



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

Processo nº	16327.720977/2012-46
Recurso nº	Embargos
Acórdão nº	1301-003.621 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de	11 de dezembro de 2018
Matéria	IRPJ - DEDUÇÃO DE ÁGIO
Embargante	BRAM - BRADESCO ASSET MANAGEMENT S.A. DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

ÁGIO. FUNDAMENTO ECONÔMICO.

Não é cabível a segregação do ágio a fim de vincular determinada parcela à expectativa de rentabilidade futura, quando, no caso concreto, a origem do ágio se prenda a fundo de comércio, intangíveis ou outras razões econômicas.

DESMUTUALIZAÇÃO. MOMENTO DE OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.

O fato gerador, na desmutualização, ocorre no momento em que se concretiza a transação com o título representativo do patrimônio da entidade isenta, independentemente da realização financeira do ganho.

DESMUTUALIZAÇÃO DA CETIP. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO.

No processo de desmutualização da Cetip, incide a regra do art. 17 da Lei nº 9.532/1997, tendo em vista que os fatos ocorridos correspondem a devolução de patrimônio, com posterior aquisição de ações da nova sociedade.

DESMUTUALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE ATO DE VONTADE.

O fato gerador do IRPJ é o lucro, sendo irrelevante se este decorreu de ato ou situação jurídica cuja concretização se deu à revelia da manifestação individual de vontade do contribuinte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos, para, sem efeitos infringentes, eliminar as omissões apontadas pela embargante e ratificar o decidido no Acórdão 1301-002.432.

(assinado digitalmente)
Fernando Brasil de Oliveira Pinto. - Presidente

(assinado digitalmente)
Roberto Silva Junior - Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Roberto Silva Junior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Carlos Augusto Daniel Neto, Ângelo Abrantes Nunes (suplente convocado), Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Bianca Felícia Rothschild e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente). Ausente, justificadamente, a Conselheira Giovana Pereira de Paiva Leite, substituída pelo Conselheiro Ângelo Abrantes Nunes.

Relatório

Trata-se de embargos de declaração opostos por **BRAM - BRADESCO ASSET MANAGEMENT S.A. DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS**, pessoa jurídica já qualificada nos autos, contra o Acórdão nº 1301-002.432, que, embora tendo dado provimento parcial ao recurso, teria incorrido em omissões, obscuridades e contradições.

Em breve relato, se pode afirmar que o lançamento foi motivado pelas seguintes infrações: a) deduções indevidas de quotas de amortização de ágio na apuração do IRPJ e da CSLL; b) omissão de ganhos auferidos em devolução de patrimônio decorrente do processo de desmutualização da CETIP; e c) falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ e de CSLL, em decorrência das infrações anteriores, o que rendeu ensejo à imposição de multa isolada.

Impugnado o lançamento, o processo foi remetido à DRJ - Recife, que negou provimento à impugnação, abrindo caminho para o recurso à segunda instância. No CARF, a pretensão recursal foi parcialmente provida, excluindo a exigência de CSLL em face da glosa da amortização do ágio, e excluindo a multa isolada, ao argumento de impossibilidade da concomitância das multas isolada e de ofício.

Embora dando parcial provimento ao recurso, a decisão, no entender da recorrente, contém vícios de omissão, contradição e obscuridade, que demandam correção mediante embargos declaratórios.

Os embargos foram interpostos, indicando os seguintes pontos a serem sanados:

-
- a) obscuridade quanto à definição do conceito de *abuso de direito*, tal como empregado na decisão da DRJ;
 - b) omissão quanto à análise do fundamento econômico do ágio, que estava baseado em laudo de avaliação, não contestado pela autoridade lançadora;
 - c) omissão quanto à constatação de que a autoridade fiscal não segregou os valores de "*fundo de comércio ou de intangíveis*" (item III.3 do recurso voluntário);
 - d) omissão e obscuridade do acórdão embargado no que tange aos fundamentos do recurso voluntário para afastar o auto de infração, relativamente à desmutualização da CETIP; e
 - e) contradição quanto ao fundamento econômico do ágio.

