



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

Processo n° 16327.001070/2009-89
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-001.134 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de agosto de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO IRPJ
Recorrente SANTANDER BRASIL S.A. CORRETORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

PROCESSO JUDICIAL E IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA. OBJETOS. A propositura de ações judiciais resulta em renúncia à discussão na via administrativa das matérias levadas à apreciação do Poder Judiciário. Deve ser conhecida a impugnação, quando distintos os objetos do processo judicial e do processo administrativo.

LANÇAMENTO MEDIANTE AUTO DE INFRAÇÃO. O único instrumento legal à disposição do auditor-fiscal para o lançamento tributário, seu dever funcional, é o auto de infração, ainda que inexista infração ou que o respectivo crédito tributário esteja com a exigibilidade suspensa.

APURAÇÃO DO IMPOSTO. ERRO DE CÁLCULO. INEXISTÊNCIA. O alegado erro de cálculo na apuração do imposto exigido, por mostrar-se inexistente, não é apto a infirmar a autuação.

TAXA SELIC. APLICABILIDADE. A utilização da taxa SELIC para o cálculo dos juros de mora decorre de lei, sobre cuja aplicação não cabe aos órgãos do Poder Executivo deliberar.

CSLL. DECORRÊNCIA. O resultado do julgamento do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ espalha seus efeitos sobre a CSLL lançada em decorrência da mesma infração.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(assinado digitalmente)

Antônio José Praga de Souza – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Marcelo de Assis Guerra, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

SANTANDER BRASIL S.A. CORRETORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS recorre a este Conselho contra a decisão de primeira instância administrativa, que julgou procedente a exigência, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Transcrevo e adoto o relatório da decisão recorrida:

Em consequência de procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias, em 06/10/2009, foram lavrados contra a empresa contribuinte acima identificada, os Autos de Infração a seguir discriminados, para **formalização** do crédito tributário neles estipulados, no valor total de R\$ 18.980.867,41 (dezoito milhões, novecentos e oitenta mil, oitocentos e sessenta e sete reais e quarenta e um centavos), incluindo as multas de ofício e os juros de mora (calculados até 30/09/2009).

a) Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) - Lucro Real (fls. 119 a 125):

Total do Crédito Tributário: R\$ 13.956.520,16, sendo R\$ 11.796.568,48, a título de IRPJ; R\$ 2.159.951,68, a título de juros de mora calculados até 30/09/2009;

Fatos Geradores: 31/12/2007;

Enquadramento legal: (001) OUTROS RESULTADOS NÃO OPERACIONAIS. GANHOS AUFERIDOS EM DEVOLUÇÃO DO PATRIMÔNIO SOCIAL DE ENTIDADES ISENTAS: art. 17, caput, §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.532, de 1997; arts. 239 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99 - Decreto nº 3.000, de 26/03/1999.

b) Contribuição Social (CSLL) (fls. 124 a 128)

Total do Crédito Tributário: R\$ 5.024.347,25, sendo R\$ 4.246.764,65, a título de CSLL; R\$ 777.582,60, a título de juros de mora calculados até 30/09/2009;

Fato Gerador: 31/12/2007.

Enquadramento legal: (001) CSLL. (FINANCEIRAS) – art. 17, *caput*, §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.532, de 1997 art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/1988; art. 1º da Lei nº 9.316/1996 e art. 28 da Lei nº 9.430/1996; art. 37 da Lei nº 10.637/2002.

1.1. A ciência da autuação ocorreu em 09/10/2009, conforme documentos de fls. 122 e 127.

2. Nos Termos de Verificação nºs 01/2009.00108-9 (TV1) e 02/2009.00108-9 (TV2) de fls. 95/106 e 107/118, o auditor fiscal autuante, ao descrever os fatos, expõe que:

- a presente autuação é decorrente dos ganhos originados pela devolução do patrimônio da BOVESPA e da Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F) à corretora associada, com a entrega de ações da Bovespa Holding S.A. e da BM&F S.A., que ocorreram no âmbito de processo denominado desmutualização das bolsas;

- tanto a BOVESPA como a BM&F foram constituídas sob a forma de associações sem fins lucrativos, tendo sido emitidos títulos patrimoniais no momento de suas respectivas constituições, os quais além de refletir o valor da participação das corretoras nas bolsas, outorgava-lhes o direito de nelas operar;

- conforme documento da BOVESPA obtido em diligência, a fiscalizada possuía 27 (vinte e sete) títulos patrimoniais da mesma em 31/03/2007, mantidos até o momento da desmutualização. Outro documento da BOVESPA informa que o valor do título patrimonial da BOVESPA é de R\$ 1.568.890,19. Informa ainda que um título patrimonial da BOVESPA equivalerá a 706.762 ações de emissão da Bovespa Holding S/A, totalizando R\$ 1.568.803,71, pelo que existe um valor residual de R\$ 86,46. No exame dos lançamentos contábeis correspondentes à transformação dos títulos patrimoniais em ações, observamos a contabilização do valor total de R\$ 42.357.700,17 como Ações e Cotas, com um valor residual de R\$ 2.334,96, o que é consistente com o referido documento da BOVESPA;

- contatou no balancete que apresenta o saldo das contas internas por COSIF em outubro de 2007 que consta na conta 2.1.4.00.00-5- TÍTULOS PATRIMONIAIS, subconta 2.1.4.10.10.5- DE BOLSAS DE VALORES, conta interna 351872, o valor de R\$ 42.360.035,13, que corresponde ao valor das ações recebidas mais residual, apurado no item anterior;

- ainda no balancete com o saldo das contas internas por COSIF em outubro de 2007, observamos na conta 6.1.3.70.00-9 - RESERVA DE ATUALIZAÇÃO DE TÍTULOS PATRIMONIAIS, conta interna 785.200- RES. ATUAL. TIT. PATR-BOVESPA, o valor de R\$ 33.950.336,76, inferior ao constante na conta 2.1.4.00.00-5- TÍTULOS PATRIMONIAIS, subconta 2.1.4.10.10.5- DE BOLSAS DE VALORES;

- Conforme documento obtido em diligência, a fiscalizada possuía os seguintes títulos patrimoniais da BM&F no momento da desmutualização, com os respectivos valores contábeis: 2 títulos de Membro de Compensação (R\$ 4.961.610,00 cada); 1 título de Corretora de Mercadoria (R\$ 4.898.015,00 e 2 títulos de Sócio Efetivo (R\$ 10.000,00 cada);

- no processo de desmutualização, os referidos títulos foram substituídos por ações no valor total de R\$ 14.841.235,00, conforme lançamentos contábeis apresentados pela empresa. Constatamos no balancete que apresenta o saldo das contas internas

por COSIF em outubro de 2007 que consta na conta 2.1.4.00.00-5- TÍTULOS PATRIMONIAIS, subconta 2.1.4.10.20-8- DE BOLSAS DE MERCADORIAS E DE FUTUROS o valor de R\$ 14.841.235,00, na conta interna 351.885, o que coincide com o constante dos documentos citados anteriormente. Ainda no balancete com o saldo das contas internas por COSIF em outubro de 2007, observamos na conta 6.1.3.70.00-9 RESERVA DE ATUALIZAÇÃO DE TÍTULOS PATRIMONIAIS, conta interna 785.201- RES. ATUAL. TIT. PATR- BMF, o valor de R\$ 13.235.937,18, inferior ao constante na conta 2.1.4.00.00-5- TÍTULOS PATRIMONIAIS, subconta 2.1.4.10.20-8- DE BOLSAS DE MERCADORIAS E DE FUTUROS;

- intimada a esclarecer a origem e valor de aquisição dos títulos patrimoniais relativos à BOVESPA, a contribuinte apresentou documento da BOVESPA que informa que a corretora sob fiscalização é associada daquela entidade com o seguinte histórico: em 29/06/1977 houve a aquisição de um título patrimonial; em 28/02/2000 houve o desdobramento do título patrimonial emitido pela BOVESPA, na proporção de um para doze, conforme Assembléia Geral Ordinária; em 31/01/2002, houve a aquisição de 15 títulos patrimoniais em razão de reorganização societária, totalizando 27 títulos. Todavia não foi informado o valor de aquisição dos títulos patrimoniais. Reintimada a respeito, a contribuinte informou que "Conforme resposta anteriormente enviada, informamos que apesar de nossa solicitação efetuada à Bolsa de Valores e BM&F quanto aos valores que foram entregues para a formação do patrimônio não obtivemos resposta desta". Novamente reintimada, nos Termos de Intimação nº 01 e nº 02/2009.00108-9, a esclarecer a questão, a contribuinte sob fiscalização apresentou o documento datado de 14/05/2009, segundo o qual: "b) item 2: conforme informado no atendimento à Intimação nº 08/2008.00093-3, atendimento em 23/01/2009, a BM&F e a BOVESPA não informaram os valores dos custos de aquisições dos títulos nas respectivas bolsas (doc. 02); c) item 3: anexamos cópia do balancete do mês de outubro/2007 e razões que demonstram os valores dos títulos patrimoniais da BOVESPA e BM&F contabilizados no Ativo Permanente e no PL da Corretora (doc 03); d) item 4: idem ao item 3 (doc.03)".

