadência do direito de constituir os créditos de IRPJ e CSLL incidentes sobre as reavaliações patrimoniais ocorridas antes de março de 2004.

Alega a requerente que as periódicas reavaliações dos títulos patrimoniais deveriam ter ensejado as respectivas incidências de IRPJ e CSLL, e, assim, estariam decaídos os valores das reavaliações ocorridas antes de 27 de março de 2004.

Contudo, como proferido na Solução de Consulta COSIT nº 10/2007:

31.Verificado que as alegações do consulente são improcedentes, conclui-se 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.

Logo, ao contrário do afirmado pelo interessado, o fato autuado não corresponde à tributação das reavaliações dos títulos patrimoniais, mas ganho auferido em devolução do patrimônio social de entidades isentas, com fato gerador tributário em 31/12/2007, previsto no art. 17, caput § 1º, 3º e 4º, da Lei nº 9.532/97, e recepcionado no art. 239 do RIR/99, a seguir transcrito:

Devolução de Patrimônio de Entidade Isenta Art. 239. A diferença entre o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, 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, será computada na determinação do lucro real ou adicionada ao lucro presumido ou arbitrado, conforme seja a forma de tributação a que a pessoa jurídica estiver sujeita (Lei nº 9.532, de 1997, art. 17, § 3º).

Portanto, a alegação de decadência não merece acolhida, pois o auto de infração foi cientificado ao interessado antes do prazo quinquenal.

Cientificado do acórdão DRJ em 30/07/2009, a recorrente apresentou recurso em 20/08/2009.

Em seu recurso reitera os argumentos de sua impugnação e, em especial: afirma:

Em resumo:

(i) o MEP é o único método adequado para refletir, nas demonstrações financeiras das sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, o valor dos títulos patrimoniais das Bolsas de Valores;

(ii) os destinatários da norma inserida no § 3º. do art. 3º. do Decreto-Lei no.1.109/70 são as corretoras de valores, e não as Bolsas de Valores;

(iii) somente haveria que se falar em incidência tributária no caso dos autos se a Recorrente tivesse sido extinta ou se houvesse reduzido o capital integralizado com as reservas constituídas com os acréscimos decorrentes da avaliação dos títulos patrimoniais das Bolsas de Valores;

(iv) não tendo ocorrido essa redução de capital e tampouco a extinção da Recorrente, nada poderia ser dela exigido a título de tributos sobre a operação de desmutualização;

(v) é inequívoca competência do CMN e da CVM para dispor sobre a sistemática contábil a ser adotada pelas instituições financeiras, inclusive no que tange ao critério a ser adotado para fins de avaliação de títulos patrimoniais das Bolsas de Valores;

(vi) as normas do BACEN, a serem obrigatoriamente observadas pelas sociedades corretoras, impõem a estas o uso de método idêntico ao MEP para fins de avaliação dos títulos patrimoniais das Bolsas de Valores;

(vii) tanto o CMN, através do BACEN, quanto a CVM, estão investidos de poderes para estender, As sociedades corretoras, a aplicação de método de para avaliação desses ativos idêntico Aquele previsto na Lei nº 6.404/76;

(viii) o CMN, com base em delegação normativa, determinou que as Bolsas de Valores atualizassem o patrimônio social com base nas demonstrações financeiras correspondentes e levando em conta, para esse efeito, os mesmos procedimentos e critérios adotados pela Lei 6.404/76;

(ix) a CVM, no uso de seu poder normativo, determinou As Bolsas de Valores que contemplassem em seus estatutos sociais a possibilidade de cisão, fusão ou incorporação;

(x) as Bolsas de Valores tem autonomia administrativa, financeira e patrimonial, por força do estabelecido no art. 17 da Lei 6.385/76, e como tal, estavam autorizadas a deliberar a cisão e incorporação ;

(xi) permanece em pleno vigor o art. 18 da Lei nº 6.385/76, que atribuiu A CVM competência para disciplinar a organização, o funcionamento e a extinção das Bolsas de Valores;

(xii) essa lei não foi modificada pelo Novo Código Civil, pois em se tratando de legislação especial, prevalece sobre as normas gerais inseridas naquele Codex;

(xiii) a prova de que a Lei 6.385/76 continua em pleno vigor é encontrada na Lei nº 10.411/02, que deu nova redação ao art. 18 daquela lei, e é posterior A data de publicação do Novo Código Civil.