Os embargos foram parcialmente admitidos pelo despacho de fls. 2.461 a 2.474, nos seguintes termos:

Por todo o exposto, entendo que o autor não demonstrou a existência da alegada obscuridade tratada no item 1, não demonstrou a existência da alegada omissão tratada no item 2 e não demonstrou a existência da alegada contradição tratada no item 5. Contudo, verifico a existência de omissão quanto à alegação do contribuinte de que parte do ágio em tela é devida a uma expectativa de rentabilidade futura, tratada no item 3. Também verifico a existência de omissão quanto às alegações do contribuinte intituladas: "III. Momento da desmutualização - Ausência de ganho tributável"; "V. Operação de mera permuta - Artigo 22 da Lei nº 9.249/95"; e "VII. Desmutualização não foi uma opção para as corretoras - Inevitável transformação dos títulos em ações"; todas tratadas no item 4, embora as outras reclamações de obscuridade e omissões tratadas no mesmo item não devam ser admitidas. Destarte, admito em parte os embargos de declaração em tela, nos termos do artigo 65 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015. (g.n.) (fl. 2.474)

Admitidos parcialmente os embargos, vieram os autos a julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Roberto Silva Junior - Relator

Os embargos foram admitidos para suprir quatro omissões. A primeira relacionada à dedutibilidade do ágio; as demais referentes ao ganho oriundo da devolução de patrimônio no procedimento de desmutualização da CETIP.

Fundamento econômico do ágio

No que tange ao fundamento econômico do ágio, assim se manifestou a embargante:

Em apartada síntese, o acórdão embargado foi omisso ao deixar de apreciar os argumentos sobre a ausência de menção a qualquer elemento de prova no TVF, bem como que não ficou definida a parcela da expectativa de rentabilidade futura que englobaria os valores correspondentes ao fundo de comércio ou aos intangíveis, tampouco não definiu qual seria a parcela desse montante que comporia o total do preço de aquisição.

Alegou-se que a Autoridade Fiscal não segregou os valores de "fundo de comércio" ou de "intangíveis" do montante classificado pelo Embargante como expectativa de rentabilidade futura, nem tão pouco desqualificou o laudo apresentado durante o procedimento de fiscalização. (g.n.) (fl. 2.257)

O voto condutor do Acórdão embargado se manifestou sobre o ágio e sobre seu fundamento econômico nos seguintes termos:

O Regulamento do Imposto de Renda - RIR, no art. 385 (cuja matriz legal é o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977), assim conceitua ágio, dispondo também sobre seu registro:

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).

Ágio, segundo os dispositivos transcritos, é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição. Pode ter sua origem vinculada a um dos três fundamentos:

(...)

O tratamento tributário conferido ao ágio depende de seu fundamento econômico. Daí a relevância de definir, em cada caso, a origem do ágio. A definição do fundamento econômico, por gerar efeitos tributários, não pode ficar ao talante nem do Fisco, nem do contribuinte. Embora cabendo a este último eleger o respectivo fundamento, essa escolha longe está de ser arbitrária. Precisa ser feita em conformidade com as circunstâncias do caso concreto, de modo a refletir a realidade econômica subjacente aos fatos. A liberdade que é deferida ao contribuinte não lhe permite fazer escolhas despregadas da realidade apenas para obter economia de tributos.

A lei, sem estabelecer hierarquia ou ordem de preferência, define três fundamentos econômicos inconfundíveis entre si, a despeito de estar presente em todos eles a expectativa de um ganho, que, no fundo, é o que impele o comprador a pagar preço mais elevado do que o valor patrimonial do investimento, registrado na contabilidade. Apesar de o ganho ser um dado comum, os fundamentos são diferentes.

Sobre a distinção entre os diversos fundamentos do ágio, o termo de verificação fiscal traz um comentário do Professor Luis Eduardo Schoueri, que é oportuno reproduzir:

Segundo Luis Eduardo Schoueri, em sua obra "Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)":

A pedra de toque para distinguir o inciso II (rentabilidade futura) dos demais é o enfoque no resultado.

A hipótese do inciso I considera ativos tangíveis. A avaliação se faz de modo individual, considerando cada item e seu valor de mercado.

A hipótese do item III (fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas) considera os intangíveis. Ainda assim eles são individualizados e valorados. Tem-se a ideia de que se adquiriu algo que permanecerá indefinidamente nas mãos do adquirente; a perspectiva já não é mais o retorno do investimento em determinado período, já que esse continuará com o mesmo valor. Descrever-se-á o investimento adquirido. Tocer-se-ão considerações sobre a clientela, seu potencial de compra e sua capacidade de honrar compromissos, mostrando sua fidelidade à empresa e evidenciando que ela não desaparecerá por conta de sua aquisição...

Em síntese, enquanto nas hipóteses I e III se procura avaliar, exclusivamente, o investimento, por conta de seus ativos (contabilizados ou não), o inciso II busca antecipar os lucros a serem gerados...