- Intimada a esclarecer a origem e o valor de aquisição dos títulos patrimoniais relativos à BM&F, a contribuinte não os informou. Reintimada a respeito, a contribuinte afirmou que "Conforme resposta anteriormente enviada, informamos que apesar de nossa solicitação efetuada à Bolsa de Valores e BM&F quanto aos valores que foram entregues para a formação do patrimônio não obtivemos resposta desta". Novamente reintimada, nos Termos de Intimação nº 01 e nº 02/2009.00108-9, a esclarecer a questão, a contribuinte sob fiscalização apresentou o documento datado de 14/05/2009, segundo o qual: "b) item 2: conforme informado no atendimento à Intimação nº 08/2008.00093-3, atendimento em 23/01/2009, a BM&F e a BOVESPA não informaram os valores dos custos de aquisições dos títulos nas respectivas bolsas (doc. 02) (sublinhamos); c) item 3: anexamos cópia do balancete do mês de outubro/2007 e razões que demonstram os valores dos títulos patrimoniais da BOVESPA e BM&F contabilizados no Ativo Permanente e no PL da Corretora (doc 03); d) item 4: idem ao item 3 (doc.03)." (sublinhamos)

- Tendo em vista o exposto acima e considerando o disposto no art. 264 do Regulamento do Imposto de Renda- Decreto nº 3.000/99, não resta alternativa senão considerar no lançamento tributário o valor zero para "o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver entregue para a formação" do patrimônio da BOVESPA e do patrimônio da BM&F;

2.1. Quanto ao Direito, a autoridade fiscal consigna que a Receita Federal do Brasil manifestou-se por meio da Solução de Consulta nº 10/07 - Cosit (ementa publicada no DOU de 30.10.2007), proposta pela Comissão Nacional de Bolsa de Valores, acerca das repercussões tributárias advindas do processo de desmutualização. Na citada Solução de consulta, fica claro que se aplica, ao processo de desmutualização, a tributação prevista no artigo 17 da Lei 9.532/97, que, por sua vez, determina que deve ser computada na determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro a diferença entre o valor em dinheiro ou o valor dos bens recebidos a título de devolução de patrimônio de instituição isenta e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos entregues para a formação do patrimônio, no caso de pessoas jurídicas sujeitas ao pagamento do imposto de renda com base no lucro real. Portanto, o entendimento da Receita Federal do Brasil é o de que, no processo de desmutualização, houve a devolução da maior parte dos patrimônios da BOVESPA e da BM&F para as corretoras associadas, na forma de ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S.A., respectivamente. Isto porque, ao serem conferidas ações das novas sociedades em troca da substancial redução do valor do Título Patrimonial da BOVESPA e em substituição dos títulos patrimoniais da BM&F, a corretora passa a ser sócia de empresas que ostentam finalidade de lucro.

2.1.1. Informa que o valor a ser tributado é, portanto, o representado pela diferença entre o valor recebido pela corretora, na forma de ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S.A., e o valor por ela entregue para a formação do patrimônio da BOVESPA e da BM&F, conforme caput, § 3º e § 4º do art. 17 da Lei 9.532/97. Quanto à forma de atualização do valor dos Títulos Patrimoniais, registra que o artigo 9º do Anexo à Resolução CMN (BACEN) nº 2.690, de 28/01/2000, determina que, ao término de cada exercício social, deve haver a apuração do valor do patrimônio social da bolsa de valores com base nas demonstrações financeiras. O valor do patrimônio, apurado anualmente, era dividido pelo número de títulos patrimoniais existentes, chegando-se, assim, ao valor nominal atualizado dos Títulos Patrimoniais.

2.1.2. Após discorrer sobre a forma de contabilização dos títulos patrimoniais segundo o COSIF, observa o autuante que a contabilização da atualização dos Títulos Patrimoniais da BOVESPA e da BM&F detidos pelas corretoras não afetava o resultado do exercício, uma vez que a contrapartida da atualização do valor era registrada em conta de Reserva. Portanto, esta mais valia jamais foi tributada anteriormente. Explica que a previsão legal para a não tributação desse acréscimo patrimonial dos títulos ao longo do tempo, desde que não distribuído, foi dada pela Portaria MF nº 785, de 20/12/1971, destacando que referida Portaria trata de do evento "constituição de reserva com acréscimos no valor nominal dos títulos", o que não se confunde com o evento "devolução do patrimônio das bolsas às suas associadas", ora tributado, uma vez que se encontra alcançado pelo artigo 17 da Lei nº 9.532/97.

2.2. Informa que a contribuinte interessada impetrou mandado de segurança referente à matéria, conforme Processo Judicial nº 2008.61.00.000032-2, da 19ª Vara Federal de São Paulo), protocolado em 26/12/2007 e distribuído em 07/01/2008. Certidão de objeto e pé datada de 11 de novembro de 2008, referente aos autos, esclarece que a referida ação foi impetrada por Banco Santander S/A, CNPJ 90.400.888/0001-42; Santander S/A Corretora de Câmbio e Títulos, CNPJ 61.510.574/0001-02; e Santander Brasil Corretora de Títulos e Valores Mobiliários, CNPJ 49.474.463/0001-84, com pedido de liminar para suspender a exigibilidade de IRPJ e CSLL sobre o valor correspondente à atualização do valor dos títulos patrimoniais que as impetrantes detêm da Bovespa e da BM&F, espelhados pela conta Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais. Requerem ainda ao final a

concessão da segurança ou subsidiariamente que seja reconhecida a não incidência de IRPJ e CSLL sobre o valor correspondente às atualizações procedidas até o advento da Solução de Consulta nº 10/07 da Cosit e o reconhecimento da decadência do direito de constituir crédito tributário relativo a todas as atualizações levadas a efeito até o ano de 2002. Por fim requerem subsidiariamente que seja reconhecido que ainda não ocorreu a hipótese de incidência do IRPJ e CSLL no caso dos autos, o que só poderia acontecer por força de potencial alienação destes títulos convertidos em ações, declarando-se em consequência a não incidência de IRPJ e CSLL sobre o valor correspondente às ações que não foram alienadas.

2.2.1. Prossegue a informar que houve indeferimento de liminar em 26/12/2007, decisão mantida em 1ª instância em 27/12/2007, visto que a impetrante não apresentou elemento novo que justificasse nova apreciação da matéria. Decisão proferida em 28/12/2007 pelo TRF da 3ª. Região, no Agravo de Instrumento 2007.03.00.105115-9, concedeu parcialmente o efeito suspensivo à decisão agravada, para suspender até reapreciação da matéria pela Relatora o recolhimento de IRPJ e CSLL sobre o valor correspondente à atualização dos títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F em poder das recorrentes e que foram convertidos em ações. Conforme Acórdão disponibilizado no Diário de Justiça Eletrônico, "a Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Relatora", do qual extraímos o trecho a seguir: "*A operação de "desmutualização", objeto da controvérsia quanto aos efeitos fiscais, amolda-se à específica disposição do art. 17 da Lei 9.532/97*".

2.2.2. Registra também que, posteriormente, sentença judicial de 1ª instância, disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico em 02/04/2009, conforme consulta processual anexa, concedeu a segurança, nos seguintes termos: "*(...). Posto isto, considerando tudo o mais que dos autos consta, CONCEDO A SEGURANÇA requerida para afastar a incidência do Imposto sobre a renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido sobre o valor correspondente à atualização dos títulos patrimoniais que as impetrantes detinham da Bovespa e da BM&F, espelhadas pela conta "Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais" e que foram convertidos recentemente em ações.*" (grifou-se). A apelação da União foi recebida em seu efeito devolutivo. Os autos do Mandado de Segurança nº 2008.61.00.000032-2 encontram-se conclusos ao relator e os autos do Agravo de Instrumento nº 2007.03.00.105115-9 tiveram baixa definitiva à seção judiciária de origem, conforme consulta processual anexa. Após a decisão de 1ª instância, a União ingressou com o Agravo de Instrumento nº 2009.03.00.024700-6, cujos autos encontram-se conclusos ao relator.