(xiv) a operação denominada "desmutualização" nada mais é do que um ato permutativo, registrado a valor contábil, e como tal, não sujeita A tributação na forma dos pareceres emitidos pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, razão pela qual qualquer ganho de capital somente seria apurado e tributado por ocasião da realização das ações recebidas pela Recorrente em troca dos títulos patrimoniais das Bolsas de Valores;

(xv) a exigência de tributos que leve em conta a data da desmutualização como fato gerador do IRPJ e da CSLL não tem base legal, por não se configurar, no caso, o aspecto temporal da hipótese de incidência tributária;

(xvi) admitindo-se que o MEP não pudesse ser utilizado no caso dos autos, o que teria ocorrido seria a reavaliação espontânea dos títulos patrimoniais, que se sujeita a outra disciplina tributária, implicando erro no lançamento, porquanto calcado em normas que não se aplicam A hipótese de reavaliação;

(xvii) a eventual exigência de tributo em face da referida reavaliação não poderia prosperar, em face da decadência ou prescrição dos valores registrados antes da vigência da Lei nº 9.959/00;

(xviii) considerando que o lançamento levou em conta os períodos anteriores ao advento daquela lei, distorcida ficou a base de cálculo considerada para fins de exigência fiscal, acarretando nulidade do auto de infração, por não ter sido adequadamente determinada a matéria tributária a que se refere o art. 142 do CTN;

(xix) a posição vacilante da Receita Federal sobre o assunto provoca insegurança jurídica, e é contrária ao princípio da boa fé que deve nortear a relação entre o fisco e o contribuinte e,
(xx) mera Solução de Consulta não poderia revogar atos legitimamente editados por órgãos público investidos de poderes para disciplinar a questão discutida nos autos.

Voto

Conselheiro MARCOS RODRIGUES DE MELLO

O recurso é tempestivo e deve ser conhecido.

A lide se restringe à questão de direito, ou seja, à exigência de tributo na denominada operação de desmutualização da BMF e da Bolsa de Valores.

Entendo relevante contextualizar o tema a partir da exposição de motivos da MP 1602, que redundo na Lei 9532:

15. Os artigos 12 a 18 tratam de disciplinar, de forma clara e objetiva, os procedimentos que tenham reflexos de natureza tributária, a serem observados pelas entidades imunes e isentas.

Nesse sentido, são introduzidas diversas alterações relativamente às normas atualmente vigentes, dentre as quais se destacam:

...

j) a aplicação, às referidas entidades, dos mesmos critérios estabelecidos para as demais pessoas jurídicas quanto a entrega de dinheiro, bens ou direitos para a formação do patrimônio, bem quanto à devolução dos referidos valores, tributando-se a diferença de valores entre as duas operações, quando dela resultar ganho para a pessoa física ou jurídica que receber a devolução.

O artigo 17 da referida MPV, que foi convertida na Lei 9532, prescreve:

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

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

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

a) considerado tributação exclusiva;

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

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

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

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

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

A solução de Consulta nº 10 da RFB, analisou o tema:

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

Lei 6404

Cisão

Art. 229. 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.

Código Civil

CAPÍTULO X

Da Transformação, da Incorporação, da Fusão e da Cisão das Sociedades

Art. 1.122. Até noventa dias após publicados os atos relativos à incorporação, fusão ou cisão, o credor anterior, por ela prejudicado, poderá promover judicialmente a anulação deles.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, também tratou do tema:

- 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*



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL - 6ª VARA CÍVEL-SP

PROCESSO nº 2008.61.00.011822-9
IMPETRANTE: BANIF CORRETORA DE VALORES E CAMBIO S/A
IMPETRADO: DELEGADO ESPECIAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NO ESTADO
DE SÃO PAULO - DEINF - SP
Tipo A

SENTENÇA

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar visando a suspensão do IRPJ e da CSL que estariam sendo exigidos em face da substituição de seus títulos patrimoniais da BM&F e da Bovespa, por ações das respectivas Bolsas. Requer, ainda, seja-lhe assegurado o direito de proceder ao recolhimento de tais tributos somente quando da eventual alienação de suas ações, considerando-se, na apuração do ganho de capital correspondente, o valor atualizado de seus títulos patrimoniais, existente no momento da desmutualização.

A parte impetrante argumenta que com a desmutualização da Bovespa e da BM&F, estas teriam deixado de ser sociedades civis para se tornarem sociedade anônima com finalidade lucrativa, tendo os correspondentes títulos patrimoniais sido substituído por ações, deixando, assim, de se beneficiar da isenção de IRPJ e CSL.

Efetuada consulta formal perante a Receita Federal sobre os efeitos tributários dessa desmutualização, no relativo à substituição de títulos por ações, esta teria informado que deveriam incidir os tributos ora impugnados (Solução de Consulta nº 10/2007), o que estaria em contradição com entendimentos anteriores (cf. Solução de Consulta nº 13/1997 COSIT, Parecer Normativo CST 78/1978 e Portaria MF 785/77). No entanto, assevera, dentre outros argumentos que, em razão da equivalência patrimonial dos títulos em

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL - 6ª VARA CÍVEL-SP

relação às ações, não haveria incidência tributária na desmutualização. Foram juntados documentos.

Liminar indeferida às fls.125/127.

A autoridade apontada como coatora, em suas informações (fls. 137/151) por sua vez impugna os argumentos da inicial, afirmando que a operação de desmutualização acarretará a incidência do imposto de renda e da contribuição social nos termos do art. 17 da Lei 9.532/97. Por fim, pugnou pela improcedência do pedido e denegação da segurança.

Encaminhados os autos ao Ministério Público Federal, este requereu o prosseguimento do feito.