Nos primeiros (incisos I e III), o comprador paga o preço por algo que ele recebe, no ato, no último caso, o preço contempla algo que ele espera venha a ser concretizado. (fl. 1.542 e 1.543)

Essa perspectiva deixa evidente a diferença entre os fundamentos **rentabilidade futura** de um lado, e **fundo de comércio e intangíveis** de outro. Quando o ágio é baseado em **fundo de comércio e intangíveis** a coisa pela qual o investidor se dispõe a pagar o ágio existe e é recebida de imediato. Quando o fundamento é a **rentabilidade futura**, o ágio é pago por algo que ainda não existe de forma concreta e não é (nem poderia ser) entregue ao investidor no ato da compra, mas que ele espera receber no futuro.

Em suma, no primeiro caso, o investidor paga o ágio pelo que ele efetivamente recebe; no outro, pelo que espera receber.

No que concerne ágio lastreado em **fundo de comércio e intangíveis** existe o problema de mensurar o valor dos respectivos elementos, que não se refletem nos registros contábeis da empresa. O critério de mensuração do **fundo de comércio e dos intangíveis** pode ser a **rentabilidade futura**.

Essa é a linha de argumentação do Professor Marco Aurélio Greco, citado também no termo de verificação fiscal, no trecho abaixo reproduzido:

Socorrendo-se ainda ao artigo (sic) "Ágio por expectativa de rentabilidade futura: Algumas Observações", de Marco Aurélio Greco temos que:

"Um dos pontos complexos referentes ao fundo de comércio e intangíveis é determinar quanto eles valem para fins de aquisição. Ou seja, novamente identificar critérios que permitam aportar a um determinado "preço" da "compra". No caso do fundo de comércio, um dos critérios possíveis para aferir o seu valor para fins de determinação do preço de aquisição é através da previsão do seu desempenho econômico num horizonte de tempo.

Vale dizer, o valor do intangível ou do fundo de comércio pode ser determinado também pela previsão de resultados futuros.

Nestes casos, a expectativa de rentabilidade futura surge como um dos critérios possíveis para aferição do preço relativo à aquisição do fundo de comércio ou dos intangíveis e corresponde a elemento que também serve para determinar o respectivo valor atual em certa data." (g.n.) (fl. 1.542)

Segundo tal linha de interpretação, a expectativa de rentabilidade comparece tanto no inciso II do § 2º do art. 385 do RIR, quanto no inciso III do mesmo parágrafo. A diferença, entretanto, é que no inciso II a expectativa de rentabilidade é a própria causa do ágio, enquanto no inciso III, é critério de mensuração do **fundo de comércio e dos intangíveis**, cujos valores não se refletem nos registros contábeis.

Embora imbricada nos dois incisos, a expectativa de rentabilidade só pode ser tomada como fundamento do ágio, no inciso II. Não sendo assim, o inciso III tornar-se-ia letra morta, inaplicável na prática; e os fundamentos do ágio estariam reduzidos a apenas dois: valor dos bens do ativo e rentabilidade futura. Entretanto, essa interpretação, que reduz a dois os fundamentos econômicos do ágio, deve ser rechaçada por ser contrária à lei.

Estabelecidos esses marcos, examine-se o caso concreto.

O Banco Bradesco S.A., em 14 de novembro de 2011, respondendo a um comunicado do Deutsche Bank S.A., manifestou interesse em participar do processo de alienação de

ativos (fundos de investimentos e carteiras administradas) do Deutsche Bank Investimentos - DBI. Observe-se o conteúdo da carta enviada pelo Banco Bradesco ao Deutsche Bank.

Em atenção à correspondência que recebeu de V.Sas em 10/10/2001, o Banco Bradesco SA, doravante "Bradesco", vem manifestar seu interesse em participar do processo de alienação de ativos (fundos de investimento e carteiras administradas) da Deutsche Bank Investimentos Distribuidora de Valores e Títulos Mobiliários S.A., doravante denominada "DBI".

Com base e fundamento nas informações econômico-financeiras fornecidas por V.Sas, foi procedida análise e avaliação das posições transmitidas, o que está ensejando a apresentação de proposta firme para aquisição dos ativos administrados pela "DBI", conforme segue:

1. Descrição dos ativos a serem adquiridos:

1.1 Inicialmente o objeto da aquisição pretendida pelo Bradesco, compreende somente os ativos administrados pela DBI (base 31.07.2001), doravante denominados "Ativos", que abrangem todos os fundos de investimento e a totalidade das carteiras administradas, inclusive aos clientes private e de intermediários:

1.2 O Bradesco poderá incluir na proposta final de compra, após análises fiscal e societária, a serem efetuadas em due diligence e em comum acordo com Deutsche Bank S.A., a absorção do controle acionário da DBI na sua figura jurídica atual.