2.3. Ao discorrer sobre o lançamento, a autoridade fiscal assevera que a sentença judicial afasta expressamente a exigibilidade do IRPJ e da CSLL sobre o valor correspondente à atualização dos títulos patrimoniais que as impetrantes detinham: (1) da BOVESPA, espelhado pela conta "Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais", qual seja, R\$ 33.950.336,76 (conta 6.1.3.70.00-9 - RESERVA DE ATUALIZAÇÃO DE TÍTULOS PATRIMONIAIS, conta interna 785.200- RES. ATUAL. TIT. PATR- BOVESPA), e (2) da BM&F, espelhado pela conta "Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais", qual seja, R\$13.235.937,18 (conta 6.1.3.70.00-9 - RESERVA DE ATUALIZAÇÃO DE TÍTULOS PATRIMONIAIS, conta interna 785.201- RES. ATUAL. TIT. PATR- BMF), pelo que os correspondentes lançamentos de IRPJ e CSLL serão efetuados com a sua exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151, IV, do CTN- Lei nº 5.172/1966.

2.3.1. Assinala não estarem cobertos pela decisão judicial o IRPJ e a CSLL incidentes sobre (1) os ganhos correspondentes à diferença entre o ganho total obtido no processo de desmutualização (R\$ 42.357.700,17) e o valor contabilizado na Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais- BOVESPA (R\$ 33.950.336,76), qual seja, R\$ 8.407.363,41 e, também (2) o ganho total obtido no processo de desmutualização (R\$ 14.841.235,00) e o valor contabilizado na Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais- BMF (R\$ 13.235.937,18), qual seja, R\$ 1.605.297,82.

2.3.2. Consigna, ainda o autuante que, em virtude do disposto no presente Termo de Verificação e respectivos Autos de Infração, fica o sujeito passivo intimado a alterar, no que couber, seus registros contábeis, Livro de Apuração do Lucro Real (LALUR) e Demonstrativo de Apuração da Base de Cálculo da CSLL do ano-calendário 2007.

3.2.3. Registra que:

- O ganho obtido no processo de desmutualização da BOVESPA (R\$ 42.357.700,17) deveria fazer parte das bases de cálculo da estimativa do IRPJ e da CSLL no mês de agosto de 2007, mas não foi oferecido à tributação. No tocante à parcela não coberta pela decisão judicial (R\$ 8.407.363,41), cabe o lançamento da multa isolada de 50% prevista no art. 44, inc. II, da Lei nº 9.430/96 (redação dada pela Lei 11.488/2007), sobre o valor do pagamento mensal não efetuado, cujo cálculo é apresentado abaixo:

	IR	CSLL
Pag não efetuado	2.101.840,85	756.662,71
Multa Isolada	1.050.920,43	378.331,35

- O ganho obtido no processo de desmutualização da BM&F (R\$ 14.841.235,00) deveria fazer parte das bases de cálculo da estimativa do IRPJ e da CSLL no mês de outubro de 2007, mas não foi oferecido à tributação. No tocante à parcela não coberta pela decisão judicial (R\$ 1.605.297,82), cabe o lançamento da multa isolada de 50% prevista no art. 44, inc. II, da Lei nº 9.430/96 (redação dada pela Lei 11.488/2007), sobre o valor do pagamento mensal não efetuado, cujo cálculo é apresentado abaixo:

	IR	CSLL
Pag não efetuado	401.324,46	144.476,80
Multa Isolada	200.662,23	72.238,40

3. Irresignada com o lançamento, a interessada, por intermédio de seus advogados e procuradores (docs. às fls. 186/190 c/c docs. de fls. 290-291, 299/315), apresentou, em 10/11/2009, a impugnação de fls. 148 a 180, acompanhada dos documentos de fls. 181 a 280. Após descrição dos fatos, a interessada expõe suas razões de defesa, conforme a seguir resumido.

3.1. Em preliminar, a impugnante argui a inadequação do Auto de Infração para o lançamento. Argumenta que o Fisco tem *outro instrumento jurídico para outro instrumento jurídico para garantir a constituição do crédito, qual seja, o da notificação de lançamento prevista nos artigos 9º e 11 do Decreto nº 70.235/72 (na redação da Lei nº 8.748/93)*, e afirma que, *no presente caso, utilizou-se o Fisco de instrumento inadequado para constituir os créditos tributários, uma vez que a Impugnante está amparado pela sentença proferida no Mandado de Segurança já informado, que lhe autorizou a não recolher o IRPJ e a CSLL sobre a atualização dos títulos patrimoniais. Portanto, não há no presente caso nenhuma irregularidade passível de ser apenada e apurada através de auto de infração..*

3.2. Sob o tópico “Da Ausência de Renúncia à Esfera Administrativa” a impugnante defende a inaplicabilidade do artigo 38 da Lei nº 8.748/93, o qual prevê e que a propositura de ação judicial pelo contribuinte importa em renúncia à esfera administrativa. Justifica o seu entendimento pelo fato da ação ter sido ajuizada anteriormente à autuação que originou o presente processo administrativo. Frisa que, além de não ter renunciado expressamente à via administrativa, *há outros argumentos que não estão sendo debatidos na esfera judicial, os quais devem ser apreciados, por se tratar de matéria diferenciada, tais como: (i) decadência do direito de lançar; (ii) iliquidez e incerteza do auto de infração; (iii) correta interpretação do artigo 38 da Lei nº 6.830/80 e (iv) ilegalidade da taxa Selic.*

3.3. Quanto ao Direito, a impugnante contesta a aplicação do artigo 17 da Lei nº 9.532, de 1997, pois entende que não ocorreu, na operação de desmutualização, a extinção das associações e a criação das sociedades anônimas, mas, sim, que *a substituição dos títulos por ações decorreu de operação societária de transformação de associação civil em sociedade por ações, operação, aliás, expressamente prevista pelo artigo 2.033 do Código Civil de 2002.* Neste caso, aplicar-se-ia o disposto no artigo 1.113 do Código Civil de 2002, que dispõe que “o ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade [...]”. Afirma que a operação de desmutualização *implica mera reclassificação de um direito, ou, quando muito, uma permuta de ativos.* Frisa não existir devolução de capital, por se tratar de simples substituição.

3.3.1. Registra, por fim que, *se a não incidência preconizada pela Portaria nº 785/77 foi expressamente reconhecida e o artigo 17 da Lei nº 9.532/97 é inaplicável ao presente caso, então não há dúvidas de que não resta nenhum outro fundamento legal hábil a justificar a incidência dos tributos exigidos por meio dos autos de infração ora combatidos.*

3.4. A impugnante defende ainda que, *em tendo sido tributada a "valorização" do título, tal procedimento deverá ser afastado de plano por essa I. Turma Julgadora, pois, de acordo com a Portaria nº 785/77 do Ministério da Fazenda, citada inclusive pela própria Autoridade Fiscal, referidas atualizações, quando positivas, não estão sujeitas à tributação pelo IRPJ.* Disposição que entende encontrar-se em vigor até hoje.

3.4.1. Registra que *a conta de reserva que espelha a atualização do valor dos títulos seria elevada quando as bolsas apresentassem resultado positivo e reduzida quando tal resultado fosse negativo, o que nada mais é do que a aplicação do regime jurídico da equivalência patrimonial.* Procedimento este de observância obrigatória em face de determinações do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários. Neste diapasão conclui que seriam aplicáveis *ao caso objeto do presente processo os preceitos legais que versam sobre o tratamento tributário das avaliações procedidas pelo método da equivalência patrimonial (arts. 225 e 389 do RIR), que estabelecem a não incidência do IRPJ e da CSL sobre a atualização dos títulos das bolsas.* Entendimento que estaria alinhado com a conclusão da Decisão COSIT nº 13, de 1997.

