



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

Processo nº 16327.001344/2010-73
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-001.214 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 3 de outubro de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO IRPJ E CSLL
Recorrente BTG PACTUAL CORRETORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

PRECLUSÃO. MATÉRIA EFETIVAMENTE IMPUGNADA. A preclusão do PAF se dá quanto ao não questionamento de matéria em litígio, no sentido amplo, ou seja, no caso, as irregularidades ou infrações que ensejaram o lançamento. Logo, não há que se falar em preclusão quando o contribuinte insurge-se contra a matéria desde a impugnação e no recurso voluntário maneja novos argumentos especialmente para infirmar as razões de decidir do acórdão de primeira instância.

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. Diante das irregularidades ou infrações apontadas pela fiscalização, que ensejaram o lançamento de ofício, os julgadores são livres para formar seu convencimento, externada nas razões de decidir. Fundamentos ou razões de decidir construídos nos limites da matéria em litígio, perfeitamente identificada na peça fiscal, não se confunde com “aperfeiçoamento” ou inovação desta.

AUTO DE INFRAÇÃO. DESMUTUALIZAÇÃO. ASSOCIAÇÃO ISENTA. DESMUTUALIZAÇÃO DE BOLSAS DE VALORES. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO DE ASSOCIAÇÃO. SUJEIÇÃO À TRIBUTAÇÃO. AVALIAÇÃO PELO CUSTO DE AQUISIÇÃO. A operação de desmutualização das bolsas de valores, sob a forma de cisão parcial seguida de incorporação, não se faz possível, em razão do disposto no art. 61 do Código Civil de 2002, que veda a destinação de qualquer parcela do patrimônio de associações a entes com finalidade lucrativa.

A inoponibilidade ao Fisco da operação de desmutualização das bolsas de valores atrai a incidência do IRPJ calculado sobre a diferença entre o valor nominal das ações das sociedades (Bovespa Holdings e da BM&F S.A.) recebidas pelas corretoras associadas e o custo de aquisição das cotas ou frações ideais representativo do patrimônio segregado das associações (Bovespa e BM&F).

Aplica-se o art. 17 da Lei nº 9.532/97, e não o art. 16 da mesma lei, à operação de desmutualização, visto que a transferência de bens das bolsas de valores para outras pessoas jurídicas configura uma devolução de capital em razão da transferência dos títulos representativos do seu capital aos seus associados (sociedades corretoras),

sem que as novas sociedades (Bovespa Holdings e da BM&F S.A) passem a integrar seu quadro social.

Os títulos patrimoniais das bolsas de valores (associações) devem ser avaliados por seu custo de aquisição, e não pelo Método de Equivalência Patrimonial (MEP), estando apenas autorizadas pela Portaria nº 785/77, 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 associações para o momento da redução do capital ou extinção das mesmas.

MUDANÇA DE CRITÉRIO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA. A edição de Solução de Consulta à luz de novo ordenamento jurídico não representa mudança de critério jurídico em face de orientação baseada em legislação anterior.

CONSERVAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.

MULTA DE OFÍCIO ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS MENSIS CONCOMITANTE COM A MULTA DE OFÍCIO. INAPLICABILIDADE. É inaplicável a penalidade quando existir concomitância com a multa de ofício sobre o ajuste anual (mesma base).

MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa de ofício, nos moldes da legislação que a instituiu.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos: i) negar provimento ao recurso quanto à tributação do ganho de capital; vencidos Conselheiros Carlos Pelá e Moisés Giacomelli Nunes da Silva que davam provimento; e ii) dar provimento parcial ao recurso para cancelar a multa isolada. Vencido o Conselheiro Leonardo de Andrade Couto que negava provimento.

(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, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

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

Autenticado digitalmente em 03/04/2013 por ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA, Assinado digitalmente em 22/

04/2013 por LEONARDO DE ANDRADE COUTO, Assinado digitalmente em 03/04/2013 por ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA

Impresso em 23/04/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

BTG PACTUAL CORRETORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS S.A. 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 05/10/2010, foram lavrados contra a empresa contribuinte acima identificada, os Autos de Infração a seguir discriminados, para formalização e cobrança do crédito tributário neles estipulados, no valor total de R\$ 36.774.223,37, incluindo as multas de ofício, juros de mora (calculados até 30/09/2010) e Multa Exigida Isoladamente.

a) Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) - Lucro Real (fls. 145 a 152):

Total do Crédito Tributário: R\$ 27.039.870,12, sendo R\$ 10.721.172,88, a título de IRPJ; R\$ 2.917.231,14, a título de juros de mora calculados até 30/09/2010; R\$ 8.040.879,66, a título de multa proporcional (75%); e R\$ 5.360.586,44, a título de multa exigida isoladamente;

Fatos Geradores: (001): 31/12/2007 e (002) 31/08/2007 e 31/10/2007;

Enquadramento legal: (001) OUTROS RESULTADOS NÃO OPERACIONAIS. GANHOS AUFERIDOS EM DEVOLUÇÃO DO PATRIMÔNIO SOCIAL DE ENTIDADES ISENTAS: arts. 239, 249, inciso II, 262, inciso I, 270 e 275 do RIR/99 (Decreto nº 3.000, de 26/03/1999); art. 17, caput, § 3º, da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 e arts. 6º, § 2º alínea “b”, e 8º, inciso I, alínea “a”, § 1º alínea “b” e § 2º, do Decreto-lei nº 1.598, de 26/11/1977; (002) MULTAS ISOLADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE DE CÁLCULO ESTIMADA: arts. 222, 225, 843 e 957 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99 - Decreto nº 3.000, de 26/03/1999; art. 44, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.430/96; artigo 14 da Lei nº 11.488, de 15/06/2007.

b) Contribuição Social (CSLL) (fls. 155 a 161)

Total do Crédito Tributário: R\$ 9.734.353,25, sendo R\$ 3.859.622,24, a título de CSLL; R\$ 1.050.203,21, a título de juros de mora calculados até 30/09/2010; R\$ 2.894.716,68, a título de multa proporcional (75%) e R\$ 1.929.811,12, a título de multa exigida isoladamente;

Fato Gerador: (001) 31/12/2007 e (002), 31/08/2007 e 31/10/2007.

Enquadramento legal: (001) CSLL SOBRE OUTRAS RECEITAS (FINANCEIRAS) – arts. 239, 249, inciso II, 262, inciso I, 270 e 275 inciso II do RIR/99; art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/1988; art. 57 da Lei nº 8.981, de 20/01/1995; art. 1º da Lei nº 9.065, de 20/06/1995 e art. 17, § 4º, da Lei nº 9.532, de 10/12/1997; (002) MULTAS ISOLADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPJ SOBRE BASE ESTIMADA: arts. 222, 225, 843 e 957 parágrafo único inciso IV, do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99 - Decreto nº 3.000, de 26/03/1999 c/c art. 44, inciso II alínea “b” da Lei nº 9.430/96, artigo 14 da Lei nº 11.488, de 15/06/2007.

1.1. A ciência da autuação ocorreu na mesma data da lavratura (05/10/2010), conforme documentos de fls. 150 e 159.

2. No Termo de Verificação Fiscal de fls. 114 a 144, o auditor fiscal autuante informa, em preâmbulo, que:

- em 28/08/2007, data em que foi deliberada a desmutualização da Bovespa, a UBS Pactual Corretora de Títulos e Valores Mobiliários S/A (antiga denominação da interessada) era proprietária de 22 títulos patrimoniais avaliados e contabilizados por R\$ 34.515.584,18;

- em 1º/10/2007, data em que ocorreu a desmutualização da BM&F S/A, a UBS Pactual CTVM S/A detinha três títulos patrimoniais, sendo um de Membro de Compensação, um de Corretora de Mercadorias e um de Sócio Efetivo, avaliados e contabilizados por R\$ 4.961.610,00, R\$ 4.898.015,00 e R\$ 10.000,00, respectivamente. Ao todo, esses títulos somavam R\$ 9.869.625,00;

- Em decorrência desses dois processos de desmutualização, a contribuinte apurou um resultado positivo global de R\$ 205.568.245,09, contabilizado como Receitas não Operacionais, na conta 7.3.1.10.00.003-7 Lucros na Alienação de Investimentos, valor este declarado na Linha 54 da Ficha 06B da DIPJ 2008, sob a rubrica "Outras Receitas Não Operacionais";

- aos valores envolvidos nestas operações não foi dispensado tratamento fiscal adequado, ensejando a adoção de algumas medidas de ofício, conforme se demonstrará a seguir.

2.1. O autuante explica a respeito dos processos de desmutualização das Bolsas, destacando-se que:

-- em síntese, os processos de desmutualização das bolsas consistiram na redução substancial da Bovespa e na extinção da BM&F, duas associações sem fins lucrativos. Essas reduções se deram mediante transferências de seus patrimônios e de suas atividades essenciais a favor das duas sociedades empresariais (sociedades anônimas) constituídas para este fim, a Bovespa Holding S.A. e a Bolsa de Mercadorias & Futuros - BM&F S.A., respectivamente;

-- as pessoas físicas ou jurídicas que detinham os títulos patrimoniais (que passaram a ter valores ínfimos ou foram extintos) das bolsas receberam ações representativas do capital das novas sociedades constituídas;

-- antes de receberem as ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A (antes do processo de desmutualização), os associados das bolsas já haviam se comprometido a participar de ofertas públicas iniciais ("IPO") destinadas à colocação das novas ações no mercado. Foram firmados compromissos formais de cada associado, em caráter irrevogável e irretratável, indicando o número de ações e/ou o percentual de ações que seriam ofertados na IPO;

-- Sob os efeitos dos compromissos dessa natureza, no mesmo ano-calendário em que ocorreram os eventos das desmutualizações, a contribuinte vendeu parte das ações recebidas, conforme se resumiu nas tabelas às fls. 115 e 116

(6.219.506 ações da Bovespa Holding S/A e 4.441.332 ações da BM&F S/A);

-- os documentos nos quais a interessada havia firmado seu compromisso de participar das IPO foram: na Bovespa Holding S/A, o Instrumento Particular de Contrato de Indenização e Outras Avenças, de 25 de setembro de 2007, e Procuração, de mesma data; e, na BM&F S/A: o Instrumento Particular de Assunção de Obrigações (cópia sem assinaturas), de 17 de agosto de 2007, ainda quando a Bolsa de Mercadorias & Futuros era apenas uma associação sem fins lucrativos; o Termo de Adesão ao Instrumento Particular de Assunção de Obrigações Celebrado no Âmbito da Bolsa de Mercadorias & Futuros - BM&F (Anexo I), de 28 de setembro de 2007; e o Instrumento de Aceitação de Venda de Ações Ordinárias da Bolsa de Mercadorias & Futuros - BM&F S.A. e Outorga de Poderes, de 24 de outubro de 2007 (documentos estes que tece breves considerações às fls. 116 e 117).