2. Valor Econômico para os Ativos:

2.1 Baseado nos dados recebidos de V.Sas, deliberamos apresentar a seguinte proposta, que consiste num intervalo caracterizado entre:

a) Valor Máximo: **R\$ 37.700.000,00** (trinta e sete milhões e setecentos mil reais), equivalente a US\$ 14.500.000,00 (quatorze milhões e quinhentos mil dólares dos Estados Unidos) e o

b) Valor Mínimo: **R\$ 31.200.000,00** (trinta e um milhões e duzentos mil reais) equivalente a US\$ 12.000.000,00 (doze milhões de dólares dos Estados Unidos), respeitadas as seguintes condições:

A negociação, como se vê, estava direcionada à aquisição de ativos do DBI, a saber, fundos e carteiras de clientes.

O DBI, conforme consta do documento intitulado Avaliação Econômico-Financeira, produzido pelo próprio Bradesco, tinha apenas vinte "funcionários", e utilizava a infraestrutura do Deutsche Bank, nela incluídas as atividades de suporte, tais como, controles operacionais, informática, assessoria fiscal e jurídica, administração de riscos de crédito e recursos humanos (fl. 369). Vale dizer, o DBI se resumia àqueles ativos (carteira de clientes, fundos e contratos), pois nem estrutura física possuía.

Note-se que a proposta formalizada pelo Bradesco se reportava aos ativos, ou seja, fundos de investimento e a totalidade das carteiras administradas, inclusive as referentes aos clientes private e intermediários. O limite máximo de R\$ 37.700.000,00 e o mínimo de R\$ 31.200.000,00, fixados pelo Bradesco, se referiam àqueles ativos e não às ações do DBI.

Uma vez definido que a venda dos ativos seria feita para o Bradesco, a decisão de concretizar o negócio mediante aquisição da totalidade das ações do DBI foi uma escolha meramente formal, explicada pelos efeitos tributários que o comprador poderia obter dessa forma jurídica.

O valor efetivamente pago (R\$ 33.647.910,03), fixado dentro do intervalo que tinha como limites trinta e sete e trinta e um milhões de reais, foi a contrapartida pela transferência dos ativos para o Grupo Bradesco.

O montante pago tem como causa a existência e o conteúdo da carteira de clientes, dos fundos e dos contratos. Então, se ágio existiu, ele só pode ter por fundamento econômico os fatos previstos no inciso III do § 2º do art. 385 do RIR.

Na peça recursal, existe alusão a um comentário do Professor Luis Eduardo Schoueri acerca do ágio lastreado em fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. Eis o texto:

De modo geral, o ágio fundamentado no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas busca representar situações que não estão adequadamente refletidas na contabilidade da investida, tais como nome comercial, marcas de indústria e comércio, lista de clientes, know-how, expressão ou sinal de propaganda - entre outras." (g.n.) (fls. 1.967)

Aqui a expressão lista de clientes, se não tem o mesmo sentido, tem sentido próximo ao de carteira de clientes. E, ao rol exemplificativo do Professor Schoueri, podem ser acrescidos fundos de investimentos e contratos.

De tudo quanto se disse, é possível inferir que, no caso concreto, o ágio não teve por fundamento econômico a rentabilidade futura, não obstante ela possa ter sido o critério adotado para fixar o preço dos ativos.

Cabe ainda uma última ponderação a propósito do tema. O inciso III do § 2º do art. 385 do RIR cita as seguintes situações como fundamento do ágio: 1) fundo de comércio, 2) intangíveis e 3) outras razões econômicas.

É vago o sentido da expressão outras razões econômicas. O grau de indeterminação é alto. Várias situações cabem nessa moldura. Cabe, por exemplo, a hipótese de aquisição, com ágio, de uma empresa, cujo valor intrínseco seja pequeno, mas que se mostre importante para o investidor viabilizar o ingresso em determinado mercado, ou para impedir que um concorrente ingresse nele, ou para assegurar o fornecimento de insumos utilizados na produção de certo bem. Enfim, são inúmeras as hipóteses, que só diante do caso concreto podem ser identificadas.

No caso dos autos, chama a atenção, no laudo de avaliação econômico-financeira (fls. 368 a 384), elaborado pelo próprio Bradesco, a advertência contida na fl. 379, assim exposta:

Não foram consideradas (no laudo) instituições estatais (Banco do Brasil e CEF) como potenciais compradoras.