3.4.2. A contribuinte repele o entendimento no sentido de *que a substituição dos títulos patrimoniais por ações pode ser classificada como uma operação de alienação (e, conseqüentemente, como a realização da reserva de atualização dos títulos), pois a desmutualização não possibilita às corretoras qualquer outra alternativa que não seja a substituição dos títulos pelas ações da Bovespa Holding S.A. e BM&F S/A correspondentes. Assim, não existe a prerrogativa de venda dos títulos ou de permuta por um outro ativo.*

3.4.3. Considera que, *caso se entenda que a Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais representaria acréscimo patrimonial, certo é que esse acréscimo só poderia ser tributado quando da venda, pela Impugnante, dessas ações da Bovespa S/A. Lembra que operação análoga, que envolveu a substituição de títulos patrimoniais da Bovespa por ações da Clearing, atual CBLC, já foi objeto de apreciação pela Receita Federal, que, na Decisão na 13 da COSIT de 1997, acentuou que tal operação é, efetivamente, **mera permuta**, conforme se infere do excerto que transcreve à fl. 155. Arremata que esse ato permutativo é previsto no art. 22 da Lei nº 9.249/95, que assevera não haver incidência do Imposto sobre a Renda em decorrência de operações dessa natureza.*

3.5. Alega ainda a impugnante a decadência do direito de o Fisco proceder ao lançamento relativamente às atualizações efetuadas até o ano-base de 2003, conforme artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional. Reporta-se à ementa do acórdão 103-14-794, que entende tratar-se de caso “análogo”, a ser aplicado o mesmo entendimento.

3.6. Também reclama que *os referidos lançamentos, originários do presente processo administrativo, são **ilíquidos e incertos**, já que padecem de evidente erro de cálculo.* Nesse sentido, argumenta que a diferença a que se refere o *caput* do artigo 17 da Lei nº 9.532, de 1997, deve ser computada na apuração do lucro real, e que a autoridade fiscal deveria ter recomposto o lucro real apurado pela impugnante no ano-calendário de 2007, tendo simplesmente tributado a diferença pela aplicação da alíquota de 15% e do adicional de 10% sobre a “simples” diferença. Entende que não haveria que se falar em adicional de 10%, porque não teria sido apurada a base de cálculo para tanto. Conclui assim que os lançamentos efetuados padecem de liquidez e certeza, em razão “do evidente erro de cálculo incorrido pela Fiscalização. Com base no artigo 142 do CTN, nos artigos 10 e 11 do Decreto nº 70.235/1972 e em entendimento de Carlos Augusto Jeniêr, sobre os atributos do lançamento, e de Manoel Antonio Gadelha Dias, sobre os requisitos fundamentais do lançamento, a impugnante conclui que os créditos tributários do IRPJ e da CSLL são ilíquidos e incertos e aguarda que seja determinado o cancelamento integral das autuações fiscais.

3.7. Por fim, considerando a natureza remuneratória da taxa Selic e por não ter sido criada por lei, argúi a ilegalidade e inconstitucionalidade da utilização da Taxa Selic como índice para o cômputo dos juros de mora, defendendo a aplicação da taxa de 1% ao mês.

A decisão recorrida está assim ementada:

PROCESSO JUDICIAL E IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA. OBJETOS. A propositura de ações judiciais resulta em renúncia à discussão na via administrativa das matérias levadas à apreciação do Poder Judiciário. Deve ser conhecida a impugnação, quando distintos os objetos do processo judicial e do processo administrativo.

LANÇAMENTO MEDIANTE AUTO DE INFRAÇÃO. O único instrumento legal à disposição do auditor-fiscal para o lançamento tributário, seu dever funcional, é o auto de infração, ainda que inexistir infração ou que o respectivo crédito tributário esteja com a exigibilidade suspensa.

APURAÇÃO DO IMPOSTO. ERRO DE CÁLCULO. INEXISTÊNCIA. O alegado erro de cálculo na apuração do imposto exigido, por mostrar-se inexistente, não é apto a infirmar a autuação.

TAXA SELIC. APLICABILIDADE. A utilização da taxa SELIC para o cálculo dos juros de mora decorre de lei, sobre cuja aplicação não cabe aos órgãos do Poder Executivo deliberar.

CSLL. DECORRÊNCIA. O resultado do julgamento do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ espalha seus efeitos sobre a CSLL lançada em decorrência da mesma infração.

Impugnação Improcedente

Cientificada da aludida decisão, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 29/05/2011, às fls 297 e seguintes, no qual contesta as conclusões do acórdão recorrido, repisa as alegações da peça impugnatória sobre os seguintes tópicos:

II.1. Da Inadequação do Meio Utilizado

II.2 – Da Ausência de Renúncia à Esfera Administrativa

III.1. – Do art. 17 da Lei nº 9.532/97

III.2. - Da Portaria do Ministério da Fazenda, Do Método da Equivalência Patrimonial e Da Inexistência de Disponibilidade Passível de Tributação

III.3. Da Decadência do Direito de Lançar

III.4. – Da Iliquidez e Incerteza do Autos de infração

III.5 – Da Ilegalidade e Inconstitucionalidade da Taxa Selic

Ao final, requer o provimento nos seguintes termos (verbis):

IV - DO PEDIDO

Pelo exposto, a Recorrente requer a este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais o recebimento, o conhecimento e o provimento do presente recurso voluntário, seja em razão das preliminares, seja em razão do mérito, com a conseqüente reforma do acórdão nº 16-27.003 e o conseqüente cancelamento do dos débitos de IRPJ e CSLL ora discutidos, com o que se estará fazendo justiça!

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Jose Praga de Souza, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos legais e regimentais para sua admissibilidade, dele conheço.

Passo a apreciar as alegações recursais.

DA RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA

A própria contribuinte afirma que teria impetrado diversos mandados de segurança e que, por essa razão, o crédito tributário estaria com sua exigibilidade suspensa. Não obstante, a recorrente afirma que não teria havido renúncia à discussão na esfera administrativa, haja vista que seus Mandados de Segurança foram propostos anteriormente à autuação. Com essa afirmação, a contribuinte litiga expressamente contra Súmula do CARF, que diz:

Súmula CARF n.º 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. (

Note-se que a jurisprudência pacífica e sumulada do CARF reconhece a concomitância ainda que a discussão judicial preceda o lançamento de ofício. Diante disso, não restam dúvidas de que a contribuinte renunciou ao seu direito de discutir a relação jurídico-tributária na esfera administrativa. **Por conseguinte, não deve ser apreciada a matéria em discussão nos mandados de segurança impetrados pela contribuinte - nos termos da súmula CARF nº 1, acima transcrita.**

DO PROCESSO DE DESMUTUALIZAÇÃO DA BOVESPA E DA BM&F

Para compreender melhor a questão discutida no presente processo administrativo, é preciso descrever os fatos que originaram a constituição do crédito tributário objeto do lançamento. Dessa forma, vejamos como ocorreu o processo de reestruturação da Bolsa de Valores de São Paulo - Bovespa e da Bolsa de Mercadorias e Futuros - BM&F, por meio da operação conhecida como desmutualização.

A Bovespa e a BMF nasceram, respectivamente, em 1967 e 1985, com contornos jurídicos de Associações sem Fins Lucrativos. Durante sua existência, essas associações emitiram diversos títulos, representativos de frações do seu patrimônio. Nesse ponto, vale ressaltar que a propriedade desses títulos era condição necessária para ter acesso às operações intermediadas pelas bolsas de valores acima mencionadas. Em outras palavras, as pessoas físicas e jurídicas que desejassem participar de operações organizadas pela Bovespa e pela BM&F deveriam adquirir tais títulos patrimoniais.

É oportuno notar que a característica de associações sem fins lucrativos, somada ao fato de realizar atividades de extrema relevância para os interesses nacionais, permitiram às Bolsas gozar de tratamento diferenciado pela legislação nacional. Exemplo desses favores legais encontra-se no art. 15 da Lei nº 9.532, de 1997, e no art. 14 da Lei nº 6.385, de 1976, com a redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001, senão vejamos:

Lei nº 9.532, de 1997

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. (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001) [destaques não constam no original]

§ 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.

Lei nº 6.385, de 1976

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. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001) [destaques não constam no original]

Foi justamente neste cenário de favor fiscal (isenção) e de íntima relação com o poder público (possibilidade de dotação orçamentária) que as Bolsas construíram um patrimônio robusto e invejável. Esse contexto fático assim permaneceu até o ano de 2007, data em que sucederam as alterações na estrutura jurídica daquelas entidades. Naquele ano, seguindo uma tendência mundial iniciada em março de 1997 - quando a OMX Group (reunião de bolsas de valores Nórdicas) abriu o seu capital e deflagrou a oferta inicial de ações - a Bovespa decidiu afastar-se do modelo de associações sem fins lucrativos para adotar a forma de sociedade anônima e sua inexorável finalidade lucrativa. Diante disso, foi denominado "Desmutualização" justamente o conjunto de alterações societárias que culminaram na transferência das atividades das Bolsas - até então desempenhadas por associações sem fins lucrativos - para companhias abertas, com propósitos econômicos.

