



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

Processo n° 16327.721204/2013-68
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1401-002.306 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de março de 2018
Matéria INCORPORAÇÃO DE AÇÕES E DESMUTUALIZAÇÃO
Recorrente ITAU UNIBANCO S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. VICIO NA CAPITULAÇÃO LEGAL. QUESTÃO DE MÉRITO.

As causas de nulidade do auto de infração estão relacionadas quer ao descumprimento dos requisitos para a formação do ato administrativo quer à incompetência da autoridade ou ainda, em se tratando de despachos e decisões, à preterição ao direito de defesa. Há vício na formação do ato administrativo quando este não indica a fundamentação para a cobrança. Todavia, quando tal fundamentação existe e o que se pretende é concluir por sua não aplicação ao caso concreto, a questão não é de nulidade mas de mérito, devendo-se concluir pela procedência ou improcedência do auto de infração.

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. DESCONSIDERAÇÃO DOS EFEITOS DA POSTERGAÇÃO. NECESSIDADE DE QUE SEJA CUMPRIDA A MESMA OBRIGAÇÃO.

O instituto da postergação, como se extrai do art. 273 do RIR/99, pressupõe a inobservância do regime de competência. Postergar significa atrasar, deixar de cumprir uma obrigação no prazo, sendo elemento essencial desta conduta a intenção de posteriormente adimplir a mesma obrigação. Daí porque somente se cogita de postergação quando a prestação é entregue, embora com atraso. No caso em que há o pagamento de tributos motivado por situação de fato diversa da que motivou a autuação não se pode concluir que esta resta viciada por desconsiderar os efeitos da postergação.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. TRIBUTAÇÃO O GANHO DE CAPITAL.

Os negócios jurídicos que se integram na incorporação de ações ocorrem em razão de manifesta deliberação dos sócios ou acionistas das sociedades envolvidas mediante assembléias, nos termos do artigo 252 da Lei n° 6.404/76; portanto, são os acionistas que determinam os valores pelas quais

as operações serão realizadas (observadas as prescrições legais tendentes a proteger acionistas minoritários) de modo que se a operação de subscrição realizar-se por valor superior ao valor contábil, haverá apuração de ganho de capital tributável.

DESMUTUALIZAÇÃO CETIP. DEVOLUÇÃO DE PATRIMONIO DE ASSOCIAÇÃO. CISÃO COM VERSÃO DO PATRIMONIO PARA SOCIEDADE ANONIMA. TRIBUTAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL.

Não se pode cogitar de aplicação do MEP aos títulos patrimoniais das associações, porque sequer existe investimento do associado. Este contribuiu para formar o capital da associação sem qualquer interesse econômico. Porém, ao fim e ao cabo, essa associação isenta acumulou superávits ao longo dos anos. Posteriormente, em decorrência da extinção dessa entidade sem fins lucrativos, uma vez convertida em sociedade anônima, os associados tornaram-se acionistas, auferindo um acréscimo de seu patrimônio em razão da aquisição do direito aos resultados não tributados da entidade isenta, obtidos antes de se transformar em sociedade anônima. Esses resultados foram adicionados ao valor patrimonial dos títulos de cada associado, refletindo-se no valor das ações recebidas da pessoa jurídica com fins lucrativos então criada, o que não é compatível com a pretensão do recorrente de se livrar do crédito tributário correspondente ao ganho auferido.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. TRIBUTAÇÃO O GANHO DE CAPITAL.

Os negócios jurídicos que se integram na incorporação de ações ocorrem em razão de manifesta deliberação dos sócios ou acionistas das sociedades envolvidas mediante assembleias, nos termos do artigo 252 da Lei nº 6.404/76; portanto, são os acionistas que determinam os valores pelas quais as operações serão realizadas (observadas as prescrições legais tendentes a proteger acionistas minoritários) de modo que se a operação de subscrição realizarse por valor superior ao valor contábil, haverá apuração de ganho de capital tributável.

MULTA ISOLADA - DECADÊNCIA

A multa isolada deve ser constituída uma vez caracterizado o não recolhimento de estimativas e o prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado, em razão de se submeter tipicamente à modalidade direta e não ao lançamento por homologação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em relação à infração 1 (incorporação de ações), por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto vencedor. Vencidos os Conselheiros Livia De Carli Germano, Luciana Yoshihara Arcângelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva e Leticia Domingues Costa Braga, que davam provimento integral. Em relação à infração 2 (desmutualização), por unanimidade, rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do voto vencedor. Vencidos os Conselheiros Lívia De Carli Germano, Daniel Ribeiro Silva e Leticia Domingues Costa Braga, que davam provimento integral ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Livia De Carli Germano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Daniel Ribeiro Silva, Abel Nunes de Oliveira Neto, Leticia Domingues Costa Braga, Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa.

Relatório

Trata-se de auto de infração reduzindo o prejuízo fiscal e a base de cálculo negativa de CSLL relativos ao ano-calendário 2008 e com cobrança de multa isolada por falta de recolhimento de IRPJ e CSLL sobre as bases de cálculo estimadas, com aplicação de multa de ofício de 75%.

Segundo a fiscalização, teria havido (i) "*rendimento não computado na determinação do ganho de capital após alienação de investimento*" (art. 3º da Lei 9.249/95 e arts. 247, 248, 249, II, 251, 277, 278, 299, 300, 379 par. 2º do RIR/99) como resultado da operação de incorporação de ações da Bovespa Holding S/A pela Nova Bolsa (BM&FBovespa S/A) ocorrida em maio de 2008, bem como (ii) "*omissão de ganho auferido na devolução do patrimônio social de entidade isenta*" (art. 3º da Lei 9.249/95, art. 17, caput e par. 1º, 3º e 4º da Lei 9.532/97 e art. 239 do RIR/99), referente à desmutualização da CETIP ocorrida em julho de 2008.

O relatório da decisão recorrida assim descreve os fatos:

As irregularidades constatadas foram contextualizadas no Termo de fls. 223/244, no qual o Autuante reporta-se, em preliminar, ao Mandado de Procedimento Fiscal e ao Termo de Início de 02/05/2013, em que solicitado que fosse informado e comprovado o valor do custo de aquisição dos títulos da antiga CETIP - Central de Custódia e Liquidação Financeira de Títulos, cindida a partir de 1º de julho de 2008, através do processo de desmutualização daquela entidade, para a criação da atual Cetip S. A. Balcão Organizado de Ativos e Derivativos, e o valor recebido em ações desta última.

Da análise da resposta do contribuinte, conforme as fls. 10 e 19 a 22 descreve a Fiscalização ter verificado que o Itaú Unibanco acabou se tornando o detentor de vários títulos da antiga CETIP, outrora possuídos por outras instituições, e cujo

patrimônio passou ao Itaú Unibanco por fusão, incorporação e outras formas de aquisição de controle acionário.

Por meio dos Termos de Intimação de 10.07.2013 e de 31.07.2013, fls. 23 e 24 e 33 e 34, foram solicitadas informações de quantos e quais títulos passaram à sua titularidade) os custos de aquisição de cada um deles.

E, por meio de outro Termo de Intimação datado de 10.07.2013, conforme as fls. 164 e 165, foram solicitados os detalhes das operações de subscrição de ações da Nova Bolsa S.A., ocorrida em maio de 2008, quando foram incorporadas as ações da Bovespa Holding S.A. e da BM&F S.A. pela Nova Bolsa, pedindo que fosse apresentado quadro demonstrando as quantidades de ações, custos, preços e datas de incorporação das ações da Bovespa Holding e da BM&F S.A. de titularidade do Itaú Unibanco que foram convertidas em ações da BM&FBovespa S.A. (Nova Bolsa).

Esclarece a Fiscalização que:

- nos meses de agosto e outubro de 2007 houve o processo de desmutualização das duas Bolsas. A desmutualização da Bovespa se deu em agosto. A da BM&F em outubro.

- Convencionou-se chamar de desmutualização o processo de transformação da Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa) e da Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F), ambas associações sem fins lucrativos, em sociedades empresariais constituídas sob a forma de sociedade anônima de capital aberto. A Bovespa passou a se denominar Bovespa Holding S.A. e a BM&F, Bolsa de Mercadorias & Futuros - BM&F S.A..

- O Itaú Unibanco detinha, no início de maio de 2008, 7.655.323 ações ordinárias da Bovespa Holding S.A., ao custo de R\$ 1,757123 por ação no total de R\$ 13.451.343,01. Vide planilha fornecida pelo contribuinte sobre a movimentação de ações na folha 168 deste Processo.

Acerca da Unificação das Bolsas, informa o autuante:

- Conforme documento datado de 17.04.2008, denominado Fato Relevante, fls. 187 a 197 deste Processo, os responsáveis pela Bovespa Holding S.A. e pela Bolsa de Mercadorias & Futuros - BM&F S.A. resolveram constituir a Nova Bolsa S.A., que a partir de 08 de maio de 2008 incorporaria as ações de ambas as Bolsas. As ações da Bovespa Holding foram incorporadas a valor de mercado e avaliadas por laudo de avaliação.

- Segundo o documento, a reorganização societária tinha por objetivo integrar as atividades das duas entidades visando "atingir uma estrutura integrada mais eficiente, com potencial de economia nas despesas combinadas das duas Bolsas, além de possibilitar o maior crescimento e rentabilidade dos negócios por elas desenvolvidos";

- Para os acionistas portadores de ações tanto da BM&F quanto da Bovespa haveria também benefícios na troca de ações por ações da Nova Bolsa, como veremos adiante.

E, quanto a Apuração do Ganho, descreve:

- Em decorrência do processo de incorporação de ações, a transferência do patrimônio social das duas Bolsas para a Nova Bolsa S.A., ficou estabelecido que os detentores de ações da BM&F, cujo valor patrimonial era de R\$ 1,00 (um real) por ação, receberiam uma ação da Nova Bolsa para cada ação da BM&F que possuíssem.

- No caso dos detentores de ações da Bovespa Holding, foi atribuído o valor de R\$ 24,82 para cada ação, valor apurado, segundo o documento denominado Fato Relevante, pela média ponderada do volume financeiro transacionado das cotações médias, ajustadas pelos proventos distribuídos, observadas nos pregões da Bolsa de Valores de São Paulo nos últimos 30 dias que antecederam a divulgação daquele documento.

- Estas ações ordinárias da Bovespa não seriam resgatadas em dinheiro pela Nova Bolsa e ficou estabelecido que cada uma destas ações equivaleria a 1,42485643 ações da Nova Bolsa. Dessa maneira, como o Itaú Unibanco detinha 7.655.323 ações ordinárias da Bovespa Holding, a partir de maio de 2008 passou a possuir 10.907.736 ações ordinárias da Nova Bolsa (BM&FBovespa S.A.).

- Além disso, ficou estabelecido que para cada 10 (dez) ações ordinárias da Bovespa Holding seria concedida gratuitamente 1 (uma) ação preferencial da Nova Bolsa. Com isso, o Itaú Unibanco recebeu 765.532 ações preferenciais da Nova Bolsa a título de bonificação. A cada ação preferencial da Nova Bolsa foi atribuído o valor de R\$ 17,153408. Estas ações preferenciais foram resgatadas em dinheiro pela Nova Bolsa, conforme o documento denominado Fato Relevante já mencionado.

- Somadas as 10.907.736 ações ordinárias com as 765.532 ações preferenciais recebidas, o número total de ações BM&FBovespa oriundas da Bovespa Holding passou a ser de 11.673.268. Dividindo-se o custo histórico das ações ordinárias da Bovespa Holding, de R\$ 13.451.343,01, pela nova quantidade de ações, tem-se que o custo unitário de cada uma dessas ações passou a ser de R\$ 1,152320242 conforme nossa planilha denominada Ganho na Incorporação de Ações pela BM&FBovespa fls. 215 deste Processo.

- O Itaú Unibanco detinha 7.655.323 ações ordinárias da Bovespa Holding S.A. em maio de 2008 ao custo de R\$ 13.451.343,01. Para cada uma dessas ações foi atribuído, o valor de R\$ 24,82 pelos critérios já informados. Em função desse critério, esse lote de ações passou a valer, depois de 08.05.2008, o valor total de R\$ 190.005.116,86. Mas ao contrário das ações preferenciais que foram resgatadas em dinheiro, o Itaú Unibanco recebeu, por esse lote, 10.907.736 ações ordinárias da BM&FBovespa S.A..

O valor correspondente às 765.532 ações preferenciais da Nova Bolsa a título de bonificação multiplicadas pelo valor unitário de R\$ 17,153408, num total de R\$ 13.131.482,73, foi devidamente submetido à tributação pelo contribuinte em maio de 2008, depois de descontado o custo proporcional das ações preferenciais, de R\$ 882.138,02, conforme a nossa planilha da fl. 215 e os documentos constantes das fls. 166 a 177 deste Processo.

Como do custo total das ações da Bovespa Holding, de R\$ 13.451.343,01, foi atribuído o custo proporcional de R\$ 882.138,02 às ações preferenciais cujo valor foi submetido à tributação, resta que o custo proporcional das ordinárias, avaliadas em R\$ 190.005.116,86, passou a ser de R\$ 12.569.204,99. Vide nossa planilha da fl. 215 já mencionada.