Comunicada às fls. 156/184 a interposição de agravo de instrumento nº 2008.03.00.020778-8 pela impetrante, com indeferimento do efeito suspensivo pleiteado.

É o relatório. Decido.

A controvérsia se prende aos efeitos jurídico-tributários advindos do processo de "desmutualização" da Bovespa e da BM&F, especificamente a incidência do IRPJ e CSLL sobre as atualizações dos títulos patrimoniais que detinha a impetrante quando de sua substituição por ações das sociedades incorporadoras do patrimônio das Bolsas.

Tem-se que as bolsas de valores, nos termos da Lei 6.385/76, têm a posição de órgão integrante do sistema de distribuição de valores mobiliários (art. 15, IV). Voltam-se as bolsas a realizar o interesse geral do mercado. Conquanto pessoas jurídicas de direito privado exercem, indubitavelmente, serviço público; quanto à característica dessas entidades, leciona Fábio Konder Comparato:

"O art. 17 da Lei 6.385, é nesse particular, decisivo, ao caracterizar as bolsas de valores como 'órgãos auxiliares da Comissão de Valores Mobiliários'. O auxílio só pode ser, obviamente, para o desempenho das tarefas de serviço público que a própria lei atribuiu à CVM, entre as quais avulta o exercício do poder de polícia no mercado de capitais. Esse poder de polícia, as bolsas o exercem, não apenas no recinto do pregão durante a sua realização, mas também fora dele,

Processo nº 2008.61.00.011822-9

Fls. 2

continua

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL - 6ª VARA CÍVEL-SP

fiscalizando as atividades das sociedades corretoras associadas e exigindo esclarecimentos públicos às companhias abertas emissoras de títulos cotados, em aplicação do princípio legal full disclosure" (Lei 6.406/76, art. 157, § 4º) (Natureza Jurídica das Bolsas de Valores e Delimitação de seu Objeto, Revista de Direito Mercantil nº 60).

Sem prejuízo dessas finalidades próprias, assembleias gerais extraordinárias vieram aprovar a "desmutualização" das Bolsas, acarretando a conversão de títulos patrimoniais dos associados, em ações ordinárias da Bovespa Holding S/A e BM&F S/A.

Tem-se, na espécie, que as associações sem fins lucrativos, colaboradoras com o poder público, Bovespa e BM&F, mercê das alterações procedidas, deixaram de existir, extintos seus títulos patrimoniais e devolvido o respectivo patrimônio aos associados, impetrante inclusive, na forma de ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A.

Sustenta o Impetrante que essa operação de "desmutualização" representou mera reavaliação patrimonial, que a teor do art. 4º da Lei 9.959/00 só será objeto de incidência fiscal por ocasião da efetiva realização do bem reavaliado, isto é na oportunidade em que as ações forem vendidas.

Tenho, todavia, que não é a interpretação mais adequada à situação posta.

Induvidoso que a noticiada "desmutualização" veio alterar a situação jurídica então existente ensejando a incidência fiscal justamente sobre o "plus" o ganho advindo da devolução do patrimônio aos associados, via ações.

Eventual e futura venda de tais ações, originárias da conversão dos primitivos títulos patrimoniais, configurará operação distinta e que não se confunde com a derivada da "desmutualização".

Cediço que a lei inova no ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações. Há que se perquirir quanto a subsunção do fato jurídico à norma tributária. A forma de contabilização adotada pela Impetrante relativamente à valorização

Processo nº 2008.61.00.011822-9

Fls. 3

continua

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL - 6ª VARA CÍVEL-SP

dos títulos patrimoniais das Bolsas que então detinha não descaracteriza a situação nova, advinda da "desmutualização" e apta a gerar a incidência fiscal, a luz de previsão legal, posterior ao invocado parecer normativo 107/78.

Ressalte-se, por oportuno que a própria Lei 6.404/76, em seu art. 177, § 2º, tanto na redação original, como na conferida pela Lei 11.638/2007, admite expressamente que as normas de natureza tributária podem ensejar apuração de resultado diferente do contábil.

"Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência.

§ 2º As disposições da lei tributária ou de legislação especial sobre atividade que constitui o objeto da companhia que conduzam à utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes ou à elaboração de outras demonstrações não elidem a obrigação de elaborar, para todos os fins desta Lei, demonstrações financeiras em consonância com o disposto no "caput" deste artigo e deverão ser alternativamente observadas mediante registro:

I - em livros auxiliares, sem modificação da escrituração mercantil, ou

II - no caso da elaboração das demonstrações para fins tributários, na escrituração mercantil, desde que sejam efetuados em seguida lançamentos contábeis adicionais que assegurem a preparação e a divulgação de demonstrações financeiras com observância do disposto no "caput" deste artigo, devendo ser essas demonstrações auditadas por auditor independente registrado na Comissão de Valores Mobiliários."

Observa-se que a argumentação da Impetrante é desenvolvida no sentido de estar obrigada à avaliação dos títulos patrimoniais que detém das bolsas pelo método de equivalência patrimonial - forma de contabilização - desconsiderando o fato jurídico tributário advindo da "desmutualização".