2.2. Quanto aos TÍTULOS PATRIMONIAIS DA BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO (BOVESPA), a autoridade fiscal às fls. 118 explicita a forma como os 22 títulos no valor total de R\$ 34.515.584,18 foram havidos, destacando que, em relação aos 16 títulos recebidos por incorporação da UBS CCVM S/A, em 01/08/2007, procedeu à análise do razão das contas 2.1.10.10.10.001-2 (Título Patrimonial Bovespa – Até Nov/06), 2.1.4.10.10.003-6 (Título Patrimonial Bovespa – Deságio); 2.1.4.10.10.051-7 (Título Patrimonial Bovespa- Após Nov/06) e 2.1.4.10.10.101-1 (Título Patrimonial Bovespa- no ano), aponta inconsistências que ocasionaram o reconhecimento de equívoco por parte da contribuinte, ficando assim resumida a posição contábil dos 22 títulos patrimoniais da Bovespa, no momento da desmutualização:

POSIÇÃO CONTÁBIL DOS VINTE E DOIS TÍTULOS PATRIMONIAIS BOVESPA		
CÓDIGO	NOMENCLATURA	VALOR
2.1.4.10.10.001-2	Título Patrimonial Bovespa - Até Nov/06	9.813.977,53
2.1.4.10.10.051-7	Título Patrimonial Bovespa - Após Nov/06	16.552.472,13
2.1.4.10.10.101-1	Título Patrimonial Bovespa - No ano	8.149.134,52
	Total	34.515.584,18
2.1.4.10.10.003-6	Título Patrimonial Bovespa - Deságio	-1.838.977,70
	Valor Líquido dos Títulos Patrimoniais	32.676.606,48

-- As contrapartidas dos lançamentos de atualização dos títulos foram creditadas em contas de Reservas de Atualização de Títulos Patrimoniais, no Patrimônio Líquido, onde também verificamos um crédito no valor de R\$ 835.040,16 relativo ao lançamento ocorrido em 01 de agosto de 2007 sob o histórico "saldo de incorporação UBS CCVM"

-- Os saldos destas contas, que ainda podiam ser vistos no balanço encerrado em 31 de dezembro de 2007, mesmo após o processo de desmutualização, eram os seguintes:

- 6.1.3.70.00.002-3 Atualiz. Títulos Patrimoniais Bovespa (saldo de R\$ 1.393.541,16).
- 6.1.3.70.00.102-2 Atualiz. TP Bovespa - a partir de Dez/06 (saldo de R\$ 152.671,38).
- 6.1.3.70.00.202-1 Atualiz. TP Bovespa - no Ano (saldo de R\$ 4.796.670,14, no qual se inclui o saldo de incorporação UBS CCVM no valor de R\$ 835.040,16).

-- Sobre esses saldos, cabe ressaltar que deles fazem parte as contrapartidas das atualizações contabilizadas somente a partir de janeiro de 2006, mais o saldo decorrente da incorporação da UBS CCVM. Significa dizer que as reservas provenientes das contrapartidas das atualizações até dezembro de 2005 possam ter sido incorporadas ao capital;

-- Advindo o processo de desmutualização, a contribuinte recebeu 15.548.764 ações da Bovespa Holding S.A., avaliadas em R\$ 34.513.681,62, quando simultaneamente o valor de seus títulos foram reduzidos a R\$ 1.902,56 (22 títulos a R\$ 86,48 cada um), nos termos do OFÍCIO CIRCULAR 225/2007-DG BOVESPA.

2.3. Quanto aos TÍTULOS PATRIMONIAIS DA BOLSA DE MERCADORIAS & FUTUROS, a autoridade fiscal às fls. 121/123 explica que

-- a partir da documentação apresentada pela contribuinte que por ocasião do processo de desmutualização ela possuía três títulos patrimoniais de categorias diferentes, avaliados e contabilizados por R\$ 9.869.625,00, cada qual com seus respectivos valores, a saber: Membro de Compensação- R\$ 4.961.610,00; Corretora de Mercadorias- R\$ 4.898.015,00; e Sócio Efetivo- R\$ 10.000,00;

-- na contabilidade somente a conta representativa do título patrimonial da categoria de "sócio efetivo" apresentava saldo anterior, de R\$ 7.628,59, recebendo depois o segundo título desta categoria, por incorporação da UBS CCVM, ocorrida em 01 de agosto de 2007. Esta mesma incorporação trouxe também os títulos de membro de compensação e de corretora de mercadorias, ambos contabilizados em contas analíticas distintas, porem, no mesmo grupo de contas;

-- Após a incorporação, os títulos das categorias de membro de compensação e de corretora de mercadorias ainda foram atualizados em duas ocasiões, a primeira em 27/08/07 e a segunda em 30/09/07. Só depois se efetivou o processo da "desmutualização";

-- o saldo anterior no valor de R\$ 7.628,59, da conta representativa dos títulos patrimoniais da categoria "sócio efetivo", foi baixado na mesma data em que ocorreram os lançamentos relativos ao processo da "desmutualização", através de lançamentos em que se observa que a baixa não transitou por

contas de resultado (o valor debitado reduziu diretamente o saldo de uma conta patrimonial);

-- o efeito prático destes dois lançamentos foi o de uma baixa de ativo permanente contra uma redução de reserva de capital no patrimônio líquido, deixando as contas do ativo somente com os valores dos títulos patrimoniais recebidos por incorporação da UBS CCVM e atualizações monetárias posteriores;

-- Em relação às contrapartidas das atualizações dos valores dos títulos, no montante de R\$ 167.067,52, elas foram contabilizadas a crédito de Reserva de Capital, na conta 6.1.3.70.00.201-4 Atualiz. TP BM&F- no Ano, juntamente com o saldo de incorporação da UBS CCVM, no valor de R\$ 160.883,80, perfazendo a soma de R\$ 327.951,32. Desse total, foi deduzido a baixa do título patrimonial de "sócio efetivo", no valor de R\$ 7.628,59, conforme esclarecido anteriormente, restando um saldo de R\$ 320.322,73;

-- Advindo a desmutualização, ocorreram as baixas de todos os títulos, pelos seus valores integrais, que totalizando a importância de R\$ 9.869.625,00 se constituíram no custo das 9.869.625 ações ordinárias recebidas da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F S.A. ao valor de R\$ 1,00 cada uma. O saldo da Reserva de Capital, no entanto, permaneceu na conta, onde podia ser visto até o balanço final, encerrado em 31 de dezembro de 2007;

-- também em relação aos três títulos patrimoniais da BM&F recebidos por incorporação da empresa UBS CCVM não houve a comprovação documental das aquisições realizadas pela empresa sucedida;

2.4. Sob o tópico “DAS AÇÕES DA BOVESPA HOLDING S.A.”, o autuante expõe que:

-- a contribuinte, na qualidade de associada da Bovespa recebeu 15.548.764 ações da Bovespa Holding S.A., no valor de R\$ 34.513.681,62, que foram contabilizadas no Ativo Permanente (2.1.5.10.10.002-2) e que dessas ações, 6.219.506 ações (40%) foram vendidas via “IPO” (pregões dos dias 25/10/07 e 29/10/07) pelo valor de R\$ 143.048.638,00 (R\$ 23,00/ação);

-- as 9.329.258 ações remanescentes ficaram registradas no balancete de 31/10/07 pela importância de R\$ 19.604.821,49, assim permanecendo até o balanço final daquele ano-calendário (31/12/07). Sabendo-se que estas ações remanescentes correspondiam a sessenta por cento do total das ações recebidas, o valor delas deveria ser de R\$ 20.708.208,97 (60% de R\$ 34.513.681,62), o que aponta para uma divergência de R\$ 1.103.387,48;

-- Ressalvados os critérios de arredondamento, a diferença equivale a sessenta por cento do “deságio” de R\$ 1.838.977,70 apurado na aquisição, em 30/09/2002, de seis títulos patrimoniais cuja baixa foi contabilizada em 01/10/2007, a crédito da conta representativa das ações recebidas. Com isso, o custo das ações alienadas no “IPO” foi apropriado a menor (quadro demonstrativo à fl. 124);

2.5. Sob o tópico “DAS AÇÕES DA BOLSA DE MERCADORIAS & FUTUROS – BM&F S.A.”, o autuante expõe que:

-- por ocasião da desmutualização da BM&F, a contribuinte recebeu 9.869.625 ações ordinárias da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F S.A. pelo valor unitário de R\$ 1,00, totalizando R\$ 9.869.625,00, valor este contabilizado como Ativo Permanente, no grupo de contas Ações e Cotas de Empresas de Liquidação e Custódia Vinculadas a Bolsas, sob a rubrica 2.1.5.10.10.003-9 BM&F S.A.;

-- através do "Instrumento de Aceitação de Venda de Ações Ordinárias da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F S.A. e Outorga de Poderes", datado de 24 de outubro de 2007, houve a concordância em alienar 986.963 ações (10% do total recebido). Na realidade, um compromisso nesse sentido já tinha sido firmado anteriormente através do "Instrumento Particular de Assunção de Obrigações", datado de 17 de agosto de 2007, ao qual ela se aderiu mediante assinatura do "Termo de Adesão", em 28 de setembro de 2007;

-- Sob os efeitos de tais compromissos, a venda desses dez por cento ocorreu antes da oferta pública inicial, no mercado de balcão, sendo efetivada em 16/11/2007, pelo valor total de R\$ 10.943.440,20 (valor unitário de R\$ 11,088);

-- ainda como parte do compromisso firmado, foram vendidas na oferta pública inicial, pelo preço unitário de R\$ 20,00, mais 3.454.369 ações (35% do total recebido). As vendas ocorreram em duas etapas, a primeira envolvendo 3.003.799 ações no valor de R\$ 60.075.980,00 no pregão de 29/11/2007 (nota de corretagem n.º 683) e a segunda envolvendo 450.570 ações no valor de R\$ 9.011.400,00 no pregão de 04/12/2007 (nota de corretagem n.º 206). Ao todo, considerando as três operações, o total das vendas foi da ordem de R\$ 80.030.820,20;

-- Após o processo da desmutualização, a contribuinte ainda ficou com 5.428.293 ações da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F S.A., no valor total de R\$ 5.428.294,33, visto no balancete de 31/10/07 e que assim se manteve até o balanço final daquele ano-calendário.

2.6. Quanto aos PROCEDIMENTOS CONTÁBEIS E FISCAIS ADOTADOS, reportando-se ao art. 10, §1º da Resolução CMN nº 1.656/1989, ao artigo 9º do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 2.690, de 28/01/2000, e na Portaria MF nº 785, de 20/12/1977, o autuante aponta que as atualizações dos títulos patrimoniais não transitavam por contas de resultado, não produziam efeito na apuração do lucro líquido e tampouco eram computados na apuração do lucro real.

2.6.1. No que se refere às baixas parciais nos Valores dos Títulos Patrimoniais Bovespa que estavam contabilizados pelo valor líquido de R\$ 32.676.606,48 (valor contábil menos o deságio de R\$ 1.838.977,70) e que no processo de desmutualização passaram a valer, no conjunto, R\$ 1.902,56 (R\$ 86,48 cada um), a autoridade fiscal registra que a redução de valor foi compensada pelo recebimento das 15.548.764 ações da Bovespa Holding

S.A., avaliadas em R\$ 34.513.681,62, sendo o valor unitário da ordem de R\$ 2,2197. Constatou o autuante que a contabilidade apresenta três momentos distintos para registrar a operação: em 03/09/2007, foi contabilizada a participação na Bovespa Holding S.A., representada pelas 15.548.764 ações recebidas (R\$ 34.513.681,62) em contrapartida da conta que representava os títulos patrimoniais até novembro de 2006, cujo saldo era de apenas R\$ 9.813.977,53; em 01/10/2007, foi contabilizada uma redução de R\$ 1.838.977,70 no valor da participação acionária na Bovespa Holding S.A., em contrapartida à conta onde se encontrava o registro do deságio na aquisição de seis dos vinte e dois títulos patrimoniais; e, em 25/10/2007, foi efetuado o lançamento de regularização do saldo negativo da conta Título Patrimonial Bovespa- Até Nov/06, deixando-a com o saldo positivo no valor de R\$ 1.902,56 (novo valor dos vinte e dois títulos patrimoniais), "zerando" os saldos positivos das contas 2.1.4.10.10.051-7 Título Patrimonial Bovespa- Após Nov/06 e 2.1.4.10.10.101-1 Título Patrimonial Bovespa- no Ano, que ainda permaneciam com valores de R\$ 16.552.472,13 e R\$ 8.149.134,52, respectivamente. Observa ainda o autuante a impropriedade da baixa do deságio em contrapartida a mesma conta em que foram registradas as novas ações da Bovespa Holding S.A., apontando, ainda, que a realização do ágio daria ensejo à tributação por ganho de capital que, dada a peculiaridade da devolução dos títulos patrimoniais, já fora reconhecido na desmutualização.