Verifica-se, portanto, que o Itaú Unibanco possuía no início de maio de 2008, 7.655.323 ações ordinárias da Bovespa Holding ao custo de unitário de R\$ 13.451.343,01. Em decorrência da unificação das Bolsas, passou a possuir no final de maio de 2008, 10.907.736 ações ordinárias da Nova Bolsa (BM&FBovespa S.A.) avaliadas em R\$ 190.005.116,86, apurando um ganho de R\$ 177.435.91,87, descontando-se seu custo de R\$ 12.569.204,99. Esse ganho não foi submetido à tributação.

Uma consulta formulada ao Banco Bradesco S.A., entidade responsável pela custódia das ações da Nova Bolsa (BM&FBovespa S.A.), confirma as quantidades de ações possuídas pelo Itaú Unibanco em maio de 2008, conforme os documentos das folhas 178 a 186.

Para justificar a Tributação do Ganho, aborda a Fiscalização a caracterização da incorporação de ações da Bovespa Holding S/A pela Nova Bolsa S A como alienação sujeita à incidência de IRPJ e CSLL. E, para tanto, reporta-se à doutrina sobre o procedimento de incorporação de ações que é bem descrito por Edmar de Oliveira Andrade Filho em artigo no site Academia Brasileira de Direito ABDIRI, do qual transcreve alguns excertos.

[...]

E continua:

- o embasamento legal para a caracterização deste tipo de operação como alienação é o parágrafo 2º c/c o parágrafo 3º do artigo 3º da Lei nº 7.713/88, em que o Legislador, ainda que tratando da determinação de base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Física, assim define o tipo de operação sujeita à apuração de eventual ganho de capital:

"Artigo 3º - O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos artigos 9º e 14 desta Lei. (vide Lei 8.023, de 12/04/90)

§ 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

§ 2º Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos artigos 15 a 22 desta Lei.

§ 3º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos, ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.

- Inclusive, o próprio CARF já se manifestou no sentido de que a "incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo". (Acórdão nº 9202-00.662 da 2º Turma/Sessão de 12/04/2010).

- Concluindo, com fundamento no parágrafo 2º c/c o parágrafo 3º do artigo 3º da lei 7713/88, acima indicado, ocorre a efetiva alienação das ações da Bovespa Holding S/A. Dessa forma existe tributação de IRPJ e CSLL, de acordo com os artigos 247, 248, 249 inciso II, 251, 277,278, 299, 300 e 379, § 2º, do RIR/99.

- O Itaú Unibanco, em vista dos argumentos apresentados, deveria ter submetido à tributação de IRPJ e da CSLL, em maio de 2008, o valor de R\$ 177.435.911,87, referente ao lucro apurado na incorporação de ações ordinárias oriundas da Bovespa Holding pela BM&FBovespa S.A. Não o fez. Só submeteu à tributação o valor recebido em dinheiro relativo às ações preferenciais recebidas em forma de bonificação.

Aborda o cabimento da multa isolada e os dispositivos que a fundamentam, tendo em vista que o Itaú Unibanco, em relação às estimativas mensais de IRPJ e CSLL apuradas com base na Receita Bruta e Acréscimos, deixou de incluir o ganho de capital obtido na conversão de ações da Bovespa Holding por ações da BM&FBovespa S.A. no mês de maio de 2008, vindo a resultar em falta de recolhimento de estimativas.

Conclui, então, a título de Tributos Não Recolhidos na Estimativa Mensal de maio de 2008 que, no caso concreto, o valor recebido pelo Itaú Unibanco a título de recebimento de ações patrimoniais da Nova Bolsa, líquido do valor de custo - R\$ 177.435.911,87 - deveria compor a base de cálculo do IRPJ e da CSLL nas estimativas mensais do mês em que se efetivou a unificação das Bolsas (art. 225 do RIR/99). Na DIPJ do exercício de 2009, relativa ao ano-calendário de 2008, consta que no mês de maio o contribuinte optou pela tributação com base na Receita Bruta e Acréscimos. No demonstrativo da fl. 216 deste Processo, reproduzimos os valores da estimativa mensal de IRPJ e de CSLL declarados pelo contribuinte no mês de maio de 2008 e os valores que deveriam ter sido declarados e recolhidos com a inclusão do valor de R\$ 177.435.911,87 nas fichas 11 e 16 da DIPJ. Apuramos assim a multa isolada de 50% sobre a diferença.

Passa então a discorrer acerca da Devolução dos Títulos Patrimoniais da CETIP, como segue:

- acompanhando as transformações havidas nas Bolsas, em cujas atividades ela exercia papel essencial como agente de compensação e pagamento dos títulos e valores negociados, em 29 de maio de 2008, seus associados aprovaram em Assembleia Geral Extraordinária realizada, a desmutualização da associação com cisão de 99,84% do patrimônio da entidade a favor da CETIP S.A. - BALCÃO ORGANIZADO DE ATIVOS E DERIVATIVOS, com produção de efeitos em 1º de Julho de 2008. Vide a ata da Assembleia Geral Extraordinária às fls. 198 a 208.

- De acordo com o Instrumento de Protocolo e Justificativa da Operação de Cisão Parcial da CETIP - Câmara de Custódia e Liquidação, documento datado de 14.04.2008 - fls. 209 a 214, em 1º de julho de 2008 se daria a transformação da Cetip Associação na Cetip S.A. O Instrumento de Protocolo explica em seu item II - Motivos e Fins da Cisão Parcial - 2.1 que a operação tinha por finalidade a desmutualização da CETIP Associação, processo pelo qual as atividades econômicas compreendidas em seu objeto social deixariam de ser exercidas por meio de uma estrutura jurídica associativa e passariam a ser desenvolvidas por outra entidade, sob a forma de sociedade anônima.

- Após a implementação da Operação, a partir de 1º de julho de 2008, as atividades de compensação, liquidação e custódia e outras exercidas pela CETIP Associação, passariam a ser todas desenvolvidas unicamente pela CETIP S.A.. Como a cisão seria parcial, a Cetip Associação permaneceria responsável pelas atividades de natureza educacional por ela desenvolvidas, (item 2.2 do Instrumento de Protocolo).

- Houve nessa época uma série de alterações societárias na entidade. Cada entidade possuidora de títulos associada teve que devolver seus títulos patrimoniais à Cetip. Pelos itens 5.1 e 5.2 do Instrumento de Protocolo, em 1º/07/2008 houve a emissão de ações ordinárias da CETIP S.A., atribuídas aos antigos detentores de títulos patrimoniais da CETIP Associação em substituição a suas participações no patrimônio da Cetip Associação. Como forma de devolução do capital representado pelos títulos das associadas, a Cetip S.A. entregou 406.650 ações da nova empresa para cada um dos 496 detentores de títulos patrimoniais da entidade.

Sobre os Valores na Desmutualização da CETIP, reporta-se o Autuante ao Instrumento de Protocolo da Operação de Cisão Parcial da CETIP - Câmara de Custódia e Liquidação, aprovado na AGE da desmutualização, que fixava as diretrizes operacionais e econômicas do ato societário, cuja introdução transcreve e expõe:

- Com base no patrimônio do balancete de 31 de março de 2008, foi deliberado que seriam cindidos elementos ativos e passivos da CETIP Associação no valor de R\$ 201.698.400,00, ou seja 99,84% do seu patrimônio líquido que na mesma data estava avaliado em R\$ 202.018.895,10. Em consequência, o patrimônio da CETIP Associação após a cisão se reduziria a R\$ 320.495,10 .

- Considerando que eram 496 os títulos patrimoniais existentes, tem-se a seguinte distribuição de valores :

	TOTAL	VALOR POR TÍTULO
PATRIMÔNIO ANTES DA CISÃO	202.018.895,10	407.296,16
VALOR CINDIDO	201.698.400,00	406.650,00
PATRIMÔNIO REMANESCENTE	320.495,10	646,16

- A A.G.E. determinou que pela devolução e cisão do patrimônio a cada um dos 496 titulares seriam atribuídas 406.650 ações da CETIP S.A., sem valor nominal.

- Ficou, também, estabelecido que a incorporação da parcela cindida do patrimônio da CETIP Associação somente viria a produzir efeitos em 1º de Julho de 2008, mesmo momento em que, de fato, dar-se-ia a subscrição e a integralização das novas ações.

- A esse respeito o Instrumento de Protocolo expressa:

V. NÚMERO E ESPÉCIE DE AÇÕES A SEREM EMITIDAS PELA CETIP S.A. PARA SEREM ATRIBUÍDAS AOS DETENTORES DE TÍTULOS PATRIMONIAIS DA CETIP ASSOCIAÇÃO

5.1 - Efetivada a Operação, em 1º de julho de 2008 haverá a emissão de ações ordinárias da CETIP S.A., a serem atribuídas aos atuais detentores de títulos patrimoniais da CETIP ASSOCIAÇÃO em substituição suas atuais participações.

5.2 - O número de ações de emissão da CETIP S.A. a ser atribuído aos atuais detentores dos títulos representativos do patrimônio da CETIP ASSOCIAÇÃO será determinado com base nos valores patrimoniais contábeis, apurados em 31 de março de 2008, conforme informado na tabela abaixo:

Quantidade de títulos na CETIP ASSOCIAÇÃO	Valor Patrimonial Cindido (R\$) por título	Número de ações na CETIP S.A. por título
496	406.650,00	406.650

5.3. Após a implementação da Operação, em 1º de julho de 2008, o capital social da CETIP S.A. passará a ser dividido em 201.698.400 (duzentas e um milhões, seiscentas e noventa e oito mil e quatrocentas) ações, todas ordinárias e sem valor nominal.

- Como se percebe, o valor patrimonial de 31 de março de 2008 serviu simplesmente para fins de determinação do número de ações a serem atribuídas a cada proprietário de título, a posteriori.

O capítulo III do Instrumento de Protocolo e Justificativa da Operação de Cisão Parcial deixou claro que na data da efetivação da cisão, 1º de Julho de 2008, ocorreria o registro das variações patrimoniais havidas na CETIP Associação no período de 1º de abril até 30 de junho de 2008, tanto da parte não cindida como da parcela cindida:

III. ELEMENTOS ATIVOS E PASSIVOS QUE SERÃO VERTIDOS PARA A CETIP S.A.

3.1. Em decorrência da presente Operação, serão incorporados ao patrimônio da **CETIP S.A.**, em 1º de julho de 2008, com base no balancete levantado em 31 de março de 2008, os elementos ativos e passivos do patrimônio da **CETIP ASSOCIAÇÃO** que sejam relacionados com/ou correlatos às atividades que serão transferidas à **CETIP S.A.**, os quais somados resultam em um valor líquido de **R\$201.698.400,00** (duzentos e um milhões, seiscentos e noventa e oito mil e quatrocentos reais), conforme balanço patrimonial de 31 de março de 2008 (Anexo III).

3.1.1. Os resultados das variações patrimoniais ocorridas na **CETIP ASSOCIAÇÃO** a partir de 01 de abril de 2008 até 30 de junho de 2008, em relação a parcela não cindida, nela permanecerão.

3.1.2. A partir de 1º de julho de 2008, as variações patrimoniais correspondentes à parcela cindida da **CETIP ASSOCIAÇÃO** ocorridas desde 01 de abril de 2008 serão registradas integralmente na **CETIP S.A.**

- Em 1º de Julho de 2008 foi levantado o Balanço da CETIP S.A., auditado pela KPMG Auditores Independentes, em cuja página 5 consta o Demonstrativo das Mutações do Patrimônio Líquido que traz a seguinte indicação: "Parcela adicional do acervo da CETIP Associação incorporado pela Companhia - R\$ 18.754.194 . Esse valor constou contabilizado como Reserva de Capital.

- Somando os dois valores tem-se o valor da desmutualização no dia em que a mesma efetivamente ocorreu:

PARCELA CINDIDA EM 31.03.2008	201.698.400,00
PARCELA ADICIONAL EM 1º/07/2008	18.754.194,00
VALOR ATUALIZADO EM 1º/07/2008	220.452.594,00

- Por conseguinte, o valor do patrimônio que foi efetivamente devolvido pelos titulares da CETIP Associação, e que simultaneamente foi cindido à CETIP S.A., na data em que teve efeito a desmutualização - 1º de Julho de 2008 - foi de R\$ 220.452.594,00, o que equivale a R\$ 444.460,88 por associado.

Aborda a Fiscalização a Atualização dos Títulos Patrimoniais, expondo que:

- O artigo 9º do Anexo à Resolução CMN (BACEN) nº 2.690 de 28.01.2000, determinava que, ao término de cada exercício social, de haver a apuração do valor do patrimônio social da entidade sem fins lucrativos com base nas demonstrações financeiras, adotando-se os mesmos procedimentos e critérios usados pelas sociedades anônimas.

- Pois bem, o valor do patrimônio da CETIP, apurado anualmente, era dividido pelo número de títulos patrimoniais existentes, chegando-se, assim, ao valor nominal corrigido e atualizado dos Títulos Patrimoniais.