O Regulamento do Imposto de Renda, Dec. 3.000/99, determina a utilização do método de equivalência patrimonial apenas

Processo nº 2008.61.00.011822-9

Fls. 4

continua

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL - 6ª VARA CÍVEL-SP

na hipótese de investimentos em controladas e coligadas (arts. 384, 387, 388).

Não se trata, na espécie, de eventual participação da impetrante em empresas coligadas ou controladas, mas sim, sua associação às bolsas.

A operação de "desmutualização", objeto da controvérsia quanto aos efeitos fiscais, amolda-se à específica disposição do art. 17 da Lei 9.532/97:

Art. 17 "Sujeita-se à incidência do imposto de renda à alíquota de 15% (quinze por cento) a diferença entre o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, por pessoa física, à título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver entregue para a formação do referido patrimônio.

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

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

a) considerado tributação exclusiva;
b) pago pelo beneficiário até o último dia útil do mês subsequente ao recebimento dos valores.

§ 3º Quando a destinatária dos valores em dinheiro ou dos bens e direitos devolvidos por 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 de 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."

No momento em que são conferidas ações da Bolsa de Valores e da BM&F S/A, em substituição aos antigos títulos patrimoniais, a impetrante já não ostenta a condição de associada à bolsa, até então entidade sem fins lucrativos e isenta, agora

Processo nº 2008.61.00.011822-9

Fls. 5

continua

Processo nº 16327.000352/2009-69
Acórdão n.º 1302-00.880

S1-C3T2
Fl. 445



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL - 6ª VARA CÍVEL-SP

figurando como sócia de tais empresas, S.A., voltadas à finalidade lucrativa.

DISPOSITIVO.

Diante de todo o exposto, extingo o processo com julgamento do mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, denegando a segurança pleiteada neste mandamus.

Custas ex lege. Honorários advocatícios indevidos nos termos da Súmula nº 512, do Egrégio Supremo Tribunal Federal e Súmula nº 105, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Tendo em vista a interposição de agravo de instrumento, oficie-se ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região comunicando-se o teor da presente decisão.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se, com as correspondentes anotações.

P.R.I.C.

São Paulo,

29 MAI 2009

TANIA LIKA TAKEUCHI
Juíza Federal Substituta

Me parece cristalino que o art. 17 da Lei 9532, diante da possibilidade de transformação de entidades isentas e/ou imunes em outra espécie que buscasse o lucro, buscou tributar o ganho que os “sócios” teriam com a mudança. Entendo inequívoco que a alteração trouxe expressivo “ganho”, ou melhor dizendo, trouxe riqueza nova, fundamento primeiro da tributação pelo Imposto sobre a renda.

Uma análise isenta dos fatos deixa evidente o ganho da recorrente com o processo de desmutualização.

Não se pode deixar de levar em consideração que os expressivos patrimônios da BMF e da Bovespa foram constituídos com forte incentivo estatal e, por consequência, com utilização de recursos que foram extraídos de toda a sociedade. Durante décadas, para incentivo de uma atividade que não poderia buscar o lucro individual, mas o benefício de toda a sociedade (incentivo à capitalização das empresas), deixou-se de tributar o enriquecimento daqueles órgãos. Quando, por iniciativa de seus participantes decidem alterar seu funcionamento, seguindo tendência do mercado e não orientação estatal, não se mostra admissível que todo o recurso estatal (subtraído da sociedade) possa ser revertido em benefício de alguns poucos privilegiados, sem ao menos submeter-se à tributação, por sinal bastante módica.

Para não se submeter a tributação buscou-se utilizar de artifícios jurídicos que entendo inadequados e não são albergados sob a alcunha de planejamento tributário.

Vejam os.

As então associações sem fins lucrativos realizaram uma operação societária que entendo inadequada às associações, que foi a cisão parcial, no intuito de dar aparência que não houve a dissolução e, por consequência, não teria havido a devolução de patrimônio aos associados, o que poderia evitar a tributação.

No momento anterior ao processo, a recorrente participava de uma entidade isenta, que não podia distribuir resultados e era participante por exigência da legislação, pois lhe era impossível o exercício de sua atividade sem participar da entidade. Com a desmutualização, a recorrente recebeu da BM F e da Bolsa de Valores de São Paulo, cotas do capital social, na forma de devolução de capital social.

A Receita Federal manifestou-se sobre o tema em solução de consulta:

Da análise da SC 13/97, vê-se que não foi devidamente delimitado o regime jurídico das bolsas de valores, pois ora as têm como associações - entidades sem fins lucrativos, ora as submetem às normas da Lei nº 6.404, de 1976 (Lei das S/A) - para lhes aplicar a disciplina do instituto da cisão e do método da equivalência patrimonial. Em verdade, não pode a bolsa de valores estar submetida a dois regimes jurídicos diferentes, ou bem é uma associação regida pelo Código Civil e gozando dos benefícios fiscais que são próprios de tal categoria ou bem é uma sociedade anônima sujeita às obrigações tributárias que lhe são impostas por lei.