Na hipótese de o Itaú absorver a DBI a diferença no mercado total entre Itaú e Bradesco avançaria para R\$ 2,6 bilhões. (g.n.) (fl. 379)

Instituição	Atual
B. do Brasil	1º
Itaú	2º
Bradesco	3º
CEF	4º
HSBC	5º
Citibank	6º
Unibanco	7º
Santander	8º

<i>Instituições Vencedoras</i>					
<i>Bradesco</i>	<i>Itaú</i>	<i>HSBC</i>	<i>Citibank</i>	<i>Unibanco</i>	<i>Santander</i>
1º	1º	1º	1º	1º	1º
3º	2º	2º	2º	2º	2º
2º	3º	3º	3º	3º	3º
4º	4º	5º	4º	4º	4º
5º	5º	4º	5º	5º	5º
6º	6º	6º	4º	6º	6º
7º	7º	7º	7º	7º	7º
8º	8º	8º	8º	8º	8º

Não apenas a advertência, mas também o quadro acima, demonstram a importância estratégica, para o Bradesco, de adquirir os ativos oferecidos ao mercado pelo Deutsche Bank.

O quadro mostra os diversos cenários, considerando os possíveis adquirentes dos ativos. A maior preocupação do Bradesco, entretanto, era impedir que o concorrente direto (Banco Itaú), mediante aquisição dos ativos do Deutsche Bank, ampliasse a vantagem que, naquela época, já existia.

Não há dúvida de que a disputa por fatias de mercado impeliu a recorrente ao pagamento do ágio.

Em suma, o fundamento econômico do ágio está no inciso III, do § 2º do art. 385 do RIR. Entretanto, mais importante do que essa conclusão é constatar, como fez a autoridade lançadora, que o ágio não está baseado em rentabilidade futura e, portanto, não comporta amortização dedutível das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. (fls. 2.154 a 2.161)

Como deflui do trecho acima reproduzido, o fundamento do ágio se enquadra no art. 385, § 2º, inciso III, do RIR, ou seja, fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

A expectativa de rentabilidade até pode estar presente no caso concreto, mas não como fundamento do ágio. Na linha do professor Marco Aurélio Grego, se pode dizer que "no caso do fundo de comércio, um dos critérios possíveis para aferir o seu valor para fins de determinação do preço de aquisição é através da previsão do seu desempenho econômico num horizonte de tempo, (...) o valor do intangível ou do fundo de comércio pode ser determinado também pela previsão de resultados futuros. Nestes casos, a expectativa de rentabilidade futura surge como um dos critérios possíveis para aferição do preço relativo à aquisição do fundo de comércio ou dos intangíveis e corresponde a elemento que também serve para determinar o respectivo valor atual em certa data".

Nessa linha de raciocínio, torna-se ocioso o exame ou a desqualificação do laudo apresentado pela embargante. Seja como for, no caso concreto o fundamento econômico do ágio está inequivocamente ligado a uma disputa por fatia de mercado. Mais do que isso, ele é fruto do receio da embargante de que seu principal concorrente (Banco Itaú) adquirisse os ativos do DBI e, assim, ampliasse a distância que os separava, o que fica evidenciado pelo quadro acima reproduzido.

Portanto, é inviável identificar a parcela do ágio imputável à expectativa de rentabilidade, já que não foi esse o seu fundamento econômico, seja no todo, seja em parte.

Desmutualização

No que concerne ao ganho auferido na devolução de patrimônio ocorrida no bojo do processo de desmutualização da Cetip (Câmara de Custódia e Liquidação), foram adotados no acórdão embargado, como razões de decidir, os mesmos fundamentos presentes no Acórdão nº 9101-002.462, no qual a Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF apreciara matéria idêntica, envolvendo a desmutualização da Bovespa.

Entendeu-se, mercê das semelhanças que aproximavam os dois casos, que o acórdão da CSRF dava resposta às questões essenciais envolvidas no presente processo. Ademais, é entendimento pacífico, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que a decisão não precisa abordar todas as teses jurídicas suscitadas pelas partes, desde que seja fundamentada, apresentando motivos suficientes para respaldar o que foi decidido.

Confira-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. CONTRADIÇÃO, OMISSÃO E ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DA CAUSA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. *Ausência contradição, omissão e erro material a ser sanada pelos embargos declaratórios.*

2. *É firme a jurisprudência no sentido de que são incabíveis os embargos de declaração quando a parte, a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição, vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes.*

3. *Não se faz necessária a manifestação do julgador sobre todas as teses jurídicas ventiladas pelas partes.* Precedentes.