2.6.2. Aponta o autuante que, no processo de desmutualização da BM&F, os valores dos seus títulos foram reduzidos a "zero", qualquer que fosse a sua categoria. No presente caso, a perda de valor dos títulos foi compensada pelo recebimento de 9.869.625 ações da BM&F S.A. ao preço unitário de R\$ 1,00, num total de R\$ 9.869.625,00. A contabilidade registrou o recebimento de novas ações em 01/10/2007, conforme lançamento discriminados às fls. 129/130.

2.6.3. No que se refere às alienações de ações da Bovespa Holding S.A. e da BM&F S.A., o autuante registra às fls. 130 a 133 os respectivos lançamentos, a partir dos quais concluiu que:

- Nas vendas das ações da Bovespa Holding S.A. os resultados positivos somaram a importância de R\$ 129.978.755,56, sendo R\$ 113.025.003,02 na primeira operação, ocorrida no dia 25/10/2007, e R\$ 16.953.752,54 na segunda, ocorrida no dia 29/10/2007.
- Nas vendas das ações da BM&F S.A. os resultados positivos apurados foram da ordem de R\$ 75.589.489,53, sendo R\$ 9.956.478,70 na operação de 16/11/2007, R\$ 57.072.180,83 na operação de 29/11/2007 e R\$ 8.560.830,00 na operação de 04/12/2007.
- Com a prévia oferta dessas ações, em caráter irrevogável e irretratável, elas deveriam ter sido classificadas no ativo circulante e não no ativo permanente, de modo que os resultados obtidos nas vendas foram de fato "operacionais", a despeito de terem sido impropriamente contabilizados como "não operacionais".

2.7. Sob o tópico “**DAS BENESSES FISCAIS E SEUS EFEITOS NAS AVALIAÇÕES DOS TÍTULOS**”, a autoridade fiscal, reportando-se aos arts. 56 e 61 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/01/2002) e arts. 12, 13 14 e 15 da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, conclui que, para gozo da isenção do IRPJ e da CSLL, a Bovespa e a BM&F estariam obrigadas a "aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais". Observa também que:

- Sob os efeitos das mencionadas isenções os resultados positivos (superávits) auferidos pelas bolsas aumentavam os respectivos patrimônios, que por sua vez valorizavam os títulos patrimoniais, na mesma proporção. A "mais valia" dos títulos era contabilizada pelos associados também sem incidência tributária;

- havia impedimento legal no sentido de que as bolsas de valores, como associações civis isentas, distribuísem lucros ou quaisquer vantagens aos associados, inclusive na eventual hipótese de sua extinção;

- Código Civil instituído pela Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o § 1º do artigo 61 prevê a possibilidade dos associados receberem em restituição, com a devida atualização, as contribuições que prestaram à formação do patrimônio social, antes da destinação do remanescente, se cláusula estatutária permitir ou se houver deliberação dos associados nesse sentido;

- A Portaria MF nº 785, de 1977, atribuiu o caráter de “neutralidade tributária” do acréscimo do valor nominal dos títulos das bolsas de valores, atendidas as condições para o gozo de isenção fiscal pelas associações sem finalidade lucrativa;

- os acréscimos decorrentes das alterações do patrimônio social das bolsas não serão levados em consideração nos cálculos de apuração dos resultados tributáveis obtidos nos processos de desmutualização, porque, embora computados nos valores contábeis dos títulos patrimoniais, eles jamais foram tributados.

2.8. No tópico “**DOS REPASSES DAS BENESSES FISCAIS A FAVOR DOS ASSOCIADOS**” o autuante explica que :

- com as desmutualizações, essas benesses fiscais (isenção dos “superávits” dos títulos) foram indiretamente repassadas a todos os associados, e como os associados estavam sujeitos à contabilização das "mais valia" dos títulos, esse mecanismo trazia para dentro das suas contabilidades os exatos valores dos "superávits " obtidos pelas bolsas;

- não foi possível identificar o que exatamente continha no valor contábil de cada título (quanto de valor de aquisição e quanto de atualização efetuada com base nas demonstrações financeiras das bolsas). O único documento de compra apresentado foi o de seis dos vinte e dois títulos Bovespa, no valor de R\$ 1.499.133,94;

- quanto aos demais títulos soube-se apenas que as aquisições foram anteriores a 1999, feitas em nome da empresa incorporada UBS Corretora de

Câmbio e Valores Mobiliários S.A., não restando ao Fisco outra alternativa senão a de atribuir-lhes custo de aquisição "zero", nos termos do artigo 923 do Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda- RIR/99).

2.9. Passa então o autuante a analisar a questão da devolução de patrimônio de instituições isentas que ficou caracterizada quando os associados receberam as novas ações, por decorrência, deixaram de ter participação de natureza meramente associativa (título de associação sem fins lucrativos) e passaram a ter participação societária com "status" de acionista (ações de sociedade anônima, com fins lucrativos), sem que para isto eles tivessem qualquer custo financeiro. Aos processos de desmutualização é aplicável a disposição contida no artigo 17 da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, e no artigo 239 do RIR/99, que determinam a incidência do IRPJ sobre a diferença entre o valor dos bens recebidos da instituição isenta, a título de devolução de patrimônio, e o valor dos bens que houver entregue para a formação do referido patrimônio.

2.10. Quanto às Matérias Tributáveis e às Diferenças Apuradas a autoridade fiscal informa que:

2.10.1. Em relação à Devolução de Patrimônio de Instituições Isentas, a Secretaria da Receita Federal do Brasil se manifestou acerca da operação de desmutualização através da Solução de Consulta Cosit nº 10, de 26/10/2007, no sentido de que a *operação de desmutualização configura uma devolução de capital, à qual se aplica o artigo 17 da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997 e que os títulos patrimoniais devem ser avaliados pelo custo de aquisição*. O único custo de aquisição a ser considerado é aquele correspondente aos seis títulos patrimoniais adquiridos de Sistema Leasing S/A Arrendamento Mercantil, pelo preço de R\$ 1.499.133,94, e que após a desmutualização ainda permaneceram com um valor residual de R\$ 518,88 (6 x R\$ 86,48) resultando em custo líquido de R\$ 1.498.615,06. A diferença entre o valor total das ações recebidas (Bovespa Holding S.A. e BM&F S.A.) e o custo líquido da aquisição dos seis títulos patrimoniais Bovespa era o efetivo ganho com as desmutualizações, que materializou a aquisição da disponibilidade econômica e jurídica, e que a contribuinte deveria ter oferecido à tributação e não o fez;

2.10.2. Também é matéria tributável a Realização de Deságio na Aquisição de Título Patrimonial Bovespa, cuja baixa se deu em contrapartida à conta representativa de novas ações da Bovespa Holding S/A, que normalmente seria um dos elementos de apuração do ganho de capital. Trata-se de um caso pouco comum de realização de deságio, uma vez que ao lado da liquidação dos títulos veio uma devolução de patrimônio de instituição isenta, da qual tributariamente só se deduz o custo efetivo de aquisição dos tais títulos e não o seu valor contábil. Frente a esse regramento específico aplicável aos casos de desmutualização, a apuração do ganho de capital já contempla uma parcela tributável equivalente ao valor da realização do deságio, não fazendo sentido tributá-la novamente, razão pela qual assim procederemos.

2.10.3. As diferenças tributáveis apuradas referentes aos Resultados de Desmutualizações não computados no Lucro Real e na Base de Cálculo da CSLL, encontram-se discriminadas no quadro à fl. 140, sendo R\$ 33.015.066,56, referente à desmutualização da Bovespa ocorrida em 28/08/2007, e R\$ 9.869.625,00, referente à desmutualização da BM&F ocorrida em 01/10/2007.

2.11. Também apontou a aplicação da multa isolada por insuficiência de estimativas, haja vista o fato de as diferenças tributáveis apuradas (os ganhos provenientes das devoluções de patrimônio, menos os custos de aquisição dos títulos, apurados nas operações correspondentes aos processos de desmutualização) não terem sido computadas nas bases de cálculo das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, em agosto de 2007, no caso da Bovespa e em outubro de 2007, no caso da B M & F, conforme indicam as Fichas 11 e 16 da DIPJ 2008, relativas ao ano-calendário de 2007. Assim, com base na Resposta à Pergunta nº 12, extraída do “Capítulo XVI – IRPJ-Pagamento” do Perguntas e Respostas – Pessoa Jurídica”, edição de 2007, e no artigo 44, inciso II, alínea " b " da Lei n.º 9.430, de 27/12/1996, com a redação dada pelo artigo 14 da Lei n.º 11.488, de 15/06/2007. Os demonstrativos dos cálculos encontram-se à fl. 143.

2.12. Consignou ainda o autuante que, em relação à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, o artigo 57 da Lei n.º 8.981, de 20/01/1995, com a redação dada pela Lei n.º 9.065, de 1995, determina que a ela sejam aplicadas as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, estando a hipótese de incidência fundamentada no §4º do artigo 17 da Lei n.º 9.532, de 10/12/1997.

3. Irresignada com o lançamento, a interessada, por intermédio de seus advogados e procuradores (docs. às fls. 254/262), apresentou, em 04/11/2010, a impugnação de fls. 165 a 204, acompanhada dos documentos de fls. 205 a 448. Após sucinta descrição dos fatos, a impugnante passa a discorrer a respeito do processo de desmutualização da Bovespa e da BM&F e histórico da venda das ações, iniciando por tecer um histórico da desmutualização (fls. 167 a 170, em que defende que “JAMAIS OCORREU A ALEGADA ‘DEVOLUÇÃO DO PATRIMÔNIO DA BOVESPA E DA BM&F’”, mas, sim, operações de cisão seguidas de incorporação), seguido do histórico da desmutualização para a impugnante (170 a 174, em que defende que (1) o valor de custo dos 16 títulos da Bovespa e dos 3 títulos da BM&F seria aquele constante do laudo de avaliação do acervo incorporado da USB CCVM; que (2) os títulos patrimoniais foram substituídos pelas ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A; e que (3) a impugnante não tinha qualquer ingerência sobre as operações societárias que seriam realizadas no processo de desmutualização). Destacou, ainda que a impugnante efetuou o pagamento do IRPJ e da CSLL sobre o ganho auferido da alienação das ações, correspondente ao valor recebido na alienação menos o valor contábil das ações.