Esta atualização dos valores dos títulos, deve ser tributada nas seguintes situações, previstas no RIR/99:

"Art. 434 A contrapartida do aumento de valor de bens do ativo permanente, em virtude de nova avaliação baseada em laudo nos termos do art. 8º da Lei nº 6.404, de 1976, não será computada no lucro real enquanto mantida em conta de reserva de reavaliação".

"Art. 435 O valor da reserva referida no artigo anterior será computado na determinação do lucro real":

(...)

"II - em cada período de apuração, no montante do aumento do valor dos bens reavaliados que tenha sido realizado no período, inclusive mediante":

"a) alienação, sob qualquer forma";

(...)

Reporta-se à forma de contabilização dos títulos patrimoniais das entidades sem fins lucrativos expondo estar prevista no Capítulo 1, item 11, subitem 3, parágrafo 3º do Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional - COSIF, que transcreve, observa que a contabilização da atualização dos Títulos Patrimoniais da CETIP detidos pelas entidades associadas não afetava o resultado do exercício, uma vez que a contrapartida da atualização do valor era registrada em conta de Reserva de Capital. Assim, esta mais valia jamais foi tributada anteriormente. E complementa:

- A previsão legal para a não tributação desse acréscimo patrimonial dos títulos ao longo do tempo, não distribuído e incorporado ao capital das corretoras/distribuidoras, foi dada pela Portaria MF nº 785, de 20.12.1977.

- Destaque-se, entretanto, que a citada Portaria trata do evento "constituição de reserva com acréscimos no valor nominal aos títulos", o que não se confunde com o evento ora tributado "devolução do patrimônio da CETIP às suas associadas", alcançado pelo artigo 17 da 9.532/97.

Define o Custo de Aquisição dos Títulos da CETIP, expondo:

- De acordo com os documentos das fls. 35 a 163, fornecidos pelo contribuinte, e a nossa planilha da fl. 217, os títulos de propriedade do Itaú Unibanco foram adquiridos pelo Banco Itaú e pelo Unibanco e por diversas entidades que posteriormente viriam a fazer parte do conglomerado. Os valores de aquisição originais correspondiam a 1.000 ORTNS, mas alguns títulos foram adquiridos posteriormente por outros valores, como mostra a nossa planilha da fl. 217.

- Como para alguns dos títulos o contribuinte não informou o valor de aquisição porque o valor do título foi transferido do patrimônio da instituição incorporada, recorreremos aos registros da Cetip e relacionamos os valores originais dos títulos na nossa planilha da fl. 217, elaborada de acordo com a atualização de valores pelos fatores de conversão estabelecidos pelo Banco Central e adotados pela Justiça Federal. Ao todo foram 09 títulos, que custaram originalmente, em valores atuais, R\$ 34.505,56. Como esses valores foram resgatados em ações da Cetip S.A. pelo total de R\$ 4.000.147,92, constatamos que houve um ganho de capital de R\$ 3.965.642,36 em julho de 2008. Convém lembrar que embora o contribuinte mencione o título de nº 0360 em sua resposta das fls. 36 e 37, não anexou cópia do título nem de seu comprovante de aquisição, mas a Cetip confirma a emissão do título originalmente para o Banco Bandeirantes de Investimento S.A. em 09.06.1987.

Aborda os Aspectos Tributários da Desmutualização, como segue:

- Os títulos patrimoniais da CETIP Associação estavam sujeitos a atualizações periódicas em seu valor, com base na variação do seu patrimônio líquido. Porém tais valores não transitavam por contas de resultado e, conseqüentemente, não se sujeitavam à tributação pelo imposto de renda (IRPJ) e pela contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), desde que não fossem distribuídos e mantidos em conta de reserva, conforme determinação de portaria do Ministério da Fazenda: Portaria MF nº 785, de 20.12.1977:

...

- O evento da desmutualização trouxe uma brusca e radical alteração do quadro fático até então existente. Ao lhes serem conferidas as ações da nova sociedade, as instituições deixaram de se qualificar como associadas de entidade isenta e passaram a ser sócias de empresa com finalidade de lucro.

- Visando materializar o capital da nova companhia, os associados da CETIP Associação efetivamente devolveram-lhe seu patrimônio, o qual foi então cindido, recebendo como pagamento ações da própria CETIP S.A..

- A norma legal que confere caráter de fato jurídico tributário aos eventos ocorridos na desmutualização da CETIP Associação, encontra-se nitidamente inserta na Lei nº 9.532/97.

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 do valor.

§ 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.

- Perceba-se que o fato apto a desencadear a incidência dos tributos, nesse caso, é o ganho obtido pelos associados na devolução de patrimônio da CETIP Associação, ou seja, com a própria operação de desmutualização, na forma como foi efetuada.

- Nos termos da citada Lei, o valor a ser oferecido à tributação, por adição ao lucro real e à base de cálculo da CSLL, é a diferença entre o valor recebido a título de devolução do patrimônio e o valor outrora entregue para a formação do mesmo. Essa sistemática visa estabelecer a justa tributação das parcelas de valorização do patrimônio da entidade isenta, que até então não haviam transitado por resultado.

- No caso de título patrimonial adquirido no mercado secundário, deduz-se o valor do custo de aquisição, uma vez que as mais-valias anteriores haverão de ter sido oferecidas à tributação por parte da vendedora, a título de seu ganho de capital.

- Conforme deliberado pela A.G.E., de 29.05.2008 já citada, a incorporação da parcela cindida do patrimônio da CETIP Associação somente viria a produzir efeitos em 1º de Julho de 2008, mesmo momento em que se daria a subscrição e a integralização das novas ações.

E assim resume:

- a data do fato gerador dos tributos incidentes sobre a valorização do título patrimonial é o momento em que efetivamente se deu a desmutualização, isto é, o momento da subscrição das ações da CETIP S.A. em retribuição à simultânea devolução do patrimônio cindido da CETIP Associação, ou seja, o dia 1º de Julho de 2008;

- quanto ao "valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta a título de devolução de patrimônio" citado pela Lei, não há qualquer dificuldade em se identificá-lo: será o valor do quinhão a que o antigo titular passa a ter direito sobre o patrimônio da nova sociedade, pelo fato de ser detentor da parcela de 1/496 de suas ações, avaliado no momento em que a desmutualização se efetiva, 1º de Julho de 2008;

- por sua vez, o "valor dos bens e direitos que houver entregue para a formação do referido patrimônio", a ser deduzido, corresponde ao custo de aquisição do título.

- A Associação Cetip, cujo patrimônio em grande parte deixou de existir e cujos títulos patrimoniais foram extintos, efetivamente devolveu o seu patrimônio aos associados, na forma de ações. Ao serem conferidas ações da nova sociedade em substituição aos títulos patrimoniais, a instituição deixa de se qualificar como associada à entidade e passa a ser sócia-acionista da nova entidade, empresa que ostenta finalidade de lucro.

- A mais valia se dá pela diferença entre o valor original de aquisição dos títulos e o valor de ressarcimento oferecido pela Cetip na devolução dos títulos, tributando-se, em decorrência, o valor equivalente às atualizações acumuladas pelos títulos patrimoniais ao longo do tempo resultantes das variações patrimoniais ocorridas nas entidades sem fins lucrativos.

- Os títulos, adquiridos por R\$ 34.505,56 foram trocados por ações, que, como vimos, em 1º de julho de 2008, equivaliam a R\$ 444.460,88 (quatrocentos e quarenta e quatro mil quatrocentos e sessenta reais e oitenta e oito centavos) por título, num total de R\$ 4.000.147,92. A diferença de 3.965.642,36, portanto, é passível de tributação, à luz da legislação vigente, como base de cálculo do IRPJ e CSLL.

Destaca a falta de recolhimento de estimativas mensais de IRPJ e CSLL sujeita à multa isolada, expondo que:

- O Itaú Unibanco, em relação às estimativas mensais de IRPJ e CSLL apuradas com base na Receita Bruta e Acréscimos, deixou de incluir o ganho de

capital obtido na devolução de patrimônio da Associação Cetip no mês de julho de 2008, vindo a resultar em falta de recolhimento de estimativas.

- Aqui vale lembrar que a contrapartida dos lançamentos correspondentes às atualizações periódicas que cada título da CETIP recebia, resultantes da valorização patrimonial ocorrida na entidade isenta, que normalmente seria conta de resultado, por força da Portaria MF 785/77 dava-se em conta de Reserva de Capital constante do Patrimônio Líquido (conta COSIF 6.1.3.70.00). Ou seja, a adição do ganho na desmutualização efetivamente equivale ao ganho de capital outrora não tributado.

- Assim sendo, não resta dúvida de que o valor da devolução de patrimônio, líquido de seu custo, ocorrida no momento da desmutualização, tem natureza originária de ganho, enquadrando-se, portanto, na previsão do art. 225 do RIR/99.

Conclui, então, que:

- houve a falta de recolhimento de IRPJ e CSLL sobre o ganho de capital na conversão de ações ordinárias da Bovespa Holding por ações ordinárias da BM&FBovespa S.A em 2008. A base de cálculo para a tributação de IRPJ e CSLL foi um ganho de capital de R\$ 177.435.911,87, conforme nossa planilha da fl. 215, e representa a diferença entre o valor/das ações ordinárias da Bovespa Holding possuídas pelo Itaú Unibanco em maio de 2008 - 7.655.323 ações ao custo total de R\$ 12.569.204,99 - e o valor recebido em ações da BM&FBovespa num total de R\$ 190.005.116,86. Em consequência, também foi lançada multa isolada por falta de recolhimento de estimativa em maio de 2008, conforme demonstrativo de fls. 216;

- houve a falta de recolhimento de IRPJ e CSLL sobre o ganho de capital na devolução de patrimônio da Associação Cetip. A base de cálculo para a tributação de IRPJ e CSLL é de R\$ 3.965.642,36 e representa a diferença entre o valor entregue para a formação do patrimônio, de R\$ 34.505,56, e o recebido pelo Itaú Unibanco, na forma de ações da Cetip S. A. Balcão Organizado de Ativos e Derivativos, de R\$ 444.460,88 por título, num total de R\$ 4.000.147,92, conforme nossa planilha da fl. 217. Em consequência, também foi lançada multa isolada por falta de recolhimento de estimativa em julho de 2008, conforme demonstrativo de fl. 218.

A impugnação apresentada foi julgada improcedente em 18/02/2014 pela DRJ em Ribeirão Preto, em acórdão assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

NULIDADE. INOCORRÊNCIA. São considerados nulos somente atos e termos lavrados por pessoa incompetente e despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos do art. 59, incisos I e II, do Decreto nº 70.235, de 1972, hipóteses cuja ocorrência não restou comprovada, sobretudo tendo em conta que os autos de infração e seus anexos foram formalizados com observância dos requisitos do art. 142 do CTN, bem como do disciplinamento do Processo Administrativo Fiscal, permitindo ao contribuinte a perfeita compreensão das infrações que lhe foram imputadas, tanto que delas se defendeu de forma detalhada.

PRAZO DECADENCIAL. VERIFICAÇÃO DE FATOS DE PERÍODOS ANTERIORES. POSSIBILIDADE. Tendo sido o lançamento cientificado ao contribuinte dentro do prazo decadencial aplicável, não se cogita de

decadência. Com o transcurso do prazo decadencial apenas o dever/poder de constituir o crédito tributário é obstado, tendo em conta que a decadência é uma das modalidades de extinção do crédito tributário, podendo o Fisco verificar ocorrências em períodos de apuração atingidos pela decadência, em face de comprovada repercussão no futuro, qual seja: na apuração de lucro líquido ou real de períodos não atingidos pela decadência.

DECADÊNCIA. MULTA ISOLADA. ESTIMATIVAS NÃO RECOLHIDAS. A regra geral para contagem do prazo decadencial para constituição do crédito tributário, no caso de penalidades, está prevista no artigo 173, I do CTN, apresentando-se regular a exigência formalizada dentro deste prazo.

DESMUTUALIZAÇÃO DE BOLSAS DE VALORES. ASSOCIAÇÕES ISENTAS. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO SOB A FORMA DE AÇÕES. SUJEIÇÃO À TRIBUTAÇÃO. IRPJ. CSLL. Sujeita-se à incidência do IRPJ e CSLL, computando-se na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, a diferença entre o valor dos bens e direitos recebidos por pessoa jurídica, provenientes de instituição isenta, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver entregue para a formação do referido patrimônio.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL. Constitui ganho de capital, a ser submetido à tributação de IRPJ e CSLL, a diferença de valor decorrente da conversão de ações ordinárias da Bovespa Holding por ações ordinárias da BM&F Bovespa S A.

MULTA ISOLADA. FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO. ESTIMATIVAS MENSAIS. IRPJ. CSLL. Constatada a falta/insuficiência do recolhimento das estimativas devidas, fica a pessoa jurídica sujeita à multa de ofício isolada sobre os valores inadimplidos.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

A decisão foi cientificada ao contribuinte em 22/03/2014, após o decurso de prazo de 15 dias a contar da disponibilização destes documentos através da Caixa Postal, Modulo e-CAC do Site da Receita Federal, ocorrida em 07/03/2014 (fl. 476).