4. *Não se constatam elementos suficientes para afastar a competência deste Supremo Tribunal Federal para o julgamento da presente ação penal, bem como para reconhecer a nulidade da ação penal, absolver o Embargante ou declarar a prescrição punitiva estatal, não cabendo aqui ser cogitada a excepcional ocorrência do efeito modificativo dos embargos declaratórios nem a concessão de habeas corpus de ofício.*

5. *A interrupção da prescrição da pretensão punitiva estatal nas instâncias colegiadas se dá na data da sessão de julgamento, que torna público o acórdão condenatório.*

6. *A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que o que se espera de uma decisão judicial é que seja fundamentada, e não que se pronuncie sobre todas as alegações deduzidas pelas partes.*

7. *Embargos de Declaração rejeitados. (STF - Embargos de Declaração na Ação Penal 396 Rondônia, Rel. Min. Carmen Lúcia, em 26/06/2013, DJe 30/09/2013) (g.n.)*

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL, AUSÊNCIA.

1. *Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.*

2. *O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.*

3. *No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente mandamus e a ação ordinária nº. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.*

4. *Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquinar tal decism.*

5. *Embargos de declaração rejeitados. (STJ - Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 21.315 - DF, Rel. Min. Diva Malerbi, em 08/06/2016, DJe 15/06/2016) (g.n.)*

Não obstante a jurisprudência dos tribunais superiores, é certo que as questões suscitadas pela embargante, admitidas no despacho de fls. 2.461/2.474, não foram enfrentadas de forma específica e direta na decisão embargada. Portanto, cumpre fazê-lo agora.

É fato incontrovertido, pois admitido pela própria embargante, que em maio de 2008 os membros da Cetip (na época, entidade sem fins econômicos, constituída como associação) deliberaram, em assembleia geral extraordinária, que as atividades da Cetip seriam doravante exercidas não mais por uma associação, mas por uma sociedade por ações, constituída na forma da Lei nº 6.404/1976.

De plano se percebe que a adoção da forma de sociedade por ações foi deliberada por ato de vontade dos membros da Cetip. Como frisou a Procuradoria da Fazenda Nacional - PFN, nas contrarrazões ao recurso voluntário, não havia nenhuma disposição de lei

impelindo a adoção desse tipo societário. Não havia igualmente qualquer determinação nesse sentido emanada de entidade ou órgão estatal responsável pela disciplina e fiscalização do mercado de capitais. Em suma, a criação da Cetip S.A. resultou da livre deliberação de seus membros.

É incorreto, portanto, afirmar que a desmutualização não tenha sido opção das corretoras. Não procede a alegação de que era inevitável a "*transformação*" dos títulos patrimoniais da Cetip associação em ações da Cetip S.A.

Não há dúvida de que a decisão em assembleia é coletiva e, sendo assim, é possível que haja membros que se coloquem contrários à deliberação da maioria. Isso, todavia, não afasta a eventual incidência de IRPJ e CSLL. É o que se dá, por exemplo, com os juros sobre capital próprio - JCP, cujo pagamento é decidido em assembleia. Uma vez deliberado o pagamento de JCP, todos os que receberem valores a esse título ficam obrigados a submetê-los à tributação, independentemente de qual tenha sido a posição individual de cada sócio ou acionista na assembleia deliberou remunerar o capital próprio.

Portanto, não afasta a incidência tributária a circunstância de a desmutualização da Cetip ter sido deliberada em decisão coletiva.

Traçado o objetivo de transformar a Cetip em sociedade por ações, o caminho a percorrer tinha duas etapas. Primeiro a cisão da Cetip, pela qual 99,84% do patrimônio seriam cindidos para constituir a Cetip S.A., entidade de fins econômicos. Com a cisão, passaram a coexistir a Cetip associação (0,16%), com existência meramente formal, e a Cetip S.A. (99,84%) que ficou com praticamente todo o patrimônio da antiga Cetip. A segunda etapa, foi a incorporação da Cetip associação pela Cetip S.A.

Note-se que transformação, tal como prevista na Lei nº 6.404/1976, é mudança de tipo societário, normalmente realizada de forma direta, mediante deliberação dos sócios ou acionistas. No caso concreto, entretanto, a "*transformação*" levada a efeito pelo membros da antiga Cetip teve de percorrer um caminho sinuoso e mais longo. Isso não foi por acaso. É que a transformação tem por pressuposto a existência de sociedade empresária, ou seja, entidade constituída com a finalidade de obter lucros, a qual em determinado momento, por resolução dos sócios ou acionistas, altera a forma de divisão e participação no capital social (ações ou quotas) e a extensão da responsabilidade dos sócios pelas obrigações da empresa.