3.1. Defende, ainda a inaplicabilidade do artigo 17 da Lei nº 9.532, de 1997, ao processo de desmutualização pois no seu entender:

3.1.1. Sucessão universal não é devolução de patrimônio. Nesse sentido, alega:

- que a autuação partiu da incorreta premissa de que a desmutualização envolveu uma devolução de patrimônio de entidade isentas a seus associados;
- que como se infere das cópias da ata de AGE da Bovespa S.A. e do Protocolo e Justificação da Cisão Parcial da BM&F, acima transcritos e acostados à presente Impugnação, não ocorreu, em nenhuma de suas etapas, a dissolução das antigas associações civis e a devolução dos respectivos patrimônios a seus associados, mas, sim operações de cisão seguidas de incorporação, o que implica que o patrimônio das associações foi assumido pelas sociedades anônimas criadas para esses fins, quais sejam, a Bovespa S.A. e a BM&F S.A., por força da sucessão universal que marca operações dessa natureza, a teor dos artigos 227 e 229, da Lei 6.404/76;
- que, consoante art. 227 da Lei nº 6.404/76, a sociedade que absorver o patrimônio da outra, em decorrência de operação de incorporação, sucederá a esta em todos os seus direitos e obrigações (sucessão universal);
- que, na incorporação não ocorre a liquidação e a devolução do patrimônio aos quotistas, acionistas ou associados, mas, diferentemente, o patrimônio incorporado é vertido em seu estado atual como um todo para uma outra sociedade;
- com base em excerto de voto do Relator do Recurso Especial nº 242.721-SC, no item 4 do Parecer Normativo CST nº 39, de 1981, na resposta à pergunta nº 25 do "Perguntas e respostas DIPJ 2010 - Título IV - Responsabilidade na Sucessão", no item 3.2 do Parecer Normativo nº 21, de 1987, que a operação de desmutualização efetuada não implica a devolução de patrimônio mencionada pelo art. 17 da Lei 9.532/97, devendo o auto de infração ser inteiramente cancelado;

3.1.2. Houve erro de direito na aplicação do art. 17 da Lei nº 9.532, de 1997. Argumenta a impugnante que:

- o legislador pretendeu ao criar o Art. 17 da Lei 9.532/97 foi tributar a diferença entre o que foi entregue para constituir a instituição isenta e o que foi devolvido ao seu respectivo associado e, não, o que fez a autoridade fiscal (*tributar a diferença entre os valores supostamente devolvidos e o custo de aquisição dos títulos patrimoniais havidos nas antigas bolsas, sendo que, no caso dos títulos adquiridos por meio da incorporação da UBS CCVM, em razão da suposta falta de comprovação documental dos valores pagos, referido custo foi considerado "zero"*);
- a Autoridade Fiscal deveria ter investigado o valor dos aportes efetuados nas antigas bolsas (i.e., valores aportados a título de aumento de seus capitais sociais) e comparado esse valores aos valores supostamente devolvidos aos respectivos associados;
- O legislador não veda a compra e venda dos títulos entre os associados (e novos associados), bem como não demanda que nos momentos de compra e

venda desses títulos os custos gerados por conta dessas transações (i.e., compras e vendas) não sejam considerados nas alienações seguintes. No entanto, para todos os envolvidos, resta a obrigação de que, **se dinheiro ou bens forem devolvidos pela instituição isenta aos associados, não importando se são os mesmos que fizeram o aporte original ou se são novos associados em decorrência de aquisições ocorridas, a diferença entre o que foi aportado e o que foi devolvido deverá ser tributada;**

- em não havendo devolução de bens ou dinheiro, não tem aplicação da norma do art. 17, da Lei 9.532/97, tratando-se de claro erro na aplicação da norma (erro de direito). A base de cálculo usada pelo Sr. Agente fiscal não é aquela que consta do comando legal do art. 17 da Lei nº 9.532, de 1997;
- o comando do artigo 17 da lei nº 9.532, de 1997 tem um objetivo, que é tributar lucros gerados pela entidade que não foram tributados em razão da isenção existente;
- o Sr. Agente Fiscal não investigou e não procurou, em momento algum, saber o quanto teria sido aportado nas antigas bolsas por conta dos títulos havidos pela Impugnante. Para isso, bastaria ter indagado as bolsas ou, então, solicitado à Impugnante que indagasse às bolsas sobre os valores a elas subscrito e integralizado.

3.2. Sob o tópico “III.2 Das atualizações patrimoniais efetuadas nos termos da Portaria MF 785/77”, a contribuinte argumenta que:

- a partir da indevida aplicação do Art. 17 da Lei 9.532/97, ao ignorar a base de cálculo determinada pelo Art. 17 da Lei 9.532/97, Autoridade Fiscal não poderia desconsiderar as atualizações dos títulos da Bovespa e BM&F, registradas pela Impugnante ao longo do tempo, sob a alegação de que tais parcelas não poderiam compor o respectivo custo de aquisição, por não terem sido oferecidas à tributação, nos termos da Portaria do Ministério da Fazenda nº 785/77;
- não há fundamento jurídico algum para se ignorar as atualizações dos títulos de associações isentas do respectivo custo de aquisição, como se passa a demonstrar;
- a Portaria MF 785/77 foi editada com o propósito de instrumentalizar a isenção concedida às associações civis. Isso porque, o Banco Central do Brasil determinava a atualização dos títulos patrimoniais em questão pelas instituições financeiras, nos termos da Resolução CMN 1.656/89 e, posteriormente, da Resolução CMN 2.690/00, citadas pela própria I. Autoridade Fiscal às fls. 12 do Termo de Verificação Fiscal;
- a leitura atenta da Portaria MF nº 785/77 permite verificar que as atualizações não seriam tributadas enquanto mantidas em reservas de capital;
- a sistemática seria semelhante à aplicável às (a) reservas criadas por conta de subvenções para investimento (art. 443, inciso I, do RIR/99); e (b) reservas de incentivos fiscais (ex.: SUDENE, SUDAM – art. 577 do RIR/99). **Em ambas as situações pretende-se que o benefício fiscal (e.g., isenção às**

associações civis e subvenção para investimento) permaneça nas entidades às quais foi concedido para fomento de suas atividades;

●● o único requisito para não tributação da reserva é a sua não distribuição. Não há, na Portaria MF 785/77, qualquer requisito acerca da manutenção dos títulos das associações civis no patrimônio dos associados;

●● Se os dispositivos que constam da Portaria MF 785/77 (art. 3º, § 3º do DL 1.109/1970) devem ser obedecidos (fato esse que não se nega, nem mesmo pela Autoridade Fiscal, que nunca questionou as atualizações efetuadas em períodos passados), quando (e se) a Impugnante distribuir os valores das atualizações deverá tributá-los

●● a autoridade fiscal constrói a presente autuação sob a premissa que deve haver tributação de parte do valor das participações havidas nas antigas bolsas, raciocínio que levaria a concluir que o valor das atualizações estariam sujeitos à tributação em dois momentos. O primeiro, quando do processo de desmutualização, e, o segundo, quando a reserva mencionada na Portaria MF 785/77 for distribuída. O simples fato de haver a potencial dupla tributação das atualizações demonstra *per se* a impropriedade do raciocínio da autoridade fiscal;

●● não pode a autoridade fiscal, por liberalidade própria, desprezar as atualizações geradas pelo mecanismo da Portaria MF 785/77, tendo em vista que, na sua linha de raciocínio, o custo gerado por essas atualizações deveria ser aceito, já que é definitivo se observada a única restrição imposta pela referida Portaria, qual seja, a manutenção de tais atualizações em conta de reserva de capital, o que ocorreu no caso concreto;

●● na hipótese de se aceitar a existência de "devolução de patrimônio" no caso em análise e, ao mesmo tempo, desprezar a aplicação da base de cálculo determinada pelo art. 17 da Lei 9.532/97, o que se admite apenas para argumentar, o custo gerado pelas atualizações da Portaria MF 785/77 deve ser integralmente considerado para fins de apuração da base tributável, eis que a Impugnante observou o único requisito imposto pelo referido normativo para tanto, isto é, a manutenção do valor das atualizações em conta de reserva de capital.

3.3. A impugnante contesta o fato de ter sido desconsiderado na autuação o custo pelo qual os títulos estavam registrados nas demonstrações financeiras da impugnante, defendendo, pois que (1) consta expressa e inequivocamente do Anexo II ao laudo de avaliação do acervo da UBS CCVM para fins de incorporação; e (2) é decorrência lógica e natural do processo de incorporação da UBS CCVM a transferência dos títulos da Bovespa e BM&F de sua propriedade para a impugnante, uma vez que, como visto, é SUCESSORA UNIVERSAL DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES da sociedade incorporada, por força de previsão legal expressa, qual seja, o art. 227, da Lei 6.404/76. Observa que a aquisição de tais títulos pela UBS CCVM ocorreu há mais de cinco anos da lavratura da autuação, tendo decorrido o prazo legal para a guarda de tais documentos.

3.4. Quanto ao custo de aquisição das ações havidas por incorporação, a impugnante aponta que: (a) a única razão que levou a I. Autoridade Fiscal a atribuir valor zero ao custo dos títulos patrimoniais recebidos da UBS CCVM em razão de sua incorporação foi a impossibilidade de, com base nas provas apresentadas, segregar o efetivo custo de aquisição dos títulos do montante relativo à respectiva atualização monetária, registrado em reserva de capital não sujeita à tributação; e (b) a intenção da autoridade fiscal era incluir a totalidade da atualização monetária relativa aos títulos na composição do resultado positivo da suposta devolução dos bens da Bovespa e BM&F à alienante.

3.4.1. A Impugnante acostou à impugnação cópia do balancete analítico da UBS CCVM (doc. 13), o qual claramente indica, como já mencionado, o montante registrado na conta de reserva de capital em razão da atualização dos títulos, permitindo aferir o respectivo custo de aquisição original, como pretendido pela I. Autoridade Fiscal. No entender da interessada, o demonstrativo à fl. 193 tornaria insubsistentes as alegações da autoridade fiscal, pois esclareceria os custos existentes, conforme legitimados e válidos perante o ordenamento jurídico.

3.4.2. Conclui a impugnante que, na hipótese de prevalecer a construção efetuada pela autoridade fiscal em relação ao art. 17, da Lei 9.532/97, é de se computar como custo de aquisição o montante registrado na conta de ativo permanente da UBS CCVM, com base no balanço analítico imediatamente anterior à incorporação desta pela Impugnante, descontando-se o valor da reserva de atualização dos títulos.

3.5. A impugnante também defende (tópico III.5) a impossibilidade de exigência da multa isolada após o encerramento do período base objeto de lançamento de ofício, porquanto a disposição contida no art. 44, II, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07, não se aplicaria ao caso em comento, posto que, segundo o seu entendimento, *é aplicável quando verificada a falta de recolhimento das estimativas mensais ANTES do encerramento do ano-calendário* (no curso do ano-calendário). Tal entendimento decorreria das regras referentes à tributação do IRPJ e da CSLL (os recolhimentos efetuados com base na estimativa nada mais são do que uma antecipação do IRPJ e CSLL devidos no encerramento do período-base, isto é, no fim do ano-calendário -31 de dezembro de cada ano). A sistemática do IRPJ e da CSLL impõe que, uma vez encerrado o ano-calendário, qualquer divergência quanto aos valores recolhidos seja feita considerando a base em 31 de dezembro.

3.5.1. Também aponta vício quanto à metodologia para cálculo da multa isolada. Nesse sentido argumenta que:

- a Fiscalização calculou multa isolada sobre os valores de IRPJ e CSLL em regime de estimativa que supostamente teriam deixado de ser recolhidos nos meses de agosto e outubro de 2007;

- esta forma de apuração do cálculo, conforme vem sustentando a Impugnante, somente faria sentido no curso do próprio ano-calendário. Encerrado o exercício fiscal, a base de cálculo para consubstanciar qualquer valor referente ao IRPJ e a CSLL só pode ser o valor do ajuste anual;

- para a exigência dos tributos, a Fiscalização desconsidera o cálculo das estimativas mensais que deixaram de ser recolhidas nos meses de agosto e outubro de 2007, e apura os tributos a recolher em bases consolidadas em 31 de dezembro de 2007;

- Ao adotar base de cálculo imprópria, a Fiscalização desconsidera a regra geral do ato de lançamento prevista no artigo 142 do Código Tributário Nacional. O referido artigo dispõe que o ato de lançamento ou, mais precisamente, a constituição do crédito tributário, impõe o cumprimento de requisitos por parte da Fiscalização, sendo a atividade fiscal vinculada e obrigatória;

- ao adotar base de cálculo diversa para aplicação da multa isolada, a Fiscalização claramente incorre em vício insanável, que macula integralmente a autuação.