DA CISÃO

14.A cisão é instituto jurídico criado e disciplinado, inicialmente, apenas nos arts. 229 e segs. da Lei nº 6.404, de 1976, assim, logicamente, aplicável 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 do novo Código Civil, que determina a possibilidade do estatuto da sociedade limitada submetê-la, supletivamente, às normas da Lei das S/A. Posteriormente, o Código Civil de 2002, nos arts. 1.113 e segs., estendeu a aplicação dos institutos da transformação, incorporação, fusão e cisão para as sociedades em geral. De qualquer forma, seja pela Lei das S/A, seja pelo Código Civil de 2002, o instituto da cisão só é aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de sociedade. Tanto é assim, que a Instrução Normativa nº 88, de 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, de 1976, ou dos arts. 1.113 e segs. do Código Civil de 2002 às associações, pois, nem mesmo a Lei nº 6.385, de

1976, que disciplina a organização e funcionamento das bolsas, chega a tanto.

15. Por seu turno, a consulente sustenta, implicitamente, que a cisão das bolsas de valores encontraria respaldo na alínea “g” do § 2º do art. 12 da Lei nº 9.532, de 1997, em vista do que dispunha o já revogado § 4º do art. 15 da mesma lei. Ora, tal dispositivo não dispõe que as normas da Lei nº 6.404, de 1976, sejam aplicadas às associações, mas, de forma genérica, determina apenas, em havendo cisão de entidade que goze de imunidade (também de isenção, quando ainda em vigor o referido § 4º do art. 15), que o patrimônio cindido fosse obrigatoriamente destinado a uma entidade que atendesse as mesmas condições. O que se pode unicamente depreender é que a alínea “g” veda a destinação do patrimônio de entes sem fins lucrativos e que gozem da imunidade ali tratadas a entidades com fins lucrativos.

16. 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, de 1976, ou dos arts. 1.113 e segs. do Código Civil de 2002, com ela não se confunde, pois a elas não se aplica o mesmo regime jurídico. Além de não haver autorização no ordenamento jurídico para que se lhe aplique subsidiariamente as normas da Lei das S/A ou dos arts. 1.113 e segs. do Código Civil de 2002, a operação descrita pela consulente deve observar as limitações legais impostas à destinação de bens de associações. Nesse sentido é que deve ser interpretado o termo “cisão” na alínea “g” do § 2º do art. 12 e no parágrafo único do art. 16 da Lei nº 9.532, de 1997.

17. Mais especificamente sobre o parágrafo único do art. 16 da Lei nº 9.532, de 1997, engana-se a consulente quando entende que o destinatário de tal norma seja a categoria das associações, não o é, pois que a norma se aplica aos entes isentos, o que compreende um universo mais abrangente já que nele se incluem também algumas sociedades. Ademais, em momento nenhum tal parágrafo dispôs sobre a aplicação subsidiária das normas da cisão da Lei nº 6.404, de 1976, aos entes isentos ali tratados, logo, o termo cisão ali tratado deve ser visto à luz do regime jurídico aplicável ao ente isento que tenha sofrido a segregação do patrimônio.

Reproduzo trecho dos memórias entregues pela douta PGFN, que traduz minha interpretação dos fatos:

“Primeiramente, é preciso ser dito que o Contribuinte Recorrente insiste repetidas vezes que a incorporação, a cisão e a fusão de bolsas de valores eram plenamente aplicáveis ao caso em análise.

Sua argumentação baseia-se em uma leitura pontual e isolada do artigo 5º da Resolução CNM nº 2.690/2000, que assim dispõe:

“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;”

O Contribuinte Recorrente esquece, ou opta por não mencionar, que a leitura integral e sistemática da Resolução CNM nº 2.690/2000 demonstra a plena possibilidade de convivência de bolsas de valores constituídas como associações civis ou como sociedades anônimas.

*Em outros termos, o poder público instituiu uma **faculdade** para as bolsas de valores: ou elas se constituem sob a forma de **associações civis** ou sob a forma de **sociedades anônima**.*

Esse é o teor do artigo 1º, bem como de diversos dispositivos daquela resolução CMN, verbis:

*“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.*

(...)

*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.*

*(...)”Como se observa, a Resolução CMN nº 2.690/2000 **faculta** a adoção de qualquer das formas, associação civil sem fins lucrativos ou sociedade anônima, para as bolsas de valores. Igualmente, traça diretrizes tanto para as que adotaram a*

estrutura jurídica de associação quanto para aquelas que adotaram a forma de S.A.