A literatura sobre o tema nos dá conta de que os principais motivos para a abertura de capital das bolsas de valores em todo o mundo foram: 1. progresso da tecnologia da informação; 2. ambiente favorável para a concorrência criado pela liberalização da economia associada à menor proteção e controle de capitais; 3. temor de que transações migrassem para outros mercados; 4. necessidade de captação de recursos, cada vez mais necessários para fazer frente aos investimentos em tecnologia. Nessa perspectiva, é de extrema relevância para o presente caso a menção dos reais motivos que levaram as bolsas a abrirem seu capital em todo o mundo. Com efeito, conhecendo esses detalhes é possível afastar qualquer pretensão do contribuinte recorrente no sentido de aproximar o processo de desmutualização (criação de sociedades anônimas) com qualquer determinação estatal. Significa dizer que a desmutualização das Bolsas brasileiras partiu de decisão interna corporis das associações e de seus associados, detentores dos títulos de propriedade, seguindo tendências mundiais do setor. Não houve, repita-se, qualquer determinação estatal para tanto.

Percebe-se, portanto, que a desmutualização teve o intuito de transferir as atividades compreendidas no objeto social das associações civis sem fins lucrativos para outras entidades, organizadas sob a forma de sociedades anônimas. Assim, separou-se nos títulos emitidos pela BOVESPA e pela BM&F o seu conteúdo operacional dos direitos patrimoniais, que foram corporificados em ações da Bovespa Holding S/A e a BM&F S/A, respectivamente. Dessa maneira, a cada detentor de títulos representativos dos patrimônios da Bovespa e da BM&F foi atribuído um número de ações de emissão, respectivamente, da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A.

Considerando que neste processo de desmutualização houve devolução do patrimônio das associações civis sem fins lucrativos para as corretoras a elas associadas, na forma de ações das novas sociedades anônimas constituídas, o montante correspondente à diferença entre o valor recebido a título de devolução de patrimônio de sociedades isentas e o valor entregue para a formação do mesmo deveria ter sido computado na determinação do lucro real da autuada, nos termos do artigo 17 da Lei 9532/97. Portanto, em razão da omissão dos ganhos auferidos nesta devolução patrimonial, autuou-se a ora recorrente, que detinha alguns títulos patrimoniais emitidos pela BOVESPA e pela BM&F.

DO REGIME JURÍDICO APLICÁVEL ÀS ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS

O cerne da questão controvertida nestes autos diz respeito ao regime jurídico a que se submetiam as Bolsas de Valores (Bovespa e BM&F) ao tempo das "operações societárias" de 2007. A contribuinte Recorrente defende a aplicação do regime próprio das sociedades anônimas, sendo plenamente aplicável, segundo ele, os institutos da cisão, fusão e incorporação. Assim sendo, ainda segundo a contribuinte, teria havido uma cisão das Bolsas (Bovespa e BM&F) seguida de incorporação da parcela do patrimônio pelos respectivos associados. Ao final da operação, os antigos associados, até então detentores de títulos patrimoniais, passaram à condição de acionistas das sociedades anônimas criadas.

Entretanto, o regime jurídico a que se submetiam as Bolsas ao tempo das operações só pode ser aquele próprio das associações sem fins lucrativos. Com efeito, as normas legais sobre as associações sem fins lucrativos não contemplam os institutos da cisão, incorporação ou fusão. Assim, o processo de desmutualização das Bolsas culminou com a extinção das respectivas Associações sem fins lucrativos (Bovespa e BM&F), até então isentas, conduzindo a uma devolução de patrimônio social ao Contribuinte Recorrente - que não ofereceu à tributação o ganho ali auferido.

Portanto, necessário verificar porque o regime da Lei nº 6.404/76 (sociedade por ações) não podia ser aplicado, à época dos fatos geradores, às operações de desmutualização levadas a termo pelas Bolsas. Além disso, também é imprescindível demonstrar porque o contribuinte deveria ter oferecido à tributação o acréscimo patrimonial auferido com a desmutualização das Bolsas.

Primeiramente, é preciso ser dito que a contribuinte insiste, repetidas vezes, que a incorporação, a cisão e a fusão de bolsas de valores eram plenamente aplicáveis ao caso em análise. Por mais engenhosas que tenham sido as operações societárias que culminaram com a transferência das atividades das Bolsas para uma S.A., não há como fugir da

simplicidade dos fatos. Implica dizer que, ao final das operações, as associações civis sem fins lucrativos estavam extintas e, em seu lugar, constituíram-se sociedades anônimas.

Os institutos da fusão, cisão e incorporação não são de utilização permitida pelas associações, por força do disposto no art. 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). Com efeito, a legislação aplicável às sociedades não pode ser estendida às associações em razão das próprias características que diferenciam um e outro tipo de pessoa jurídica. Portanto, não se pode pretender aplicar às associações uma legislação elaborada para reger pessoas jurídicas com elementos tão distintos, como é o caso das sociedades.

Ora, é sabido que uma sociedade é caracterizada por ser uma pessoa jurídica decorrente de um estatuto social ou de um contrato, pelo qual duas ou mais pessoas se obrigam a prestar certa contribuição de bens ou serviços, formando um patrimônio destinado ao exercício de atividade econômica, e com a intenção de partilhar lucros entre si. Nesse sentido, as antigas Bovespa e BM&F, para serem consideradas sociedades e, portanto, poderem realizar operações societárias de cisão, incorporação e un formação, deveriam partilhar dos resultados advindos da atividade econômica volvida. Todavia, por terem sido constituídas sob a forma de associações civis SEM FINS LUCRATIVOS, não há que se falar em distribuição de lucros e, portanto, em equiparação de tais entidades a sociedades. Desse modo, resta inviabilizada a pretensão de estender à Bovespa e à BM&F a legislação de regência das sociedades empresárias. Corrobora esse entendimento, ou seja, de aplicação daqueles institutos jurídicos somente às sociedades mercantis, a Instrução Normativa N° 88 do DNRC³, que 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.

Nessa perspectiva, buscando diferenciar de forma adequada o tratamento a ser dado às associações civis daquele conferido às sociedades empresárias - que no antigo Código Civil eram reguladas por normas previstas na mesma seção, intitulada "Das Sociedades ou das Associações Civis" - o legislador alterou a disciplina das diversas pessoas jurídicas. Assim, o regime jurídico das associações passou a ser previsto nos artigos 53 a 61 do Código Civil de 2002, ou seja, em local apartado dos dispositivos que tratam das sociedades. Portanto, em casos como o dos autos, a regra aplicável não é outra senão o art. 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, omissis este, 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.

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

A contribuinte defende a aplicação de institutos próprios de sociedades empresárias com fundamento em interpretação literal e isolada do art. 2033 do Código Civil de 2002:

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. Dessa maneira, ainda que se admita a aplicação de cisão, incorporação, etc., às associações civis sem fins lucrativos - por força de interpretação isolada do art. 2.033 do Código Civil, de 2002 - não se pode fugir das conseqüências estipuladas no art. 61 também do Código Civil, de 2002. Implica dizer que o regime jurídico própria das associações civis sem fins lucrativos não pode ser desprezado, sob pena de ofensa ao critério da especificidade, prestigiado até mesmo pelo citado art. 2.033. Com efeito, o art. 2.033 do Código Civil, de 2002, ressalva sua aplicação em caso de legislação específica. Nesse ponto, importante lembrar que os arts. 53 a 61 do Código Civil, de 2002, trouxeram regramento específico para as associações civis. Portanto, admitir a utilização indiscriminada dos institutos da transformação, cisão e incorporação de sociedades empresárias ao presente caso, significa negar vigência ao regime jurídico que disciplina as associações civis sem fins lucrativos, mormente ao art. 61 do Código Civil.

Diante disso, parece-nos suficientemente claro que as associações civis sem fins lucrativos não podem destinar parte ou a totalidade de seu patrimônio para exploração de atividade econômica visando lucro. Implica dizer que não bastaria simplesmente cindir o patrimônio da BOVESPA e da BMF e utilizá-lo para a criação de outra pessoa jurídica que desenvolveria a atividade com finalidade lucrativa. Com efeito, a partir de interpretação sistemática e teleológica das normas que regem as associações sem fins lucrativos, é possível concluir que a operação de desmutualização da BOVESPA e da BMF exigiria a prévia extinção destas associações e a inevitável devolução patrimonial aos associados - dentre eles a contribuinte.