3.5.2. Também reclama que não pode ocorrer a cobrança cumulativa da multa isolada com a multa de ofício sobre a mesma materialidade, e alega ter o antigo Conselho de Contribuintes já se posicionado reiteradas vezes nesse sentido.

3.5.3. Reclama, por fim, que a cumulação de multas resultaria na aplicação de multa de 125% sobre o valor recolhido a menor, além de descabida, tem nítido efeito confiscatório, estando a violar os artigos 5º, LIV e 150, IV, da Constituição Federal.

A decisão recorrida está assim ementada:

AUTO DE INFRAÇÃO. DESMUTUALIZAÇÃO DE BOLSAS DE VALORES E DE MERCADORIAS. ASSOCIAÇÕES ISENTAS. DEVOLUÇÃO DE TÍTULO PATRIMONIAL E SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES DAS NOVAS EMPRESAS. SUJEIÇÃO À TRIBUTAÇÃO. Sujeita-se à incidência do imposto de renda, computando-se na determinação do lucro real do exercício, a diferença entre o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, por pessoa jurídica, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver sido entregue para a formação do referido patrimônio.

ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL. PROVA. COMPROVAÇÃO POR DOCUMENTOS HÁBEIS. A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais. A falta de apresentação de documentos hábeis e idôneos a amparar o registro autoriza o Fisco a desconsiderar valores não comprovados.

CONSERVAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.

MULTA DE OFÍCIO ISOLADA. E MULTA PROPORCIONAL. APLICAÇÃO. A materialidade da multa calculada sobre a totalidade ou diferença de contribuição nos casos de falta de pagamento/declaração inexata, não se confunde com aquela calculada sobre a base estimada ao longo do ano-calendário e que deixou de ser paga.

MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa de ofício, nos moldes da legislação que a instituiu.

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

Impugnação Improcedente.

Cientificada da aludida decisão, a contribuinte apresentou recurso voluntário, no qual contesta as conclusões do acórdão recorrido propugnando pela sua nulidade por cerceamento do direito de defesa, apresenta novos argumentos contra a exigência impugnada e, ao final, requer o provimento nos seguintes termos:

IV - DO PEDIDO

307. Ante o exposto, requer a Recorrente seja decretada a nulidade da r. decisão recorrida, tendo em vista que manteve o lançamento original por fundamentos jurídicos distintos daqueles que motivaram a autuação, nos termos expostos no tópico II do presente recurso voluntário.

308. Na remota hipótese do pedido acima não ser acatado, requer-se sejam acolhidos os argumentos aqui expostos para reforma da r. decisão recorrida, a fim de que seja determinado o integral cancelamento da autuação.

309. Por fim, protesta a Recorrente pela produção de todas as provas em Direito admitidas, bem como pela oportuna sustentação oral de suas razões de defesa.

Por sua vez, a Fazenda Nacional apresentou contrarrazões propugnando pela preclusão do recurso e, no mérito, seja negado provimento.

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.

O litígio decorre do processo de Desmutualização das bolsas de valores brasileira (Bovespa e BM&F) em 2007.

Antes de agosto e setembro de 2007, Bovespa e BM&F, respectivamente, detinham contornos jurídicos de **Associações sem Fins Lucrativos**.

Seguindo tendência mundial, as bolsas passaram a exercer suas atividades como companhias abertas, com propósitos econômicos, enfim, como Sociedades Anônimas.

Segundo a Receita Federal, a Desmutualização configurou **extinção** das Associações sem fins lucrativos (Bovespa e BM&F). Assim, por se tratarem de associações isentas, houve uma **devolução de patrimônio social** aos Contribuintes Recorrentes, cujo ganho auferido não foi oferecido à tributação.

Para os Contribuintes, não houve extinção, mas transformação: teria ocorrido cisão das Bolsas (Bovespa e BM&F) seguida de incorporação da parcela do patrimônio pelos respectivos Associados.

É certo que ao final do processo de desmutualização, os antigos Associados das Bolsas passaram a deter ações das novas sociedades anônimas criadas, e não mais títulos patrimoniais.

Passo a apreciar as matérias em litígio, iniciando pelas preliminares.

DA ALEGADA PRECLUSÃO DO RECURSO VOLUNTÁRIO (SUSCITADA PELA PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL. DA NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTANCIA (ALEGADA PELA RECORRENTE)).

Aduz a douta Procuradoria que:

A Recorrente pugna pela nulidade da decisão da DRJ, argumentando que teria o órgão “emendado” o lançamento fiscal realizado, no intuito de manter a tributação.

Afirma que, “em sede de impugnação, esclareceu o equívoco cometido, demonstrando não ter havido a devolução de patrimônio que justificaria a aplicação do artigo 17 em questão, mas sim uma cisão parcial, cujos efeitos jurídico-tributários são flagrantemente distintos”.

Em outras palavras, a Contribuinte inadvertidamente limitou-se, na impugnação, a refutar a capitulação legal feita pela Fiscalização.

Com a devida vênia, se a Contribuinte assim agiu, pecou pela **falta de diligência** ou por **má-fé**, ao tentar induzir o órgão julgador a erro. Decerto, nenhuma das condutas pode ser amparada por este CARF.

Explica-se: teria havido falta de diligência do Contribuinte por não aduzir, na impugnação, todas as razões que beneficiariam seu pleito de insurgência contra o lançamento realizado (Art. 16, III e Art. 17 do Dec. nº 70.235, de 1972).

Não Prospera o argumento de que a matéria seria “fato novo”, surgido com a decisão da DRJ.

O TVF deixa claro o enquadramento jurídico dado pela fiscalização às operações da Desmutualização. Evidencia que Bovespa e BM&F possuíam natureza de associações civis sem fins lucrativos, tendo regime jurídico próprio (cujos artigos legais foram expressamente citados no TVF), diverso da roupagem dada nas operações da Desmutualização (que aplicou às associações civis regime de sociedades empresárias).

Ademais, houve expressa menção no TVF à Solução de Consulta COSIT nº 10, de 2007.

Ora Senhores(as), a referida Solução de Consulta, logo na ementa, enuncia:

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.

Verifica-se, com isso, que **desde a autuação já estava suficientemente clara a afirmativa de inaplicabilidade de institutos e dispositivos legais próprios das sociedades empresárias (cisão, incorporação, etc.) às associações civis sem fins lucrativos.**

Tal afirmação não foi questionada pela Contribuinte em sua impugnação.

Como se observa, portanto, a Contribuinte apresentou Recurso Voluntário para discutir questão por ela não impugnada. Não procede a afirmação de que a discussão surgiu apenas na decisão da DRJ e, por isso, seria matéria nova.

A matéria encontrava-se delimitada desde o início, já no TVF.

Competia à Contribuinte, em observância ao Princípio da Eventualidade, esgotar toda a discussão da matéria, já na impugnação, momento oportuno e apropriado para fazê-lo. Se não o fez, não pode o CARF conhecer recurso que verse sobre matéria não impugnada.

Da mesma forma, não mereceria o Recurso Voluntário conhecimento se a razão para a não discussão aprofundada do tema Desmutualização decorre de má fé da Contribuinte.

Em outras palavras, ao limitar a impugnação à discussão sobre eventual erro na capitulação legal do fato gerador pela Fiscalização, a Contribuinte Recorrente teria visado a confundir o órgão julgador, fazendo-o, igualmente, limitar a discussão a aspectos meramente processuais, quando a matéria comporta amplo debate.

Com a devida vênia, dizer que houve “sucessão universal” e não “devolução de patrimônio”, e que, por isso, a autuação estaria incorreta, como fez a Contribuinte na

impugnação (fls. 173 dos autos), é ardilosamente tentar desviar e limitar o foco dos julgadores da complexidade da matéria.

Recurso da Contribuinte não deve ser conhecido, tendo em vista trazer discussão sobre tema por ela não impugnado em momento processual oportuno, qual seja a IMPUGNAÇÃO.

A verdade material do Processo Administrativo não pode anular regras procedimentais básicas em vigor e, portanto, aplicáveis ao Processo Administrativo Fiscal.

Pois bem, entendo que ambas as preliminares devem ser rejeitas, isso porque não restou configurada nem a preclusão, tampouco a inovação ou aperfeiçoamento da exigência com a decisão de 1ª. instância.

A preclusão do PAF se dá quanto ao não questionamento de matéria em litígio, no sentido amplo, ou seja, no caso, as irregularidades ou infrações que ensejaram o lançamento. Logo, não há que se falar em preclusão quando o contribuinte insurge-se contra a matéria desde a impugnação e no recurso voluntário maneja novos argumentos especialmente para infirmar as razões de decidir do acórdão de primeira instância.

Quanto a nulidade da decisão de primeira instância, a meu ver diante das irregularidades ou infrações apontadas pela fiscalização, que ensejaram o lançamento de ofício, os julgadores são livres para formar seu convencimento, externada nas razões de decidir. Fundamentos ou razões de decidir construídos nos limites da matéria em litígio, perfeitamente identificada na peça fiscal, não se confunde com “aperfeiçoamento” ou inovação desta.

Rejeito, pois, as preliminares.

DA TRIBUTAÇÃO DA RECEITA DE VENDA DE AÇÕES DA BOVESPA E BM&F (DESMUTUALIZAÇÃO)

Essa matéria também tem sido objeto de julgamentos em nosso Colegiado.

A meu ver, não cabe razão à Recorrente, tal qual já decidido pela Turma Julgadora de 1ª. Instância.

Nesse sentido peço vênica para transcrever e adotar os fundamentos do acórdão 1202-000.745 de 11/04/2012, a saber:

Ementa

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. Verificada a ocorrência do fato gerador no momento da apuração do ganho de capital decorrente de “devolução de patrimônio”, o lançamento realizado menos de cinco anos depois obedece ao prazo decadencial.

DESMUTUALIZAÇÃO DE BOLSAS DE VALORES. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO DE ASSOCIAÇÃO. SUJEIÇÃO À TRIBUTAÇÃO. AVALIAÇÃO PELO CUSTO DE AQUISIÇÃO. A operação de desmutualização das bolsas de valores, sob a forma de cisão parcial seguida de incorporação, não se faz possível,

em razão do disposto no art. 61 do Código Civil de 2002, que veda a destinação de qualquer parcela do patrimônio de associações a entes com finalidade lucrativa.

A inoponibilidade ao Fisco da operação de desmutualização das bolsas de valores atrai a incidência do IRPJ calculado sobre a diferença entre o valor nominal das ações das sociedades (Bovespa Holdings e da BM&F S.A.) recebidas pelas corretoras associadas e o custo de aquisição das cotas ou frações ideais representativo do patrimônio segregado das associações (Bovespa e BM&F).

Aplica-se o art. 17 da Lei nº 9.532/97, e não o art. 16 da mesma lei, à operação de desmutualização, visto que a transferência de bens das bolsas de valores para outras pessoas jurídicas configura uma devolução de capital em razão da transferência dos títulos representativos do seu capital aos seus associados (sociedades corretoras), sem que as novas sociedades (Bovespa Holdings e da BM&F S.A.) passem a integrar seu quadro social.

Os títulos patrimoniais das bolsas de valores (associações) devem ser avaliados por seu custo de aquisição, e não pelo Método de Equivalência Patrimonial (MEP), estando apenas autorizadas pela Portaria nº 785/77, 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 associações para o momento da redução do capital ou extinção das mesmas.

MUDANÇA DE CRITÉRIO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA. A edição de Solução de Consulta à luz de novo ordenamento jurídico não representa mudança de critério jurídico em face de orientação baseada em legislação anterior.

(...)

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. A exigência da CSLL decorre de expressa previsão do §4º do art. 17 da Lei nº 9.532/97, ao estabelecer que a base de cálculo expressa no caput presta-se também para determinação da base de cálculo da CSLL, de modo que se aplicam as conclusões do julgamento do IRPJ sobre os mesmos fundamentos fáticos.