O recurso voluntário foi apresentado em 08/04/2014 (fl. 478-589), alegando, em síntese:

Quanto à incorporação de ações (Infração no. 1):

Preliminarmente, a nulidade dos autos de infração em razão de:

- vício na capitulação legal, já que a autoridade fiscal fundamenta o lançamento em regra própria da tributação da renda das pessoas físicas (art. 3º da Lei 7.703/1988), claramente inaplicável às pessoas jurídicas;
- vício de apuração na base de cálculo, pois, tendo posteriormente vendido as ações da Nova Bolsa em duas etapas (março de 2010 e janeiro de 2012) e oferecido o ganho de capital apurado à tributação, teria ocorrido quando muito a postergação do pagamento do IRPJ e da CSLL devidos. Ressalta que há disciplina específica para a hipótese de postergação, de modo que não podem ser aplicadas as regras de imputação pretendidas

pela autoridade autuante e traz julgados do CARF que cancelam a exigência quando não observado tal cálculo.

No mérito, sustenta a inexistência de ganho de capital na substituição de ações da Bovespa Holding pelas ações da Nova Bolsa, eis que (i) não há na incorporação de ações verdadeira alienação, mas mera substituição de ações da Bovespa Holding por outras da Nova Bolsa; (ii) ainda que para argumentar que de alienação se tratasse, não teria ocorrido no caso concreto qualquer ganho de capital passível de tributação, dada a absoluta ausência de realização da renda, tendo havido apenas fatos permutativos.

Quanto à desmutualização da CETIP (Infração no. 2):

Preliminarmente, a nulidade dos autos de infração em razão de vício na apuração da base de cálculo, pois, tendo posteriormente vendido as ações da CETIP (janeiro de 2011) e oferecido o ganho de capital apurado à tributação, teria ocorrido quando muito a postergação do pagamento do IRPJ e da CSLL devidos.

No mérito, sustenta que

- a operação de cisão levada a efeito para a desmutualização da CETIP é perfeitamente legítima porque expressamente prevista no ordenamento jurídico, produzindo os efeitos que lhe são próprios, não se confundindo com a devolução de patrimônio aos associados;

- a própria legislação tributária prevê e disciplina a cisão de entidade isenta, sendo certo que os efeitos de eventual desatendimento das condições da isenção devem ser suportados pela própria entidade;

- os valores das atualizações periódicas dos títulos patrimoniais da CETIP têm natureza de avaliação pelo método da equivalência patrimonial não se sujeitando à tributação, compondo o valor contábil do investimento; ademais, por decorrerem de lucros e reservas capitalizados sempre estiveram isentos do imposto de renda;

- as atualizações anteriores ao ano-base de 2007, inclusive, jamais poderiam ser desconsideradas como custo do investimento para efeito de tributação em 2013, porque já decaiu o Fisco do direito de questioná-las, na esteira do entendimento pacífico do então Primeiro Conselho de Contribuintes no acórdão 101-96.265 de 08.08.2007 - DOU 06/03/2008, Rel. Paulo Roberto Cortez e outros citados.

- sobre a CSLL, após estender a esta os argumentos apresentados para o IRPJ, acrescenta que a atualização do valor nominal dos títulos patrimoniais das Bolsas (e da CETIP) já não compõe o lucro líquido ou resultado do exercício, consistindo em ajuste à conta de patrimônio líquido, diretamente.

Quanto à multa isolada:

- sustenta a decadência do direito de lançar, eis que as exigências referem-se aos meses de maio e julho/2008 e, em 25/10/2013 já havia decorrido o prazo de cinco anos previsto no art. 150, § 4º, do CTN, aplicável ao caso porque existente pagamento antecipado. Cita decisões administrativas e judiciais para corroborar sua tese.

- defende a impossibilidade da exigência de multa isolada depois do encerramento do período de apuração, mesmo quando apurado prejuízo, conforme decisões da CSRF (acórdãos 9101-001.838, 9101-001.547, 9191-001.246) também de câmaras baixas.

A União apresentou contrarrazões (fls. 596-633).

Em petição apresentada em setembro de 2016 a Recorrente juntou aos autos cópia de suas DIPJ de 2008 a 2012.

Recebi o processo em distribuição realizada em 22 de junho de 2017.

Voto Vencido

Conselheira Livia De Carli Germano - Relatora

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, portanto dele conheço.

A Fiscalização atribui ao contribuinte falta de recolhimento de IRPJ e CSLL sobre o ganho de capital (1) na conversão de ações ordinárias da Bovespa Holding por ações ordinárias da BM&F-Bovespa S/A em maio de 2008 e (2) na devolução do patrimônio da associação Cetip ocorrida em julho de 2008.

Passo a tratar separadamente de tais imputações.

INFRAÇÃO No. 1 (INCORPORAÇÃO DE AÇÕES) - nulidades

Quanto ao auto de infração referente à operação de incorporação de ações, o Recorrente sustenta, preliminarmente, que os autos de infração são nulos por vício na capitulação legal, já que a autoridade fiscal fundamenta o lançamento no artigo 3o da Lei 7.703/1988, regra própria da tributação da renda das pessoas físicas, inaplicável assim às pessoas jurídicas.

Ocorre que a procedência de tal argumento não levaria à nulidade do auto de infração mas à sua improcedência. Isto porque, nos termos da legislação que rege os atos e o processo administrativo, as causas de nulidade estão relacionadas quer ao descumprimento dos requisitos para a formação do ato administrativo quer à incompetência da autoridade ou ainda, em se tratando de despachos e decisões, à preterição ao direito de defesa.

No caso, poderia haver vício no ato administrativo do lançamento caso este não indicasse qualquer fundamentação para a cobrança. Ocorre que tal fundamentação existe, sendo que a alegação da defesa é exatamente de que ela não é aplicável ao caso concreto. Sendo assim, temos que os requisitos do ato administrativo foram cumpridos, e não consta contra ele qualquer alegação de incompetência da autoridade.

Por tal razão, este voto tratará da questão sobre o vício na capitulação legal indicada no auto de infração não como causa para a nulidade mas como questão de mérito.

Antes, porém, passo à análise da outra causa de nulidade apontada pelo Recorrente.

Ainda como causa de nulidade, alega o Recorrente vício na autuação por terem sido desconsiderados efeitos da postergação. Isso porque, tendo posteriormente vendido as ações da Nova Bolsa em duas etapas (março de 2010 e janeiro de 2012) e oferecido o ganho de capital apurado à tributação, teria ocorrido quando muito a postergação do pagamento do IRPJ e da CSLL devidos.

O instituto da postergação, como se extrai do art. 273 do RIR/99 pressupõe a inobservância do regime de competência, o que não se identifica no caso. Com efeito, postergar significa atrasar, deixar de cumprir uma obrigação no prazo, sendo elemento essencial desta conduta a intenção de posteriormente adimplir a mesma obrigação. Daí porque somente se cogita de postergação quando a prestação é entregue, embora com atraso. Se analisada a situação em momento anterior a esse pretendido cumprimento tardio, ter-se-á, apenas, o inadimplemento puro e simples da obrigação.

Assim, a postergação seria verificada, no caso, se os valores tributáveis apurados pela Fiscalização no ano-calendário de 2008 tivessem sido reconhecidos pelo contribuinte em período de apuração posterior e isso ensejasse efetivo pagamento do tributo.

Não obstante, no caso em questão o que ocorreu foi o pagamento de tributos motivado por **situação de fato diversa** da escrita na autuação -- qual seja: a posterior venda das ações da Nova Bolsa. Tanto não se trata de postergação que a base de cálculo não necessariamente seria a mesma em tais hipóteses.

Assim, não há propriamente um vício na autuação por desconsideração de postergação que leve à nulidade do auto de infração. Por tal razão voto por não acolher a preliminar de nulidade suscitada.

INFRAÇÃO No. 1 (INCORPORAÇÃO DE AÇÕES) - mérito

Tratando do mérito da autuação relativa à incorporação de ações, passo a analisar a alegação de vício quanto à capitulação legal indicada pela autoridade autuante.

O Termo de Verificação Fiscal descreve a operação e conclui tratar-se de alienação sujeita à incidência de IRPJ e CSLL. Cita trecho de doutrina, após o que finaliza, a fl. 218:

O embasamento legal para a caracterização deste tipo de operação como alienação é o parágrafo 2º c/c o parágrafo 3º do artigo 3º da Lei nº 7.713/88, em que o Legislador, ainda que tratando da determinação da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Física, assim define os tipos de operação sujeitas à apuração de eventual ganho de capital:

“Artigo 3º - O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos artigos 9º e 14 desta Lei. (vide Lei 8.023, de 12/04/90)

§ 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

§ 2º Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos artigos 15 a 22 desta Lei.

§ 3º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos, ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, doação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.

Inclusive, o próprio CARF já se manifestou no sentido de que a “incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo”. (Acórdão nº 9202-00.662 da 2ª Turma/Sessão de 12/04/2010).

Concluindo, com fundamento no parágrafo 2º c/c o parágrafo 3º do artigo 3º da lei 7713/88, acima indicado, ocorre a efetiva alienação das ações da Bovespa Holding S/A. Dessa forma existe tributação de IRPJ e CSLL, de acordo com os artigos 247, 248, 249 inciso II, 251, 277,278, 299, 300 e 379, § 2º, do RIR/99.

O Auto de Infração por sua vez menciona as seguintes bases legais:

IRPJ:

0001 OMISSÃO DE RENDIMENTO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS RENDIMENTO AUFERIDO APÓS LIQUIDAÇÃO DE INVESTIMENTO

Rendimento não computado na determinação do ganho de capital após a alienação de investimento, conforme Termo de Verificação Fiscal anexo a este Auto de Infração, do qual faz parte integrante.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2008	177.435.911,87	75,00

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2008 e 31/12/2008:

art. 3º da Lei nº 9.249/95.

Arts. 247, 248, 249, inciso II, 251, 277, 278, 299, 300, 379, § 2º do RIR/99

CSLL:

0001 RECEITAS FALTA DE RECOLHIMENTO DA CSLL DEVIDA SOBRE RECEITAS OMITIDAS

Rendimento não computado na determinação do ganho de capital após a alienação de investimento, conforme Termo de Verificação Fiscal anexo a este Auto de Infração, do qual faz parte integrante.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2008	177.435.911,87	75,00

Enquadramento Legal

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2008 e 31/12/2008:

Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90

Art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95

Arts. 2º da Lei nº 9.249/95

Art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96

Art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08

Vê-se, portanto, que o que levou a autoridade lançadora a concluir que a incorporação de ações é uma alienação que produz ganho de capital foi a definição constante do art. 3º da Lei 7.703/1988.

Não se discute que tal dispositivo legal é dedicado à tributação da renda da pessoa física.

Embora se trate do mesmo tributo (no caso do imposto sobre a renda), a definição do que é renda da pessoa física e a da pessoa jurídica é tratada em regras próprias, não sendo possível aplicar dispositivos legais de uma a outra, salvo se a lei assim dispuser.

Assim, entendo que, no caso, o **motivo** da autuação está equivocado.

Resta saber se o equívoco no motivo da autuação é relevante para se declarar sua improcedência.

A resposta é positiva.

O Decreto 70.235/1972 prevê expressamente que o auto de infração deve conter, obrigatoriamente, a descrição do fato e a disposição legal infringida (art. 10, III e IV).

Com efeito, o lançamento fiscal não deixa de ser um ato administrativo, o qual tem como um de seus elementos o motivo. Assim dispõe o artigo 50 da Lei 9.784/1999 (grifamos):

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

Do caput desse dispositivo legal depreende-se que o motivo compreende as situações de fato e de direito que levam à prática do ato administrativo -- no caso, a situação de fato representa as circunstâncias, situações ou acontecimentos que levam a Administração a praticar o ato (no caso, a incorporação de ações), enquanto a situação de direito é a norma que embasa o ato administrativo (no caso, o art. 3º da Lei 7.703/1988).

O parágrafo primeiro esclarece a exigência de que o motivo seja explicitado na chamada motivação e, com base nisso, a doutrina chega a falar em um princípio da motivação ou da fundamentação. Neste sentido:

"o princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos." (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. "Direito Administrativo", 19 ed., Atlas: 2005, p. 97).

Temos, portanto, que a legislação exige motivação (isto é, exposição dos motivos) para o ato administrativo que afete direitos ou agrave deveres, sendo que, nos termos da chamada teoria dos motivos determinantes, largamente aceita pelo STJ, as razões que a administração pública invoca para a prática do ato administrativo são dele partes integrantes.

Assim, a motivação constante do lançamento é obrigatória e vincula a fiscalização. Se a razão de fato ou de direito indicada no auto de infração para o lançamento não subsiste, não pode o lançamento ser mantido por razão diversa daquela que fundamentou o ato administrativo do lançamento.

Voltando à análise específica do presente caso, uma vez provado que o motivo que baseou a conclusão pela existência de ganho de capital não é aplicável -- já que não se trata de imposto de renda da pessoa física -- não deve subsistir o lançamento, por erro em sua fundamentação de direito.