*Ocorre, porém, que o Contribuinte Recorrente deseja a aplicação de dispositivos previstos apenas para quem adotou a forma de S.A. quando, **indiscutivelmente**, a estrutura jurídica da Bovespa e da BM&F eram de **associações civis**.*

*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.*

*Ora, os institutos da fusão, cisão e incorporação não são de utilização permitida pelas associações por força do disposto no artigo 1.113 e seguintes do Código Civil, cuja localização topográfica indica sua aplicação somente 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**).*

Corroborar esse entendimento, ou seja, de aplicação daqueles institutos jurídicos somente às sociedades mercantis, a Instrução Normativa Nº 88 do DNRC⁴, que, em pleno vigor, dispõe sobre o arquivamento dos atos de transformação, incorporação, fusão e cisão de sociedades mercantis.

A referida IN assim dispõe:

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

Como se observa, ilustres Conselheiros(as), uma vez que a cisão e a incorporação não podem ser aplicadas às sociedades civis, as operações societárias resultaram, em verdade, na extinção das sociedades civis Bovespa e BM&F. Em casos como estes, a regra aplicável não é outra senão o artigo 61 do Código Civil.

*“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

⁴ Disponível em: <http://www.dnrc.gov.br/>. Acesso em: 13 de janeiro de 2010.

indicadas neste artigo, o que remanescer do seu patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União.”

Como se vê, o artigo 61 do Código Civil veda a destinação de qualquer parcela do patrimônio das bolsas de valores, constituídas sob a forma de associações, a entes com finalidade lucrativa.

Os Contribuintes defendem a aplicação de institutos próprios de sociedades empresárias com fundamento em interpretação literal e isolada do artigo 2033, verbis:

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.

Ora senhores(as) Conselheiros(as), uma interpretação de dispositivo legal não pode retirar todo o conteúdo normativo de um outro artigo da lei. Neste caso específico, ainda que se admita a aplicação de cisão, incorporação, etc, às sociedades civis, não se pode fugir das consequências estipuladas no artigo 61 do Código Civil.

Em outras palavras, caso se entenda aplicável os institutos da cisão e incorporação às sociedades civis, por força de interpretação isolada do Art. 2.033 do CC, as estipulações próprias à natureza de sociedades civis sem fins lucrativos não podem ser desprezadas, sob pena de ofensa ao critério da especificidade, prestigiado até mesmo pelo citado artigo 2.033.

Com efeito, o Art. 2.033 ressalva sua aplicação em caso de legislação específica. No que se refere às associações civis, a legislação específica trata-se da Lei nº 6.015, de 1973, que nada fala sobre tais institutos (fusão, cisão, incorporação, transformação) para as associações civis.

Assim sendo, a matéria possui tratamento específico nos artigos 53 a 61 do Código Civil. Em todos os artigos do Código sobre as Associações fica claro o distanciamento entre elas e a finalidade econômica.

Parece-nos suficientemente claro, a partir de interpretação sistemática e teleológica dos artigos, que a exploração de atividade econômica por pessoa jurídica submetida a regime incompatível com a mercancia exigiria sua prévia extinção.

Ainda que admitíssemos a aplicação de institutos como a transformação, cisão e incorporação de sociedades empresárias ao presente caso, apenas para se evitar eventual solução de continuidade das atividades desenvolvidas pelas bolsas, ainda assim, dada a nítida disparidade de regimes, não há como fugir à conclusão (como manda a lei) de que os associados receberam de volta patrimônio e, ato contínuo, utilizaram-se do mesmo na integralização de ações em sociedade anônima.

Entender de maneira diversa, ou seja, admitir a utilização indiscriminada dos institutos da transformação, cisão e incorporação de sociedades empresárias ao presente caso, é negar vigência ao regime jurídico que disciplina as associações civis sem fins lucrativos, mormente ao Art. 61 do Código Civil.

Acrescente-se, Senhores(as), não havia qualquer determinação ou exigência estatal para que as Bolsas passassem a adotar a forma de sociedade anônima. Como vimos acima, a decisão foi tomada seguindo uma tendência mundial e em observância aos reclames do setor.

Não podem os beneficiários da desmutualização se furtarem aos efeitos jurídicos dessa decisão, inclusive os efeitos tributários.

A PGFN também trouxe outras decisões judiciais sobre a matéria:

PROCESSO 0001166-03.2008.4.03.6100

12ª Vara Federal de São Paulo-SP

Decisão de 03/09/2009

[...]

Ao contrário do que alegam os impetrantes, o método de equivalência patrimonial não se aplica na atualização do valor dos títulos da BM&F, visto que a participação nessa associação civil não guardava identidade com as participações em empresas coligadas ou controladas.

[...]

Na hipótese da desmutualização, quando ocorreu a restituição dos títulos patrimoniais da BM&F a seus detentores, reputo aplicável o artigo 17 da Lei nº 9.532/97, que prescreve que, na hipótese de devolução de valores em dinheiro ou de bens ou de direitos a pessoa jurídica, a diferença entre esses valores recebidos de instituição isenta será computada na determinação do lucro real ou adicionada ao lucro presumido ou arbitrado, conforme a forma de tributação adotada.

Processo 2008.03.00.004115-1 - AG 325479 - 6ª Turma TRF3, decisão de 23/05/2008

[...]

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

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

[...]

Processo 2008.03.00.007124-6 AG 327646, decisão de 13/06/2008

[...]