Voto

Inobstante os argumentos expostos de forma clara e perspicaz, como é de praxe, pelo ilustre conselheiro relator, acompanho seu voto apenas quanto ao afastamento da preliminar de nulidade do auto de infração. No tocante ao mérito, divirjo de suas razões ao acolher a pretensão da recorrente, pelos fundamentos a seguir expostos.

A autuação, de acordo com a fiscalização, incidiu sobre o ganho de capital decorrente da devolução do patrimônio de associações civis sem fins lucrativos (BOVESPA e BM&F), aos seus associados, incluindo a recorrente, em razão de operação de desmutualização ocorrida em 2007.

Concluiu o relator que a interpretação fiscal, chancelada pela turma julgadora de primeira instância, não teria “o condão de (i) invalidar o que de fato ocorreu e tentar desconsiderar a realização de cisão parcial das entidades (BOVESPA e BM&F), muito menos de (ii) configurar uma suposta extinção de referidas entidades com devolução de patrimônio, tendo por base o artigo 17 da Lei 9.532/97”. Segundo ele, o que ocorreu “foi uma substituição dos títulos patrimoniais que a Recorrente possuía na BOVESPA e na BM&F por ações da BOVESPA HOLDING e BM&F S/A sob o mesmo valor anteriormente contabilizado em decorrência da cisão parcial de tais entidades que caracterizou o processo de desmutualização.”

Com a devida vênia, discordo desse entendimento.

Para fins tributários, o processo de desmutualização das Bolsas objeto da presente autuação não teve o condão de transferir o patrimônio das associações sem fins lucrativos, isentas na forma do art. 15 da Lei nº 9.532/97, para sociedades anônimas, através de mera substituição dos títulos por ações sob o mesmo valor, sem extinção das associações e sem devolução de capital, como quer fazer crer a recorrente.

O que se verifica dos autos é que, com a desmutualização, BOVESPA e BM&F procederam a uma reorganização societária, a exemplo do que teria ocorrido nas Bolsas europeias, asiáticas e americana, deixando de ser instituições mútuas para se constituírem em sociedades anônimas. Com isso, seus associados, as corretoras, deixaram de ter a propriedade exclusiva dos seus títulos patrimoniais, em face da faculdade conferida pelo o art. 1º da Resolução CMN nº 2.690, de 2000 (*“As bolsas de valores poderão ser constituídas como associações civis ou sociedades anônimas, tendo por objeto social:[...]”*).

Nota-se que a referida resolução, ao aprovar as normas que disciplinam a constituição, a organização e o funcionamento das bolsas de valores, não alterou a forma de constituição das entidades existentes à época (como associações) nem impôs que se constituíssem sob a forma de sociedade anônima, mas apenas previu tal alternativa.

Com o processo de desmutualização ora analisado, os direitos patrimoniais dos títulos emitidos pela BOVESPA e pela BM&F foram corporificados em ações da Bovespa Holding S/A e a BM&F S/A, respectivamente, sendo atribuído a cada detentor dos antigos títulos um determinado número de ações de emissão respectiva da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A.

Assim, essas entidades deixaram de ser associações civis, e passaram a ter finalidade lucrativa e caráter competitivo no mercado. Logo após, deu-se a oferta pública inicial das ações, de forma notoriamente concorrida.

O processo de desmutualização, segundo a recorrente, ocorreu em duas etapas:

1- na primeira etapa, ocorreu o que a recorrente denomina 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 à parte segregada, por ações desta sociedade;

2- na segunda etapa, o patrimônio remanescente nas associações bolsas de valores foram “incorporados” por uma pessoa jurídica de fins lucrativos (sociedade) e novamente os associados passaram à condição de sócios desta empresa lucrativa.

O que se discute nos autos é a forma de transferência desse patrimônio das associações para as sociedades anônimas, o qual, num primeiro momento, permaneceu de titularidade dos mesmos associados, e seus efeitos tributários.

Considerou o relator que, como o assunto foi deliberado em assembleia e houve a consequente aprovação da transformação, o processo de desmutualização se deu corretamente através da cisão parcial, com arquivamento dos respectivos atos societários na Junta Comercial e no Registro Civil das Pessoas Jurídicas competentes, tendo prevalecido, no momento da operação, e nos contratos decorrentes, o princípio da autonomia da vontade, pautado nos interesses das partes.

Todavia, nenhuma dessas etapas, embora tenham gerado efeitos societários e comerciais, pode ser admitida pela Administração Tributária, da forma como pretende a recorrente, ou seja, a título de cisão parcial seguida de incorporação, sem

solução de continuidade, a partir da interpretação do Código Civil de 2002 e da Lei nº 9.532/97, como se demonstrará.

Cabe ressaltar, inicialmente, que o regime jurídico a que se submetiam as Bolsas ao tempo das operações só poderia ser aquele próprio das associações sem fins lucrativos. Assim, 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.

Segundo a recorrente, não ficou configurada a hipótese de incidência tributária prevista no artigo 17 da Lei nº 9.532/97, na medida em que (i) inocorreu devolução de patrimônio e (ii) não houve ganho ou perda de capital que pudesse ensejar o fato gerador do imposto de renda, ocorrendo, apenas, uma substituição dos títulos patrimoniais que a Recorrente possuía na BOVESPA e na BM&F por ações da BOVESPA HOLDING e BM&F S/A sob o mesmo valor anteriormente contabilizado em decorrência da cisão parcial de tais entidades que caracterizou o processo de desmutualização.

Considera a recorrente que, na ausência de dispositivo legal que vede a realização de operações de cisão por parte de associações, não teria a fiscalização o direito de presumi-las proibidas e que, ao final das operações, as associações civis sem fins lucrativos estavam extintas e, em seu lugar, constituíram-se sociedades anônimas.

Ora, a autonomia da vontade privada deve observar as disposições legais. Sabe-se que o Código Civil de 2002 reformulou todo o Direito Civil e criou o ramo do direito empresarial, com regras próprias, específicas para as sociedades, as quais, por sua própria natureza, possuem intenção de lucro.

Ao intérprete do Direito compete a tarefa de realizar a interpretação sistemática, considerando que “interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito” (Juarez Freitas, 2002, p.70). E essa interpretação sistemática inicia-se pelo próprio diploma normativo onde se insere a norma a ser interpretada.

A interpretação sistemática do Código Civil, por si só, afasta a interpretação extensiva que se pretende dar ao art. 2.033 do referido diploma como fundamento para aplicar às associações as normas referentes à cisão de sociedades e denegar a ocorrência de devolução patrimonial aos associados.

Veja-se o que dispõe o mencionado artigo, inserido no Livro Complementar, no capítulo das “Das disposições finais e transitórias”, *litteris*:

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.

No referido art. 44, o Código Civil define quais são as pessoas jurídicas de direito privado, dentre elas:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

Doutrinariamente, consoante a lição de Caio Mário da Silva Pereira, a “*associação de fins não lucrativos é aquela que se propõe realizar atividades não destinadas a proporcionar interesse econômico aos associados*”¹. Assim, entende-se que associações civis são pessoas jurídicas com regras próprias, distintas das sociedades, por não visarem o lucro.

Ainda no Código Civil de 2002, as associações são tratadas no Capítulo II do Título II, referente às pessoas jurídicas, nos arts.53 a 61, conforme abaixo:

TÍTULO II - DAS PESSOAS JURÍDICAS

CAPÍTULO I - DISPOSIÇÕES GERAIS

[...]

CAPÍTULO II - DAS ASSOCIAÇÕES

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

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

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

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

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

III - os direitos e deveres dos associados;

IV - as fontes de recursos para sua manutenção;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

As sociedades, por sua vez, são tratadas em livro distinto, que traz regras próprias, incluindo a possibilidade de transformação, incorporação, fusão e cisão, como demonstra a divisão verificada no Código, reproduzida no esboço abaixo:

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

Como se vê, o Código Civil de 2002 distingue claramente as normas destinadas às associações das normas destinadas às empresas, sendo ressalvada a lei especial que rege as sociedades anônimas, como se extrai do seu art. 1.089 (“A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código.”)

Note-se que, quando quis compartilhar as normas das associações com as sociedades, o legislador expressamente o fez, através de dispositivo específico no corpo do próprio diploma legal, estendendo as normas do regime jurídico das associações às empresas, subsidiariamente, *verbis*:

Art. 44.

.....

§ 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)

De outro lado, inexistente qualquer dispositivo no Código Civil determinando a aplicação das regras das sociedades empresárias às associações. Apenas são estendidas as normas societárias sobre liquidação para as demais pessoas jurídicas privadas, quando cabíveis, *verbis*:

Art. 51.....

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

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

Ao intérprete cabe, necessariamente, observar as divisões internas de suas normas, ao realizar a interpretação sistemática do Código, o que se aplica na leitura da regra transitória do art. 2.033.

Assim, de acordo com os dispositivos mencionados, a única interpretação possível, a meu ver, é a de que, em relação às associações, dado seu caráter de entidade peculiar, sua extinção somente se dá através da dissolução, ainda que parcial, a qual deve obedecer às regras previstas no capítulo próprio do CC/2002, especialmente em seu art. 61.

No presente caso, o que se verifica não é a ocorrência de cisão ou transformação, mas de criação de uma nova personalidade jurídica (sociedade), após a dissolução parcial da entidade sem fins lucrativos (associação civil), com devolução parcial do patrimônio aos associados, já que não seria possível a versão direta de patrimônio da associação civil para a sociedade anônima.

O ilustre civilista Orlando Gomes fez a seguinte distinção entre ambas, pertinente ao presente litígio: “*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 omissivo, à que for indicada na lei*”².

Ademais, não pode restar dúvida de que a regra do art. 61 do Código Civil se aplica inclusive para as associações constituídas anteriormente à entrada em vigor da lei, já que o próprio legislador civil previu, dentre as disposições transitórias, um prazo de adaptação, inicialmente, de um ano e, depois com a alteração da Lei nº 10.833, de 2004, de dois anos, para que as pessoas jurídicas, inclusive as associações, se ajustassem ao novo Estatuto Civil. Posteriormente, todas passaram a estar sujeitas às novas regras, como preceitua o art. 2.031, em sua redação atual:

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

Mesmo que, após a publicação do Código Civil de 2002, mas ainda durante a vigência do art. 22 do Código Civil de 1916, se pudesse tentar fazer cumprir disposição estatutária contrária às novas regras, após o prazo de transição, essa possibilidade se extingue, visto que todas as associações passam a ser inteiramente regidas pelos arts. 53 a 61 do novo Código.

Nesse sentido, quaisquer atos legais ou infralegais, tais como pareceres, publicados anteriormente à data de vigência do novo Código Civil, devem ser interpretados à luz da novel legislação. Isso inclui a leitura do art. 16 da Lei nº 9.532/97, abaixo transcrito:

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.

Cabe observar que tal dispositivo sequer se aplica ao presente caso, que trata da entrega de bens para a formação do patrimônio de sociedade anônima, pois se refere à entrega de bens e direitos para a formação do patrimônio de instituição isenta, ou seja, à transferência entre patrimônios de entidades de mesma natureza.

Verifica-se que nos casos de entidades sem fins lucrativos detentoras de benefício fiscal, a preocupação do legislador leva em conta a versão do patrimônio para entidades de mesma natureza, para fins de continuidade do tratamento, como se depreende do disposto na mesma lei, em relação às entidades imunes. Veja-se:

Art. 12. Para efeito do disposto no art. 150, inciso VI, alínea "c", da Constituição, considera-se imune a instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos. (Vide artigos 1º e 2º da Mpv 2.189-49, de 2001) (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

[...]

