



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

Processo nº 16327.720115/2012-13
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-001.250 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 7 de novembro de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO IRPJ E CSLL
Recorrente UNIBANCO - UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO - JCP. DEDUTIBILIDADE. REGIME DE COMPETÊNCIA. LIMITE TEMPORAL. O período de competência, para efeito de dedutibilidade dos juros sobre capital próprio, é aquele em que há deliberação para pagamento ou crédito dos mesmos, podendo, inclusive, remunerar o capital tomando por base o valor existente em períodos pretéritos, desde que respeitado os critérios e limites previsto em lei na data da deliberação do pagamento ou crédito. Nada obsta a distribuição acumulada de JCP, desde que provada, ano a ano, ter esse sido passível de distribuição, levando em consideração os parâmetros existentes no ano-calendário em que se deliberou sua distribuição.

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.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFICIO. Cabível a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício à taxa Selic.

Recurso Voluntário Provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para restabelecer a dedução da despesas com JCP, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Carlos Pelá e Moisés Giacomelli Nunes da Silva que davam provimento integral.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(assinado digitalmente)

Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira – Relator

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

Relatório

UNIBANCO - UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S.A. recorre a este Conselho contra a decisão proferida pela DRJ em primeira instância, que julgou procedente a exigência consubstanciada no presente processo, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Adoto o relatório da decisão recorrida (verbis):

Conforme o Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 498-519, em fiscalização empreendida junto à contribuinte supramencionada foram apurados os fatos descritos a seguir:

1. Do procedimento realizado

A ação fiscal teve como objetivo verificar o cumprimento das obrigações tributárias pelo Unibanco – União de Bancos Brasileiros S/A (Unibanco) em relação à dedução de despesas a título de pagamento de juros sobre capital próprio (JCP) e à tributação sobre a devolução de patrimônio (títulos patrimoniais) ocorrida na desmutualização da BM&F em 2007.

O objeto social do Unibanco consta no art.2º de seu Estatuto Social (fls.11), transposto a seguir:

Artigo 2º: O UNIBANCO tem por objeto as operações e os serviços, inclusive câmbio, permitidas aos bancos comerciais de depósito, podendo, também, participar de outras sociedades, na forma das disposições legais e regulamentares aplicáveis.

2. Das infrações

2.1. Juros sobre capital próprio

No ano-calendário de 2007 a contribuinte informou na respectiva DIPJ despesas de JCP no montante de R\$1.362.096.275,85.

Sobre a dedutibilidade dos juros pagos ou creditados aos sócios ou acionistas a título de remuneração sobre o capital próprio, a Lei nº 9.249/95 (com redação dada pela Lei nº 9.430/96), dispõe em seu art. 9º que:

Art. 9º A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócio ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo — TJLP.

§ 1º O efetivo pagamento ou crédito dos juros fica condicionado à existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados.(destacou-se)

Também deve ser observado que o montante de juros dedutível para fins de IRPJ e CSLL limita-se ao maior dos seguintes valores: 50% do lucro líquido do exercício antes da dedução desses juros ou 50% da soma dos lucros acumulados e reservas de lucros, conforme o art. 29 da IN SRF nº 93/97, a seguir exposto:

Art. 29. O montante dos juros remuneratórios do capital passível de dedução para efeitos de determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social limita-se ao maior dos seguintes valores:

I - 50% (cinquenta por cento) do lucro líquido do exercício antes da dedução desses juros; ou

II - 50% (cinquenta por cento) do somatório dos lucros acumulados e reserva de lucros.

Além das condições acima citadas, para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, a dedutibilidade dos juros remuneratórios deve atender às condições previstas no art.29 da IN SRF nº 11/96: observar o regime de competência, ser pago/creditado individualmente a titular, respeitar o limite da variação da TJLP sobre as contas do patrimônio líquido. Transcreve-se o art.29 desse normativo:

Art. 29. Para efeito de apuração do lucro real, observado o regime de competência, poderão ser deduzidos os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP.

§1ª opção da pessoa jurídica, o valor dos juros a que se refere este artigo poderá ser incorporado ao capital social ou mantido em conta de reserva destinada a aumento de capital.

§ 2º Para os fins do cálculo da remuneração prevista neste artigo, não será considerado, salvo se adicionado ao lucro líquido para determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro, valor:

a) da reserva de reavaliação de bens e direitos da pessoa jurídica;

b) da reserva especial de trata o art. 428 do RIR/94;

c) da reserva de reavaliação capitalizada nos termos dos arts. 384 e 385 do RIR/94, em relação às parcelas não realizadas.

§ 3º O valor do juros pagos ou creditados, ainda que capitalizados, não poderá exceder, para efeitos de dedutibilidade como despesa financeira, a cinquenta por cento de um dos seguintes valores:

a) do lucro líquido correspondente ao período-base do pagamento ou crédito dos juros, antes da provisão para o imposto de renda e da dedução dos referidos juros;

b) dos saldos de lucros acumulados de períodos anteriores. (destacou-se)

A IN SRF nº 41/98, a seguir, dispôs sobre a aplicação do art. 9º da Lei nº 9.249/95, considerando creditado, individualizadamente, o valor dos JCP quando a despesa for registrada na escrituração contábil da pessoa jurídica em contrapartida a conta ou subconta do passivo exigível, representativa de direito de crédito do sócio:

IN SRF nº 41/98

Dispõe sobre os juros remuneratórios do capital próprio.

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso de suas atribuições, resolve.

Art. 1º Para efeito do disposto no art. 9º da Lei Nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, considera-se creditado, individualizadamente, o valor dos juros sobre o capital próprio, quando a despesa for registrada, na escrituração contábil da pessoa jurídica, em contrapartida a conta ou subconta de seu passivo exigível, representativa de direito de crédito do sócio ou acionista da sociedade ou do titular da empresa individual.

(...)

*Art. 4º Na hipótese de beneficiário pessoa jurídica, o valor dos juros creditados ou pagos deve ser escriturado como receita, **observado o regime de competência dos exercícios**. (destacou-se)*

Os dispositivos citados impõem uma limitação temporal na determinação dos JCP, ao fazerem referência ao regime de competência dos exercícios. A observância do regime de competência para as Sociedades Anônimas está prevista no caput do art. 177 da Lei nº 6.404/76, a seguir transcrito:

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

Por sua vez, os artigos 247 e 248 do RIR/99 (Decreto nº 3.000/99), exposto a seguir, preveem que o lucro líquido seja determinado com observância da lei comercial, e que o lucro real é o lucro líquido com os ajustes previstos em lei:

Art. 247. Lucro real é o lucro líquido do período de apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas por este Decreto (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º).

§1º A determinação do lucro real será precedida da apuração do lucro líquido de cada período de apuração com observância das disposições das leis comerciais (Lei nº 8.981, de 1995, art. 37, § 1º).

Art. 248 O lucro líquido do período de apuração é a soma algébrica do lucro operacional (Capítulo V), dos resultados não operacionais (Capítulo VII), e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º § 1º, Lei nº 7.450, de 1985, art. 18, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 4º).

Conclui-se que há previsão legal expressa para a sociedade anônima tributada pelo lucro real obedecer ao regime de competência.

Conforme o texto do art. 176, caput, e §3º, da Lei nº 6.404/76, as contas do exercício só existem juridicamente se houverem sido homologadas por assembléia dos acionistas. A aprovação das demonstrações implica verificar as operações realizadas pela administração da empresa, os lançamentos contábeis e documentos que os embasam, os dados do balanço patrimonial e o resultado econômico, bem como deliberar sobre a destinação do lucro do exercício, quando houver.

As demonstrações financeiras aprovadas são uma ferramenta essencial para avaliar a situação financeira e os resultados da empresa, indispensável para que os interessados em realizar negócios com ela possam tomar decisões com base em informações certas e verificadas.

Nesse cenário, permitir que deliberações no futuro gerem despesas referentes a exercícios passados acarreta insegurança jurídico-econômica aos usuários dos balanços publicados, além de contrariar as normas legais vigentes.