A agravante é corretora de valores mobiliários que opera na Bolsa de Valores de São Paulo. Quando do início de suas atividades a recorrente foi obrigada a adquirir título patrimonial da Bovespa que possuía a natureza de associação civil sem fins lucrativos. Contudo, a partir de 2.007 a Bolsa de Valores transferiu parte de suas atividades para uma sociedade com fins lucrativos que abriu seu capital, o que acarretou a substituição dos títulos patrimoniais das corretoras por ações. Tal circunstância implicou alteração na constituição patrimonial da agravante com reflexos tributários.

Extrai-se dessa operação a possibilidade de se apurar diferença entre o valor constante do título patrimonial e aquele correspondente ao valor das ações e, à primeira vista, verificando-se valorização, ou seja, aumento de valor, ele pode ser computado para fins tributários.

No caso, e numa análise inicial que se faz da questão jurídica controvertida, não denoto relevância na fundamentação capaz de afastar a aplicação do artigo 17 da Lei 9.532/97. Com efeito, referido diploma legal traz hipótese de incidência relativa ao imposto de renda e à contribuição social sobre o lucro que corresponde à situação fática descrita.

[...]

Por outro lado, bem lançada a decisão agravada no tocante à rejeição do método de equivalência patrimonial pretendido pela recorrente, uma vez que "visa a estimar o reflexo da variação do patrimônio da sociedade empresária investida no valor do patrimônio da sociedade investidora, mas é inaplicável à atualização dos títulos patrimoniais das bolsas de valores, uma vez que o artigo 248 da Lei das Sociedades por Ações - Lei 6.404/76, somente possibilita sua utilização em sociedades coligadas ou controladas". A mera circunstância relacionada à propriedade de ações de determinada sociedade não a transforma em coligada ou controlada, a afastar a plena identificação da hipótese legal ao caso concreto.

Finalmente, também não denoto relevância na fundamentação pelo fato de ter ocorrido manifestação anterior da Secretaria da Receita Federal em outro sentido, uma vez inexistir vinculação do juízo a decisões tomadas na via administrativa, especialmente considerando a época e as peculiaridades de outro caso concreto. (destacou-se)

[...]

Processo 2007.03.00.105115-9 AG 322814, decisão de 08/05/2008

E M E N T A 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.

[...]

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.

Processo 2008.03.00.008173-2 AG 328359, decisão de 28/05/2008

[...]

2. Em outras palavras, as associações sem fins lucrativos (Bovespa e BM&F), colaboradoras da CVM (Comissão de Valores Mobiliários), em decorrência da mencionada operação, foram transformadas em sociedades anônimas. Com isto, o patrimônio destas, antes representado pelos títulos, foi devolvido aos associados (no caso concreto a ora agravada), em forma de ações.

3. Não se trata de mera reavaliação patrimonial como prevista no artigo 4º, da Lei Federal nº 9.959/00. **Aqui, há devolução do patrimônio aos associados, por meio das ações, gerando um ganho patrimonial. A futura venda destas ações é operação distinta e que também deverá ser objeto de tributação.**

4. É inviável, também, a aplicação do método da equivalência patrimonial. Isto porque não se trata de investimento em empresa controlada ou coligada. A agravada era apenas associada à Bolsa.

5. No mais, está correto o entendimento fazendário quanto à aplicação do artigo 17, da Lei Federal nº 9.532/97:

[...].

Tanto as decisões trazidas pela PGFN, como as que este relator já havia colhido junto à jurisprudência existente, são praticamente unânimes no sentido da impossibilidade de se eximir da tributação pela “estratégia” utilizada pela BMF, Bovespa e pela recorrente.

Embora ainda não tenha se formado jurisprudência junto ao STJ, por inexistência de recursos sobre a matéria naquele tribunal, as decisões de primeira e segunda instância estão em conformidade com o que expresso neste voto.

Como bem descrito no termo de verificação fiscal de fls. 104, os títulos patrimoniais das bolsas de valores devem ser avaliados por seu custo de aquisição, pois nunca estiveram as sociedades corretoras autorizadas a avaliar tais cotas ou frações ideais pelo MEP, mas, sim, autorizados 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.

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

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

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

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

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

A descrição da legislação e dos fatos evidencia que houve aumento patrimonial da recorrente decorrente do aumento do patrimônio das Bolsas e que esse aumento de riqueza teve sua tributação diferida para momento futuro que foi alcançados com pó processo de desmutualização e a Lei 9532 definiu esse como o critério temporal da hipótese tributária.

Admitir a utilização da denominada "cisão", além de contrariar a legislação de regência, pois este instituto foi previsto para as sociedades com finalidades lucrativas, viria a frustrar totalmente o objetivo legal, que era impedir que um patrimônio formado às custas de benefícios fiscais, recursos extraídos de toda a sociedade, pudessem ser transferidos a particulares de maneira gratuita, sem qualquer contraprestação aqueles que contribuíram para a sua formação, a sociedade brasileira.