Por seu turno, relevante destacar que 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. Dessa forma, não podem os beneficiários da desmutualização se furtarem aos efeitos jurídicos dessa decisão, inclusive os efeitos tributários. Assim, a contribuinte deveria ter oferecido à tributação os valores do patrimônio das associações extintas que lhe

foram devolvidos, uma vez que se tratavam de entidades isentas. Esse é o comando do art. 17 da Lei nº 9.532, de 1997, senão vejamos:

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.

(...)

§ 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.

(...)

Vale a pena destacar que a matéria já recebeu manifestação do Poder Judiciário, que acolheu todos os argumentos aqui enunciados e manteve os lançamentos tributários, senão vejamos:

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. (destaques não constam no original)

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. (destaques não constam no original) [...]

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

EMENTA 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: (destaques não constam no original)

[...]

Logo, por não ter a contribuinte observado as disposições legais que regem a matéria, mormente o art. 61 do Código Civil e o art. 17 da Lei nº 9.532, de 1997, o lançamento tributário realizado não merece reparo.

DA TRIBUTAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL DECORRENTE DO PROCESSO DE DESMUTUALIZAÇÃO: APURAÇÃO DO VALOR DOS TÍTULOS PATRIMONIAIS DAS BOLSAS DE VALORES

A contribuinte aduz que o procedimento contábil a ser utilizado para as atualizações dos títulos patrimoniais seria análogo ao da equivalência patrimonial. Além disso, afirma que a utilização do MEP teria sido imposta pelo Conselho Monetário Nacional e pela CVM às instituições financeiras e equiparadas. Assim, dever-se-ia aplicar ao presente processo as normas que tratam das avaliações procedidas pelo método da equivalência patrimonial. Entretanto, tais alegações não merecem prosperar.

Percebe-se que a recorrente, mais uma vez, visa a aplicação do regime jurídico próprio das sociedades anônimas. Isso porque pretende utilizar o método da equivalência patrimonial - previsto na Lei nº 6.404, de 1976 - para avaliar o ativo correspondente ao título patrimonial que lhe assegurava a condição de associada das Bolsas de Valores. Portanto, necessário verificar porque o regime da Lei nº 6.404/76 (sociedade por ações) não podia ser aplicado, à época dos fatos geradores, às operações de alienação de títulos patrimoniais da BOVESPA e da BM&F - concretizadas com a desmutualização. Além disso, também é imprescindível demonstrar porque a contribuinte deveria ter oferecido à tributação o acréscimo patrimonial auferido com mencionada operação.

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

A Bovespa e a BMF nasceram, respectivamente, em 1967 e 1985, com contornos jurídicos de Associações sem Fins Lucrativos. Durante sua existência, essas associações emitiram diversos títulos, representativos de frações do seu patrimônio. Nesse ponto, vale ressaltar que a propriedade desses títulos era condição necessária para ter acesso às operações intermediadas pelas bolsas de valores acima mencionadas. Em outras palavras, as pessoas físicas e jurídicas que desejassem participar de operações organizadas pela Bovespa e pela BM&F deveriam adquirir tais títulos patrimoniais.

Ao tempo das operações que culminaram com a desmutualização, o regime jurídico das Bolsas de Valores permanecia o mesmo, ou seja, aquele próprio das associações sem fins lucrativos. Diante disso, não restam dúvidas de que as normas aplicáveis à BOVESPA e à BM&F eram as previstas nos art. 53 a 61 do Código Civil de 2002. Isso porque o regime jurídico das associações está previsto nos aludidos dispositivos legais - em local apartado dos dispositivos que tratam das sociedades.

Ora, é sabido que uma sociedade é caracterizada por ser uma pessoa jurídica decorrente de um estatuto social ou de um contrato, pelo qual duas ou mais pessoas se

obrigam a prestar certa contribuição de bens ou serviços, formando um patrimônio destinado ao exercício de atividade econômica, e com a intenção de partilhar lucros entre si. Nessa perspectiva, as antigas Bovespa e BM&F, para serem consideradas sociedades, deveriam partilhar os resultados advindos da atividade econômica desenvolvida. Todavia, por terem sido constituídas sob a forma de associações civis SEM FINS LUCRATIVOS, não há que se falar em distribuição de lucros e, portanto, em equiparação de tais entidades a sociedades.

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

As razões utilizadas acima servem para se refutar o entendimento da contribuinte, no sentido de que seria aplicável o método da equivalência patrimonial (MEP) para a avaliação do título patrimonial das bolsas de valores. Ora, o MEP foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 6.404, de 1976, e deve ser aplicado de acordo com os preceitos firmados por este diploma legal. Assim, o primeiro aspecto que deve ser ressaltado

é que a Lei nº 6.404, de 1976, tem como destinatárias as sociedades por ações, que possuem natureza jurídica totalmente diversa das associações. Com efeito, basta lembrar que a BOVESPA e a BMF foram instituídas como associações sem fins lucrativos, enquanto as sociedades por ações servem para o desenvolvimento de atividades empresariais - cujo objetivo é proporcionar lucro aos seus sócios. Desse modo, fica evidente a incompatibilidade da Lei nº 6.404, de 1976, com o regime jurídico das associações.

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

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

“(...)nunca estiveram as sociedades corretoras autorizadas a avaliar as cotas ou frações ideais do patrimônio das bolsas de valores pelo MEP. Estavam, sim, autorizadas pela Portaria nº 785, de 1977, a postergar a tributação sobre o valor dos acréscimos efetuados ao valor nominal das cotas ou frações ideais recebidos em virtude de aumento do capital social das bolsas de valores para o momento em que houvesse a redução do capital ou até mesmo a extinção dessas associações.”

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

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

Portaria nº 785, de 20 de dezembro de 1977

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

Resolve:

I. Os acréscimos do valor nominal dos títulos patrimoniais das Bolsas de Valores, em decorrência de alteração do seu patrimônio social, não constitui receita nem ganho de capital das sociedades corretoras associadas e, por isso, pode ser

excluído do lucro real destas desde que não seja distribuído e constitua reserva para oportuna e compulsória incorporação ao capital.

II. Aos aumentos de capital assim procedidos aplica-se o disposto no Decreto-Lei nº 1.109/70, art. 3º, § 3º (RIR, art. 237).

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

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

(...)

m) o valor das ações, quotas ou quinhões de capital, recebidos em decorrência dos aumentos de capital efetuados nos termos e condições dos artigos 197, §§ 6º e 9º, 223, alínea l, 223, § 31, 236, 243, alínea d, 250, 254, § 3º, 283, 297, 577, 578 e 583 (Decreto-lei nº 1.096/70, art. 1º, §§ 6º e 7º, Lei nº 4.862/65, art. 49, Decreto-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);

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

Não merecem prosperar, igualmente, alegações no sentido de que o Ofício Circular CVM nº 325/1979, e a Circular do Banco Central do Brasil nº 1.273/1987 teriam obrigado as sociedades corretoras de valores a avaliarem seus títulos patrimoniais das bolsas de valores (associações) pelo MEP. Com efeito, infere-se da leitura do art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976⁴, que o MEP só se aplica aos investimentos em sociedades controladas ou coligadas. Diante disso, não se pode admitir que o Poder Regulamentar conferido à CVM, pela Lei nº 6.404 de 1976, possa servir para autorizar a extensão do MEP para as Bolsas de Valores constituídas sob a forma de associação civil. Isso porque o art. 4º da referida lei evidencia que as normas expedidas pela CVM sujeitam apenas as companhias abertas.

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

da associação - o que é totalmente incompatível com a finalidade e a estrutura de uma associação sem fins lucrativos.

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

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

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 01.07 a 31.12.88;

d) dispensar-se-á, em 30.06 e 31.12.88, a publicação das demonstrações financeiras de forma comparada com as de outros períodos.

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

De forma a evidenciar ainda mais o desacerto do entendimento sustentado pelo contribuinte, analisemos também o já revogado art. 10 da Resolução Bacen nº 1.656/1989, que aprovou o Regulamento que disciplinava a constituição, a organização e o funcionamento

das bolsas de valores, por força do disposto, à época, no art. 18 da Lei nº 6.385, de 1976, que assim dispunha:

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

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

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

Parágrafo 3. A falta de manifestação da Comissão de Valores Mobiliários, após 30 (trinta) dias da apresentação dos respectivos processos de atualização, implicará aceitação da proposta.