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

[...]

g) assegurar a destinação de seu patrimônio a outra instituição que atenda às condições para gozo da imunidade, no caso de incorporação, fusão, cisão ou de encerramento de suas atividades, ou a órgão público;

h) outros requisitos, estabelecidos em lei específica, relacionados com o funcionamento das entidades a que se refere este artigo. (destaquei)

Logo, interpretando-se restritivamente a legislação que dispõe sobre entidades sem fins lucrativos, nos termos do art. 111 do CTN, toda forma de tributação privilegiada pode ser mantida apenas enquanto atendidos os requisitos legais, o que se estende às entidades dela derivadas nas hipóteses previstas em lei.

Ademais, em todo e qualquer processo de reorganização societária, tem-se a necessidade de registro específico dos atos de constituição e de dissolução das entidades envolvidas, em atendimento ao disposto no Código Civil de 2002, conforme abaixo:

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua.

§ 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução.

Enquanto as associações e demais entidades civis são registradas no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, consoante dispõe a Lei nº 6.015, de 31/12/73 (Lei dos Registros Públicos), as sociedades de caráter comercial são registradas nas Juntas Comerciais do Estado.

Considerando-se que o art. 45 do Código Civil estabelece que a existência da pessoa jurídica se dá com o registro de seus atos no órgão competente, não é possível a transformação de associação civil em sociedade mercantil, havendo a necessidade de se promover a baixa de seus atos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e a subsequente inscrição na Junta Comercial, constituindo-se, portanto, em outra pessoa jurídica.

Assim, a par de ostentarem finalidades econômicas opostas, a manutenção de cadastros absolutamente distintos para entidades sem fins lucrativos e sociedades empresárias, por si só, evidencia a solução de continuidade do empreendimento e a impossibilidade de se considerar o processo de desmutualização como mera transformação.

Na transformação ocorre, necessariamente, a continuidade da sociedade que se modificou, mantendo-se a mesma personalidade jurídica adquirida. Nesse sentido, dispõe o CC/2002:

Artigo 1.113. O ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrições próprios do tipo em que vai converter-se.

Note-se que o referido dispositivo aplica-se unicamente às sociedades, considerando os diversos tipos societários: limitada, anônima, em comandita simples, em comandita por ações, dentre outros.

Aqui ressalto, novamente, a distinção entre a natureza jurídica de uma associação sem fins lucrativos e uma sociedade empresarial, vez que a intenção de se alterar o propósito operacional das Bolsas, de não lucrativo para lucrativo, altera sua própria finalidade existencial. Ademais, não se pode olvidar que a isenção tributária das associações pertine à natureza jurídica de não distribuição dos resultados positivos.

Em suma, não se pode negar que há evidente solução de continuidade entre a dissolução de uma associação, ainda que parcialmente, e a criação de uma sociedade comercial, o que é reforçado pela necessidade de distintos registros – no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e na Junta Comercial, a demonstrar a impossibilidade de se registrar uma mera transformação de associação civil sem fins lucrativos em sociedade anônima.

Da mesma forma, improcede o argumento de que a CVM teria “chancelado” todo o processo de “cisão” parcial das Bolsas, já que, a par do Código Civil, não estaria vedada a cisão de Bolsa de Valores, de acordo com a Lei nº 10.411, de 26 de fevereiro de 2002,

Ocorre que o legislador, ao dar nova redação ao artigo 18, I, “h”, da Lei nº 6.385, de 07/12/76 - que dispõe sobre mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários – CVM -, simplesmente firmou a competência da CVM para editar normas gerais sobre as condições de constituição e de extinção das Bolsas de Mercadorias e Futuros, bem como a sua forma jurídica, considerando-se a possibilidade de constituição sob a forma de sociedade anônima, já referida anteriormente.

Nota-se que o legislador limita a competência da CVM a condições de constituição e extinção, não fazendo qualquer referência aos institutos de transformação, cisão, fusão ou incorporação, estes definidos pelo Código Civil.

Na seara tributária, a legislação é clara ao prever a incidência do IRPJ e da CSLL na hipótese dos autos, através do art. 17 da Lei nº 9.532, de 10/12/97:

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. (destaquei)

Como se viu, a hipótese dos autos enquadra-se no art. 61 do Código Civil, pela dissolução parcial de associação (BOVESPA e BM&F), com devolução parcial de patrimônio aos associados, gerando o consequente ganho de capital da diferença do custo de aquisição e do valor contábil pelo qual foi realizada a capitalização, respectivamente, da Bovespa Holdings e da BM&F S.A.

Assim, em razão do processo de desmutualização, representa receita tributável, na forma do art. 17 da Lei nº 9.532/97, 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 representativos do patrimônio segregado das bolsas de valores*”, apurada no momento da substituição dos títulos patrimoniais pelas ações.

A exigência da CSLL decorre de expressa previsão do §4º do mesmo dispositivo, ao estabelecer que a base de cálculo expressa no *caput* presta-se também para determinação da base de cálculo da CSLL.

Diante de todo o exposto, não se pode concluir pela possibilidade de realização de cisão de associações, com base simplesmente nos termos do art. 2.033 do Código Civil e do art. 16 da Lei nº 9.532/97, de modo a afastar a apuração de ganho de capital no processo de desmutualização.

A recorrente sustenta que os ajustes realizados na apuração do custo do patrimônio vertido teriam natureza de mera equivalência patrimonial, e que, de acordo com os art. 225, §1º e 389 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), em caso de avaliação por este método eventual elevação do investimento não acarreta incidência do IRPJ e da CSLL, conforme já havia sido definido pelas autoridades fiscais nos termos da Solução de Consulta COSIT nº 13/97.

Quanto a essa alegação, basta referir que o Método da Equivalência Patrimonial (MEP), previsto no art. 248 da Lei nº 6.404/76, como método de avaliação de investimento, destina-se única e exclusivamente aos investimentos realizados em sociedades comerciais. Como a hipótese tratada nos autos refere-se a valores oriundos do patrimônio de associações sem fins lucrativos, é incabível a utilização desse método, e a única forma de contabilizá-los é através do seu custo de aquisição.

Nesse sentido, nenhuma norma infralegal emitida pela CVM como parte de seu poder regulamentar sobre as companhias abertas, o qual foi conferido pela própria Lei nº 6.404/76 (art. 4º), poderia se estender às bolsas de valores constituídas sob a forma de associação civil.

Ademais, ao contrário do que sustenta a recorrente, a referida Portaria nº 785, de 1977, apenas autorizava a postergação da 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.**

Quanto à alegada mudança de posicionamento da Administração em face da publicação da Solução de Consulta COSIT nº 10, de 30/10/2007, também não assiste razão à recorrente.

Com base no art. 61 da Lei nº 10.406, de 2002, e nos art. 16 e 17 da Lei nº 9.532, a Solução de Consulta COSIT nº 10, de 30/10/2007, analisou a operação de desmutualização das Bolsas de Valores sob a ótica tributária e concluiu que:

- (i) 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;
- (ii) 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);
- (iii) 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;
- (iv) as sociedades corretoras devem avaliar as cotas ou frações ideais das bolsas de valores pelo custo de aquisição;
- (v) 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.

A recorrente alega que, por se tratar de operações de mesma natureza, a mudança de posicionamento da Cosit após o referido processo de desmutualização violou o artigo 146 do Código Tributário Nacional. Sustenta que na análise do referido processo, ocorrido nos dias 28 de agosto (BOVESPA) e 01 de outubro (BM&F) de 2007, deveria ser observado o teor da Solução de Consulta COSIT nº 13/97.

Ocorre que a Solução de Consulta Cosit nº 10/2007 analisou especificamente o art. 17 da Lei 9.532/97, que fundamentou a presente autuação, de vigência posterior à edição da Solução de Consulta Cosit nº 13/97.

Ademais, não se pode olvidar que, enquanto a SC COSIT nº 13/97 foi editada sob a égide do Código Civil de 1916, a SC COSIT nº 10/2007 foi editada na vigência do novo Código Civil (Lei nº 10.407, de 11/01/2002).

É cediço que o novo Código Civil alterou profundamente as regras do direito civil e comercial até então vigentes, como demonstrado alhures, e a SC COSIT nº 10/2007 analisou o processo de desmutualização ocorrido em 2007 à luz da novel legislação.

Diante da significativa mudança no ordenamento jurídico brasileiro no que tange aos conceitos e institutos civilistas, especialmente quanto ao direito empresarial, e considerando que se tratou de analisar a incidência de norma tributária nova, não há que se falar em mudança de posicionamento da Administração Tributária com a edição de solução de consulta sobre o mesmo tema da anterior. Assim, inexistente qualquer violação dos arts. 100 e 146 do Código Tributário Nacional.

No caso concreto, o que se verifica é que o processo de desmutualização e a consequente alteração estrutural da Bovespa, com a transformação dos títulos patrimoniais em ações, implicou na percepção de acréscimo patrimonial por parte

das corretoras associadas, incluindo a Recorrente, o que deu ensejo à tributação do IRPJ e da CSLL sobre a diferença entre o custo registrado e o valor recebido no momento da desmutualização.

Ademais, inexistente analogia passível de contrariar o disposto no art. 108, §1º, do Código Tributário Nacional, quando o tributo é exigido nos termos da lei, mais especificamente, na forma do art. 17 da Lei nº 9.532/97.

Pode-se concluir, assim, que:

a) a operação de desmutualização das bolsas de valores, sob a forma de cisão parcial seguida de incorporação, não se faz possível, em razão do disposto no art. 61 do Código Civil de 2002, que veda a destinação de qualquer parcela do patrimônio de associações a entes com finalidade lucrativa;

b) a inoponibilidade ao Fisco da operação de desmutualização das bolsas de valores atrai a incidência do IRPJ e da CSLL calculados sobre a diferença entre o valor nominal das ações das sociedades (Bovespa Holdings e da BM&F S.A.) recebidas pelas corretoras associadas e o custo de aquisição das cotas ou frações ideais representativo do patrimônio segregado das associações (Bovespa e BM&F).

c) aplica-se o art. 17 da Lei nº 9.532/97, e não o art. 16 da mesma lei, à operação de desmutualização, visto que a transferência de bens das bolsas de valores para outras pessoas jurídicas configura uma devolução de capital em razão da transferência dos títulos representativos do seu capital aos seus associados (sociedades corretoras), sem que as novas sociedades (Bovespa Holdings e da BM&F S.A) passem a integrar seu quadro social;

d) os títulos patrimoniais das bolsas de valores (associações) devem ser avaliados por seu custo de aquisição, e não pelo Método de Equivalência Patrimonial (MEP), estando apenas autorizadas pela Portaria nº 785/77, 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 associações para o momento da redução do capital ou extinção das mesmas.

Ainda que, por hipótese, se admitisse que a desmutualização consistiu em uma operação de cisão e uma posterior incorporação, essa qualificação seria restrita ao âmbito contábil e societário. Na perspectiva tributária, tem-se que a operação de desmutualização resultou, de fato, em uma devolução patrimonial às corretoras, dentre elas a recorrente, correspondente aos títulos emitidos pela Bovespa e BM&F. Assim, torna-se inequívoca a aplicação do art. 17 da Lei nº 9.532, de 1997, e a respectiva tributação pelo IRPJ e pela CSLL do ganho de capital auferido pela recorrente com a mencionada devolução patrimonial.

Diante do exposto, deve ser negado provimento ao recurso voluntário nessa parte.

(...)

DA DECADÊNCIA

Mantida a autuação no mérito, cabe analisar a questão da decadência apontada, sendo necessário definir o momento do fato gerador para determinar o termo inicial de contagem do prazo decadencial.