Não se trata também, como alegado pela recorrente, de desconsideração de negócio jurídico pelo fisco, mas sim de analisar quais os efeitos fiscais de cada negócio jurídico. Da mesma forma que em casos de certos "planejamentos tributários", como casa-separa, incorporação às avessas e outros, quando o fisco não tem a necessidade de "desconstruir o negócio jurídico mas simplesmente analisar seu efeito fiscal, ou seja, é

analisada a situação jurídica do contribuinte antes e depois do “negócio” e abstrai-se dos atos e fatos intermediários, que apenas buscam “benefício fiscal” indevido.

Entendo que, no caso concreto, retirado o “véu” da cisão, o que fica transparente é a situação inicial, quando a recorrente pertencia a uma associação sem fins lucrativos, que gozava de vultuosos incentivos fiscais custeados pela sociedade e, logo após o processo de desmutualização, aparece como sócia de uma lucrativa sociedade com fins lucrativos e sua participação societária foi adquirida com os recursos oriundos daquela associação, via devolução de seu capital, capital esse formado com forte incentivo estatal.

Diante desse quadro, exceto por expressa determinação legal, não se concebe a entrega de patrimônio estatal, público portanto, a indivíduos ou empresa sem ao menos a contrapartida tributária estabelecida pela Lei 9532.

Deve-se salientar, pela grande importância, o art. 61 do novo Código Civil (Lei 10.406):

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.

Sabidamente o legislador impede que as entidades constituídas como associação sem fins lucrativos venham a distribuir os “ganhos obtidos”, pelo menos em parte graças a benefícios concedidos pelo Estado aos seus associados, evitando o enriquecimento sem causa destes.

Também me parece certo que houve a devolução de capital pelas extintas bolsas à recorrente e esses direitos recebidos foram utilizados para compor o capital das novas empresas.

Como a Lei 9532 definiu como critério temporal da hipótese a devolução do capital, não se pode falar em decadência, pois essa pressupõe a inércia do fisco por período superior a cinco anos, o que não ocorreu no caso dos autos.

Também é relevante esclarecer que a citação do instituto da cisão no art. 2033 do Código Civil não tem o condão de permitir que esse instituto seja aplicado às associações, mas somente determinar que, caso aplicável a qualquer das pessoas jurídicas elencada no art. 44 que estejam no âmbito da permissão legal para tal instituto, deve se aplicar o Código Civil.

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;

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)

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) (Vigência)

§ 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)

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;

Entendo que, qualificada como associação Bolsa de Mercadorias & Futuros, sua transformação para sociedade anônima, requer necessariamente a devolução do patrimônio aos seus respectivos sócios, na forma da lei civil, sob pena de macular os comandos legais da associação civil sem fins lucrativos, então concebida pela lei.

Explico. A concepção original delineada para a BM&F era de associação sem fins lucrativos, regida por normas do Direito Civil, de sorte que resta inaplicável a sua sucessão a forma da legislação comercial, próprio das sociedades mercantis, *ex vi* o tratamento distinto da associação e da sociedade, concebido em capítulos e normativas inteiramente distintas na legislação civil e tributária. Tanto que o Novo Código Civil, em sintonia com a tradição legislativa secular dispôs separadamente seus preceitos legais, princípios, órgãos, e a sua

própria dissolução, conforme se constata do Livro I do Código Civil que rege os preceitos das associações, ao passo que o Livro II rege a sociedade empresarial, consoante explicita a cabal distinção de uma e de outra, nos termos seguintes do Novo Código Civil:

Portanto, o que de fato ocorreu, ainda que outra tenha sido outra a denominação dada pela impetrante, foi a dissolução parcial da BM&F, com a respectiva restituição do seu patrimônio, tal como expresso no artigo 61, § 1º supra, na forma de ações da BM&F S.A., a seus associados, e a constituição de duas novas sociedades: a BM&F S.A. e a Associação BM&F (Ata da 52ª Assembléia Geral Extraordinária – fls. 99/111).

A rigor, fiel ao disposto na dissolução das associações, sua seara interpretativa deve seguir a mesma sorte, ainda que se trate de dissolução parcial, forte no princípio geral de direito que o acessório segue a sorte do principal, bem como a afetação desse patrimônio aos fins que se incumbia. Deveras, por se cuidar de pessoa jurídica sem fins lucrativos, não se admite a transferência dos títulos representativos da associação para ações de uma sociedade anônima sem a observância do disposto no artigo 61 do Código Civil, eis que peculiar ao tratamento da associação, e como tal é regido. Interpretação diversa implicaria fraude a sucessão legal das associações, e burla ao Fisco.

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

Também não há de se acatar a alegação de decadência, tendo em vista que considera-se corrido o fato gerador no momento da desmutualização e, entre este momento e o lançamento, não transcorreu o prazo de cinco anos.

Diante de todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

MARCOS RODRIGUES DE MELLO - Relator

Processo nº 16327.000352/2009-69
Acórdão n.º **1302-00.880**

S1-C3T2
Fl. 458

CÓPIA