Parágrafo 4. O prazo previsto no parágrafo anterior poderá ser interrompido, uma única vez, por no máximo 30 (trinta) dias, caso a Comissão de Valores Mobiliários requirir à Bolsa de Valores informações ou documentos adicionais.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

APLICAÇÃO DO MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL PARA AVALIAÇÃO DO PATRIMÔNIO DE ASSOCIAÇÕES: DA DEFINIÇÃO DOS EFEITOS TRIBUTÁRIOS SEGUNDO AS NORMAS TRIBUTÁRIAS

No tópico anterior, procurou-se demonstrar as razões que impedem a utilização do MEP para avaliar os títulos patrimoniais emitidos pela BOVESPA e pela BM&F. No entanto, caso se entenda que o MEP poderia ser utilizado pelas corretoras que detinham títulos patrimoniais das Bolsas de Valores - situação da recorrente - ainda assim há que se diferenciar os efeitos meramente contábeis dos efeitos tributários das operações realizadas pela contribuinte recorrente.

Primeiramente, relevante explicitar quais seriam as conseqüências da pretensão da contribuinte, no sentido de utilizar o MEP para avaliar seus títulos patrimoniais da BOVESPA e BM&F. Primeiramente, deveria ser considerado o valor contábil dos títulos patrimoniais no momento de sua alienação. Significa dizer que, segundo a contribuinte, para verificar se houve ganho de capital, a Fiscalização teria que cotejar o valor registrado em sua contabilidade - que correspondia ao valor originário do título patrimonial acrescido das atualizações efetivadas ao longo dos anos - e o valor recebido na alienação título patrimonial. Assim, a recorrente discorda da metodologia empregada pela autoridade administrativa, que considerou o custo de aquisição do título patrimonial para apurar o ganho de capital da operação.

O problema da proposta da contribuinte é que ela não condiz com a realidade da BOVESPA e da BM&F. Em outras palavras, a recorrente tenta fazer prevalecer os efeitos tributários do MEP para as associações sem fins lucrativos - apesar de notória a disparidade entre o regime jurídico das sociedades empresárias e o regime jurídico das associações sem fins lucrativos. Assim, vale a pena explicar por qual motivo um in e timento avaliado pelo MEP, ao ser alienado pela investidora, tem como parâmetro o valor contábil. Nesse ponto, importante transcrever trecho da obra Manual de Contabilidade Societária:

O método da equivalência patrimonial concentra grande complexidades e dificuldades de aplicação prática. Todavia apresenta resultados significativamente mais adequados. Esse critério traz reflexos relevantes nas demonstrações contábeis da

empresas com participação em coligadas, em controladas e em controladas em conjunto, com repercussões positiva: particularmente nos mercados de capitais e de crédito. Por esse critério, as empresas reconhecem os resultados de seu investimentos nessas entidades no momento em que tais resultados são gerados naquelas empresas, e não somente no momento em que são distribuídos na forma de dividendo, como ocorre no método de custo.

Dessa forma, o método da equivalência patrimonial acompanha o fato econômico, o que é a geração dos resultados e não a formalidade da distribuição de tal resultado (...)"

Percebe-se, portanto, que a lógica do MEP é oportunizar às sociedades investidoras a possibilidade de registrar os resultados ainda não distribuídos pelas suas coligadas ou controladas. Especificamente quanto aos lucros, não é preciso que a sociedade investida reconheça e distribua os dividendos dos seus acionistas para que estes registrem os ganhos provenientes da coligada ou controlada. Dessa maneira, os investidores obtêm a vantagem de refletir em seus balanços contábeis os resultados de seus investimentos em coligadas ou controladas mesmo sem o efetivo recebimento.

Partindo desse contexto, se um ativo foi avaliado pelo MEP significa que o dividendo não distribuído integra o valor do investimento, ou seja, o investido reconhece em sua contabilidade, por meio do MEP, os dividendos ainda não disponibilizados pela coligada ou controlada. É por essa razão que, no momento da alienação do investimento deve-se considerar o seu valor contábil. Com efeito, os valores a que teria direito o investidor - produzidos e não disponibilizados pelas suas coligadas ou controladas - serão realizados com a alienação do ativo. A lógica é relativamente simples: o lucro será tributado na investida, ficando retido nesta o dividendo ainda não entregue ao investidor. Assim, os dividendos serão "recebidos" pelo investidor quando este vender um investimento pelo seu valor contábil. Isso porque o preço pago pelo ativo será composto pelo custo de aquisição mais os resultados da coligada ou controlada ainda não distribuídos.

Diante disso, fica evidente que a apuração do ganho de capital decorrente das operações de desmutualização da BOVESPA e da BMF não segue a mesma lógica demonstrada acima. Com efeito, para o investimento ser avaliado pelo MEP presume-se que a investida - coligada ou controlada - não tenha distribuído seus resultados aos acionistas. Nesse ponto reside o primeiro obstáculo à pretensão da contribuinte, qual seja: a BOVESPA e a BMF, entidades sem fins lucrativos, não possuíam lucro e tampouco poderiam cogitar distribuírem seus resultados. Ora, Srs. Conselheiros, como aplicar o MEP às Bolsas de Valores se estas ostentavam natureza jurídica de associações sem fins lucrativos? Se não havia lucros a distribuir, qual a razão que justificaria a aplicação do MEP?

Não obstante essas constatações indicarem que o MEP não é compatível com o regime jurídico da BOVESPA e da BMF - enquanto associações sem fins lucrativos - é possível admitir que a CVM e o Banco Central tenham determinado que as corretoras utilizassem uma técnica contábil parecida com o MEP para avaliarem os títulos patrimoniais das Bolsas de Valores. Ao que parece, a preocupação da CVM e do Banco Central era conferir transparência ao mercado de capitais. Desse modo, editaram regras específicas para que os valores dos títulos patrimoniais da BOVESPA e da BMF fossem atualizados na contabilidade das corretoras.

Entretanto, é preciso ressaltar que essas regras criadas pela CVM e pelo Banco Central tem efeitos meramente contábeis, não atingindo a relação jurídico-tributária da

contribuinte com a Fazenda Pública. Isso porque, se entendermos que a manifestação da CVM e do Banco Central teria determinado a utilização do MEP levando em consideração a relação jurídica mantida entre as Bolsas de Valores e as corretoras, teremos a seguinte consequência: a BOVESPA e a BM&F não são e nunca foram verdadeiras associações sem fins lucrativos; eram, na realidade, sociedades coligadas ou controladas das corretoras. Por seu turno, se esta for a linha adotada, implica dizer que as Bolsas de Valores nunca estiveram abrangidas pelos benefícios fiscais que, é bom frisar, usufruíram durante décadas.

Verifica-se que a contribuinte almeja a produção do mesmo sentido e dos mesmos efeitos das normas societárias e contábeis no âmbito do direito tributário. Entretanto, essa pretensão somente se concretizaria se houvesse normas tributárias que previssem os efeitos pretendidos pela contribuinte. Diante disso, há que se reconhecer o acerto da decisão recorrida, que afastou a aplicação do MEP e apurou o ganho de capital auferido na alienação dos títulos patrimoniais tomando por parâmetro o custo de aquisição dos mencionados ativos.

POSTERGAÇÃO DA TRIBUTAÇÃO PELA PORTARIA Nº 785, DE 1977

A recorrente sustentou, também, que a Portaria nº 785, de 1977 - expedida pelo Ministro da Fazenda - teria autorizado a utilização do MEP pelas corretoras que possuísem títulos patrimoniais da BOVESPA e da BMF. A esse respeito, já nos manifestamos em tópico anterior, trazendo os argumentos que demonstram a improcedência do alegado pela contribuinte. Portanto, resta agora elucidar qual o sentido deve ser extraído da interpretação da referida Portaria.

Inicialmente, é preciso observar que o item "II" da Portaria nº 785/1977, condiciona a aplicação do item I a que seja cumprido o disposto no art. 3º, § 3º do Decreto- Lei nº 1.109, de 1970, 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 subsequentes 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.

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

O que precisa ficar claro, Srs. Conselheiros, é que a Fazenda Pública não ignorou o fato de que as Bolsas de Valores - apesar de terem sido instituídas como associações

sem fins lucrativos - desenvolviam atividades que geravam enormes ganhos patrimoniais. Considerando-se essa característica, editou-se uma norma que postergava a tributação dos ganhos obtidos pelas pessoas jurídicas que operavam na Bolsa de Valores. Trata-se de uma decorrência lógica da própria estrutura da BOVESPA e da BMF na época, qual seja: associações sem fins lucrativos, que não poderiam distribuir qualquer parcela dos resultados auferidos em cada exercício. Ora, se não havia lucro e se os resultados não poderiam ser disponibilizados aos associados das Bolsas de Valores, não havia receita ou ganho a ser tributado. Com efeito, todos os ganhos deveriam ficar retidos nas Bolsas de Valores e estas, por sua vez, não poderiam ser tributadas - dada a sua natureza jurídica de entidade sem fins lucrativos. Esse, aliás, é o conteúdo do item I da Portaria nº 785, de 1977.