No caso, o auto de infração refere-se ao ganho de capital decorrente da diferença entre o valor recebido a título de devolução de patrimônio de sociedades isentas, em face do processo de desmutualização, e o valor entregue para a formação do mesmo.

Nessa perspectiva, o momento da ocorrência do fato gerador é definido no art. 17 da Lei nº 9.532, de 1997, ao dispor que haverá incidência do imposto de renda quando a pessoa jurídica receber de instituição isenta, a título de devolução de patrimônio, bens e direitos.

Considerando-se que tal ganho somente se verificou em 2007, com a devolução de patrimônio decorrente do processo de desmutualização da Bovespa e da BM&F, e o fato gerador, nos termos do art. 419, parágrafo único, do RIR/99 somente ocorreu no dia 31/12/2007, por se tratar de pessoa jurídica tributada com base no lucro real, a alegação de decadência não merece acolhida, pois o auto de infração foi cientificado à recorrente antes mesmo do prazo quinquenal do artigo 150, § 4º, do CTN.

Aos fundamentos acima, que a meu ver esgotam o litígio trazido a baila no recurso voluntário, entendo que nada precisa ser acrescentado. Outrossim, cite-se decisões judiciais e deste Conselho quanto a matéria.

O Poder Judiciário acolheu todos os argumentos aqui enunciados e manteve os lançamentos tributários, senão vejamos:

PROCESSO 000116603.2008.4.03.6100

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 [...]

Observe 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.

Extraí-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 9.599/00. 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:

[...].

No CARF foram proferidos os seguintes acordãos:

Processo nº 16327.000352/2009-69 - BES Securities do Brasil S/A CCVM e

Processo: 16327.000679/2010-74 - Credit Suisse do Brasil S.A. CTVM na 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção

Processo nº 16327.000281/2010-38 - ITAU CORRETORA DE VALORES S.A. na 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção.

Vejamos as ementas:

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.

(Data da Sessão: 10/04/2012; Relator(a): Marcos Rodrigues de Mello; Nº Acórdão: 1302-000.880)

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 Multa isolada e multa de ofício. Não há impedimento de aplicação simultânea da multa de ofício por pagamento insuficiente de tributo e da multa isolada por falta de pagamento de estimativa.

(Data da Sessão: 10/04/2012; Relator(a): Marcos Rodrigues de Mello; Nº Acórdão: 1302-000.879)

Pelo exposto, nego provimento ao recurso voluntário nesta parte.

DA APLICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO (75%) E DA MULTA ISOLADA (50%)

A recorrente contesta a possibilidade de cobrança da multa isolada após o encerramento do período base objeto de lançamento de ofício. Entende que, somente ao final do ano-base, ao elaborar sua declaração de ajuste, é que o contribuinte tem a base de cálculo definitiva para a apuração dessas exações. Também refuta a aplicação cumulativa da multa de ofício com a multa isolada. Nesse sentido argúi duplicidade de cobrança sobre um mesmo tributo e falta de previsão legal para cumulação de multas.

Com efeito, a contribuinte ao infringir a legislação de regência, deixando de pagar ou recolher tributo (IRPJ/CSLL Estimativa e IRPJ/CSLL no ajuste) e não declarar ou prestar declaração inexata, ficou sujeita à multa de ofício prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 15/06/2007, que assim dispõe:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007) (grifo acrescentado)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - prestar esclarecimentos; (Renumerado da alínea "a", pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991; (Renumerado da alínea "b", com nova redação pela Lei nº 11.488, de 2007)

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei. (Renumerado da alínea "c", com nova redação pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 3º Aplicam-se às multas de que trata este artigo as reduções previstas no art. 6º da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, e no art. 60 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991.

§ 4º As disposições deste artigo aplicam-se, inclusive, aos contribuintes que derem causa a ressarcimento indevido de tributo ou contribuição decorrente de qualquer incentivo ou benefício fiscal.

Conforme o próprio texto do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, acima reproduzido, a multa de ofício aplicada (75%) incide sobre imposto ou contribuição não recolhidos, enquanto que a multa de ofício isolada (50%) incide sobre pagamento mensal que deixou de ser efetuado. Ressalte-se que o valor a ser pago a título de estimativa não tem a natureza de tributo, pois, juridicamente, o fato gerador do IR e CSLL só ocorrerá ao final do exercício (31/12), quando serão compensados os valores pagos antecipadamente em cada mês sob bases estimadas e realizadas outras deduções não autorizadas no cálculo estimado. A materialidade da primeira multa, calculada sobre a totalidade ou diferença de tributo nos casos de falta de pagamento/declaração inexata, não se confunde com o valor calculado sobre a base estimada ao longo do ano e que deixou de ser paga.

Sendo assim, uma vez verificada falta de pagamento do imposto/da contribuição por estimativa, após o término do ano-calendário, o lançamento de ofício abrangerá tanto a multa sobre os valores devidos por estimativa e não recolhidos, como o imposto/contribuição devidos apurados ao término do exercício (31/12), acrescidos da multa de ofício (sobre o valor desse imposto/contribuição) e juros de mora.

Todavia tem razão o contribuinte ao questionar a aplicação cumulativa da multa por falta de recolhimento das estimativas com a multa proporcional sobre o ajuste anual, sobre as mesmas bases de cálculo.

No que tange a exigência da multa de ofício isolada por falta de recolhimento das estimativas mensais do IRPJ, trata-se de matéria que já possui entendimento sedimentado, tal qual manifestei em diversas decisões no CARF, a exemplo do acórdão CSRF 9101-00.450, de 4/11/2009, cuja ementa transcrevo:

MULTA ISOLADA NA FALTA DE RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA. É inaplicável a penalidade quando há concomitância com a multa de ofício sobre o ajuste anual, ou apuração inexistência de tributo a recolher no ajuste anual.

Os artigos 29, 30, 31, 32 e 34 da Lei 8.981/95 tratam da apuração da base estimada. O art. 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, consubstancia hipótese em a falta de pagamento ou o pagamento em valor inferior é permitida (exclusão de ilicitude). Diz o dispositivo:

“Art. 35. A pessoa jurídica poderá suspender ou reduzir o pagamento do imposto devido em cada mês, desde que demonstre, através de balanços ou balancetes mensais, que o valor acumulado já pago excede o valor do imposto, inclusive adicional, calculado com base no lucro real do período em curso.

§ 1º Os balanços ou balancetes de que trata este artigo:

- a) deverão ser levantados com observância das leis comerciais e fiscais e transcritos no livro Diário;*
- b) somente produzirão efeitos para determinação da parcela do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro devidos no decorrer do ano-calendário. (...)”*

Do exame desses dispositivos pode-se concluir que o art. 44, da Lei 9.430/96 é norma sancionatória que se destina a punir infração substancial, ou seja, falta de pagamento ou pagamento a menor da estimativa mensal. Para que incida a sanção é condição que ocorram dois pressupostos: (a) falta de pagamento ou pagamento a menor do valor do imposto apurado sobre uma base estimada em função da receita bruta; e (b) o sujeito passivo não comprove, através de balanços ou balancetes mensais, que o valor acumulado já pago excede o valor do imposto, inclusive adicional, calculado com base no lucro real do período em curso. Isso ocorreu no presente caso, porém essa mesma irregularidade, qual seja, a falta de recolhimento da estimativa refletiu no ajuste anual ensejando a exigência da multa de ofício proporcional de 75%. Logo, estamos diante de duplo penalidade da mesma infração, que a meu ver não tem amparo no citado artigo 44 da Lei 9.430/1996.

Destaco trecho do voto proferido pelo Ilustre Conselheiro Marcos Vinícius Neder de Lima, no julgamento do Recurso nº 105-139.794, Processo nº 10680.005834/2003-12, Acórdão CSRF/01-05.552, *verbis*:

“Assim, o tributo correspondente e a estimativa a ser paga no curso do ano devem guardar estreita correlação, de modo que a provisão para o pagamento do tributo há de coincidir com valor pago de estimativa ao final do exercício. Eventuais diferenças, a maior ou menor, na confrontação de valores geram pagamento ou devolução do tributo, respectivamente. Assim, por força da própria base de cálculo eleita pelo legislador – totalidade ou diferença de tributo – só há falar em multa isolada quando evidenciada a existência de tributo devido”.

Por fim, para espantar quaisquer dúvidas sobre a impossibilidade dessa aplicação cumulativa das multas, é sabido que um dos fatores que levou a mudança da redação do citado art. 44 da Lei 9.430/1996 foram os julgados deste Conselho.

Vejamos novamente a redação de parte disposições do art. 44 da Lei 9.430/1996 alteradas/incluídas pela Lei 11.488/2007:

“(…)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis;”

Ora, o legislador tinha conhecimento da jurisprudência deste Conselho quanto a impossibilidade de aplicação cumulativa da multa isolada com a multa de ofício, além de outros entendimentos no sentido de que não poderia ser exigida se apurado prejuízo fiscal no encerramento do ano-calendário, ou se o tributo tivesse sido integralmente pago no ajuste anual. Todavia, tratou apenas das duas últimas hipóteses na nova redação, ou seja, deixou de prever a possibilidade de haver cumulatividade dessas multas. E não se diga que seria esquecimento, pois, logo a seguir no parágrafo §1º, excetuou a cumulatividade de penalidades quando a ensejar a aplicação dos art. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964.

DO EFEITO CONFISCATÓRIO DA APLICAÇÃO DE MULTAS

Também não merece acolhida a alegação do impugnante sobre o caráter confiscatório das multas de ofício e isolada aplicadas, por ferir princípios constitucionais (artigo 5º, inciso LIV, e artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal).

Na esfera administrativa, não há que se analisar questões relacionadas à inconstitucionalidade de leis como argüido pela impugnante. Não cabe, no caso, qualquer discussão quanto à validade da lei aplicável à presente lide, em razão de que não se pode negar sua eficácia. Ademais, presume-se que o legislador ao se pronunciar sobre a referida matéria observou o supracitado princípio.

Frise-se que a autoridade administrativa não tem competência legal para decidir sobre inconstitucionalidade de normas legais, matéria reservada ao Poder Judiciário, pelo que qualquer discussão quanto aos aspectos da inconstitucionalidade das normas jurídicas deve ser submetida ao crivo desse Poder. O órgão administrativo não é o foro apropriado para discussões dessa natureza. Os mecanismos de controle da constitucionalidade regulados pela

própria Constituição Federal, passam, necessariamente, pelo Poder Judiciário, que detém, com exclusividade, essa prerrogativa.

Portanto, falece competência a este colegiado quanto à apreciação do efeito confiscatório da aplicação das multas de 75% e de 50%. A vedação do artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, no tocante ao confisco, dirige-se ao legislador e visa impedir a instituição de tributo que tenha em seu conteúdo aspectos que ameacem a propriedade ou a renda tributada, por exemplo, mediante a aplicação de alíquotas muito elevadas.

Uma vez vencida a etapa da criação da norma, não configura confisco a aplicação da lei tributária, ainda que, circunstancialmente, o montante da exigência revele-se elevado.

É inócuo suscitar tal alegação na esfera administrativa, pois não se pode, sob pena de responsabilidade funcional (art. 142, parágrafo único, do CTN), desrespeitar a norma tributária.

Sendo assim, verifica-se que a aplicação das multas de ofício reveste-se de legitimidade, visto que o ato administrativo obedece à vontade expressa na lei, cujo procedimento é obrigatório e vincula-se estritamente aos ditames da norma legal. Ignorar o disposto no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996, como pugna a autuada, sob o pretexto de desrespeito a princípio constitucional, constituiria grave omissão funcional, esta sim, contrária aos princípios dispostos no "caput" do art. 37, da Carta Magna.

Conclusão

Por todo o exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir a exigência da multa de ofício isolada.

(assinado digitalmente)
Antônio José Praga de Souza