A transformação prevista na legislação societária não pode ser utilizada para tornar um entidade isenta em entidade de fins lucrativos. A mudança de tipo societário é de natureza formal. Ao contrário, tornar uma associação em sociedade empresária altera a essência da pessoa jurídica, porque modifica o seu fim.

A impossibilidade de verter, no todo ou em parte, o patrimônio de entidades isentas para entidades empresarias foi tratada na Solução de Consulta Cosit nº 10/2007 e, à exaustão, em diversas decisões do CARF. Portanto não se faz necessário aprofundar o exame desse ponto, bastando enfatizar que é inadmissível, sob qualquer ponto de vista, que uma pessoa jurídica cujo patrimônio acresceu à sombra de isenções tributárias possa transferir esse mesmo patrimônio para empresas privadas, sem incidência de qualquer tributo.

Foi para contornar esse óbice, e fugir do IRPJ e da CSLL, que se concebeu a cisão, envolvendo 99,84% do patrimônio da Cetip, seguida de incorporação, ao fim da qual a

associação desaparecera, dando lugar à sociedade por ações, vale dizer, uma entidade empresarial que tinha por objetivo a obtenção de lucros.

Por essas razões, é possível concluir que se deu, no caso em exame, a efetiva devolução de patrimônio em favor dos antigos membros da Cetip associação, fato que atrai a incidência da regra encartada no art. 17 da Lei nº 9.532/1997.

Os antigos membros da Cetip, que possuíam títulos patrimoniais dessa entidade, passaram a ser acionistas da Cetip S.A., detendo agora ações representativas do capital social da empresa. A embargante afirma que esse fato caracterizaria mera permuta, e que tal ato permutativo estaria previsto no art. 22 da Lei nº 9.249/1995.

A qualificação jurídica do fato como permuta não alteraria as consequências tributárias, já que a permuta pode ser feita entre bens de valores diferentes, gerando acréscimo patrimonial para o que receber o bem de maior valor.

Sobre a incidência do IRPJ e da CSLL nos casos de permuta e nos casos análogos, manifestei-me no Acórdão nº 1301-003.344, nos seguintes termos:

De plano, é preciso afastar a ideia de que na permuta não existe alienação. **Alienar**, segundo a definição encontrada no Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva, significa *a ação de passar para outrem o domínio de coisa ou o gozo de direito que é nosso. Está assim o vocábulo, na tecnologia jurídica, em acordo com o radical de que se formou, alius, palavra latina que significa outrem. Alienare é, assim, tornar de outrem a coisa que era nossa e que se lhe transferiu por título inter vivos, seja gratuito ou oneroso.*

Segundo o mesmo autor, **alienação**, também chamada de alheação e alheamento, é o termo jurídico, de caráter genérico, pelo qual se designa todo e qualquer ato que tem o efeito de **transferir o domínio de uma coisa para outra pessoa**, seja por venda, **por troca** ou por doação. Também indica o ato por que se cede ou transfere um direito pertencente ao cedente ou transferente. (g.n.)

É pressuposto da permuta, e ao mesmo tempo um de seus efeitos, a alienação dos bens permutados. Acerca desse contrato, a professora Maria Helena Diniz, baseando-se no civilista Clóvis Beviláqua, teceu o seguinte comentário:

A troca ou permuta é, segundo Clóvis Beviláqua, o contrato pelo qual as partes e se obrigam a dar uma coisa por outra que não seja dinheiro. Apresenta os seguintes caracteres jurídicos: é contrato bilateral, oneroso, comutativo, **translativo de propriedade** no sentido de servir como *titulus adquirendi*, **gerando, para cada contratante, a obrigação de transferir para o outro o domínio da coisa objeto de sua prestação**, e, em regra, consensual, embora excepcionalmente possa ser solene. (Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 21 edição. São Paulo: Saraiva. p 225) (g.n.)

É certo que a permuta implica alienação. Ademais, pelas características acima apontadas, ela se aproxima do contrato de compra e venda. Não é por acaso que o Código Civil determina que à permuta se apliquem as disposições referentes à compra e venda. (caput do art. 533).

Admite-se, ademais, permuta envolvendo coisas de valores díspares, como se vê do inciso II do art. 533 do Código Civil:

Art. 533. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações:

(...)

II - é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.

O inciso II do art. 533 do Código Civil, ao afirmar ser anulável a permuta de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, está a admitir, implicitamente, a validade da permuta que tenha por objeto coisas de valores discrepantes. A materialização dessa hipótese (permuta de bens de valores diferentes) caracteriza um ganho para aquele que receber o bem mais valioso. O ganho, em tese, é tributável pelo Imposto de Renda. Note-se que a lei, quando quis afastar a incidência tributária, nos casos de permuta, o fez de forma expressa, como na permuta de imóvel sem torna.

Em resumo, mesmo que na desmutualização se tenha um ato permutativo, como sustenta a embargante, tal circunstância, por si só, não afasta a incidência do IRPJ, se do negócio jurídico decorrer acréscimo patrimonial para uma das partes.

Por fim, não procede a alegação de que o caso concreto estaria ao abrigo do art. 22 da Lei nº 9.249/1995. O dispositivo trata, de forma genérica, da avaliação, a valor contábil ou de mercado, dos bens restituídos em devolução de participação no capital social. O dispositivo se aplica a entidades empresariais. Já o art. 17 da Lei nº 9.532/1997, mais específico, disciplina a incidência do IRPJ e da CSLL, na hipótese de ganho no recebimento em devolução de patrimônio entregue para a formação do patrimônio de instituição isenta.

O último ponto a ser examinado é a assertiva de que ainda não havia ganho tributável no momento da desmutualização.

O problema envolve o critério de realização da renda, já que é a partir desse instante que pode incidir o IRPJ. Nesse contexto, entende-se por *realização* a alienação (troca no mercado ou transação) do bem ou do direito, independentemente da existência de disponibilidade financeira imediata.

A propósito do tema, transcrevo as palavras do professor Fernando Daniel de Moura Fonseca:

Fixada a premissa de que renda é uma riqueza nova acrescida ao patrimônio, mensurada entre dois pontos previamente definidos, desde que (i) preservado o capital (sob o aspecto físico ou financeiro), (ii) considerados os efeitos da infração e (iii) compensadas as perdas de períodos anteriores, é preciso que se investigue o momento em que ela deverá ser oferecida à tributação. É nessa oportunidade que entra em cena a polêmica em torno da realização, certamente um dos mais complexo tópicos relacionados ao imposto de renda, objeto de incontáveis discussões na doutrina e na jurisprudência mundo afora.

Um correto enfrentamento da questão deve partir do conceito de realização. A esse respeito, pode-se afirmar haver certo consenso na doutrina, que acaba não

divergindo ao definir realização como o vínculo existente entre a incidência do tributo e a ocorrência de uma transação. É dizer, considera-se realizado o ganho que tiver origem em um ato ou negócio jurídico levado a efeito pelo contribuinte: e não realizado aquele cuja referência é a valorização do patrimônio existente, mesmo que a sua causa seja a mudança acerca da perspectiva de valor de itens que já compunham o patrimônio, ainda que nenhuma transição tenha ocorrido. (g.n.) (Imposto sobre a Renda. Uma Proposta de Diálogo com a Contabilidade. Belo Horizonte: Fórum. 2018. pp 73 e 74)

A observância desse critério impede que se tribute um lucro apenas esboçado de forma tênue na valorização de elementos patrimoniais. Enquanto o lucro for apenas potencial, ele não é passível de tributação, já que a valorização é quase sempre volátil, podendo oscilar ao sabor de fatores diversos. O que estabiliza essa relação, permitindo mensurar o lucro, é a alienação do bem ou direito.

Depois da transação, o lucro deixa de ser potencial e incerto, passando a ser efetivo e mensurável e, portanto, sujeito à tributação.

No caso em tela, o título patrimonial da Cetip associação sofreu, ao longo do tempo, acréscimo de valor, que foi registrado em separado na contabilidade da embargante. Por força da desmutualização, o referido título patrimonial foi objeto de operação jurídica que realizou o ganho, pondo fim à qualquer incerteza quanto ao lucro. Dali em diante, eventual variação de preço, se houver, atingirá as ações da Cetip S.A., e não mais os títulos patrimoniais da Cetip associação.

Ressalte-se que o lucro pode ser objetivamente apurado com base no valor das ações da Cetip S.A., recebidas pela embargante no bojo do processo de desmutualização. A referida tributação, repita-se, independe da realização financeira das ações.

Em resumo, a renda tributável, no presente processo, se consubstanciou no momento da desmutualização.

Conclusão

Pelo exposto, voto por acolher os embargos, para sem efeitos infringentes eliminar as omissões apontadas pela embargante.

(assinado digitalmente)
Roberto Silva Junior