No entanto, isso não quer dizer que a Administração Tributária negou a existência dos ganhos patrimoniais ou decidiu não tributá-los. Apenas indica que a tributação dos ganhos das corretoras foi adiado para o momento em que houvesse a realização do investimento. Significa dizer que as corretoras deveriam pagar tributo no momento em que recebessem de volta sua parcela do patrimônio investido nas Bolsas de Valores e fosse verificada a ocorrência de ganho de capital. É por essa razão que a 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, de 1970. Assim, caso as corretoras alienassem os seus títulos patrimoniais sofreriam a incidência do imposto sobre a renda relativamente aos ganhos que obtivessem com essa operação.

Por outro lado, a pretensão da contribuinte não demonstra razoabilidade e coerência com o ordenamento jurídico. Isso porque pretende que os ganhos patrimoniais experimentados pelas Bolsas de Valores - que permanecerem durante décadas sem serem tributados - agora sejam disponibilizados sem qualquer ônus tributário. Implica dizer que, a prevalecer a tese da contribuinte, nunca houve e nem haverá incidência de qualquer tributo sobre os ganhos patrimoniais obtidos pelas corretoras que operavam na BOVESPA e na BM&F - o que descaracterizaria completamente o benefício trazido pela Portaria nº 785, de 1977. Diante disso, fica evidenciado que a Portaria nº 785, de 1977, apenas postergou a tributação dos ganhos provenientes das atividades desenvolvidas pelas Bolsas de Valores. Trata-se da interpretação mais coerente com o ordenamento jurídico, uma vez que não gera distorções e privilégios injustificados, que beneficiariam apenas um seleto grupo de contribuintes.

Nesse ponto, cumpre destacar que mesmo a utilização do MEP ficaria prejudicada e desvirtuada neste caso. Basta lembrar que o investidor poderá alienar o investimento avaliado pelo MEP considerando o seu valor contábil - que comporta o custo de aquisição acrescido dos ganhos correspondentes aos dividendos não distribuídos. A lógica dessa regra é que o lucro tenha sido tributado na coligada ou controlada e o investidor não tenha recebido a parcela de lucro que teria direito - ou seja, não tenham sido disponibilizados os dividendos aos acionistas. Dessa maneira, não haveria nenhum prejuízo ao Fisco quando o alienante considera o custo contábil no momento de alienar o investimento avaliado pelo MEP. Isso porque o "ganho" que o investidor obtiver na alienação do investimento já terá sido tributado na coligada ou controlada. Implica dizer que a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor auferido na sua alienação corresponderá aos dividendos não distribuídos pela coligada ou controlada - que sequer seriam tributados, uma vez que a legislação tributária confere isenção de imposto sobre a renda para os dividendos dos acionistas.

Contudo, essa não é a situação encontrada na alienação de títulos patrimoniais da BOVESPA e da BM&F. Com efeito, demonstramos exaustivamente acima que os ganhos patrimoniais obtidos pelas Bolsas de Valores, ao longo de décadas, nunca foram tributados - tendo em vista a natureza jurídica das mencionadas entidades. Portanto, na hipótese de ser acolhida a tese da contribuinte, teremos a seguinte situação: 1) será aplicado o MEP para um investimento que nunca foi tributado na investida; 2) no momento da alienação será considerado o valor contábil do investimento, mesmo este não sendo composto por dividendos, mas por resultados positivos que nunca foram tributados nas Bolsas de Valores.

Dessa maneira, não há como se admitir a aplicação do MEP para a avaliação dos títulos patrimoniais da BOVESPA e da BM&F, conforme demonstrado em inúmeras passagens deste voto. Não obstante, ainda que se considere aplicável o MEP, forçoso reconhecer que as normas de natureza contábil e societária não podem prevalecer sobre as normas tributárias. Por todo o exposto, mais uma vez afirma-se que não há reparos a serem feitos no lançamento tributário realizado.

DA INSUBSISTÊNCIA DA PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

A recorrente pleiteia, subsidiariamente, a declaração da decadência do direito da Fazenda Pública de lançar os créditos tributários relativos às atualizações dos títulos patrimoniais realizadas até o ano-base de 2003. Mais especificamente, a contribuinte alega que vinha atualizando seus títulos patrimoniais em seus registros contábeis e apresentando essas informações ao Fisco. Diante disso, entende que a autoridade administrativa teria o prazo de cinco anos para constituir o crédito tributários decorrente das atualizações ocorridas até 2003.

Nesse ponto, importante frisar que a decisão recorrida não extrapolou os limites impostos pela legislação - vale dizer, não alterou lançamentos consumados depois de transcorrido o prazo quinquenal que a Fazenda Pública possui para realizar a revisão de ofício do lançamento. Com efeito, a tarefa da Fiscalização foi apenas de verificar fatos pretéritos que trazem repercussões tributárias somente no futuro.

Cumprе esclarecer que o fato gerador da obrigação tributária surgiu no momento da alienação dos títulos patrimoniais - vale dizer, quando se concretizou a desmutualização das Bolsas de Valores, no ano de 2007. Implica dizer que as atualizações dos títulos patrimoniais da BOVESPA e da BM&F não configuram o fato gerador do IRPJ e da CSLL. Com efeito, foi apenas com a devolução do patrimônio das associações sem fins lucrativos para seus associados - ou seja, com a operação de desmutualização das Bolsas de Valores - que concretizou-se o fato gerador. Portanto, é a partir dessa data que a autoridade administrativa teria cinco anos para realizar o pertinente lançamento de ofício.

A autoridade administrativa precisava verificar custo de aquisição dos títulos patrimoniais e valor das ações recebidas pela contribuinte somente quando ocorrido o fato gerador. Nessa perspectiva, basta lembrar que a Portaria nº 785, de 1977, postergou a tributação para o momento em que houvesse a realização do investimento das corretoras nas Bolsas de Valores. Assim, o caso dos autos não consiste em lançamento referente a fatos geradores ocorridos há mais de cinco anos. Significa dizer que a autoridade administrativa apenas considerou fatos passados que implicavam repercussões tributárias para um evento futuro - no caso, a alienação dos títulos patrimoniais da BOVESPA e da BM&F.

Desse modo, considerando que a contribuinte foi notificada no ano de 2009 e que as operações que culminaram com a desmutualização das Bolsas de Valores ocorreram em 2007, forçoso reconhecer que o lançamento foi consumado dentro do período decadencial. Diante disso, não merece prosperar a alegação de decadência suscitada pela contribuinte.

JUROS DE MORA – TAXA SELIC

9. Relativamente à discordância da interessada com a aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC como índice para efeitos do cômputo dos juros de mora, há de se considerar, primeiramente, o que preceitua o § 1º do art. 161 da Lei nº 5.172, de 25/10/1966 (Código Tributário Nacional):

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantias previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º. Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º. O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

Isto significa dizer que a taxa de juros de mora a ser exigida sobre os débitos fiscais de qualquer natureza para com a Fazenda Pública pode ser em percentual determinado por uma lei ordinária.

Eis que a Lei nº 9.065, de 20/06/1995, que dá nova redação a dispositivos da Lei nº 8.981, de 20/01/1995, que altera a legislação tributária federal e dá outras providências, dispôs em seu art. 13, que a partir de 1º de abril de 1995, os juros de mora incidentes sobre tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, relativamente a fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária, de que trata o art. 84, inciso I, e §§ 1º, 2º e 3º, da Lei nº 8.981/1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, até o mês anterior ao do pagamento e a 1% no mês em que o pagamento estiver sendo efetuado. De igual modo dispõe o artigo 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, em relação aos débitos decorrentes de tributos e contribuições administrativos pela SRF cujos fatos geradores tenham ocorrido a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica.

A adoção da taxa de referência SELIC como medida de percentual de juros de mora sobre tributos não pagos nos prazos legais se fez via lei ordinária já reportada, conforme faculta o § 1º do art. 161 da Lei nº 5.172/1966.

CONCLUSÃO

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

(assinado digitalmente)

Antônio José Praga de Souza

Processo nº 16327.001070/2009-89
Acórdão n.º **1402-001.134**

S1-C4T2
Fl. 0

CÓPIA