Assim, para haver dedutibilidade das despesas de JCP é necessário que haja o fato gerador correspondente (deliberação social tomada no devido tempo), e que a empresa observe as condições previstas na Lei nº 9.249/95 (pagamento ou creditamento em favor dos sócios/acionistas com o devido registro contábil no ano de competência, obedecendo aos limites previstos na lei).

Destaque-se que os juros sobre o capital constituem uma remuneração dos acionistas em razão dos investimentos realizados na sociedade pagadora dos juros. Contudo, deve-se segregar as implicações dos juros sobre o capital próprio no âmbito da legislação societária e no âmbito das normas que regulam a dedutibilidade fiscal.

No caso, deixar de exercer a faculdade prevista no art. 9º da Lei nº 9.249/95 ocasiona a preclusão consumativa do direito de fazê-lo, uma vez que a contribuinte optou por exercer apenas parcialmente a referida faculdade nos anos-calendário de 2002 a 2006. Todavia, essas possíveis sobras de JCP de anos anteriores não exercidas foram consideradas para pagamento e dedução de JCP na apuração do lucro real do ano-calendário de 2007.

Esse não exercício da faculdade em questão enseja também a preclusão temporal, por decurso do prazo concedido para seu exercício. Na hipótese de exercício integral da faculdade, ou mesmo parcial, sendo essa a hipótese do presente procedimento de fiscalização, ocorre a preclusão consumativa, significando que a contribuinte já consumou o ato de utilização da faculdade. O limite concedido não precisa ser integralmente exaurido para que se configure o exercício da faculdade.

Assim, não há um "direito adquirido" para utilização da parte não exercida em anos posteriores, resultando em renúncia por parte da contribuinte, dos valores excedentes de despesas de JCP.

Frise-se ainda que a administração de uma empresa segue a orientação que tenha amparo da maioria do capital social, manifestada na Assembleia-Geral. Nessa Assembleia, a empresa poderá deliberar sobre a remuneração dos acionistas por meio dos JCP.

O art. 132 da Lei nº 6.404/76 impõe a obrigatoriedade de a empresa realizar uma Assembleia-Geral ordinária anual, nos quatros primeiros meses seguintes ao término do exercício social, no intuito de votar as seguintes matérias:

Art. 132. Anualmente, nos 4 (quatro) primeiros meses seguintes ao término do exercício social, deverá haver 1 (uma) assembleia-geral para:

*I - tomar as contas dos administradores, **examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras;***

*II - **deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos;***

*III - **eleger os administradores e os membros do conselho fiscal, quando for o caso;***

*IV - **aprovar a correção da expressão monetária do capital social (artigo 167).** (destacou-se)*

A Assembleia-Geral é um órgão formado por acionistas e tem a função de decidir os assuntos sociais, manifestando a vontade da companhia. Essas deliberações tomadas em Assembleia pelos acionistas não podem ser modificadas a qualquer tempo.

Na Assembleia-Geral Ordinária realizada em 27/03/2008 (fls.488), foi ratificada a destinação dos resultados relativos ao exercício social encerrado em 31/12/2007, com o pagamento de R\$1.362.096.275,85 a título de JCP.

Em Assembleias anteriores relativas aos anos de 2002 a 2007 (fls.374-491), além da aprovação das demonstrações financeiras, foi deliberado acerca do pagamento de JCP, cujos valores foram integralmente deduzidos como despesas, conforme as respectivas DIPJ (fls. 737-738). Portanto, nesses anos os JCP foram pagos em sua totalidade, e mesmo que a contribuinte ainda tivesse sobra de limite para pagar JCP em tais anos, restou configurada a renúncia da contribuinte para a faculdade de pagar um montante maior de JCP.

Como houve a destinação do lucro nos anos de 2002 a 2006, na Assembléia de 2008 não existiu mais lucro para pagamento de JCP relativos a tais anos. Nos exercícios sociais pretéritos, para os quais já houve a realização de Assembleia-Geral ordinária imposta na lei, foi externada a vontade social para aprovação das demonstrações financeiras e destinação dos lucros, razão pela qual é vedada a dedutibilidade de JCP retroativo.

Conforme o demonstrativo apresentado pela contribuinte às fls.335, foi apurado o limite de dedução de JCP, imposto pela TJLP, de R\$663.596.845,25. A diferença entre o valor ratificado na Assembleia-Geral (R\$1.362.096.275,85) e este valor de R\$663.596.845,25 resulta em R\$698.499.430,60, referente a JCP dos anos-calendário 2002 a 2006, conforme demonstrativo da contribuinte às fls.353.

Em razão do exposto, apurou-se o excesso de JCP pagos/creditados no exercício, a ser adicionado ao lucro real e à base de cálculo da CSLL, no montante de R\$698.499.430,60, objeto do presente lançamento de ofício.

2.2. Da desmutualização

Para operar na Bolsa de Mercadorias & Futuros de São Paulo - BM&F, a contribuinte estava obrigada a deter títulos patrimoniais dessa entidade, então constituída sob a forma de associação sem fins lucrativos. A contribuinte, conforme informou às fls.343, adquiriu dois títulos: um em 1993, de sócio efetivo, pelo valor de CR\$82.436.130,00, cujo valor atual é de R\$4.617,27, e outro em 2001, de membro de compensação, no valor de R\$1.877.560,00.

A desmutualização da BM&F consistiu na alteração da estrutura societária dessa bolsa, que, de associação sem fins lucrativos, passou a constituir uma sociedade anônima de capital aberto com fins lucrativos.

Como resultado da desmutualização, os detentores dos títulos patrimoniais da associação sem fins lucrativos BM&F receberam, como devolução de capital, ações da nova companhia criada (BM&F S/A), tendo cada ação o custo unitário de R\$1,00. Assim a contribuinte recebeu 4.961.610 ações pelo título de membro de compensação, e 10.000 ações pelo título de sócio efetivo, totalizando 4.971.610 ações da BM&F S/A.

A Receita Federal manifestou-se, na Solução de Consulta Cosit nº 10/2007, exposta a seguir, pela incidência do IRPJ sobre a diferença entre o valor nominal das ações recebidas pelos associados, e o custo de aquisição dos títulos patrimoniais das bolsas de valores, aplicando o art.17 da Lei nº 9.532/97:

Solução de Consulta Cosit nº 10, de 26/10/2007

ASSUNTO: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

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

Por sua vez, o art.17 da Lei nº 9.532/97 é transcrito a seguir:

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.

As Soluções de Consulta SRRF08/Disit nº 520 e 521, ambas de 2007, e a Solução de Consulta SRRF06/Disit nº 150/2008, também apontam no sentido da cômputo da diferença entre o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos a título de devolução de patrimônio de instituição isenta, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver entregue para a formação do referido patrimônio, na

determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, no caso das pessoas jurídicas sujeitas ao pagamento do imposto de renda com base no lucro real.

Na desmutualização houve a devolução de patrimônio da BM&F para as instituições associadas, na forma de ações da nova empresa criada, a BM&F S/A, empresa com finalidade de lucro.

Desse modo, o valor a ser tributado é a diferença entre o valor recebido pela contribuinte, na forma de ações da BM&F S/A, e o valor por ela entregue originalmente para a formação do patrimônio da associação sem fins lucrativos BM&F.

Os títulos representativos do patrimônio das bolsas de valores eram contabilizados na conta de ativo permanente das instituições financeiras, sujeitando-se às atualizações periódicas contabilizadas em contrapartida à conta “Reserva de Atualização dos Títulos Patrimoniais” de acordo com o Cosif.

A forma de contabilização dos títulos patrimoniais está prevista no Capítulo 1, item 11, subitem 3, parágrafo 3º, do Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional - Cosif.