Neste sentido, se o Termo de Verificação Fiscal (TVF) indica circunstâncias de direito inaplicáveis ao caso, tal ato administrativo resta equivocado, não podendo nem mesmo ser completado posteriormente, eis que teria nascido contaminado em um dos seus elementos essenciais.

E, no caso, os demais dispositivos legais citados no TVF e no auto de infração como embasamento para a autuação não são hábeis a sanar tal vício no ato administrativo do lançamento.

Isso porque trata-se simplesmente de menção a diversos artigos sem qualquer explicação da aplicação deles ao caso. A análise de tais dispositivos revela que trata-se de normas igualmente genéricas, aplicáveis às mais diversas situações.

De fato, o TVF cita genericamente dispositivos do regulamento do Imposto sobre a Renda que definem lucro real (art. 247), lucro líquido (art. 248), ajustes ao lucro líquido (art. 249), dever de escriturar (art. 251), lucro operacional (art. 277), lucro bruto (art. 278), despesas dedutíveis (art. 299), custos e despesas operacionais (art. 300) e tributação de rendimento de participações societárias (art. 37).

Por sua vez, no auto de infração do IRPJ são citadas as bases legais acima mais o art. 3º da Lei 9.249/1995 que trata da alíquota do IRPJ.

Igualmente, no auto de infração de CSLL são citados apenas dispositivos legais gerais acerca da base de cálculo dessa contribuição (art. 2º da Lei 7.689/1988), da aplicação à CSLL das regras do IRPJ referentes à apuração e pagamento, mantidas a base de cálculo e as alíquotas próprias (art. 57 da Lei 8.981/1995), da aplicação da Lei 9.249/1995 ao IRPJ e à CSLL (art. 2º da Lei 9.249/1995), da indedutibilidade da CSLL do lucro real e de sua própria base de cálculo (art. 1º da Lei 9.316/1996), da aplicação de artigos da Lei 9.430/1996 da CSLL (art. 28 da Lei 9.430/1996), da alíquota da CSLL (art. 3º da Lei 7.689/1988).

É no mínimo curioso notar que a autoridade lançadora em nenhum momento menciona o artigo 418 do RIR/99 (ou sua base legal, o artigo 31 do Decreto-Lei 1.598/1977), que é o dispositivo que regula a tributação do imposto de renda sobre o ganho de capital da pessoa jurídica, veja-se:

Art. 418. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, na desapropriação, na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 31).

§ 1º Ressalvadas as disposições especiais, a determinação do ganho ou perda de capital terá por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte e diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 31, § 1º).

§ 2º O saldo das quotas de depreciação acelerada incentivada, registradas no LALUR, será adicionado ao lucro líquido do período de apuração em que ocorrer a baixa.

Ora, o fato de a legislação do IRPJ possuir dispositivo específico tratando do ganho de capital (acima transcrito) reforça a posição de que não há nenhuma razão para se tomar de empréstimo legislação aplicável exclusivamente à pessoa física, como fez a autoridade autuante.

Ressalte-se, ademais, que ao tomar emprestada base legal inaplicável ao caso a autoridade autuante acabou por se equivocar também quanto ao próprio tratamento conferido aos valores lançados como ganho de capital.

De fato, como se percebe do trecho do auto de infração a fl. 213, reproduzido abaixo, **a autoridade autuante incluiu o valor do suposto ganho (R\$177.435.911,87) como resultado operacional** para fins do IRPJ. Veja-se:

RESULTADO DAS ATIVIDADES EM GERAL DECLARADO

Prejuízo das Atividades em Geral Declarado	2.953.265.371,38
--	------------------

INFRAÇÕES EM BASE DE CÁLCULO SUJEITAS A COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS

Multa	Infração	Valor Tributável	
75,00%	Não Operacional	3.965.642,36	(1)
75,00%	Operacional	177.435.911,87	(2)

COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS

Valor Tributável	Prejuízo do Período Compensado	Prejuízo de Períodos Anteriores Compensado	Valor Tributável após Compensação
(1) 3.965.642,36	3.965.642,36	0,00	0,00
(2) 177.435.911,87	177.435.911,87	0,00	0,00

Ora, se a autoridade autuante acusa o contribuinte de ter auferido ganho de capital na alienação de ações o respectivo valor deveria ter sido tratado como resultado não operacional.

E não se trata de apenas um detalhe, visto que o fato de a autoridade autuante ter incluído o valor como resultado não operacional, além de reafirmar a conclusão de que há um erro patente na capitulação legal do auto de infração, revela que a própria base de cálculo da autuação está equivocada.

Pois em. Em sede de contrarrazões ao recurso voluntário, a PGFN menciona a tese de que "*eventual erro de enquadramento legal não constitui vício insanável, quando o fato tenha sido corretamente descrito no Auto de Infração de forma a possibilitar o pleno exercício de defesa dos autuados*".

Não comungo do entendimento de que, no âmbito do processo administrativo tributário, o sujeito passivo autuado defende-se dos fatos que lhe são imputados, e não da capitulação legal da infração.

O § 3º do artigo 18 do Decreto 70.235/1972 é claro em exigir a lavratura de auto de infração complementar quando, em exames posteriores, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada¹.

Ou seja, o Direito Tributário regula especificamente o caso análogo à *mutatio libelli* criminal, exigindo a formalização de lançamento complementar e a notificação do sujeito passivo para se defender de tal alteração, fato este que impede que se trate o instituto exatamente da mesma forma como ele é tratado no Direito Penal.

Também não se pode pretender validar o lançamento pelo fato de o Recorrente ter compreendido as infrações que lhe foram imputadas, delas se defendendo de forma detalhada. A expertise dos patronos não pode servir de parâmetro para determinar a validade de um lançamento.

¹ "Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

§ 3º Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)"

Ressalte-se que para a CSLL a questão é ainda mais grave pois trata-se de tributo com base de cálculo própria, sendo que não se discute que o art. 3º da Lei 7.703/1988 rege apenas o imposto sobre a renda. Assim, mesmo que meu voto restasse vencido e se admitisse que tal dispositivo é aplicável ao IRPJ, fato é que não se pode utilizá-lo para a cobrança de CSLL e não há, no auto de infração, outro dispositivo legal que embase a autuação.

Por tais razões orientei meu voto para, quanto à infração no. 1, julgar procedente o recurso por fundamentação incorreta do auto de infração.

Termino por observar que, mesmo que não houvesse tal equívoco na fundamentação legal do auto de infração, entendo que não houve fato gerador do IRPJ e da CSLL no caso em questão, eis que o Recorrente não auferiu renda com a incorporação de ações.

Sobre a operação, recorde-se o que descreve o Termo de Verificação Fiscal:

Verifica-se, portanto, que o Itaú Unibanco possuía no início de maio de 2008, 7.655.323 ações ordinárias da Bovespa Holding ao custo de unitário de R\$ 13.451.343,01. Em decorrência da unificação das Bolsas, passou a possuir no final de maio de 2008, 10.907.736 ações ordinárias da Nova Bolsa (BM&FBovespa S.A.) avaliadas em R\$ 190.005.116,86, apurando um ganho de R\$ 177.435.91,87, descontando-se seu custo de R\$ 12.569.204,99. Esse ganho não foi submetido à tributação.

O acórdão recorrido afirma que, "*diante da diferença de valor, não prospera a alegação de simples permuta ou mera substituição*". Ocorre que a diferença é apenas de valor e não de custo. O fato de algo se valorizar não é fato gerador de tributo se tal ganho não é realizado.

A operação de incorporação de ações nada mais é do que uma troca (permuta) de ativos e nesta não há preço, no sentido objetivo do termo, já que para os permutantes os bens permutados têm valor equivalente. Nas palavras de Pontes de Miranda: "*Não há preço, no sentido próprio, porque um dos figurantes promete um bem, que não é dinheiro, e o outro figurante promete outro bem, que não é dinheiro*"².

Essa circunstância já foi reconhecida pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional ao emitir o Parecer PGFN nº 454, de 6 de maio de 1992, o qual conclui que "*a desoneração tributária na permuta não é um privilégio, e sim o reconhecimento de não incidência da regra de tributação*". Vale destacar, ainda, os seguintes trechos deste parecer:

"20. O momento do fato gerador do imposto sobre mais-valia é o da alienação do bem por um preço que ultrapasse a reposição do capital, realizando-se só neste momento o ganho de capital. Ora, como bem acentuou Pontes de Miranda, na troca há correspondência sem preço, porque os figurantes da relação jurídica não entram com dinheiro, conseqüentemente inexistente fato gerador do tributo. Poder-se-ia dizer, no caso da permuta, sem torna de dinheiro, que o momento da incidência seria diferido no tempo.

² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, vol. 39, 3ª edição, Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, pág.378-9.

21. Criar-se, fictamente, na permuta de bens, um ganho de capital é violar o próprio patrimônio. A sua tributação configuraria, por conseguinte, imposto sobre a propriedade e não sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Não existe lei mandando cobrar imposto na permuta de bens, não onerosa. Ainda que existisse tal diploma legal, seria fulminado pelo vício insanável da inconstitucionalidade.”³

Curiosamente, para a Receita Federal apenas algumas modalidades de permuta não têm reflexos tributários. Uma delas é a “*permuta, caracterizada com a entrega, pelo licitante vencedor, de títulos da dívida pública federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, ou de outros créditos contra a União, como contrapartida da aquisição das ações ou quotas leiloadas no âmbito dos respectivos programas de desestatização*” (art. 29, V, da IN SRF nº 84/2001). A outra é a que envolve exclusivamente unidades imobiliárias (artigo 121 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99, aprovado pelo Decreto nº 3.000/1999 e IN SRF nº 107/1988).

Nada indica, porém, que o tratamento deva ser diferente em caso de troca de outros bens que não títulos da dívida pública ou unidades imobiliárias. Até porque, a Receita Federal sequer tem competência para trazer isenções tributárias, as quais necessariamente decorrem de lei.

Na verdade, o que levou a Recorrente a registrar o ativo recebido por valor superior ao bem que ela entregou não foi uma diferença de preço, nem mesmo uma decorrência imediata da operação de permuta. Tratou-se de uma consequência apenas mediata do negócio realizado, constante de norma contábil-societária, qual seja, a obrigação de avaliar seus ativos pelo método de equivalência patrimonial prevista no artigo 248 da Lei 6.404/76.

Isso porque as sociedades obrigadas a avaliar seus ativos pelo método de equivalência patrimonial não registram seus investimentos apenas pelo valor de aquisição, devendo também determinar o valor contábil destes por meio da aplicação, sobre o valor do patrimônio líquido da sociedade investida, do percentual de participação detido em seu capital social.

E, vale lembrar, os resultados de equivalência patrimonial são neutros para fins de IRPJ e CSLL, eis que, se positivos, não são tributáveis e, se negativos, não são dedutíveis, devendo neste último caso ser adicionados à apuração da base de cálculo de tais tributos (arts. 225 e 389 do RIR/99⁴). Isso porque, nesta seara, como não poderia deixar de ser, prevalece o princípio da efetiva realização da renda para fins de tributação.

³ Diante disso, a PGFN concluiu que o art. 65 da Lei nº 8.383/91 -- que previa “*tratamento jurídico de permuta*” à entrega de títulos da dívida pública federal como contrapartida à aquisição de participação societária de empresa privatizada -- seria meramente interpretativo, e apenas teria por objetivo “*espancar dívidas quanto a não incidência de gravame fiscal nas trocas efetuadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, e, ainda, oferecer claramente os critérios para os registros contábeis do negócio jurídico realizado*”.

⁴ “**Art. 225. Os ganhos de capital, demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo artigo anterior, serão acrescidos à base de cálculo de que trata esta Subseção, para efeito de incidência do imposto** (Lei nº 8.981, de 1995, art. 32, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 2º).

§ 1º **O disposto neste artigo não se aplica aos rendimentos tributados pertinentes às aplicações financeiras de renda fixa e renda variável, bem como aos lucros, dividendos ou resultado positivo decorrente da avaliação de investimento pela equivalência patrimonial** (Lei nº 8.981, de 1995, art. 32, § 1º, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 2º)”.
 “**Art. 388.** O valor do investimento na data do balanço (art. 387, I), deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no artigo anterior, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 22).

Em resumo: a incorporação de ações, por se tratar de mera troca de bens, não foi a situação de direito que gerou acréscimo patrimonial ao Recorrente; o que gerou tal acréscimo patrimonial foi a contabilização do investimento pelo método (obrigatório) de equivalência patrimonial, o qual não tem efeitos tributários por expressa previsão legal.

Diante disso, mesmo que a autoridade autuante tivesse acertado a fundamentação legal do auto de infração, no mérito meu voto seria orientado para dar provimento ao recurso voluntário neste item.

Conclusão quanto à infração no. 1 (incorporação de ações): oriento meu voto para rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, dar provimento integral ao recurso.

INFRAÇÃO No. 2 (DESMUTUALIZAÇÃO) - nulidade

O Recorrente sustenta a nulidade dos autos de infração em razão de vício na apuração da base de cálculo, pois, tendo posteriormente vendido as ações da CETIP (janeiro de 2011) e oferecido o ganho de capital apurado à tributação, teria ocorrido quando muito a postergação do pagamento do IRPJ e da CSLL devidos.

Aplica-se ao caso as mesmas razões de voto acima quanto à posterior venda das ações da Nova Bolsa, razão pela qual faço referência aos correspondentes trechos de voto a respeito da nulidade da Infração no. 1 e adoto como razões de decidir também nesta hipótese, para não acolher a preliminar de nulidade suscitada.

INFRAÇÃO No. 2 (DESMUTUALIZAÇÃO) - mérito

No mérito, porém, entendo que assiste razão ao Recorrente.

Isso porque, em breve síntese, a cisão de uma associação, com versão do patrimônio cindido para uma pessoa jurídica com fins lucrativos, não se confunde com a dissolução desta entidade e é expressamente prevista pelos arts. 1.113 e seguintes e art. 2.033 do Código Civil: para os associados da entidade cindida a operação, assim como qualquer cisão, consiste na mera troca de ativos, não caracterizando fato gerador de tributos.

A operação que ficou conhecida como "desmutualização" correspondeu à cisão parcial da CETIP Associação, com incorporação do patrimônio cindido para a CETIP S.A.. Em troca dos títulos patrimoniais, os então associados receberam ações da pessoa jurídica incorporadora do patrimônio cindido.

Muito em razão do disposto na Solução de Consulta nº 10, de 26 de outubro de 2007, as autoridades fiscais costumam apontar que associações não poderiam passar pelo processo de "desmutualização", tendo em vista a redação do artigo 61 do Código Civil atualmente vigente (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), o qual veda a destinação de

Art. 389. A contrapartida do ajuste de que trata o art. 388, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 23, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso IV)". (grifamos)

qualquer parcela do patrimônio de associações a entes com finalidade lucrativa no caso de dissolução de uma associação, conforme segue:

“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. 56⁵, 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.”

Assim, à luz do art. 61 do Código Civil, na hipótese de dissolução de uma associação, inexistindo no estatuto disposição quanto ao destino dos bens, e não tendo os associados deliberado nada a respeito, destinar-se-á o patrimônio social a um estabelecimento municipal, estadual ou federal, de fins iguais ou semelhantes. Em qualquer caso os associados têm direito a receber de volta, no mínimo: (i) o valor de patrimônio correspondente a suas cotas ou frações ideais; e (ii) as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação.

Como se percebe, a Receita Federal traz à análise o artigo 61 do Código Civil por entender que a desmutualização equipara-se à dissolução da associação. E essa equiparação é feita, segundo o Fisco, por “*não haver autorização no ordenamento jurídico para que se lhe aplique subsidiariamente as normas da Lei das S/A ou dos art. 1.113 e segs. do Código Civil de 2002*”. Ou seja, a Receita Federal entende que não haveria disposição legal expressa autorizando a aplicação, às associações, das normas relativas à cisão.

Ocorre que tal premissa é equivocada. Isso porque o Código Civil autoriza, sim, a aplicação de suas regras relativas à cisão às associações:

“Art. 2.033. Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44⁶, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código.”

E não é que as associações emprestem das sociedades a disciplina da transformação, incorporação, cisão ou fusão. O que ocorre é exatamente o contrário. No

⁵ “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.”

⁶ “Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003).”

Código Civil, o legislador houve por bem trazer a disciplina geral das pessoas jurídicas no Título II do Livro I da Parte Geral, dedicando ainda às sociedades o Livro II da Parte Especial. E para deixar claro que a separação seria apenas topográfica, dispôs, no artigo 44, §2º, que as normas pertinentes às associações aplicam-se, subsidiariamente, às sociedades objeto do Livro II da Parte Especial.

Significa dizer: ao mesmo tempo em que a disciplina da transformação, incorporação, cisão ou fusão (arts. 1.113 e seguintes do Código Civil) é comum a todas as pessoas jurídicas, as normas relativas às associações aplicam-se subsidiariamente, a quaisquer espécies de sociedades.

Neste sentido, não há qualquer base jurídica para se equiparar a desmutualização a uma dissolução.

São aplicáveis à cisão, portanto, as regras previstas nos artigos 1.113 e seguintes do Código Civil, em prejuízo do artigo 61, que trata de operação diversa.

Outra premissa equivocada é a de que o Código Civil de 2002 teria trazido alteração no cenário jurídico a respeito da dissolução das associações. Vejamos brevemente.

A matéria da dissolução das associações não suscitava dúvidas na vigência do Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916). Naquela época, havia a diferenciação entre associações de fins lucrativos e associações de fins não lucrativos, sendo a dissolução das primeiras tratada no artigo 23 e a das segundas no artigo 22 -- em resumo, na dissolução de uma associação com intuito econômico o patrimônio social seria dividido entre os associados ou seus herdeiros, já para a associação de intuito não-econômico, salvo regra diferente disposta no estatuto, o patrimônio social seria devolvido a estabelecimento municipal, estadual, territorial, distrital ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

A redação do artigo 22 era clara quanto à possibilidade de disposição do patrimônio social pelos próprios associados, por meio do estatuto ou de deliberações, e a destinação subsidiária para outra associação de fins idênticos ou semelhantes, conforme verificado abaixo:

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

Parágrafo único. Não havendo no Município ou no Estado, no Distrito Federal ou no Território ainda não constituído em Estado, em que a associação teve sua sede, estabelecimento nas condições indicadas, o patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, à do Distrito Federal, ou à da União.”

Assim, em uma análise comparativa, vemos que o Código Civil de 2002 trouxe as seguintes mudanças: (i) acabou a diferenciação entre associações de intuito econômico ou não-econômico (o artigo 53 do Código Civil de 2002 estabelece que as associações constituem-se pela união de pessoas que se organizem por fins não-econômicos); e

(ii) alterou a redação do artigo que trata da dissolução da associação, conforme transcrito acima (art. 61 do código Civil de 2002).

Uma leitura mais precipitada levaria à conclusão de que tal mudança na redação impossibilitou que o patrimônio da associação tivesse fim diverso que não o destino para outra associação sem fins lucrativos. Não é o caso, não sendo este o entendimento da doutrina civilista⁷.

De fato, conforme estabelecido no citado artigo 61, as quotas e frações ideais do patrimônio das associações podem ser transferidas a seus titulares, antes que o patrimônio remanescente seja destinado à outra associação sem fins lucrativos. Essas quotas e frações ideais do patrimônio são citadas no parágrafo único do artigo 56 (Código Civil de 2002) e não é feita ressalva quanto à porcentagem do patrimônio que pode ser atribuído aos associados.

“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.”

Assim, os artigos citados permitem às associações o fracionamento de seu patrimônio, bem como a atribuição de titularidade às respectivas frações, assegurando a possibilidade de sucessão patrimonial aos associados. Na dissolução, o patrimônio da associação pode ser transferido aos associados até a satisfação da sua fração (quota-parte), podendo, inclusive não sobrar patrimônio remanescente para ser destinado à outra associação.

Além da restituição da quota ou fração ideal do patrimônio a que tiverem direito, se for o caso, os associados podem ainda receber, por sua deliberação ou pelo estatuto, o valor atualizado das contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação. De fato, o caráter privado da associação não pode ser desprezado. A destinação do patrimônio escolhida pelos associados deve prevalecer em detrimento da destinação fixada por imposição legal. Este caráter privado da associação diferencia este tipo de pessoa jurídica das fundações, que têm conotação eminentemente social e patrimônio que não volta ao particular que o destinou para tal finalidade, tendo regras de extinção bem mais rígidas estabelecidas pelo Código Civil.

No mesmo sentido, Silvio Rodrigues defende que *“em primeiro lugar deve-se-á atentar para o que dizem os estatutos. Se estes forem silentes, deve-se examinar se os sócios adotaram alguma deliberação eficaz sobre a matéria. Se eles nada resolveram, ou se a deliberação for ineficaz, devolver-se-á o patrimônio a um estabelecimento público congênere ou de fins semelhantes (CC, art. 61)(...)”*⁸.

⁷ “Na dissolução da associação o primeiro passo é a restituição do valor das frações ideais ou das quotas do patrimônio da associação, que não se confunde com a qualidade de associado, como já se teve a oportunidade de examinar no art. 56, parágrafo único do Código Civil. Após a realização de tal devolução, o Código ainda possibilita que os associados determinem que o patrimônio remanescente ainda seja empregado para ressarcir os associados do pagamento de suas contribuições, que em geral são mensais.

Se isso não for deliberado pelos associados, a lei determina que seu patrimônio seja entregue a entidades de fins não lucrativos designadas no próprio estatuto e na omissão deste à instituição municipal, estadual ou federal, de fins semelhantes ao da associação extinta. Não havendo tais instituições, o patrimônio retorna à Fazenda do Estado, Distrito Federal ou União” . (AZEVEDO, Álvaro Villaça. e NICOLAU, Gustavo Rene. “Código Civil Comentado - Das Pessoas e dos Bens”, Vol. I, 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, pág. 154)

⁸ RODRIGUES, Silvio. “Direito Civil - Parte Geral”, vol. 1, 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 98.

O artigo 54, VI, do Código Civil de 2002 estabelece, sob pena de nulidade do estatuto, que este deve conter condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução da associação. Esta disposição corrobora para o entendimento de que são aquelas pessoas que se organizam para a finalidade a que se propõe a associação que definem qual será a destino do patrimônio da associação, no caso de dissolução desta.

Como se percebe, os associados sempre estiveram autorizados, tanto pelo Código Civil de 1916 quanto pelo atualmente vigente, a deliberar sobre o destino do patrimônio da associação, no caso de sua dissolução. A transferência do patrimônio para associação de fins idênticos ou semelhantes deve ser encarada como alternativa subsidiária disposta em lei de destinação do patrimônio, devendo sempre ser respeitado o caráter privado da associação.

Mas este foi apenas um parêntese já que, no caso, como visto, a cisão não se confunde com a dissolução.

Claro está, portanto, que a legislação civil permite a cisão de uma associação isenta. A legislação tributária, por sua vez, igualmente não impõe qualquer restrição a esta operação.

De fato, a redação original da Lei nº 9.532/1997 determinava que as entidades isentas deveriam assegurar a destinação de seu patrimônio a outra instituição que atenda às condições para gozo da isenção, no caso de incorporação, fusão, cisão ou de encerramento de suas atividades, ou a órgão público (art. 15, §4º). Porém, tal dispositivo foi revogado pelo art. 18, IV, da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998⁹, de maneira que, a partir de então, a legislação fiscal não impôs qualquer restrição a que, por ocasião da cisão de entidade isenta, o patrimônio cindido fosse destinado a uma entidade com fins econômicos.

Ressalte-se que mesmo que impusesse qualquer restrição, a consequência para o descumprimento teria efeitos apenas para o futuro, operando-se a perda da condição de entidade isenta a partir da prática da infração (art. 32, §§5º e 10, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e arts. 14 e 15, §3º, da Lei nº 9.532/97).

Não obstante, entende a autoridade autuante que a operação de desmutualização seria uma devolução de capital, aplicando-se, no campo tributário, a regra do artigo 17 da Lei nº 9.532/1997¹⁰. Ocorre que para se concluir pela devolução de capital

⁹ “Art. 18. Ficam revogados, a partir de 1º de janeiro de 1999: (...) IV - o § 4º do art. 15 da Lei nº 9.532, de 1997.”

¹⁰ “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;

necessariamente se deve entender que houve a dissolução (total ou parcial) da associação, o que, como vimos acima, não é o caso.

De fato, o artigo 17 da Lei nº 9.532/1997 trata da tributação devolução de capital, não sendo aplicável ao caso em questão, na medida em que cisão nada tem a ver com devolução de capital, que pressupõe a liquidação da associação.

De se notar que o artigo 16 da Lei nº 9.532/1997 traz a disciplina tributária para a conferência de bens ao patrimônio de instituições isentas, bem como dispõe sobre o valor a ser atribuído aos bens de entidade isenta quando transferidos ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em virtude de incorporação, fusão ou cisão:

“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 1995¹¹.”

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.”

Tal previsão não apenas admite a cisão de pessoa jurídica isenta como determina que os bens e direitos sejam transferidos pelo valor de aquisição -- porque assim a outra sociedade, quando os alienar, ficará sujeita à tributação de eventual ganho. Portanto, a consequência tributária se dá no âmbito das pessoas jurídicas envolvidas na cisão, sem afetar assim os associados, que não apuram qualquer resultado em virtude da operação.

De fato, tendo em vista que nas hipóteses de incorporação, fusão e cisão das pessoas jurídicas em geral já era permitido avaliar o patrimônio pelo valor contábil ou de mercado (art. 21 da Lei nº 9.249/1995), o parágrafo único artigo 16 da Lei nº 9.532/1997 apenas veio garantir que, no caso de pessoas jurídicas isentas, somente pode ser utilizado o valor contábil, evitando-se a aplicação da isenção a eventual ganho de capital oriundo da realização da operação a valor de mercado.

Pois bem. Não obstante esteja claro que para os detentores dos títulos patrimoniais a cisão da associação com versão do patrimônio para uma sociedade seja mero fato permutativo, é de se observar, também, que as atualizações do valor dos títulos patrimoniais para refletir o patrimônio das associações sempre tiveram neutralidade fiscal.

De fato, no exercício desta competência, o Banco Central do Brasil editou o Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (“Cosif” – Circular nº 1.273,

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

¹¹ “Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.

§ 1º Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.

§ 2º Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.”

de 29 de dezembro de 1987) obrigando¹² os detentores a avaliarem os títulos patrimoniais da forma seguinte:

“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.

4 - As atualizações de títulos patrimoniais, informadas pelas bolsas, independentemente da época de sua aprovação, são valorizadas em cada levantamento de balanço de exercício para efeito de lançamentos de ajustes. (Circ 1273)

5 - O valor de ágios, porventura pagos na aquisição de títulos patrimoniais (valor de custo superior ao valor atualizado informado pelas bolsas), contabiliza-se em Investimentos, a débito de ÁGIOS NA AQUISIÇÃO DE TÍTULOS PATRIMONIAIS. (Circ 1540)”

Assim, os detentores não contabilizam os títulos patrimoniais pelo valor de custo, visto que são obrigados a refletir em sua contabilidade as mutações havidas no patrimônio líquido da CETIP, proporcionalmente a sua participação nesta associações. Estes ajustes são realizados apenas para fins contábeis, visando a refletir com maior transparência a participação na CETIP.

O mecanismo é equivalente ao método de equivalência patrimonial aplicável aos investimentos de sociedades anônimas com base no art. 248 da Lei nº 6.404/1976, muito embora no caso dos títulos patrimoniais o método de avaliação tenha por base, ainda, normatização própria, editada pelo ente competente para tanto que é o Banco Central.

Os ajustes contábeis realizados com relação ao valor dos títulos patrimoniais não refletem, todavia, a apuração de qualquer acréscimo ou decréscimo patrimonial efetivo, e por tal razão sequer poderiam ter qualquer efeito para fins tributários, pelo simples fato de que não ocorre a disponibilidade econômica ou jurídica da renda.

¹² Capítulo 1, 1, “2 - As normas e procedimentos, bem como as demonstrações financeiras padronizadas previstas neste Plano, são de uso obrigatório para: (Res 2122 art 7º; Res 2828 art 8º; Res. 2874 art 10 III; Circ 1273; Circ 1922 art 1º; Circ 2246 art 1º; Circ 2381 art 24) (...)

j) as sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários e câmbio;”

Reconhecendo essa circunstância, o Ministro da Fazenda editou a Portaria nº 785, de 20 de dezembro de 1977, prevendo que os ajustes contábeis realizados pelos detentores dos títulos seriam indiferentes para fins tributários, a menos que significassem efetiva distribuição, conforme segue:

“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).”

Quer a norma dizer, no inciso I, que desde que contabilizado como reserva, o acréscimo do valor nominal dos títulos patrimoniais são resulta em qualquer impacto tributário. E isto não significa a concessão de qualquer benefício fiscal aos titulares, pois se trata meramente de uma declaração do óbvio: que não há disponibilidade econômica ou jurídica de renda que permita a tributação de tais ajustes.

Por sua vez, o inciso II esclarece que a disciplina tributária aplicável à reserva assim constituída seria aquela prevista no Decreto-Lei nº 1.109/1970, art. 3º, §3º, qual seja, a não tributação por ocasião do aumento de capital realizado com o montante desta reserva, contanto que o respectivo valor permanecesse capitalizado por pelo menos 5 anos¹³. E a base legal de tal afirmação, indicada no próprio preâmbulo da Portaria 785/1977, é o art. 223, “m”, do RIR/75. Em outras palavras: referida portaria apenas reconhece que tal dispositivo do RIR/75 se aplica também aos títulos patrimoniais. E este reconhecimento era mesmo necessário, já que o artigo 223, “m”, do RIR/75 fazia referência a “ações, quotas ou quinhões de capital”, o que poderia deixar dúvida sobre se os títulos patrimoniais estariam ou não compreendidos em tal conceito.

E suma, as cifras derivadas da atualização dos títulos patrimoniais, antes de constituírem receita ou ganho, prestavam-se, exclusivamente, a espelhar as oscilações do capital social das associações, permitindo a operacionalização da legislação infralegal baixada pelo Banco Central. Os detentores dos títulos estavam, por isso, compelidos a corrigir as cifras de face de seus ativos, somente para que, nestes moldes, guardassem elas plena correspondência com os quinhões ideais do patrimônio social da CETIP, por elas referenciados.

Sabemos que não foi isso, no entanto, o que entendeu a Receita Federal na Solução de Consulta 10/07. De fato, o Fisco entendeu que a Portaria estaria trazendo um benefício fiscal, correspondente à “*postergação da tributação de tais acréscimos, para quando houver a redução do capital social da bolsa de valores ou a própria extinção dela*”.

¹³ “Art. 3º Os aumentos de capital das pessoas jurídicas mediante a incorporação de reservas ou lucros em suspenso não sofrerão tributação do imposto de renda.

§ 3º Ocorrendo a redução do capital ou a extinção da pessoa jurídica nos 5 (cinco) anos subsequentes o valor da incorporação será tributado na pessoa jurídica como lucro distribuído, ficando os sócios, acionistas ou titular, sujeitos ao imposto de renda na declaração de rendimentos, ou na fonte, no ano em que ocorrer a extinção ou redução.”

Porém, é no mínimo estranho se cogitar que uma portaria estaria instituindo tal postergação, pois mesmo sob a égide da Constituição então vigente não era admitida a concessão de benefícios fiscais por mera portaria do Ministro da Fazenda.

Muito mais razoável é, portanto, entender, conforme visto acima, que tal portaria apenas reconhece que os ajustes contábeis realizados com relação ao valor dos títulos patrimoniais não significam disponibilidade econômica ou jurídica de renda.

Conclusão quanto à infração no. 2 (desmutualização): oriento meu voto para rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, dar provimento integral ao recurso voluntário.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, oriento meu voto para rejeitar as preliminares de nulidade para, no mérito, dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano

Voto Vencedor

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Redator designado

Em que pese o judicioso voto exarado pela Conselheira Relatora, ousou discordar de algumas questões e que assim levaram o Colegiado a formar maioria contrária às suas posições.

Abaixo, formulo os fundamentos para discordância em atenção à designação que me foi atribuída para redigir o voto vencedor.

Erro na capitulação legal.

De fato, houve erro no enquadramento legal, conforme constado desde a decisão de primeiro grau.

Nada obstante, não se caracterizou qualquer equívoco no regime jurídico aplicável, tanto que não houve qualquer erro de cálculo decorrente da imputação jurídica. Também não houve qualquer prejuízo para a defesa e isso não decorre de uma suposta expertise dos profissionais encarregados de elaborar as peças de impugnação e recursal.

Já me manifestei nesse sentido em diversas oportunidades. Transcrevo abaixo ementa no AC 1401-001.504, de 20/01/2016, da minha lavra:

NULIDADE - ENQUADRAMENTO LEGAL - As formalidades procedimentais só ensejam nulidades quando repercutem substancialmente; no caso específico, quando cerceiam o direito de defesa do contribuinte. Nem mesmo um erro evidente no enquadramento legal, algo não caracterizado no presente feito, seria capaz de tornar nulo o procedimento, se a descrição fiscal foi suficiente para a precisa identificação do teor acusatório.

Apesar de o acórdão ter sido proferido nas questões preliminares, diferentemente do que aqui se deliberou, seu fundamento se estende para a análise de mérito, uma vez que não houve modificação da matéria objeto do auto de infração.

Para não ficar apenas com jurisprudência da minha própria lavra, transcrevo abaixo acórdão com a mesma posição adotada por mim:

ENQUADRAMENTO LEGAL. IRREGULARIDADE. CORRETA DESCRIÇÃO DOS FATOS. VALIDADE DO LANÇAMENTO. É válido o lançamento, ainda que contenha alguma irregularidade no enquadramento legal, se a descrição dos fatos for correta, permitindo ao sujeito passivo exercer o direito de defesa (AC 1301-002.205, de 14/02/2017).

A alegação de erro no enquadramento legal, portanto, não é fundamento para inquirir de nulidade ou de improcedência material do lançamento tributário.

Ganho de capital nas operações de incorporação de ações e na desmutualização

O ganho de capital na incorporação de ações e na desmutualização já foi enfrentado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais não só no que diz respeito aos temas em si, mas também especificamente em relação às operações tratadas no presente processo.

Trata-se do recente Acórdão 9101-003.536, de 4 de abril de 2018. Abaixo, transcrevo a ementa pertinente:

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. TRIBUTAÇÃO O GANHO DE CAPITAL.

Os negócios jurídicos que se integram na incorporação de ações ocorrem em razão de manifesta deliberação dos sócios ou acionistas das sociedades envolvidas mediante assembleias, nos termos do artigo 252 da Lei nº 6.404/76; portanto, são os acionistas que determinam os valores pelas quais as operações serão realizadas (observadas as prescrições legais tendentes a proteger acionistas minoritários) de modo que se a operação de subscrição realizar-se por valor superior ao valor contábil, haverá apuração de ganho de capital tributável.

DESMUTUALIZAÇÃO CETIP. DEVOLUÇÃO DE PATRIMONIO DE ASSOCIAÇÃO. CISÃO COM VERSÃO DO PATRIMONIO PARA SOCIEDADE ANÔNIMA. TRIBUTAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL.

Não se pode cogitar de aplicação do MEP aos títulos patrimoniais das associações, porque sequer inexistente investimento do associado. Este contribuiu para formar o capital da associação sem qualquer interesse econômico. Porém, ao fim e ao cabo, essa associação isenta acumulou superávits ao longo dos anos. Posteriormente, em decorrência da extinção

dessa entidade sem fins lucrativos, uma vez convertida em sociedade anônima, os associados tornaram-se acionistas, auferindo um acréscimo de seu patrimônio em razão da aquisição do direito aos resultados não tributados da entidade isenta, obtidos antes de se transformar em sociedade anônima. Esses resultados foram adicionados ao valor patrimonial dos títulos de cada associado, refletindo-se no valor das ações recebidas da pessoa jurídica com fins lucrativos então criada, o que não é compatível com a pretensão do recorrente de se livrar do crédito tributário correspondente ao ganho auferido.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. TRIBUTAÇÃO O GANHO DE CAPITAL.

Os negócios jurídicos que se integram na incorporação de ações ocorrem em razão de manifesta deliberação dos sócios ou acionistas das sociedades envolvidas mediante assembleias, nos termos do artigo 252 da Lei nº 6.404/76; portanto, são os acionistas que determinam os valores pelas quais as operações serão realizadas (observadas as prescrições legais tendentes a proteger acionistas minoritários) de modo que se a operação de

subscrição realizarse por valor superior ao valor contábil, haverá apuração de ganho de capital tributável.

Abaixo, transcrevo o teor do voto condutor da decisão:

Assim expostos os fatos, é preciso ter em conta que, de acordo com a Fiscalização, a recorrida subscreveu ações de sociedades anônimas mediante recursos provenientes da devolução do patrimônio de instituições isentas. A recorrida pondera que não houve extinção de associações com devolução de capital à associada e, sim, cisão de associações sem fins lucrativos, cujos patrimônios foram vertidos para sociedades resultantes da cisão.

Em primeiro lugar, não se pode admitir a tese defensiva que sustenta a realização de cisão com a versão de parte do patrimônio das associações para sociedades anônima. Registre-se que, nos termos do artigo 53 do vigente Código Civil, "constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos". Essa redação mereceu a crítica que deu lugar ao Enunciado no 534 do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual "as associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa." Vale considerar que a finalidade institucional, sempre de índole não lucrativa, justifica os benefícios e as vantagens que acabam redundando em aumento do patrimônio das associações. Como é cediço, certos propósitos associativos mobilizam o Poder Público e particulares a conceder benesses, regalias e privilégios como forma de estímulo ou apoio à consecução dos fins que motivaram a constituição das associações.

O Direito não admite a distribuição do patrimônio da associação aos associados, já que as contribuições destes, bem como os benefícios e as vantagens proporcionados por terceiros, inclusive pelo Poder Público, objetivam, em última instância, a realização dos fins almejados pela associação. Coerentemente com tal concepção, o artigo 61, caput, do Código Civil de 2002 prevê que, "em caso de dissolução da associação, o remanescente do patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais do patrimônio relativas aos associados contribuintes, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissis este, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes."

Percebase também que a lei de modo algum autoriza a destinação do remanescente do patrimônio líquido para entidade que não tenha fins idênticos ou semelhantes ao da associação dissolvida. Em consonância com o artigo 61, § 2º, do Código Civil/2002, caso inexistir no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território, em que a associação tiver sede, instituição com fins idênticos ou semelhantes, o que remanescer de seu patrimônio deverá ser transferido à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União.

À vista do regramento civil das associações, é inquestionável a proibição da versão do patrimônio de uma associação para uma sociedade anônima. Também é inquestionável que as associações não se sujeitam à cisão, instituto do Direito específico das sociedades. Para tal conclusão, basta rememorar que o Livro II do Código Civil/2002 cuida do Direito das Empresas, dividido em Títulos. Ao Título II cabem as regras referentes às sociedades, iniciando-se com o conceito de contrato de sociedade estipulado em seu artigo 981: "celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados." (grifei) Aqui já se verifica uma distinção essencial: a sociedade persegue o lucro, ao passo que a associação, não.

Continuando a exploração topográfica do Título II, dividido em capítulos: justamente o capítulo X trata da transformação, incorporação, fusão e cisão de sociedades. Óbvio, pois, que não há espaço à afirmação de que se aplicam as regras relativas à cisão às associações. Por essa razão, a disciplina do parágrafo único do artigo 16 da Lei no 9.532/1997 não é aplicável às associações, conforme se depreende do texto do mencionado dispositivo legal:

[seguiu o dispositivo]

*Segundo o artigo 44 do Código Civil em vigor, são pessoas jurídicas de direito privado: as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas (incluído pela Lei no 10.825, de 22.12.2003), os partidos políticos (incluído pela Lei no 10.825, de 22.12.2003) e as empresas individuais de responsabilidade limitada (incluído pela Lei no 12.441, de 2011). A partir desse dispositivo legal, inferese que o parágrafo único do artigo 16 da Lei no 9.532/1997 não incide na transferência de bens e direitos de entidades isentas para o patrimônio de toda e qualquer pessoa jurídica, **uma vez que as associações não podem ser objeto de incorporação, fusão ou cisão**. Há, entretanto, pessoas jurídicas isentas que não têm a natureza de associação. Desde que estas estejam autorizadas a se submeter a operações de incorporação, fusão ou cisão, serão regidas pela regra do parágrafo único do artigo 16 citado, quando transferirem bens e direitos para o patrimônio de outras pessoas jurídicas, em decorrência daquelas operações, exceto se houver norma especial que determine de outro modo.*

No mesmo rumo, não se pode dizer que o artigo 2.033 do vigente Código Civil estabelece que toda e qualquer pessoa jurídica pode realizar operação de transformação, incorporação, cisão ou fusão, verbis:

[seguiu o dispositivo]

Definitivamente, tal dispositivo remete ao próprio Código, salvo nos casos previstos em lei especial, os atos constitutivos das pessoas jurídicas e as operações de transformação, incorporação, cisão ou fusão. Ora, é o próprio Código Civil que não autoriza as associações a se submeter a tais operações. Reiterando o que se adiantou, não há norma no Código Civil ou em lei especial que preveja a operação de transformação, incorporação, cisão ou fusão para associações.

*O próprio conceito legal de associação autoriza a conclusão de que a exploração de atividade lucrativa por pessoa jurídica que anteriormente gozava de vantagens e benefícios por não perseguir o lucro, implica dissolução desta. Com razão a Fazenda Nacional, contudo, ao expor que, "ainda que admitíssemos a aplicação de institutos como a transformação, cisão e incorporação de sociedades empresárias ao presente caso, apenas para se evitar eventual solução de continuidade das atividades desenvolvidas pelas Bolsas, ainda assim, dada a nítida disparidade de regimes, **não há como fugir à conclusão (como manda a lei) de que os associados receberam de volta patrimônio e, ato contínuo, ainda que na mesma folha de papel, utilizaramse do mesmo para a integralização de ações em sociedade anônima.**" (grifei)*

Esclareçase, ainda, que não é verdade que houve permuta de títulos patrimoniais por ações. Concebese o contrato de permuta ou troca como um contrato bilateral comutativo, já que as obrigações dos contraentes devem equivaler-se,

juridicamente. Assim, se houvesse permuta, haveria outra parte que deveria arcar com obrigações contrapostas às obrigações dos antigos associados. Nesse tópico, perguntase: se o associado recebeu ações, o que se comprometeu a dar em troca, e para quem, com o fito de receber as ações? Que

obrigação foi assumida pelo associado, em sinalagma? A resposta é simples: nenhuma; não havia outrem com quem tivesse permutado algo.

O caráter sinalagmático da permuta decorre do cerne intencional em torno da compensação de um bem por outro, com equilíbrio econômico entre as prestações. Desse contrato surgem obrigações correlativas de entregar uma coisa pela outra, pois a pretensão de obter uma coisa é o que motiva a transferência do domínio da outra. Consignese que, "assim como na compra e venda, em que um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, ou seja, é contrato que engendra exclusivamente uma obrigação de dar (rem pro pretium), mas não uma obrigação de fazer (Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, Direito das obrigações, São Paulo: Saraiva, 1959, vol. 2, p. 91), igualmente na permuta não há troca de coisa por uma obrigação de fazer (do ut facias), mas exclusivamente uma rem pro re (Barros Monteiro, op. cit., p. 129)."

A alegação do recorrente sugere que os associados deixaram de ter títulos patrimoniais representativos do capital da associação "em troca" de ações. Se o associado celebrou a troca antedita, deveria haver outra pessoa para quem entregou os títulos patrimoniais e de quem recebeu as ações. Contudo, nada disso ocorreu, pois o antigo associado recebeu ações emitidas pela sociedade anônima destinatária do patrimônio da associação, sem assumir a obrigação de lhe entregar, de forma comutativa, coisa alguma.

Também é preciso elucidar que a Portaria MF no 787/1977 não favorece à recorrente. Veja-se:

[seguiu a redação da Portaria]

*Não se deve perder de vista que a aludida Portaria foi editada para regulamentar a alínea "m" do artigo 223 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 76.186/1975. **Significa dizer que a Portaria nº 785/1977 não determinou que se aplicassem as normas da Lei no 6.404/1976 disciplinadoras do método da equivalência patrimonial.** Na verdade, a alínea "m" do artigo 223 do RIR/1975 referia-se a **quinhões ou frações ideais** recebidas pelos associados em decorrência de meros aumentos de capital da*

Bolsa de Valores. Ora, um dispositivo do RIR/1975 não pode ter conexão com o método da equivalência patrimonial (MEP), instituído posteriormente pela Lei no 6.404/1976. Nesse ponto, impende colocar em evidência o indigitado dispositivo do RIR/1975:

[seguiu o dispositivo]

Perante o cenário em relevo, constatase que a Portaria MF no 787/1977 simplesmente autorizava a postergação da tributação das sociedades corretoras, incidente sobre o valor dos acréscimos efetuados ao valor nominal das quotas ou frações ideais, decorrentes de alteração do patrimônio das associações (Bolsas de Valores), desde que a corretora associada houvesse constituído reserva para futura incorporação ao capital. Implementada a mencionada condição para a postergação, a tributação em referência deveria ocorrer no momento da distribuição do valor acrescido, ou, dentro de cinco anos do aumento de capital com a citada reserva, quando da redução desse capital ou da extinção da pessoa jurídica associada, como previa o artigo 237 do RIR/1975:

[seguiu o dispositivo]

Seja como for, não se pode perder de vista que, na vigência do artigo 17 da Lei no 9.532/1997, deve-se tributar a devolução do patrimônio da associação pela diferença entre o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos dessa entidade isenta e o valor em dinheiro ou o valor dos bens que foram entregues para a formação do patrimônio da associação.

Cumpra reforçar a rejeição ao argumento de que os acréscimos antes aduzidos resultam da equivalência patrimonial, o que obstará sua sujeição à tributação, em consonância com artigos 225 e 388 RIR/99. Embora já tenha sido delineado, de forma breve, que a Portaria MF no 787/1977 não se refere à aplicação do método da equivalência patrimonial, convém transcrever o seguinte trecho do acórdão no 9101002.462, da lavra do Conselheiro André Mendes de Moura:

"Defende a Contribuinte que cabe a atualização no valor dos títulos patrimoniais decorrentes de valorização do patrimônio social das bolsas de valores constituídas sob a forma de associações civis sem fins lucrativos nos moldes do MEP, conforme metodologia imposta pelos princípios contábeis e pelo BACEN e a CVM, e o tratamento disciplinado na área fiscal pela Portaria MF no 758/77.

Ocorre que o MEP é instituto previsto na mencionada Lei no 6.404, de 1976, que **não trata** de associações, mas sim de sociedade por ações que **visam o lucro**. É método de atualização de investimentos da **controladora em controladas e coligadas**. Ou seja, a investidora reflete, no seu patrimônio líquido, as variações positivas ou negativas do patrimônio líquido de suas investidas. Eventual variação positiva no investimento da investidora não é submetida à tributação, porque se trata de reflexo dos lucros das investidas destinados ao aumento do seu capital social, que já foram tributados nas próprias investidas (coligadas ou controladas).

Por outro lado, as associações civis, enquanto se mantiverem nessa condição, e a quem pretende a recorrente equiparar às controladas ou coligadas, são isentas de tributação.

Ou seja, não se tributa nem a investida (associação sem fins lucrativos), nem o investidor (detentor do título patrimonial).

Por isso, o contexto em que insere a Portaria MF no 785, de 1977 é o de conferir transparência à evolução patrimonial das bolsas, que eram associações sem fins lucrativos.

Resta evidente, portanto, a distorção ao se pretender equiparar a variação de investimento prevista por meio do MEP à atualização de títulos patrimoniais decorrentes de variações no patrimônio das bolsas de valores prevista na mencionada portaria ministerial.

Ademais, analisandose como a lei societária conceitua as sociedades controladas e coligadas (art. 243 da Lei no 6.404, de 1976), tornase ainda mais improvável compreender que os detentores dos títulos patrimoniais de uma associação sem fins lucrativos possam ser assemelhados a **investidores com poder de decisão sobre a administração da investida**, vez que **não** são detentores de um **investimento relevante** e tampouco exercem **influência significativa**.

Os arts. 116 e 243 da Lei no 6.404, de 1976, deixam claro o vetor que direciona a relação entre as empresas do grupo: o **poder** de deliberar sobre o destino da empresa.

(...)

Como se pode observar, a equiparação entre os proprietários de títulos patrimoniais de associação sem fins lucrativos a controladoras de uma sociedade empresária por ações, com fins lucrativos (controlada ou coligada) não encontra nenhuma sustentação jurídica. **A propriedade de títulos patrimoniais não confere nenhum poder sobre os destinos da associação**, os associados não tem direitos e obrigações recíprocos, o fim colimado não é o proveito comum dos sócios, mas sim o ideal da associação. Por outro lado, o MEP reflete a valorização de **ações** que a empresa possui, de participações societárias de empresas controladas ou coligadas, sobre as quais exerce **poder** de decisão.

Propriedade de títulos patrimoniais X propriedade de ações de empresas controladas e coligadas **são situações que não se comunicam**, sob qualquer enfoque que se analise a questão, tanto no direito empresarial (Código Civil), quanto no direito contábil (Lei no 6.404, de 1976) ou no direito tributário." (grifos no original)

Em síntese, não se pode cogitar de aplicação do MEP aos títulos patrimoniais das associações, porque sequer existe investimento do associado. Este contribuiu para formar o capital da associação sem qualquer interesse econômico. Porém, ao fim e ao cabo, essa associação isenta acumulou superávits ao longo dos anos. Posteriormente, em decorrência da extinção dessa entidade sem fins lucrativos, uma vez convertida em sociedade anônima, os associados tornaram-se acionistas de uma sociedade anônima. No entanto, um dos associados não quer que se reconheça o acréscimo de seu patrimônio, em razão da aquisição do direito aos resultados não tributados da entidade isenta, obtidos antes de se transformar em sociedade anônima. Esses resultados foram adicionados ao valor patrimonial dos títulos de cada associado, refletindo-se no valor das ações recebidas da pessoa jurídica com fins lucrativos então criada, o que não é compatível com a pretensão do recorrente de se livrar do crédito tributário correspondente ao ganho auferido.

Apesar de não estar vinculado à CSRF, concordo integralmente com os fundamentos da sua decisão e, portanto, os adoto para manter o lançamento relativamente aos ganhos de capital.

Multas isoladas

No tocante às multas isoladas, não se caracterizou a decadência, uma vez que, conforme corretamente posto pela decisão recorrida, tais sanções são impostas tipicamente de ofício e, portanto, submetem-se ao prazo previsto no art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional e não no § 4º, art. 150 desta mesma codificação.

Também não merece prosperar a alegação de impossibilidade do lançamento de multa fora do período de apuração.

É verdade que já houve julgados nesse sentido, mas sempre discordei de tal posição ausência de previsão legal e de lógica das suas premissas.

Abraço apenas a posição acerca da impossibilidade de lançamento concomitante de multa isolada e de ofício, mas isso não ocorreu no presente feito, uma vez que a matéria tributável foi totalmente absorvida por prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas.

Processo nº 16327.721204/2013-68
Acórdão n.º **1401-002.306**

S1-C4T1
Fl. 745

Conclusão

Por todo o exposto, acompanho a Conselheira Relatora quanto às preliminares e, no mérito, voto para negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes