



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

Processo nº 16327.721337/2013-34
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-002.216 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de junho de 2016
Matéria IRPJ E CSLL
Recorrente UNIBANCO - UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. FACULDADE SUJEITA AO REGIME DE COMPETÊNCIA E A CRITÉRIOS TEMPORAIS. DEDUÇÃO EM EXERCÍCIOS POSTERIORES. VEDAÇÃO. O pagamento ou crédito de juros sobre capital próprio a acionista ou sócio representa faculdade concedida em lei, que deve ser exercida em razão do regime de competência. Incabível a deliberação de juros sobre capital próprio em relação a exercícios anteriores ao da deliberação, posto que os princípios contábeis, a legislação tributária e a societária rejeitam tal procedimento, seja pela ofensa ao regime de competência, seja pela apropriação de despesas em exercício distinto daquele que as ensejou.

DESMUTUALIZAÇÃO DA CETIP. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO DE ASSOCIAÇÃO. SUJEIÇÃO À TRIBUTAÇÃO. AVALIAÇÃO PELO CUSTO DE AQUISIÇÃO.

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

PERDAS COM CRÉDITOS INCOBRÁVEIS. DESCONTOS DE DUPLICATAS. NÃO CONFIGURAÇÃO DE OPERAÇÃO COM GARANTIA REAL.

A dedução com perdas referentes a créditos incobráveis decorrente de operações de descontos de duplicatas, cujas operações são inferiores a R\$ 30.000,00, não exigem o início de qualquer procedimento judicial por parte da credora, uma vez que as duplicatas são utilizadas para quitação dos mútuos, e não como garantia das operações.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, dar provimento parcial ao recurso: i) por unanimidade de votos, para cancelar a exigência referente à exclusão indevida de operações não baixadas para prejuízo e reconhecer como demonstradas parcialmente as despesas com propaganda no valor de R\$ 6.571.093,28; e ii) por maioria de votos para cancelar a exigência referente à glosa de despesas com perdas de créditos. Vencidos nessa matéria os Conselheiros Paulo Mateus Ciccone e Leonardo de Andrade Couto que votaram por manter essa exigência. Designado o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto para redigir o voto vencedor.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto – Presidente e Relator.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Paulo Mateus Ciccone, Gilberto Baptista, Roberto Silva Junior, Demetrius Nichele Macei e Leonardo de Andrade Couto

Relatório

Trata-se do Termo de Verificação Fiscal – TVF (fls.8.929/8.958) e dos correspondentes Autos de Infração de Ajuste de Base de Cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica-IRPJ (fls.8.916/8.920) e de Ajuste de Base de Cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido-CSLL (fls.8.921/8.926), lavrados em 03.12.2013 pela Delegacia Especial de Instituições Financeiras da 8ª Região Fiscal - Deinf-São Paulo, **com ciência em 04.12.2013**, em face das seguintes infrações

-Glosa de despesas por falta de comprovação. Segundo o TVF, o interessado não apresentou “qualquer tipo de comprovação, à exceção do primeiro item TMKT, onde foram apresentados apenas contrato e mensagem de e-mail;

- Inobservância de requisitos legais para dedução de perdas em operações de crédito. Do total de R\$ 533.099.333,48, deduzido a tal título (linha 47 da ficha 09B-Demonstração do Lucro Real, da DIPJ, às fls.15), a fiscalização glosou R\$ 68.603.551,12, sob o fundamento de que o interessado não teria atendido os requisitos de dedutibilidade estabelecidos em lei;

- Ganhos auferidos em Devolução do Patrimônio Social de Entidades Isentas, no valor de R\$ 888.921,34. Desmutualização da CETIP;

- Glosa de excesso de Juros sobre Capital Próprio - Jscp, o interessado deduziu, em 2008, despesas de R\$ 860.997.499,85, a título de Juros sobre Capital Próprio-Jscp, imputados a dividendos obrigatórios, e creditados aos acionistas em 2008; e:

- exclusões efetuadas diretamente no Livro de Apuração do Lucro Real – Lalur, correspondentes a perdas em recebimento de créditos (113.013 – Relatório Perdas Efetivas Carteira Prejuízos), “sem que os contratos excluídos tenham sido efetivamente lançados como perdas em sua escrituração contábil”.

Impugnando o feito, o sujeito passivo alega em massacrada síntese quanto aos juros sobre capital próprio que o entendimento do Fisco caracteriza inadmissível ingerência na liberdade da pessoa jurídica decidir em que valor e quando efetuar pagamento de juros sobre capital próprio.

Aduz que foi negado a dedutibilidade de despesa com expressa previsão legal e afirma que o fato de o pagamento dos juros sobre capital próprio ter sido deliberado em 2008 não impede que o valor pago seja dedutível se inferior ao que poderia ser pago em anos anteriores. Por fim, argumenta que o não pagamento em determinado período não implicaria em renúncia e sustenta não ter havido desobediência ao regime de competência.

Em relação à devolução de patrimônio de instituição isenta, afirma que ocorreu uma cisão sem qualquer devolução de patrimônio., pois vertido para a sociedade resultante. Sustenta que art. 17, da Lei nº 9.532, de 1997, não se aplica ao caso porque: não ocorreu devolução, mas, permuta; os títulos patrimoniais eram avaliados pelo método da equivalência patrimonial; e as atualizações decorrem de “lucros e reservas capitalizados

compulsoriamente pela Cetip e mantidos pelas associadas em conta de reserva de capitalização sem jamais terem sido distribuídos”.

Quanto à inobservância de requisitos para dedução de perdas, sustenta que a penhora ou caução de direitos creditórios não correspondem à garantia real, que, “para assim ser classificada, deve-se fundar na entrega ou oferecimento de um bem móvel, imóvel ou semovente, classe que não abrange direitos creditórios não pagos pelo devedor no vencimento, que não são bens ou coisas”. Aduz que, ainda que títulos de crédito possam ser classificados como garantias reais, é evidente que, uma vez vencidos e não pagos, não constituem mais garantia real.

Relativamente às exclusões indevidas, sustenta a correção do procedimento com base em normas do BACEN e defende a inexistência de prejuízo ao Fisco.

Em relação às despesas não comprovadas, afirma que a documentação apresentada ao longo do procedimento seria suficiente para demonstrar a efetividade das despesas.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro - RJ, prolatou o Acórdão 12.66.661 considerando o lançamento integralmente procedente, em decisão consubstanciada na seguinte ementa:

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Ano-calendário: 2008*

*JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA.
JURISPRUDÊNCIA JUDICIAL. ALCANCE. EFEITOS.*

As decisões administrativas proferidas por órgão colegiado, sem lei que lhes atribua eficácia, não constituem normas complementares do Direito Tributário e nem vinculam os órgãos julgadores de primeira instância. As judiciais só fazem coisa julgada às partes, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. REGIME DE COMPETÊNCIA.

As despesas de juros sobre o capital próprio só podem ser levadas ao resultado do exercício a que competirem.

LUCRO REAL. DEDUTIBILIDADE. PERDAS NO RECEBIMENTO DE CRÉDITO.

A dedutibilidade de perdas no recebimento de créditos na determinação do lucro real está subordinada ao atendimento das condições estabelecidas na lei tributária.

DESMUTUALIZAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO E

SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES DE NOVA EMPRESA. GANHO DE CAPITAL.

Sujeita-se à incidência do IRPJ a diferença entre o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta sem fins lucrativos a título de devolução de patrimônio, e o valor inicialmente entregue para a formação deste.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL Ano-calendário: 2008 LANÇAMENTO REFLEXO.

Inexistindo fatos novos a serem apreciados, aplica-se ao lançamento reflexo o decidido no lançamento matriz.

Devidamente cientificado, o sujeito passivo apresenta recurso voluntário a este Colegiado, ratificando, em essência, as razões expedidas na peça impugnatória.

É o relatório .

Voto Vencido

Conselheiro Leonardo de Andrade Couto

O recurso é tempestivo e foi interposto por signatário devidamente legitimado, motivo pelo qual dele conheço.

Seguindo a ordem do recurso tem-se:

1) Dedução de despesas com juros sobre capital próprio:

Em relação aos juros sobre capital próprio, o art. 9º, da Lei nº 9.249/95 estabeleceu a possibilidade de as pessoas jurídicas remunerarem o capital nelas investido através do pagamento de juros, por definição legal dedutíveis na apuração do lucro real sob a obediência de determinados limites e condições.

Na regulamentação do tema, a Instrução Normativa SRF nº 11/96 trata os limites previstos no dispositivo supra mencionado para efeitos de dedução dos juros como despesa financeira. Sob esse prisma, o pagamento dos juros deve integrar o resultado do exercício e o valor não se insere em conta de patrimônio líquido.

Como qualquer outra despesa, o pagamento e a contabilização dos juros deve estar atrelado a fatos considerados no mesmo período. Situações outras que, mesmo guardando alguma relação com a matéria, tenham ocorrido em períodos de apuração anteriores ou posteriores não podem influenciar a despesa incorrida.

No caso dos juros sobre capital próprio, a despesa é considerada incorrida quando ocorre a deliberação pelo pagamento ou crédito nos termos da legislação. Os limites de dedução devem ter como escopo esse mesmo momento. Em outras palavras, a base de cálculo e a taxa percentual devem ser apuradas com base nas informações correspondentes exclusivamente ao período em que a despesa foi incorrida.

Levando em consideração que os juros sobre capital próprio representam remuneração tendo como base o espaço temporal no qual o capital do sócio ficou investido na pessoa jurídica, tal investimento é representado pelas contas de patrimônio líquido. Sobre essa base econômica aplica-se a taxa de juros proporcional pro rata dia. A proporcionalidade é efetuada em função do termo inicial e final desse período de investimento, que são, respectivamente, o início do período de apuração e o momento de deliberação dentro do mesmo período, pelo pagamento ou crédito.

Como a despesa somente será considerada incorrida quando houver a deliberação, é incompatível defender a aplicação de TJLP sobre o saldo de contas do patrimônio líquido de exercícios anteriores, quando já houve manifestação societária sobre o assunto e ficou decidido pelo pagamento da despesa abaixo do limite dedutível. O direito aos juros sobre o capital próprio nasce a partir da decisão societária, não sendo autorizado recuperar a dedutibilidade de despesa que, por determinação da própria empresa, não foi suportada em anos anteriores.

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

Autenticado digitalmente em 19/07/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente

em 19/07/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 22/07/2016 por LEONARD

O DE ANDRADE COUTO

Impresso em 25/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Ratifica-se: sob a ótica societária, a deliberação acerca da destinação dos lucros referentes aos anos pretéritos é um ato jurídico perfeito. Cabe à empresa apenas cumprir as determinações constantes da assembléia onde houve a aprovação das demonstrações financeiras e ficou decidido sobre o tratamento a ser dado ao lucro apurado no período. Eventual modificação dependeria de alteração do balanço e a prova de algum vício no tocante à manifestação de vontade. Como já houve a destinação do lucro do período, não pode a pessoa jurídica simplesmente ignorar a deliberação e em períodos posteriores determinar o pagamento de JCP.

Na Solução de Consulta Cosit nº 329/2014 é feita uma ilustrativa comparação dos juros sobre capital próprio com dividendos, que corrobora o entendimento supra esposado e merece transcrição:

[...]

Na distribuição de dividendos, o respectivo valor integra o saldo de contas do patrimônio líquido, de modo que a pessoa jurídica entrega aos destinatários uma parcela já registrada e incorporada ao grupo patrimonial, em nada afetando o resultado do exercício. Vale dizer que os lucros existentes no patrimônio líquido, em determinado exercício, podem ser distribuídos em períodos posteriores – a depender de deliberação e de recursos financeiros

28. Por outro lado, o pagamento de valores com a natureza de despesa, como é o caso dos JCP, implica consequência diversa ao patrimônio da pessoa jurídica e, com efeito, tratamento contábil diferente.

29. Nessa situação, como visto, o correspondente valor pago ou creditado ao beneficiário representa despesa incorrida e, como tal, transita pelo resultado do exercício a que competir. Seu efeito imediato é a redução do resultado do exercício, e não a baixa direta de conta do patrimônio líquido.

30. Como despesa, sua existência contábil resume-se ao exercício social competente. É dizer: um valor estranho a qualquer área patrimonial em período posterior, de forma que os JCP somente podem ser levados ao resultado do exercício a que competir.

31. Significa que se a sociedade deixa de reconhecer como devidos os JCP no ano-calendário a que correspondem, terá considerado como inexistente a despesa para fins de apuração do lucro real, o que implica a impossibilidade de deduzi-la em períodos seguintes, estranhos que são ao da sua competência.

32. Cuida-se, pois, de dedutibilidade sujeita a um ato de manifestação de vontade a produzir-se no tempo oportuno, em respeito ao princípio da competência que rege a contabilização de despesas. Incumbe à pessoa jurídica decidir, em relação a cada período de apuração, se deve ou não reconhecer como incorrida a correspondente despesa de JCP.

[...]

A inexistência de vedação expressa para que a sociedade delibere e realize o pagamento de juros sobre o capital próprio no momento em que lhe provier não pode se constituir em salvo conduto para ignorar os limites estabelecidos pela legislação ou dar a esses limites uma amplitude em violação aos princípios contábeis e societários.

A jurisprudência administrativa não socorre a recorrente. A CSRF posicionou-se em julgados recentes da mesma linha do aqui exposto, conforme Acórdãos 9101-002.180, 9101-002.181 e 9101-002.182.

No acórdão 9101-002.180 o voto condutor analisa com precisão o real sentido da decisão do STJ trazida pela peça de defesa:

42. Para um acertado exame do precedente do STJ (Recurso Especial nº 1086752/PR, de 17/02/2009), é preciso diferenciar inicialmente o regime de competência do regime de caixa, especificamente aplicado à despesa. Em se tratando de despesas, o regime de competência estabelece que o reconhecimento da despesa se dá no mesmo exercício do incorrimento, já o regime de caixa estabelece que o reconhecimento da despesa não ocorre no exercício do incorrimento e sim no exercício do pagamento (parto do pressuposto que o pagamento se deu em exercício diferente do incorrimento; se se der no mesmo, a questão se torna diferenças mensais).

42.1. Diferentemente de regime de competência que é um conceito da legislação societária, adotada pela legislação fiscal, a expressão regime de caixa está mais associada à legislação fiscal pelo seguinte fato: não há aplicação do regime de caixa na lei das S.A.; como se viu em tópico próprio, não há exceção a este regime no âmbito societário. Mas, mesmo quando o regime de caixa é permitido pela legislação fiscal, isso se reflete apenas para apuração de tributos, pois a sociedade, se submetida a Lei nº 6.404/76, ainda deverá apurar o lucro líquido do exercício pelo regime de competência.

43. Então o tratamento de uma despesa submetida a regime de caixa "fiscal"¹⁰ é: seguir o regime de competência para apuração do lucro líquido do exercício (ou seja, a despesa continua a ser reconhecida no momento em que incorrida) e ajustar esse lucro de forma a desconsiderar o reconhecimento desta despesa e controlá-la, fora da escrituração societária, de modo a vir a incluí-la no lucro fiscal somente no momento do pagamento.

43.1. Assim, a adoção do regime de caixa permite a formação de um outro tipo de lucro, destinado a fins fiscais e que não é o lucro societário apurado para atendimento da Lei das S.A.

43.2. Chamo atenção então para o fato de que a despesa, ainda que submetida ao regime de caixa "fiscal", para a legislação societária, continua a ser reconhecida no momento em que incorrida, consequência esta da manutenção nesta seara do direito do regime de competência.

43.3. Assim, esta despesa não deixa de ser despesa do exercício; no exercício do pagamento não é despesa de exercício anterior, absolutamente, é apenas uma despesa diferida para fins fiscais, ou ainda, mantendo o estrito rigor técnico sequer é despesa, na realidade, é um valor diferido para fins fiscais ou então pode ser chamada de uma despesa "fiscal".

44. Examino então se esta dinâmica é apropriada aos Juros sobre Capital Próprio. A pergunta que se impõe: o regime de caixa que precisa ser aplicado para conservar as autuações envolvidas é o regime de caixa existente em alguns casos na legislação tributária (o que outrora denominei regime de caixa "fiscal") ou é um regime de caixa inédito (inovador) a ser aplicável mesmo no âmbito da Lei das S.A.?

44.1. Em resposta a esta pergunta, frente ao que se expôs no item 43 e em seus subitens, há que verificar que a aplicação do regime de caixa adotado pela legislação tributária não supre a necessidade do recorrido de fazer incorrer no exercício de 2007, na escrituração societária, despesas que deixaram de ser incorridas nos exercícios de 2002 a 2006.

44.2. Então, por exclusão, resta que o regime de caixa pretendido e ao qual o STJ atendeu em caso assemelhado, é um regime de caixa adequado ao caso, uma exceção jurisprudencial ao art. 177 da Lei nº 6.404/76. É difícil até mesmo conceber a redação de um dispositivo legal que permita um regime de caixa útil para manutenção da conduta que se deseja.

45. Assim, o exame do precedente do STJ nos coloca uma questão bem simples: existe a possibilidade de aplicação do regime de caixa no âmbito da legislação societária sem previsão legal e exclusivamente para os Juros sobre o Capital Próprio, mantendo o regime de competência quanto ao mais? Firmei convicção, mesmo sem aqui contraditar as razões de decidir ali apresentadas, que essa possibilidade não deve prevalecer.

No que se refere ao TRF da 4ª Região, em decisão recente (15/01/2013) o Tribunal rejeitou a dedução acumulada de juros sobre o capital próprio (Apelação Cível nº 5005427-55.2012.404.7005/PR).

A impossibilidade de cômputo dos lucros apurados no balanço do primeiro semestre no valor dos lucros acumulados decorre do próprio texto legal. O limite de dedução dos juros sobre o capital próprio é calculado sobre duas grandezas distintas e independentes (para efeito dessa apuração): lucro do exercício ou lucros acumulados e reserva de lucros. A pessoa jurídica deve escolher uma delas e não adicioná-las. No que tange à superação do limite legal, o sujeito passivo parte de premissas equivocadas como já exposto neste voto.

Do exposto, voto por negar provimento ao recurso no que se refere à dedução de juros sobre capital próprio.

2) Desmutualização da CETIP:

Nessa questão, a jurisprudência do Colegiado está consolidada no entendimento pela correção do procedimento fiscal, como são exemplos os Acórdãos 1402-001.502 e 1402-002.073.

A arguição de decadência não merece prosperar.

Não há que se confundir a atualização dos valores entregues para a formação do patrimônio da instituição isenta com o fato gerador do tributo. Somente se pode falar em início de contagem de prazo decadencial com a ocorrência do fato gerador. Se a acusação fiscal diz respeito a fatos efetivamente ocorridos no ano-calendário de 2008, com reflexos tributários no mesmo período, uma vez que ali é que supostamente ocorreu o fato gerador, somente a partir de então é que se considera iniciada a contagem do prazo decadencial.

No mérito, a questão principal sob exame consiste na definição da natureza jurídica das operações da CETIP.

Pela profundidade e precisão com que analisou o tema, faço minha as palavras contidas no Acórdão 1402-001.502 ao tratar da desmutualização da Bovespa e da BM&F.

Entendo assistir razão ao Fisco. A questão, que envolve pormenores que serão analisados em seguida, pode ser resumida de maneira simples: uma entidade isenta de imposto de renda acumulou durante inúmeros períodos superávits; ao fim e ao cabo, quer entendendo-se que houve extinção da entidade sem fins lucrativos, quer sob a ótica de transformação e cisão, desejam os então associados da entidade sem fins

lucrativos, posteriormente guindados a acionistas da empresa, não ver submetidos ao crivo do imposto de renda e contribuição social sobre o lucro líquido os ganhos da entidade, anteriormente não tributados. Tais ganhos foram adicionados ao valor patrimonial dos títulos de cada associado, refletindo no valor das ações recebidas da empresa com fins lucrativos criada. Ou seja, se assistisse razão à Recorrente, os ganhos não tributados da entidade sem fins lucrativos teriam se transformado em custo das ações posteriormente pertencentes aos acionistas da sociedade anônima criada. Desse modo, entendo que deva prevalecer a posição adotada pela autoridade fiscal.

Para análise do tema, necessário se faz uma breve análise do regime jurídico a que se submetiam as Bolsas de Valores (Bovespa e BM&F) no período a que se referem as operações em análise.

Em primeiro lugar, a tese de que os institutos da incorporação, da cisão e da fusão pudessem ser aplicado às bolsas de valores não se mostra adequada.

Veja-se o que dispõe o art. 5º da Resolução CMN nº 2.690/2000:

Art. 5º O estatuto social das bolsas de valores deve estabelecer, além do que for exigido pela legislação aplicável, regras básicas relativas à adoção de estrutura administrativa e operacional que permitam assegurar o pleno atendimento do seu objeto social e dos requisitos inerentes à sua condição de instituição auxiliar da Comissão de Valores Mobiliários enquanto entidade reguladora e fiscalizadora do mercado, dispondo, ainda, sobre:

[...]

VII - incorporação, fusão, cisão e dissolução da bolsa de valores;

[...]

Apoia-se a tese da Recorrente no fato de que o próprio CMN admite a possibilidade de incorporação, fusão e cisão das bolsas de valores.

De certa forma, correta a conclusão da Recorrente, exceto pela amplitude que deseja dar ao dispositivo.

Isso porque, conforme disposto no art. 1º da mesma Resolução CMN, **as bolsas de valores poderão ser constituídas como associações civis ou sociedades anônimas.**¹

Ou seja, instituiu-se uma faculdade às bolsas de valores de se constituírem sob a forma de associações civis ou sob a forma de sociedades anônima.

Note-se que em seus artigos 6º e 7º a Resolução em comento, inclusive, trata de forma distinta a composição do patrimônio ou capital social das bolsas de valores, diferenciando os casos de associações civis (divisão em títulos patrimoniais) e sociedades anônimas (divisão em ações ordinárias com direito de voto pleno).²

¹ Resolução CMN nº 2.690, de 2000.

Art. 1º As bolsas de valores poderão ser constituídas como associações civis ou sociedades anônimas, tendo por objeto social: [...]

Parágrafo único. As bolsas de valores que se constituírem como associações civis, sem finalidade lucrativa, não podem distribuir a sociedades membros parcela de patrimônio ou resultado, exceto se houver expressa autorização da Comissão de Valores Mobiliários.

² Resolução CMN nº 2.690, de 2000.

Art. 6º O Patrimônio ou o capital social das bolsas de valores deve ser formado, quando da constituição, mediante realização em dinheiro, e será dividido, conforme o caso, em títulos patrimoniais ou ações ordinárias com direito de voto pleno.

Art. 7º O capital social das bolsas de valores deve ser formado, quando da constituição, mediante realização em dinheiro, e será dividido, conforme o caso, em títulos patrimoniais ou ações ordinárias com direito de voto pleno.

Art. 8º O capital social das bolsas de valores deve ser formado, quando da constituição, mediante realização em dinheiro, e será dividido, conforme o caso, em títulos patrimoniais ou ações ordinárias com direito de voto pleno.

O DE ANDRADE COUTO

No caso de organização em forma de associação civil, conforme já explanado, o patrimônio social das Bolsas de Valores era formado mediante realização em dinheiro e dividido em títulos patrimoniais, colocados no mercado mediante leilão para aquisição pelas sociedades corretoras membros (art. 7º c/c art. 25 da Resolução CMN nº 1656/89). O valor nominal destes títulos patrimoniais era atualizado anualmente com base nas demonstrações financeiras do exercício (art. 10 da Resolução CMN nº 1.656/89).

Nesse contexto, a Resolução CMN nº 2.690, de 2000, como qualquer outra norma, deve ser analisada em seu conjunto, e não se detendo a dispositivo específico isolado. O fato de o art. 5º da norma em comento dispor sobre a possibilidade de incorporações, fusões e cisões no âmbito das bolsas de valores deve ser interpretada de forma harmônica não somente em relação a tal diploma infralegal, mas também no contexto da legislação que rege tais institutos. No que se refere única e exclusivamente à Resolução em questão, mostra-se evidente que, havendo distinção entre bolsas de valores constituídas sob a forma de associações civis e sob a forma de sociedades anônimas, impõe-se diferenciar quais institutos são aplicáveis a uma e a outra forma de organização das bolsas de valores. Entendo que o art. 1º da Resolução, inciso VII, ao dispor sobre incorporação, fusão e cisão, refere-se exclusivamente às bolsas de valores constituídas sob a forma de sociedade anônima.

A meu ver, como bem asseverou a Fazenda Nacional em contrarrazões, “Por mais engenhosas que tenham sido as operações societárias que culminaram com a transferência das atividades das Bolsas para uma S.A., não há como fugir da simplicidade dos fatos. Ou seja, ao final das operações, as associações civis sem fins lucrativos estavam extintas e, em seu lugar, constituíram-se sociedades anônimas”.

Ademais, os institutos da fusão, cisão e incorporação aplicam-se tão somente às sociedades empresárias. Logo, às associações não é possível utilizar-se de tais mecanismos de reestruturação societária. Isso porque o artigo 1.113 e seguintes do Código Civil, que tratam de tais institutos societários, estão inseridos em livro específico do Estatuto Civil aplicável exclusivamente às sociedades empresárias (Livro II - Do Direito de Empresa; Título II - Da Sociedade; Subtítulo II - Da Sociedade Personificada; Capítulo X - Da Transformação, Da Incorporação, Da Fusão e Da Cisão das Sociedades).

Tal exegese encontra eco também nas normas expedidas pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio, que, por meio da Instrução Normativa nº 88, estabeleceu explicitamente que os institutos jurídicos em comento aplicam-se somente às sociedades mercantis. Por oportuno, transcreve-se o art. 23 da IN em questão:

Art. 23. As operações de transformação, incorporação, fusão e cisão abrangem apenas as sociedades mercantis, não se aplicando às firmas mercantis individuais.

Nos termos do art. 17, caput c/c §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.532/97; a associação civil que atende aos requisitos legais e destina seu superávit integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais, está isenta dos tributos incidentes sobre o lucro. Caso esta

voto pleno, devendo a quantidade e o valor inicial de emissão de títulos patrimoniais ser fixados pela Comissão de Valores Mobiliários.

[...]

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

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

Autenticado digitalmente em 19/07/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 19/07/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 22/07/2016 por LEONARD

O DE ANDRADE COUTO

Impresso em 25/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

associação devolva bens e direitos a pessoa jurídica que contribuiu para a formação de seu patrimônio, a diferença entre o valor recebido e o valor antes entregue à associação deverá ser adicionada à base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

O Código Civil de 2002 somente cogita da destinação do patrimônio de uma associação em caso de dissolução, fixando que ela deve beneficiar entidade de fins não econômicos ou os associados que contribuíram para a formação daquele patrimônio.

Neste cenário jurídico, a dissolução da associação civil sem fins lucrativos deve resultar na destinação de seu patrimônio a entidade de fins não econômicos, idênticos ou semelhantes aos seus, ou favorecer os associados que contribuíram para a formação de seu patrimônio. E, caso bens e direitos sejam devolvidos a pessoa que contribuiu para formação do patrimônio da associação civil, haverá a incidência tributária prevista no art. 17 da Lei nº 9.532/97.

Estas regras aplicam-se, inclusive, em caso de dissolução parcial da associação civil, devendo o parágrafo único do art. 16 da Lei nº 9.532/97 ser interpretado à luz do Código Civil de 2002, que somente permite a transferência de bens e direitos do patrimônio das entidades isentas para o patrimônio de outra pessoa jurídica de fins não econômicos.

Inexistindo a possibilidade de cisão da associação civil, ou mesmo de destinação de seu patrimônio a entidade de fins econômicos, o fato jurídico que converteu os títulos patrimoniais que a recorrente possuía em Bolsa de Valores em ações de Bolsa de Valores somente pode ser caracterizado como dissolução parcial da associação sem fins lucrativos, com devolução de patrimônio a associado, que utiliza este valor para aporte de capital na sociedade anônima referida. Em tais circunstâncias, a diferença entre o valor recebido e o valor antes entregue à associação deverá ser adicionada à base de cálculo do IRPJ.

Quanto à aplicação do método de equivalência patrimonial para avaliação do patrimônio das associações penso que a Fazenda Nacional bem avaliou o caso em contrarrazões:

Ora, é sabido que uma sociedade é caracterizada por ser uma pessoa jurídica decorrente de um estatuto social ou de um contrato, pelo qual duas ou mais pessoas se obrigam a prestar certa contribuição de bens ou serviços, formando um patrimônio destinado ao exercício de atividade econômica, e com a intenção de partilhar lucros entre si. Nessa perspectiva, as antigas Bovespa e BM&F, para serem consideradas sociedades, deveriam partilhar os resultados advindos da atividade econômica desenvolvida. Todavia, por terem sido constituídas sob a forma de associações civis SEM FINS LUCRATIVOS, não há que se falar em distribuição de lucros e, portanto, em equiparação de tais entidades a sociedades.

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

As razões utilizadas acima servem para se refutar o entendimento da contribuinte, no sentido de que seria aplicável o método da equivalência patrimonial (MEP) para a avaliação do título patrimonial das bolsas de valores. Ora, o MEP foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 6.404, de 1976, e deve ser aplicado de acordo com os preceitos firmados por este diploma legal. Assim, o primeiro aspecto que deve ser ressaltado é que **a Lei nº 6.404, de 1976**, tem como destinatárias as sociedades por ações, que possuem natureza jurídica totalmente diversa das associações. Com efeito, basta lembrar que **a Bovespa e a BMF foram instituídas como associações sem fins lucrativos, enquanto as sociedades por ações servem para o desenvolvimento de atividades empresariais -cujo objetivo é**

proporcionar lucro aos seus sócios. Desse modo, fica evidente a **incompatibilidade da Lei nº 6.404, de 1976, com o regime jurídico das associações.**

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

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

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

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

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

Portaria nº 785, de 20 de dezembro de 1977

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

Resolve:

I. Os acréscimos do valor nominal dos títulos patrimoniais das Bolsas de Valores, em decorrência de alteração do seu patrimônio social, não constitui receita nem ganho de capital das sociedades corretoras associadas e, por isso, pode ser excluído do lucro real destas desde que não seja distribuído e constitua reserva para oportuna e compulsória incorporação ao capital.

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

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

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

(...)

m) o valor das ações, quotas ou quinhões de capital, recebidos em decorrência dos aumentos de capital efetuados nos termos e condições dos artigos 197, §§ 6º e 9º, 223, alínea l, 223, § 31, 236, 243, alínea d, 250, 254, § 3º, 283, 297, 577, 578 e 583 (Decreto-lei nº 1.096/70, art. 1º, §§ 6º e 7º, Lei nº 4.862/65, art. 49, Decreto-lei nº 1.260/73, art. 4º, Decreto-lei nº 1.109/70, art. 3º e § 1º, Lei nº 4.357/64, art. 3º, § 6º, Decreto-lei nº 756/69, art. 25, Decreto-lei nº 1.338/74, art. 15, § 4º, Decreto-lei nº 1.191/71, art. 9º, § único, Decreto-lei nº 221/67, art. 80, § 4º, Lei nº 5.508/68, art. 36, Decreto-lei nº 756/69, art. 24, § 4º, Decreto-lei nº 1.346/74, arts. 6º, § 3º, e 11, e Decreto-lei nº 1.370/74, art. 2º, § 3º); (sem negrito no original)

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

Não merecem prosperar, igualmente, alegações no sentido de que o Ofício Circular CVM nº 325/1979, e a Circular do Banco Central do Brasil nº 1.273/1987 teriam obrigado as sociedades corretoras de valores a avaliarem seus títulos patrimoniais das bolsas de valores (associações) pelo MEP. Com efeito, infere-se da leitura do art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976³, que o MEP só se aplica aos investimentos em sociedades controladas ou coligadas. Diante disso, não se pode admitir que o Poder Regulamentar conferido à CVM, pela Lei nº 6.404 de 1976, possa servir para autorizar a extensão do MEP para as Bolsas de Valores constituídas sob a forma de associação civil. Isso porque o art. 4º da referida lei evidencia que as normas expedidas pela CVM sujeitam apenas as companhias abertas.

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

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

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas:

em 19/07/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 22/07/2016 por LEONARD

Às Instituições Financeiras e demais Entidades Autorizadas a Funcionar pelo Banco Central do Brasil

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

As normas consubstanciadas no COSIF aplicam-se aos bancos comerciais, bancos de desenvolvimento, bancos de investimento, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de arrendamento mercantil, sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários, sociedades de crédito imobiliário, associações de poupança e empréstimo, caixas econômicas e cooperativas de crédito.

O período compreendido entre janeiro e junho de 1988 é considerado como de implantação, devendo as instituições financeiras tomar as providências necessárias para que a sua escrituração esteja em condições de fornecer, em 30.06.88, os dados indispensáveis ao levantamento das demonstrações financeiras exigidas.

Observar-se-á também o seguinte:

considerada a data-base de 30.06.88, remeter-se-á ao Banco Central o Balancete Geral Analítico (Doc. n. 01), confeccionado de acordo com os planos contábeis vigentes, ou na forma usual, no caso de instituições que não possuam, ainda, demonstrações padronizadas pelo Banco Central;

juntar-se-ão ao Balancete Geral Analítico, indicado no item 4.a, as demonstrações financeiras previstas no COSIF, dispensada a Demonstração das Origens e Aplicações de Recursos - DOAR (Doc. n.12);

a Demonstração das Origens e Aplicações de Recursos - DOAR, relativa ao Balanço de 31.12.88, será elaborada segundo as variações patrimoniais que afetarem o disponível no período de 01.07 a 31.12.88;

dispensar-se-á, em 30.06 e 31.12.88, a publicação das demonstrações financeiras de forma comparada com as de outros períodos. (destaques não constam no original)

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

De forma a evidenciar ainda mais o desacerto do entendimento sustentado pelo contribuinte, analisemos também o já revogado art. 10 da Resolução Bacen nº 1.656/1989, que aprovou o Regulamento que disciplinava a constituição, a organização e o funcionamento das bolsas de valores, por força do disposto, à época, no art. 18 da Lei nº 6.385, de 1976, que assim dispunha:

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

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

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

Parágrafo 3. A falta de manifestação da Comissão de Valores Mobiliários, após 30 (trinta) dias da apresentação dos respectivos processos de atualização, implicará aceitação da proposta. Parágrafo 4. O prazo previsto no parágrafo anterior poderá ser interrompido, uma única vez, por no máximo 30 (trinta) dias, caso a Comissão de Valores Mobiliários requirite à Bolsa de Valores informações ou documentos adicionais.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Do exposto, voto por negar provimento ao recurso neste item.

Após anuência expressa do sujeito passivo com parte da exigência, remanesceram na lide aos contratos que, segundo o Fisco, estariam albergados por penhor ou caução considerados garantia real e portanto dedutíveis como perda apenas se vencidos há mais de dois anos e submetidos a medidas judiciais.

O cerne da questão consiste justamente em definir a natureza da garantia oferecida pelo penhor e pela caução. Vejamos algumas posições doutrinárias ressaltando que, quanto ao teor da garantia, a doutrina não diferencia o penhor da caução:

O penhor de direitos creditórios, seja qual for sua modalidade, tem se mostrado muito justo e eficaz nas negociações que dependem (por exigência do credor) de **garantia real** para se concretizar. Isso porque o credor recebe para si uma garantia de satisfação de seu crédito ao passo que o devedor consegue administrar sua dívida com base nos valores de seus recebíveis.⁴

Dispõe Tavares da Silva que o penhor, a hipoteca e a anticrese consistem na **garantia real**, efetuada por meio do patrimônio do devedor, de forma a assegurar o pagamento de seus credores. Em citação a Orlando Gomes, o mesmo enfatiza, que tal garantia consiste na conferência da pretensão ao credor, de obter o pagamento da dívida, por meio do valor do bem aplicado exclusivamente a sua satisfação. Dessa forma, "o direito do credor concentra-se sobre determinado elemento patrimonial do devedor. Os atributos de sequela e preferência atestam sua natureza substantiva e real."⁵

Vê-se que o penhor de direitos creditórios é tido como garantia real o que valeria para as duplicatas, como no presente caso, eis que de acordo com o posicionamento supra descrito não importaria a modalidade.

No que se refere ao Acórdão 101-94.543 trazido na peça de defesa, não há elementos para se afirmar com precisão as operações que estavam em discussão naquele julgamento; entretanto parece-me claro que não se pode tratar o penhor como garantia fidejussória eis que desvinculado de terceiro garantidor, como ocorre com o aval e a fiança.

Do exposto, voto por negar provimento ao recurso nessa matéria.

4) Exclusão indevida de operações não baixadas para prejuízo:

Foi glosada pelo Fisco a exclusão no LALUR do valor de R\$ 159.414.158,42 que também se refere a perdas em operações de crédito mas, segundo a autoridade lançadora, teria sido deduzido sem que a perda fosse registrada na contabilidade.

Pelo exame dos autos constata-se que diferentemente dos valores tratados no item anterior deste voto, aqui não houve qualquer acusação fiscal de descumprimento dos requisitos de cômputo da perda estabelecidos no art. 9º da Lei nº 9.430/96. Em outras palavras, a dedução em si não seria indevida, mas sim o procedimento na escrituração.

⁴ SERAPHICO, Regina Aparecida Sevilha. Penhor de Direitos Creditórios.2004. Disponível em: <<http://migalhas.com.br>>. Acesso em 29 abril 2016.

⁵ FRANCESCHINA, Aline Oliveira Mendes de Medeiros. Direitos Reais de Garantia: do Penhor/Artigos Comentados Individualmente. Disponível em <<http://lex.com.br>>. Acesso em 29 abril 2016.

Entendo como razoáveis as explicações trazidas na peça de defesa para justificar o procedimento adotado. Ainda que assim não o fosse, a questão decisiva a ser considerada é a ausência da indicação de impacto tributário contrário ao erário.

Alinho-me à manifestação do voto vencido contido na decisão recorrida. Eventual equívoco na escrituração sem que tenha sido demonstrado prejuízo ao Fisco não justifica autuação.

Dou provimento ao recurso neste item.

5) Despesas de propaganda e publicidade:

A matéria aqui tratada envolveu a não apresentação de documentação comprobatória do valor deduzido. Em sede recursal foram apresentados novos elementos sendo que as notas fiscais nos valores de R\$ 1.823.472,20; R\$ 348.733,08; R\$ 3.825.120,00 e R\$ 573.768,00 guardam relação com o valor glosado.

Voto por dar provimento parcial ao recurso para excluir da exigência o montante de R\$ 6.571.093,28.

Leonardo de Andrade Couto - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Redator Designado.

Em que pesem os valiosos argumentos do i. Conselheiro Relator em relação à dedutibilidade das perdas no recebimento de créditos que possuíam como garantias o penhor ou caução de direitos creditórios, ousou discordar de seu entendimento.

A controvérsia diz respeito à melhor interpretação do disposto no art. 9º, § 1º, inciso II, alínea “b” e inciso III, da Lei nº 9.430/96, *in verbis*:

Art. 9º As perdas no recebimento de créditos decorrentes das atividades da pessoa jurídica poderão ser deduzidas como despesas, para determinação do lucro real, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Poderão ser registrados como perda os créditos:

[...]

II – sem garantia, de valor:

[...]

b) acima de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) até R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), por operação, vencidos há mais de um ano, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento, porém, mantida a cobrança administrativa;

[...]

III – com garantia, vencidos há mais de dois anos, desde que iniciados e mantidos os procedimentos judiciais para o seu recebimento ou o arresto das garantias;

[...]

*§ 3º Para os fins desta Lei, **considera-se crédito garantido** o proveniente de vendas com reserva de domínio, de alienação fiduciária em garantia ou de operações com outras garantias reais.*

[...]

No entender do Conselheiro Relator “o penhor de direitos creditórios é tido como garantia real o que valeria para as duplicatas, como no presente caso, eis que de acordo com o posicionamento supra descrito não importaria a modalidade”.

Já a Recorrente, assim assevera:

Muito embora a fiscalização e as d. autoridades julgadoras “a quo” tenham considerado que os contratos que tinham como garantia o penhor ou caução de direitos creditórios **(no caso concreto em sua expressiva maioria originários de descontos de duplicatas que não foram pagas no vencimento e por isso foram cobradas administrativamente)**

estavam garantidos nos termos do § 3º do art. 9º, não podendo ser deduzidos antes de 2 anos de seu vencimento e independentemente do ajuizamento de ação ou arresto das supostas garantias, restou demonstrado nas razões recursais que **a penhora ou a caução de direitos creditórios, tais como “duplicatas, cheques pré-datados, faturamento de cartão de crédito/débito”, não pagos em seus vencimentos, não corresponde a uma garantia real.**

Para que uma garantia possa ser classificada como real, ou seja cujo ônus recai sobre uma coisa (*res*), deve estar fundada num **bem móvel, imóvel ou semovente**, figuras que evidentemente não se identificam com os referidos direitos creditórios não pagos pelo devedor, que geram apenas uma **obrigação** deste para com o credor.

Nesse contexto, “*data venia*”, ao contrário do que alega a autoridade fiscal e decidiu a r. decisão recorrida, **a mera existência de um penhor não revela necessariamente a existência de garantia real. Para tanto, necessário que o penhor recaia sobre um bem móvel, imóvel ou semovente**, fato bem observado por De Plácido e Silva quando esclarecer que o penhor “*se diz real precisamente pela natureza da garantia, incidente sobre bens patrimoniais de alguém, não sobre o seu crédito ou fé pessoal*”, não se podendo dizer que se trata de garantia real o penhor que recai sobre direitos creditórios.

Reforça esse entendimento o disposto no art. 1.419 do Código Civil, segundo o qual “*nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação*”, o que revela que o que o vínculo real de garantia se resume ao **penhor de bens**, entre os quais não se incluem os **direitos creditórios inadimplidos**.

Ou seja, parece claro que **para determinada garantia, in casu o penhor, ser classificada como real é preciso que a mesma recaia sobre um bem móvel, imóvel ou semovente**, não sendo possível considerar como tal a garantia sobre direitos de crédito não pagos em seu vencimento.

À época da edição da Lei nº 9.430/96, vigia o Código Civil de 1916, que assim dispunha sobre os direitos reais de garantia:

CAPÍTULO VIII

DOS DIREITOS REAIS DE GARANTIA

Art. 755. Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, a coisa dada em garantia fica sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.

Art. 756. Só aquele que pode alienar, poderá hipotecar, dar em anticrese, ou empenhar. Só as coisas que se podem alienar poderão ser dadas em penhor, anticrese, ou hipoteca.

Parágrafo único. O domínio superveniente revalida, desde a inscrição, as garantias reais estabelecidas por quem possuía a coisa a título de proprietário.

[...]

CAPÍTULO IX

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

Autenticado digitalmente em 19/07/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 19/07/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 22/07/2016 por LEONARD O DE ANDRADE COUTO

Impresso em 25/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

SEÇÃO I

DISPOSIÇÕES GERAIS [...]

Art. 768. Constitui-se o penhor pela tradição efetiva, que, em garantia do débito, ao credor, ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de um objeto móvel, suscetível de alienação.

Art. 769. Só se pode constituir o penhor com a posse da coisa móvel pelo credor, salvo no caso de penhor agrícola ou pecuário, em que os objetivos continuam em poder do devedor, por efeito da cláusula constitui.

Tais dispositivos legais tratavam como suscetível de penhor somente os bens móveis. Contudo, em seu arts. 789 e 790, o Código Civil então vigente equiparava a penhor a caução de títulos de créditos:

SEÇÃO IV

DA CAUÇÃO DE TÍTULOS DE CRÉDITO

Art. 789. A caução de títulos de crédito inalienáveis equipara-se ao penhor e vale contra terceiros, desde que for transcrita, ainda que esses títulos não hajam sido entregues ao credor. (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).

Art. 790. Também se equipara ao penhor, mas com as modificações dos artigos seguintes, a caução de títulos de crédito pessoal. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).

Embora entenda que, para se perquirir o alcance do art. 9º da Lei nº 9.430/96 à redação então vigente do Código Civil, ao contrário do que chegou a ser ventilado na sessão de julgamento, não haveria como se excluir a caução de títulos de crédito do conceito de operação com garantia real, pois os arts. 789 e 790 do Código Civil de 1916 o equiparam ao penhor.

Já o Código Civil de 2002 trouxe expressamente nos arts. 1451 a 1459 o tratamento do penhor de direitos e títulos de crédito, mantendo, por óbvio, o penhor como direito real (art. 1.225, inciso VIII).

Não me parece acertado o argumento da Recorrente de que para o penhor ser classificado como garantia real seria preciso que essa garantia recaísse sobre um bem móvel, imóvel ou semovente, pois, conforme dito, os arts. 1451 a 1459 do Código Civil de 2002 (e também os arts. 789 e 790 do Código Civil de 1916) incluem como direito real o penhor de direitos e títulos de crédito.

Contudo, há de se observar que o art. 9º, § 1º, III, da Lei nº 9.430/96 dispõe que para se configurar a perda de crédito com garantia, as operações vencidas há mais de dois anos, desde que iniciados e mantidos os procedimentos judiciais para o seu recebimento ou o arresto das garantias.

E, quanto ao conceito de arresto, não restam dúvidas: tanto como ato executivo (arts. 653 a 654 do CPC/1973), como medida cautelar (arts. 813 a 821 do CPC/1973), tal instituto é aplicável tão somente a bens!

Também no CPC/2015 toda e qualquer menção a arresto dirige-se a bens:

Art. 159. A guarda e a conservação de bens penhorados, arrestados, sequestrados ou arrecadados serão confiadas a depositário ou a administrador, não dispondo a lei de outro modo.

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.

Art. 495. A decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária valerão como título constitutivo de hipoteca judiciária.

§ 1º A decisão produz a hipoteca judiciária:

[...]

II - ainda que o credor possa promover o cumprimento provisório da sentença ou esteja pendente arresto sobre bem do devedor;

[...]

Art. 828. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade.

Art. 830. Se o oficial de justiça não encontrar o executado, arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução.

[...]

§ 3º Aperfeiçoada a citação e transcorrido o prazo de pagamento, o arresto converter-se-á em penhora, independentemente de termo.

Art. 844. Para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, cabe ao exequente providenciar a averbação do arresto ou da penhora no registro competente, mediante apresentação de cópia do auto ou do termo, independentemente de mandado judicial.

Portanto, para fins do disposto no art. 9º, § 1º, III, da Lei nº 9.430/96, para o débito ser considerado como garantido, há a necessidade de a garantia ser passível de arresto, ou seja, um bem, e não um direito.

Independentemente disso, a operação em questão não se trata efetivamente de uma operação com garantia, se trata, em realidade, de descontos de duplicatas, e, estando os débitos em aberto, evidentemente nem a duplicata descontada foi paga nem se obteve êxito na cobrança direta do devedor originário (mediante débito em conta corrente).

A meu ver, evidentemente, a duplicata oferecida à instituição financeira para obtenção de empréstimos não constitui garantia real. Entendo que o legislador tributário, ao impor mais restrições para fins de dedução na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL para operações com garantia, não quis incluir o desconto de duplicatas entre esses, uma vez que as duplicatas, em realidade, são os meios primários para adimplemento da obrigação, e não de sua garantia, tanto que, uma vez não honradas as duplicatas, a instituição financeira tenta debitar das contas do devedor o valor correspondente, para, somente em caso de nova

frustração, partir para outros meios de cobrança sem qualquer privilégio em sua execução. Em outras palavras, o que a instituição financeira iria arrestar pra a cobrança da dívida? Ainda que se admitisse o arresto de direitos, certamente não seriam os títulos de crédito em questão alvo de tal medida, uma vez que esses já foram inadimplidos.

Considerando-se que as operações em questão são todas de valor inferior a R\$ 30.000,00, e, estando vencidas há mais de seis meses e tendo sido mantida a cobrança administrativa, não há que se exigir o início de qualquer procedimento judicial por parte da credora para que os débitos pudessem ser deduzidos na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, a teor do que dispõe o art. 9º, § 1º, inciso II, alínea “b” da Lei nº 9.430/96.

Por essas razões, voto dar provimento ao recurso voluntário para cancelar tal exigência (item 04, subitem 4.3.1, do Termo de Verificação Fiscal).

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Redator Designado