3. Outros Investimentos

$$(\dots)$$

3 - Os títulos patrimoniais de bolsas de valores, de mercadorias e de futuros, e da Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos - CETIP são atualizados, por ocasião dos balanços, pelo valor informado pela respectiva bolsa, procedendo-se aos seguintes lançamentos de ajustes: (Circ 1273)

a) se o novo valor informado pelas bolsas for superior ao saldo contábil na data-base do balanço, debita-se TÍTULOS PATRIMONIAIS pela diferença apurada, em contrapartida com RESERVA DE ATUALIZAÇÃO DE TÍTULOS PATRIMONIAIS;

b) se o novo valor informado pelas bolsas for inferior ao saldo contábil na data-base do balanço, credita-se TÍTULOS PATRIMONIAIS pela diferença apurada, em contrapartida com RESERVA DE ATUALIZAÇÃO DE TÍTULOS PATRIMONIAIS até o limite do seu saldo. A parcela excedente, se houver, é debitada em LUCROS OU PREJUÍZOS ACUMULADOS.

A conta Cosif utilizada para registro de títulos patrimoniais da Bolsa de Mercadorias e Futuros está classificada no Ativo Permanente – Investimentos, com a denominação 2.1.4.10.20-8 para a BM&F, enquanto que a conta para o registro da Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais está classificada no Patrimônio Líquido - Reserva de Capital com a denominação 6.1.3.70.00-9.

Cabe registrar que a contabilização da atualização dos Títulos Patrimoniais da BM&F detidos pelas instituições não afetava o resultado do exercício, uma vez que a contrapartida da atualização do valor era registrada em conta de Reserva de Capital. A Portaria MF nº 785/77 conferiu neutralidade tributária aos acréscimos do valor desses títulos, respeitadas certas condições. Porém, com a desmutualização, ocorreu a devolução do patrimônio social das entidades isentas, ensejando a tributação nos moldes do art.17 da Lei nº 9.532/97.

No caso da contribuinte, houve a baixa total do ativo permanente de posição decorrente da condição de associada à Bolsa de Mercadorias e Futuros, recebendo como devolução de patrimônio as ações da BM&F S/A, incidindo o art. 17 da Lei

9.532/1997, devendo ser baixada ou realizada a parcela correspondente na reserva constituída, cuja tributação ficou diferida pela Portaria MF nº 785/77.

As reservas somente devem ser mantidas na justa medida da manutenção do próprio ativo que lhes deu origem. Não há sentido em manter uma reserva quando o próprio ativo foi baixado, pois não é razoável que o patrimônio de uma associação, aumentado pela renúncia fiscal, tivesse outra destinação que não aquela visada pela norma de isenção.

Se a associação era isenta em razão de seu objeto social, uma vez destinada a parcela ou a totalidade de seu patrimônio a outro fim, fica descaracterizado o interesse público que autorizava o gozo da isenção tributária. Do contrário, transformaria em sociedade uma associação cujo patrimônio foi, em parte, formado por isenção de impostos.

Em 01/11/2007, a contribuinte alienou todas as ações da BM&F S/A (contrato de compra e venda às fls.48-51) considerando como custo de aquisição o valor de R\$4.971.610,00, valor recebido pela associada a título de devolução do patrimônio da entidade isenta BM&F.

Diminuindo-se dessa quantia o valor entregue pela contribuinte para formação do patrimônio da entidade isenta BM&F (R\$1.882.177,27), tem-se o valor de R\$3.089.432,73, referente à atualização dos títulos patrimoniais e que não foi tributado. Tal valor deve ser adicionado ao lucro real e à base de cálculo da CSLL do ano-calendário 2007, nos termos do art. 17 da Lei nº 9.532/1997, sendo os valores correspondentes lançados de ofício.

Os autos de infração constam às fls. 520-533, e foram fundamentados nos seguintes dispositivos legais:

(...)

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada, a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 544-564, acompanhada dos documentos de fls.565-734, alegando, em síntese:

1. Dos juros sobre capital próprio (JCP)

Os JCP pagos em 2007 (R\$1.362.096.275,86) referem-se aos anos-calendário de 2002 a 2006, os quais foram calculados, para cada ano-calendário, nos limites da legislação, seja quanto à TJLP, seja quanto aos valores das contas do patrimônio líquido, conforme planilhas de fls. 571-578.

O limite previsto no § 1º do art.9º da Lei nº 9.249/95 foi sempre superior ao valor máximo de distribuição de JCP, razão pela qual não foi questionado pela fiscalização.

Não há na legislação um limite temporal para pagamento de JCP, nem para sua dedutibilidade da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, de forma que a contribuinte pode decidir o momento adequado para o crédito/pagamento, sendo possível o pagamento de juros após o término do ano-calendário relativo àquele período, como ocorre no caso em tela.

Dessa forma, não exercido o direito de pagar/creditar os JCP em determinado período, não há “preclusão consumativa” de pagamento/crédito desses juros.

A referência, no art. 29 da IN SRF nº11/96 e no art. 4º da IN SRF nº 41/98, à observância do regime de competência não restringe a dedutibilidade dos JCP ao

exercício em que tenham ocorrido os respectivos créditos/pagamentos, pois o art.9º da Lei nº 9.249/95 não contém tal restrição.

Em observância ao regime de competência, as companhias abertas provisionam os valores de JCP a serem pagos/creditados, deduzindo essas provisões apenas quando do efetivo pagamento/crédito dos juros, permanecendo indedutíveis até então.

O lucro real é apurado a partir do lucro líquido do exercício, que é calculado segundo o regime de competência, conforme o art. 177 da Lei nº 6.404/76.

Em observância ao regime de competência, os JCP somente serão computados como despesa no exercício em que forem pagos ou creditados, pois a despesa de juros de que trata o art.9º compete ao exercício em que for implementada.

Assim, a impugnante deduziu os JCP utilizando-se dos juros acumulados em exercícios anteriores, deduzindo-os no ano em que foram pagos (2007), nos limites previstos na legislação.

2. Da desmutualização

2.1. Da ocorrência, na desmutualização, de cisão e incorporação, e não dissolução e devolução patrimonial

Na desmutualização houve cisão parcial do patrimônio da antiga associação BM&F, e incorporação da parcela cindida na nova sociedade BM&F S/A.

Diversamente do quanto consignado na Solução de Consulta Cosit nº 10/2007, o art.2.033 do Código Civil prevê a transformação, cisão, incorporação e fusão às pessoas jurídicas elencadas no art. 44 do mesmo Código, no qual se incluem as associações, razão pela qual não há ausência de amparo legal para a desmutualização.

Houve a transformação societária da entidade para a forma de sociedade anônima, conforme preceituam o art. 1.113 do Código Civil, e art. 1º da Instrução Normativa do Diretor Nacional do Registro do Comércio - DNRC nº 88/2001.

Não ocorreu a dissolução da sociedade a ensejar a devolução de patrimônio aos associados, houve apenas a transferência do patrimônio da associação à nova sociedade, e mera substituição do investimento dos antigos associados pelo investimento que passaram a ter na nova sociedade anônima (troca das posições societárias de sociedade antiga para a nova). O investimento anterior (títulos patrimoniais) foi mantido na nova sociedade, agora sob a forma de ações.

Como não houve dissolução da antiga associação BM&F, não houve devolução dos títulos representativos do patrimônio dos ex-associados (atuais acionistas), cujo valor devesse ser comparado com o custo de aquisição de tais títulos. Portanto, inaplicável o art.17 da Lei nº 9.532/97, eis que não existiu acréscimo patrimonial apto a gerar a incidência do IRPJ e CSLL.

2.2. Do tratamento contábil da atualização dos títulos de desmutualização

A impugnante, integrante do sistema financeiro, sujeita-se às normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e Banco Central (BC), nos termos da Lei nº 4.595/64.

Conforme a Resolução BC nº 1.656/89 e o Ofício Circular CVM nº 325/79, as associadas à BM&F deveriam registrar, em seu ativo, como valor contábil dos títulos, o respectivo valor patrimonial. Tais títulos eram passíveis de atualizações periódicas, correspondentes às variações patrimoniais ocorridas nas bolsas.

O método da equivalência patrimonial (art.248 da Lei nº 6.404/76) aplica-se aos investimentos considerados relevantes e influentes em controladas ou coligadas. Conforme o Parecer Normativo (PN) CST nº 78/78, algumas empresas devem observar o MEP em situações específicas.

Segundo o art.4º, inciso XII, da Lei nº 4.595/64, compete ao CMN “*expedir normas gerais de contabilidade e estatística a serem observadas pelas instituições financeiras*”. Nesse passo, o BC aprovou o Cosif por meio da Circular BC nº 1.273/87, a qual impunha o registro dos títulos patrimoniais em conta do ativo permanente.

Por sua vez, as instituições financeiras eram obrigadas a atualizar o valor dos títulos patrimoniais de acordo com os valores informados pela bolsa, procedendo aos lançamentos de ajuste, de modo que os títulos patrimoniais da antiga associação BM&F não estavam sujeitos à avaliação pelo custo de aquisição, mas sim pelo método de equivalência patrimonial.

O método de avaliação desses títulos patrimoniais, imposto pelo Cosif, segue os mesmos parâmetros do MEP aplicáveis aos investimentos tidos como relevantes em controladas ou coligadas (ajuste em conta do ativo permanente em contrapartida de conta do patrimônio líquido). O Ofício Circular CVM nº 325/79 também determinou que os títulos das bolsas deviam ser ajustados pelas associadas pelo método da equivalência patrimonial.

O CMN estabeleceu, no plano de contas a ser seguido pelas instituições financeiras, que a atualização do valor dos títulos patrimoniais de bolsas de valores deve ser contabilizada da seguinte forma:

- a) se o novo valor informado pelas bolsas for superior ao saldo contábil na data-base do balanço, debita-se "Títulos Patrimoniais" pela diferença apurada, em contrapartida com "Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais";
- b) se o novo valor informado pelas bolsas for inferior ao saldo contábil na data-base do balanço, credita-se "Títulos Patrimoniais" pela diferença apurada, em contrapartida com "Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais" até o limite do seu saldo. A parcela excedente, se houver, é debitada em "Lucros ou Prejuízos Acumulados".

Considerando que a conta de reserva espelha a atualização do valor dos títulos, quando as bolsas apresentassem resultado positivo a conta de reserva sofreria acréscimo e quando apresentassem resultado negativo, referida conta deveria ser reduzida. Tais ajustes de valor não transitavam pelo resultado, sendo contabilizados na conta Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais.

2.3. Do tratamento fiscal da atualização dos títulos de desmutualização

A legislação fiscal estabelece a não incidência de IRPJ, e consequentemente, da CSLL, sobre o resultado da aplicação da equivalência patrimonial (artigos 225, 388 e 389 do RIR/99).

Assim, a contrapartida de eventuais ajustes do valor de investimento por aumento ou redução no valor do patrimônio líquido da investida, em virtude de lucro ou prejuízo, não é computada na determinação do lucro real. A fiscalização ignorou esse tratamento, contrariando a Portaria MF nº 785/77, a qual expressa:

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

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

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

O dispositivo deixa claro que inexistente diferimento ou postergação de imposto, mas sim não-incidência. Assim, não cabe tributar a atualização do valor dos títulos da BM&F.

Também a Solução de Consulta Cosit nº 13/97 (norma complementar da legislação conforme art.100 do CTN), fundamentada na citada Portaria, manifesta entendimento de que a atualização do valor do título patrimonial não configurava ganho de capital. Portanto, a Receita Federal reconheceu não haver ganho de capital na operação de substituição dos títulos por ações da nova empresa constituída pela cisão da entidade.

Com base nessa solução de consulta, as associadas deram tratamento de não-incidência para as desmutualizações ocorridas no ano-calendário 2007.

Por meio de novos atos, a autoridade fiscal veiculou posicionamento diverso, fundamentando a autuação no fato de que, na desmutualização teria ocorrido devolução de capital de instituição isenta, tributando-se a diferença entre o valor dos títulos e o valor das ações, com base no art.17 da Lei nº 9.532/97.

Não ocorreu, porém, devolução de patrimônio, pois não houve a extinção das associações, não se aplicando o art.17 da Lei nº 9.532/97.

Como houve modificação do critério jurídico, o novo entendimento, se precedente, somente poderia ser aplicado a fatos geradores posteriores à publicação do ato normativo, de acordo como art.146 do CTN. No caso do IRPJ e da CSLL, cujos fatos geradores são anuais e se consolidam em 31 de dezembro de cada ano, quaisquer alterações de critérios jurídicos só produzem efeitos no ano-calendário subsequente, sob pena de ofensa à segurança jurídica e ao CTN.

3. Da não incidência de juros sobre multa de ofício

A Lei nº 9.430/96 prevê que os débitos de tributos e contribuições serão acrescidos de multa de mora (art. 61, caput), e que, sobre aqueles débitos, incidirão juros de mora (art. 61, § 3º). Assim, os juros de mora não incidem sobre a multa de mora, e, por iguais razões não cabe aplicar tais juros sobre a multa de ofício.

Os artigos 161 e 164 do CTN confirmam essa conclusão ao distinguirem os conceitos de crédito, juros de mora e penalidades. Por consequência, também não são aplicáveis à multa de ofício os juros de 1% ao mês, referidos no § 1º do art. 161 do CTN. Caso se entenda de outra forma, os juros seriam aplicáveis à taxa Selic, limitados a 1%.

A decisão recorrida está assim ementada:

JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. DEDUTIBILIDADE. REGIME DE COMPETÊNCIA. A dedução de juros sobre o capital próprio é faculdade concedida pela lei, cujo exercício se sujeita a limite absoluto, correspondente ao produto da variação da TJLP sobre o patrimônio líquido, não podendo a contribuinte exercê-la em anos posteriores.

AUTO DE INFRAÇÃO. DESMUTUALIZAÇÃO. ASSOCIAÇÃO ISENTA. DEVOLUÇÃO DE TÍTULO PATRIMONIAL E SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES DA NOVA EMPRESA. 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.

GANHO DE CAPITAL. FORMA DE APURAÇÃO. CUSTO CONTÁBIL. INAPLICABILIDADE DO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL AOS TÍTULOS PATRIMONIAIS DA ASSOCIAÇÃO ISENTA BM&F. O ganho de capital deve ser apurado levando-se em conta o custo contábil do bem registrado na escrituração da empresa. O método de avaliação de investimentos pela equivalência patrimonial não se aplica aos títulos patrimoniais da associação isenta BM&F.

DEMAIS TRIBUTOS. MESMOS EVENTOS. DECORRÊNCIA. A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fato gerador de vários tributos impõe a constituição dos respectivos créditos tributários, e a decisão quanto à real ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados. Assim, o decidido quanto ao IRPJ aplica-se à CSLL dele decorrente.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificada da aludida decisão, a contribuinte apresentou recurso voluntário, no qual reforça as alegações da peça impugnatória e, ao final, requer o provimento, nos seguintes termos (verbis):

II – DO MÉRITO

II. 1 – OS JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO

5. O acórdão ora recorrido manteve o auto de infração, sob os mesmos fundamentos apontados pela autoridade fiscal, especialmente no sentido de que a dedutibilidade dos valores pagos a título de JCP está condicionada ao pagamento ou crédito em favor dos sócios, não havendo despesa a ser reconhecida enquanto não materializado o fato gerador correspondente.
(...)

36. Nota-se que o STJ também definiu que tanto para demonstração de resultado, quanto para efeitos de tributação, o que importa é o momento em que a pessoa jurídica realizou o pagamento, sendo irrelevante que o dispêndio decorra de lucro auferido em anos anteriores.

37. Pelas razões expostas, deve ser afastado o entendimento firmado no acórdão da DRJ/SP, ora recorrido, de que a dedução integral dos valores pagos a título de JCP em 2007, referentes aos exercícios anteriores de 2002 a 2006, implica em redução indevida das bases de apuração do IRPJ e da CSL, sendo de rigor o acolhimento do presente recurso voluntário para considerar integralmente dedutível a totalidade dos valores pagos ou creditados a título juros sobre o capital próprio naquele exercício.

II.2 – A DESMUTUALIZAÇÃO

38. Outra infração identificada pela autoridade fiscal, e mantida pela DRJ/SP, diz respeito à suposta ausência de tributação do valor da atualização de títulos patrimoniais da BM&F, de propriedade do Recorrente, quando do processo de desmutualização dessas entidades em 2007.

39. É certo que também sob esse aspecto não merece prosperar o acórdão ora recorrido, pelos seguintes fundamentos. Vejamos.

(...)

IV - DO PEDIDO

89. Diante do exposto, requer o Recorrente o provimento do presente recurso voluntário, reformando-se a decisão ora recorrida, para que ao final seja cancelado o auto de infração em questão.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira, Relator.

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

Conforme relatado, em síntese, trata-se de exigência do IRPJ e CSLL em razão da glosa da despesas com pagamento de juros sobre o capital próprio em 2007 (calculados sobre o resultado dos anos de 2002 a 2006), e omissão de receitas da venda de ações da BMF.

Passo a apreciar as razões recursais.

Dedutibilidade da despesa com pagamento de juros sobre capital próprio.

Tal qual tive a oportunidade de manifestar-me em julgamento de recurso anterior do próprio Unibanco, o procedimento adotado pelo Recorrente é legalmente amparado pelo artigo 9º da Lei 9.249/95, *verbis*:

*“Art. 9º A pessoa jurídica **poderá deduzir**, para efeitos da apuração do lucro real, **os juros pagos ou creditados individualizadamente** a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP.*

*§ 1º **O efetivo pagamento ou crédito dos juros fica condicionado à existência de lucros**, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados.* (Redação dada pela Lei nº 9.430, de 1996)

*§ 2º **Os juros ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento, na data do pagamento ou crédito ao beneficiário.***

(...)”

Ao contrário do que afirma a fiscalização, o procedimento adotado pela Recorrente não ofendeu o regime de competência.

Com efeito, o regime de competência está umbilicalmente ligado ao conceito de “despesa incorrida” e a despesa só se torna incorrida no momento em que **“se forma a relação jurídica incondicional pela qual a pessoa jurídica torna-se devedora dos juros” e “o beneficiário possa vir a exigir o pagamento como direito seu”**, como ensina Edmar Oliveira Andrade Filho (in Perfil Jurídico do Juro sobre o Capital Próprio, MP Editora, 2006, p. 55). E como bem ressalta o autor referido, somente a partir desse momento é que se cogita a aplicação do regime de competência.

No caso dos juros sobre capital próprio a pessoa jurídica se torna devedora e o sócio ou acionista pode exigir o pagamento do valor respectivo apenas após a deliberação da sociedade decidindo efetuar o pagamento, fixando os montantes respectivos e determinado o momento em que tal pagamento ocorrerá. Assim, o período de competência, no qual o montante dos juros deve ser registrado como despesa financeira da sociedade, é aquele em que há a deliberação determinando o pagamento dos juros, no caso, 2006 e 2007.

Com efeito, para efeitos de IRPJ e CSL, o pagamento de juros sobre capital próprio recebe tratamento fiscal de despesa financeira idêntico ao tratamento dos juros sobre capital de terceiros, tanto que a própria administração ao regulamentar a aplicação do artigo 9º da Lei 9.249/95 determinou a sua contabilização como despesa financeira da empresa pagadora (portanto, dedutível) e receita financeira da empresa beneficiária (portanto, tributável exclusivamente na fonte, ou como antecipação do devido na declaração, no caso de empresas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado) (IN 11/96, artigo 29).

Se o pagamento de juros sobre o capital próprio tem tratamento fiscal de despesa financeira para a empresa pagadora, tal despesa, em observância ao regime de competência, só deve ser imputada aos seus resultados no momento em que a sociedade se obrigar a pagar os juros.

Como se observa, antes da deliberação societária no sentido de que se efetue o pagamento de juros sobre o capital próprio não há de se falar em direito subjetivo dos sócios ou acionistas ao seu recebimento e nem em despesa incorrida, não se podendo cogitar antes disso em observância ao regime de competência posto que não há ato jurídico tornando a empresa devedora dos referidos juros.

No caso concreto, como já ressaltado, o Recorrente deliberou efetuar o pagamento de juros sobre capital próprio em 2006 tomando por base o patrimônio líquido de 2001 e 2006, e em 2007 tomando por base o patrimônio líquido de 2002 a 2005, atendidas as condições e limites previstos na Lei nº 9.249/95. A despesa correspondente ao pagamento desses juros, portanto, somente surgiu para o Recorrente em 2006 e 2007, respectivamente.

Em sendo assim, está equivocado o entendimento da r. decisão recorrida, posto que o Recorrente não pretende computar em um exercício “valores de JCP pertinentes a exercícios anteriores”. Embora os juros pagos e deduzidos em 2006 e 2007 tenham sido calculados também com base nas contas do patrimônio líquido de anos-calendário anteriores de 2001 a 2005, trata-se de despesas relativas aos anos-calendários de 2006 e 2007, respectivamente, e não de 2001 a 2005, tendo em vista que somente em 2006 e 2007 ocorreu a deliberação sobre o pagamento/crédito dos valores desses juros, portanto, somente nesses anos-calendários a despesa a eles relativa tornou-se incorrida, ou seja, o pagamento desses valores tornou-se obrigação da empresa e direito dos acionistas, afetando o resultado.

Dessa forma, é incontestável o direito do Recorrente de, na apuração do IRPJ e da CSL dos anos de 2006 e 2007, deduzir a despesa oriunda do pagamento de juros sobre o capital próprio realizado naqueles anos, ainda que tomando por base as contas de patrimônio líquido de períodos pretéritos, posto que se trata de despesa que diz respeito aos próprios anos de 2006 e 2007, e não a anos anteriores, nos termos do artigo 9º, “caput” da Lei nº 9.249/95, da doutrina supra citada e como no mesmo sentido já decidiu o Conselho de Contribuintes e o Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, pelas razões acima expostas, não tem amparo legal estabelecer como condição para a dedução dos juros sobre o capital próprio que o pagamento desses mesmos juros seja efetuado em cada ano-calendário, cujo valor das contas do patrimônio líquido foi tomado como base para seu cálculo, como entendeu a r. decisão recorrida.

Daí porque a previsão da IN 11/96, no sentido de que os juros sobre capital próprio são dedutíveis segundo o regime de competência, significa apenas que a despesa a eles relativa deve ser reconhecida no período em que for deliberado o seu crédito ou pagamento, pois apenas nesse momento é que nasce a obrigação a eles relativa.

A matéria não é nova neste Conselho, tendo sido objeto do acórdão 101-96.751 de 29/05/2008 do qual participei do julgamento. Vejamos a ementa e decisão do aludido acórdão:

Ementa: JUROS S/CAPITAL PRÓPRIO – DEDUTIBILIDADE - LIMITE TEMPORAL – O período de competência, para efeito de dedutibilidade dos juros sobre capital próprio da base de cálculo do imposto de renda, é aquele em que há deliberação de órgão ou pessoa competente sobre o pagamento ou crédito dos mesmos, podendo, inclusive, remunerar o capital tomando por base o valor existente em períodos pretéritos, desde que respeitado os critérios e limites previsto em lei na data da deliberação do pagamento ou crédito, ou seja, nada obsta a distribuição acumulada de JCP – desde que provada, ano a ano, ter esse sido passível de distribuição-, levando em consideração os parâmetros existentes no ano-calendário em que se deliberou sua distribuição.

LANÇAMENTO DECORRENTE – CSLL - Tratando-se de lançamento reflexo, a solução dada ao lançamento matriz é aplicável, no que couber, ao lançamento decorrente, quando não houver fatos novos a ensejar decisão diversa, ante a íntima relação de causa e efeito que os vincula. Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. ACORDAM os membros da primeira câmara do primeiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

No voto condutor do aludido acórdão, da lavra do ilustre conselheiro Valmir Sandri, extrai-se os seguintes fundamentos:

“(…) Por ser este o procedimento que está em discussão nos presente autos, e para o desate da presente questão, cabe indagar se pode o contribuinte pagar em períodos futuros o valor do JCP apurado em períodos pretéritos segundo os limites e de acordo com a legislação de regência?

Quanto à indagação acima respondo afirmativamente, tendo em vista que os juros sobre o capital constituem uma remuneração dos acionistas em razão dos investimentos realizados na sociedade pagadora dos juros. Teria a natureza de juros compensatórios em razão da indisponibilidade de recurso em favor da companhia.

Tais juros sobre o capital não são uma figura nova, introduzida no ordenamento jurídico pela Lei nº 9.249/95, eis que esta norma apenas cuidou de aspectos tributários referentes aos juros sobre o capital próprio, conforme acentua Fábio Ullúa Coelho, *verbis*:

"Deve se acentuar, desde logo, que não foi a Lei de 1995 que, a rigor, introduziu o pagamento de juros sobre o capital da pessoa jurídica, em benefício de seus membros. A antiga Lei do Anonimato, de 1940, fazia referência expressa ao seu pagamento, durante a instalação da sociedade (art.129, parágrafo único, d); eram os chamados 'juros de construção' (Valverde, 1959, 2:383). Também registro que a Lei das Cooperativas, em 1971, cuidou do assunto, estabelecendo o limite de 12% ao ano para os juros sobre o capital pagos em favor dos seus associados (Lei n.5.764/71, art.24, § 3"), a vigente lei do anonimato igualmente o menciona ao disciplinar sua forma de escrituração (LSA, art. 179. V). O pagamento desse tipo de remuneração, por outro lado, nunca foi proibido na lei, daí ser sustentável sua pertinência e validade. Como, porém, a legislação tributária, entre 1964 e 1995, não admitida a dedução dos juros pagos aos sócios, não se costumava realizar nenhum pagamento a esse título. A mudança do regime tributário e as vantagens decorrentes impulsionaram, a partir de 1996, a larga utilização desse gênero de pagamento, em favor do acionista. A referência da lei tributária tornou obsoleta a postura tecnológica, que tradicionalmente condenava o pagamento de juros sobre o próprio capital, por reputá-lo incompatível com o risco próprio dos investimentos em ações e com o princípio da intangibilidade do capital social (cf Mendonça, 1914, 3:49/50). (Curso de Direito Comercial, Saraiva, 2008, p. 342).

Ou seja, é preciso segregar as implicações no âmbito da legislação comercial e das normas que regulam a dedutibilidade fiscal. Nesse sentido, Edmar Oliveira Andrade Filho diz o seguinte:.

"De fato, a remuneração do capital dos sócios ou acionistas é uma faculdade que depende apenas da decisão formal deles próprios por intermédio de deliberação tomada em Assembléia de Acionistas ou Reunião de Quotistas, ou em virtude de cláusula estatutária ou contratual existente. Esta faculdade é garantida por um feixe de normas jurídicas que constituem a esfera particular de ações das pessoas, em que as ações são governadas pelos princípios da livre iniciativa e da autonomia da vontade, delimitados e orientados pelo ordenamento jurídico. Portanto, em princípio, uma sociedade pode, no presente, deliberar sobre o pagamento de juros sobre o capital para períodos passados, ou seja, pode adotar como marco inicial para contagem de juros o momento em que a empresa passou a utilizá-lo ou outro momento qualquer".

E ressalta o seguinte:

"Há de se ter presente, todavia, que uma coisa é a possibilidade jurídica do pagamento dos juros e outra, completamente diferente, é o tratamento fiscal que deverá ser dispensado a tais juros. De fato, a dedução dos juros sobre capital está sujeita à observância de limites quantitativos objetivos no momento em que eles vierem a diminuir o resultado do período que servirá de elemento para determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSLL".

Quanto ao primeiro aspecto, o societário, não vejo qualquer óbice de a empresa apurar os juros sobre o capital próprio e estabelecer o seu pagamento no todo ou em parte em períodos subsequentes. O registro na contabilidade do valor dos juros sobre o capital que deixaram de ser pagos quando de sua apuração, constituirá uma mera provisão indedutível para efeito de apuração do lucro real no período de sua apuração, podendo sê-lo quando do efetivo pagamento ou crédito individualizado (p.e. contas a pagar).

Pode o contribuinte, por conta disso, reconhecer contabilmente o valor da "despesa", na verdade uma provisão, dos juros sobre o capital próprio para pagamento de parte no próprio ano de sua apuração e parte em períodos subsequentes. O que for e quando for efetivamente pago ou creditado individualizadamente constituirá uma despesa dedutível, eis que não existe qualquer impedimento em relação a este procedimento.

Do ponto de vista fiscal, a provisão se tomará uma despesa dedutível se e quando os juros forem efetivamente pagos ou creditados individualizadamente. Esta é a dicção do artigo 9º. da Lei nº 9.249/05, que prescreve:

"Art. 9º A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP."

De plano, observe-se que o caput do artigo 9º da Lei nº 9.249/05 fala em dedução "para efeito do lucro real", tratando, pois, tão somente do aspecto fiscal para efeito da apuração do lucro real. As condições estipuladas para a dedutibilidade da despesa são:

I-Temporal: quando os juros forem pagos ou creditados individualizadamente;

II - Quantitativo: os juros devem ser calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo — TJLP.

Estas são as duas condições estabelecidas para efeito de dedutibilidade dos juros sobre o capital próprio; não há outra. Respeitadas a condição temporal e quantitativa, os juros são totalmente dedutíveis.

Existe, ainda, uma condição que diz respeito ao pagamento ou crédito dos juros sobre o capital próprio, e não à dedutibilidade, prevista no §1º do art. 9º da Lei nº 9.249/05, que prescreve:

"§1º O efetivo pagamento ou crédito dos juros fica condicionado à existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados.(Redação dada pela Lei nº9.430, de 1996)"

Este dispositivo registre-se, limita o pagamento e o crédito dos juros sobre o capital próprio para todos os fins. Então é uma condição estabelecida para fins societários que repercutem na órbita fiscal. O que quero dizer com isso é que se houver a deliberação a respeito de pagamento ou crédito de JCP acima do limite acima mencionado, os administradores incorrem numa afronta à legislação societária, com as implicações correspondentes, além da consequência de ser glosada a parcela paga em valor superior ao permitido legalmente.

Mas se de um lado o pagamento ou crédito fica condicionado ao limite quantitativo acima mencionado, de outro a norma legal não prevê qualquer limitação temporal para a realização do pagamento.

Assim, não vejo qualquer óbice na legislação de regência de a Recorrente adotar o procedimento acima descrito pelo fiscal, que vale repetir, "de calcular ano a ano o montante do valor de JCP passível de dedução, ou seja, crédito ou pagamento, lançar este montante ou um valor aproximado como despesa financeira e adicionar via

Lalur no mesmo momento o valor que não pretende creditar ou pagar, assim levando ao resultado o que somente a ata da reunião deliberativa decide distribuir, armazenando a diferença no Lalur para ser utilizado oportunamente." Vejamos com mais detalhes.

O valor glosado em 2001 pela fiscalização da ordem de R\$ 589.147.634,71, corresponde às diferenças contabilizadas e controladas no Lalur do ano de 1996 a 1999, conforme constatou o Relatório Fiscal - não contestado pela r. decisão recorrida -, que também afirma que estes valores foram apurados nos limites que seriam passíveis de dedução em cada período de apuração. O que ocorreu em 2001 foi o mero pagamento daqueles saldos, que a legislação não restringe aos períodos de origem.

Cabe registrar, entretanto, que não tratou o fiscal, e também não cuidou a contribuinte em seu recurso, da demonstração de que o pagamento dos saldos acumulados dos anos de 1996 a 1999 poderiam ser efetivados em 2001, isto é, se o pagamento respeita a condição legal de "existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados". Repito que esta condição não diz respeito apenas à questão da dedutibilidade, mais sim à própria possibilidade de a empresa deliberar sobre o pagamento.

(...)

Por fim, cabe fazer aqui algumas considerações acerca do artigo 29 da IN 11/96, que serviu de fundamento para a glosa da referida despesa, vejamos o que diz o referido artigo:

Art. 29. Para efeito de apuração do lucro real, observado o regime de competência, poderão ser deduzidos os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP.

O dispositivo diz respeito ao regime de competência "para efeito de apuração do lucro real", isto é, quando se toma possível deduzir os valores dos JCP. Assim, o dispositivo não discrepa de todo o que foi afirmado acima, reiterando que para efeito de dedutibilidade do JCP o que importa é o pagamento ou o crédito, considerado este o momento adequado para efeito do regime de competência. Mas de modo algum este dispositivo veda o procedimento adotado pela Recorrente, como quer fazer crer a decisão recorrida.

De fato, a IN SRF nº 11/96, ao prever que os JCP são dedutíveis segundo o regime de competência, apenas esclarece que a despesa a eles relativa deve ser reconhecida no período-base em que for deliberado o seu crédito ou pagamento, pois apenas nesse momento teria nascido a obrigação a eles relativa, indispensável ao reconhecimento de despesas na forma daquele regime.

Nesse sentido, faço uso novamente dos ensinamentos de Edmar Oliveira Andrade Filho, que assevera que o período de competência dos juros sobre o capital é aquele em que há deliberação de órgão ou pessoa competente sobre o pagamento ou crédito dos mesmos, e sendo assim, enquanto não houver o ato jurídico que determine a obrigação de pagar os juros não existe a despesa ou o encargo respectivo e não há o que se cogitar de dedutibilidade de algo ainda inexistente.

Portanto, tendo a Recorrente respeitado, para efeito de dedutibilidade, os critérios e limites previstos em lei, na data da deliberação do pagamento ou crédito, não há

como negar a dedutibilidade dos juros sobre capital próprio por ela lançada e glosada pela fiscalização.

(...)”

Além disso, Inicialmente, cabe salientar que a legalidade do procedimento adotado pela Recorrente foi atestada pela C. 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que, em 2009, proferiu decisão favorável ao sujeito passivo na matéria objeto desses autos de infração, no acórdão assim ementado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. DEDUÇÃO. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO DISTRIBUÍDOS AOS SÓCIOS/ACIONISTAS. BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. EXERCÍCIOS ANTERIORES. POSSIBILIDADE.

I - Discute-se, nos presentes autos, o direito ao reconhecimento da dedução dos juros sobre capital próprio transferidos a seus acionistas, quando da apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL no ano-calendário de 2002, relativo aos anos-calendários de 1997 a 2000, sem que seja observado o regime de competência.

II - A LEGISLAÇÃO NÃO IMPÕE QUE A DEDUÇÃO DOS JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO DEVA SER FEITA NO MESMO EXERCÍCIO-FINANCEIRO EM QUE REALIZADO O LUCRO DA EMPRESA. AO CONTRÁRIO, PERMITE QUE ELA OCORRA EM ANO-CALENDÁRIO FUTURO, QUANDO EFETIVAMENTE OCORRER A REALIZAÇÃO DO PAGAMENTO.

III - Tal conduta se dá em consonância com o regime de caixa, em que haverá permissão da efetivação dos dividendos quando esses foram de fato despendidos, não importando a época em que ocorrer, mesmo que seja em exercício distinto ao da apuração.

IV - "O entendimento preconizado pelo Fisco obrigaria as empresas a promover o creditamento dos juros a seus acionistas no mesmo exercício em que apurado o lucro, impondo ao contribuinte, de forma oblíqua, a época em que se deveria dar o exercício da prerrogativa concedida pela Lei 6.404/1976".

V - Recurso especial improvido.”

(Recurso Especial nº 1.086.752-PR, julgado pela 1ª Turma em 17.02.2009. Ementa publicada no DJ de 11.03.2009 – destaques nossos)

No mesmo sentido foi a conclusão de Ricardo Mariz de Oliveira em parecer elaborado especialmente para o caso concreto, “*verbis*”:

“Tendo-se em conta as considerações anteriores, percebemos claramente que a obrigação de pagar JCP, e, portanto, o correspondente direito dos acionistas da Unibanco Holdings, pode ser decomposta da seguinte maneira:

- sua **fonte remota é a norma legal do art. 9º da Lei n. 9249**, que autoriza e regula as possíveis relações jurídicas a serem estabelecidas com a função de remunerar seus acionistas pelo capital social, lucros acumulados e reservas mantidas na empresa (exceto a de reavaliação não realizada);

- sua **fonte mediata é a norma estatutária que permite aos órgãos diretivos efetuar o pagamento dos juros, sem prefixar tempo, valores, termos ou condições**;

- sua fonte imediata é a deliberação do órgão interno competente, que autoriza a distribuição de JCP e estabelece valores e demais condições do respectivo pagamento.

Antes dessa deliberação não há JCP devidos. No momento em que a deliberação for tomada, e somente nele, isto é, somente a partir desse momento, há direito dos acionistas aos JCP e, portanto, há obrigação da sociedade de pagá-los.

Antes, não há obrigação, porque não há relação jurídica que a tenha estabelecido, quando muito havendo uma possível expectativa de direito dos acionistas, mas não direito que já tenham adquirido e que possam exercer.

O Código Civil anterior continha um artigo que dizia:

“Art. 74 – Na aquisição dos direitos se observarão as seguintes regras:

.....

III – Dizem-se atuais os direitos completamente adquiridos, e futuros os cuja aquisição não se acabou de operar.

Parágrafo único – Chama-se deferido o direito futuro, quando sua aquisição pende somente do arbítrio do sujeito; não deferido, quando se subordina a fatos ou condições fálveis.”

Aplicando-se tais noções aos JCP, verifica-se que, antes da deliberação para seu pagamento, o direito não está completamente adquirido porque não é atual, dada sua aquisição depender do fato fálvel de haver (ou não) a deliberação societária de distribuí-los. Nestas circunstâncias, o máximo que se pode dizer é que se trata de direito futuro não deferido, somente vindo a ser direito adquirido com a decisão do órgão societário, de pagamento dos JCP. Porém, a rigor nem há direito futuro, pois seu possível sujeito poderá ser outra pessoa, caso um sócio ou acionista atual deixe de participar do capital social antes da deliberação do pagamento dos juros.

Essa disposição do Código Civil de 1916 não foi mantida na atual lei civil porque sua função era meramente explicitadora, dado que outras regras da mesma codificação dispunham concreta e normativamente sobre a matéria, assim como ocorre atualmente. Por esta razão, as noções explicitadoras que estavam contidas no art. 74 ainda podem ser adotadas para se interpretar qualquer situação de aquisição de direito e da correspondente obrigação, pois têm a ver com a definitiva constituição dos mesmos segundo a respectiva norma reguladora, seja esta legal ou contratual.

Ademais, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil) continua a conter e a manter em vigor a regra do parágrafo 2º do seu art. 6º, segundo o qual “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição inalterável, a arbítrio de outrem”.

Justamente dentre as normas mais específicas e concretas que tratam do assunto, em perfeita consonância com a Lei de Introdução, adquire particular relevância para o tema deste parecer aquela que prevê a aquisição do direito a termo, ou seja, o direito cuja aquisição já acabou de se operar em definitivo, porque não mais pendente de condição suspensiva ou de evento futuro e incerto, mas tem prazo para começo de exercício. 1 O que isto tem a ver com o momento em que os JCP passam a representar direito adquirido dos acionistas da Unibanco Holdings, direito possível

Tem a ver, sim, por dois aspectos.

O primeiro deles é que não há direito adquirido antes de haver a deliberação autorizadora do pagamento, somente a partir de quando o direito estará adquirido definitivamente, ainda que a deliberação estabeleça uma data para a realização do pagamento, pois, já desde a tomada da decisão, passa a haver direito adquirido, embora a termo.

O segundo aspecto gira exatamente em torno do pagamento, pois dificilmente ele se efetiva na data em que tiver sido autorizado. Realmente, a deliberação pode:

- prescrever uma data futura a partir da qual os pagamentos devam começar a ser feitos, caso em que o direito está adquirido incondicionalmente, mas subordinado a termo, portanto, somente podendo ser exercido a partir dessa data; ou - pode ser silente sobre data de pagamento, caso em que o direito está adquirido e é exercível imediatamente, mas, mesmo neste caso, razões práticas normalmente fazem com que o pagamento ocorra posteriormente.

Em qualquer desses casos, a despesa já está incorrida pela pessoa jurídica desde a data da deliberação, pois a respectiva obrigação já foi definitiva e incondicionalmente constituída.

Não obstante a obrigação já tenha sido constituída desde a deliberação, entra em aplicação o parágrafo 1º do art. 9º da Lei n. 9249, que somente permite a dedução fiscal a partir do momento em que a obrigação for cumprida no âmbito do direito privado mediante a efetivação do pagamento ou do crédito em conta individualizada do sócio ou acionista.

(...)

Em conclusão, o período-base competente para a dedução da despesa de JCP é aquele em que, tendo havido a deliberação de pagamento, este ocorra efetivamente, ou seja feito crédito individual da obrigação de pagar.

(...)

Em suma:

- a despesa somente nasce se estiver juridicamente constituída, o que, “in casu”, por não haver previsão estatutária de obrigatória distribuição de JCP, somente ocorre quando houver deliberação do órgão competente, que no caso da Unibanco Holdings é a Assembléia Geral ou o Conselho de Administração (Estatuto Social, art. 16, inciso IV);

- ademais, a despesa somente é dedutível se houver o pagamento ou crédito individualizado dos JCP, e somente é dedutível no período-base em que ocorrer um destes eventos, o qual, portanto, é o período-base competente.

(...)

Tendo em vista todos os fatos, fundamentos e razões que apresentei nos cinco primeiros capítulos deste parecer, concluo que:

(...)

- no caso da Unibanco Holdings, em que o órgão competente para decidir pagar JCP é seu Conselho de Administração ou sua Assembléia Geral, a despesa somente foi incorrida quando houve deliberação, nos anos de 2006 e 2007, e a dedução da despesa foi correta porque houve pagamento ou crédito

individualizado no mesmo período, além de que foram obedecidos os limites de cinquenta por cento do lucro líquido ou dos lucros acumulados e reservas de lucro existentes nos mesmos períodos em que ocorreram os pagamentos (ademais, o valor calculado sobre anos anteriores, com guarda da proporção de TJLP sobre os respectivos PL, também não excedeu os mesmo limites de lucros em cada um desses anos). (doc. j. – destaques nossos)

Com efeito, o tratamento fiscal contido no artigo 9º da Lei nº 9.249/95 foi incorporado ao RIR/99 em seus artigos 347, 668 e 691, par. 9º, sendo, em síntese, o seguinte:

- (a) o pagamento dos juros é opção da empresa;
- (b) em fazendo essa opção, a pessoa jurídica poderá deduzir, para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSL, os juros pagos ou creditados, calculados sobre as contas do patrimônio líquido, limitados à variação “pro rata” dia da Taxa de Juros de Longo Prazo – TJLP;
- (c) o efetivo pagamento ou crédito está condicionado à existência de lucros do exercício ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior a duas vezes o valor dos juros a serem pagos ou creditados;
- (d) o IRF de 15% é devido na data do pagamento ou crédito e considerado tributação exclusiva, no caso de beneficiário pessoa física ou pessoa jurídica isenta, e antecipação do devido na declaração, no caso de beneficiários pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado;
- (e) o IRF poderá ser compensado com o retido na fonte por empresa tributada com base no lucro real que pagar ou creditar juros sobre capital próprio a seu titular, sócios ou acionistas;
- (f) os juros pagos ou creditados poderão ser imputados ao valor dos dividendos de que trata o art. 202 da Lei 6.404/76, sem prejuízo da tributação de 15%; e (g) para cálculo dos juros não será considerado o valor da reserva de reavaliação de bens e direitos da pessoa jurídica, salvo se for adicionada na determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSL.

Como se observa, a legislação **previu apenas as conseqüências fiscais do pagamento ou crédito de juros sobre o capital próprio** (tributação na fonte à alíquota de 15% na data do pagamento ou crédito, dedução da despesa respectiva para fins de determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSL, desde que observados os limites materiais e requisitos formais previstos na lei), **não cuidando de permissões ou vedações desse pagamento, nem da época em que deverão ou poderão ser deliberados, creditados e/ou pagos, o que fica a critério da empresa decidir.**

Assim, a remuneração do capital dos sócios ou acionistas mediante pagamento ou crédito de juros é uma faculdade, que a sociedade pode exercer amparada pelos princípios da livre iniciativa e autonomia da vontade, dependendo apenas de decisão formal nesse sentido (deliberação), tomada em assembléia de acionistas ou reunião de quotistas, ou em virtude de cláusula do estatuto ou do contrato social, **momento em que surge a despesa a eles relativa.**

E na **ausência** de previsão legal que **determine** sejam as deliberações, os pagamentos ou os créditos feitos em cada ano calendário, ou de **dispositivo que vede o pagamento de juros sobre o capital próprio, tendo como base o patrimônio líquido de exercícios já encerrados**, o Recorrente tem absoluta liberdade para deliberar, no futuro, efetuar pagamento de valores relativos a juros

sobre capital que poderia ter deliberado efetuar em exercícios passados, deduzindo tais valores da base de cálculo do IRPJ e da CSL e recolhendo o IRF devido por ocasião do efetivo **pagamento** ou crédito, não cabendo falar em preclusão temporal nem em renúncia do direito.

Por fim, cabe salientar que em se tratando de despesa de juros sobre capital próprio, a Lei 9.249/95 condicionou a dedutibilidade como despesa ao efetivo pagamento ou crédito, de modo que ainda que se entendesse tratar-se de despesa relativa a períodos passados, tendo sido efetivamente pagos/creditados em 2007 só nesse ano-calendário poderiam ser deduzidas como despesa para efeito de IRPJ e CSLL.

Da Receita de Venda de Ações da 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 decido pela Turma Julgadora de 1ª Instância.

Nesse sentido peço vênia 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, pelo que nego provimento ao recurso voluntário nesta parte.

Juros de mora sobre a multa de ofício

A recorrente questiona a cobrança de juros de mora à taxa Selic sobre a multa de ofício. Afirma que inexistente base legal para essa exigência e apresenta vários julgados deste Conselho que ampara sua tese.

A aplicação de taxa de juros lastreadas em indicadores do mercado financeiro iniciou-se com a Lei nº 8.981/95, cujo art. 84 dispõe:

Art. 84. Os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária serão acrescidos de:

I - juros de mora, equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna; (...)

A seguir, a Lei nº 9.065/95 substituiu o indicador pela taxa SELIC:

Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea "c" do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea "a.2" da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente. (...)

Por seu turno, a Lei nº 9.430/1996, ao remodelar a multa de mora incidente nos pagamentos em atraso, estabeleceu em parágrafo que sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal incidirão juros de mora à taxa SELIC, veja:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (...)

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

Com base nessa disposição a Receita Federal vem entendendo que a multa de ofício também está sujeita aos juros de mora à taxa SELIC, a partir do seu vencimento.

O cerne da questão está na interpretação que se deve dar à expressão “débitos decorrentes de tributos e contribuições”. De fato o não pagamento de tributos e contribuições nos prazos previstos na legislação faz nascer o débito. Portanto, o débito decorre do não pagamento de tributos e contribuições nos prazos.

A multa de ofício não é débito decorrente de tributos e contribuições. Ela decorre, nos exatos termos do art. 44 da Lei nº 9.430/96, da punição aplicada pela fiscalização às seguintes condutas:

- a) falta de pagamento ou recolhimento dos tributos e contribuições, após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória; e
- b) falta de declaração e nos de declaração inexata.

Entendendo que a SELIC só incidirá sobre multas isoladas, aplicadas nos termos do art. 43 da Lei nº 9.430/97:

Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Inaplicável a SELIC como taxa de juros de mora sobre a multa de ofício, restam devidos os juros de 1% ao mês a que alude o Código Tributário Nacional, esse sim, aplicável à multa de ofício proporcional não pago no vencimento.

Nesse sentido o acórdão 1402-00.213, cuja ementa transcrevo.

MULTA DE OFÍCIO - JUROS DE MORA. Sobre a multa de ofício, lançada juntamente com o tributo ou contribuição não paga no vencimento, incidem juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 161 do Código Tributário Nacional. (acórdão 1402-00.213).

Portanto, também não cabe razão ao contribuinte nessa parte.

Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário para restabelecer a dedutibilidade das despesas o pagamento de juros sobre o capital próprio.

(assinado digitalmente)

Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira