



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 16327.721337/2013-34
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-003.535 – 1ª Turma
Sessão de 4 de abril de 2018
Matéria IRPJ - DESMUTUALIZAÇÃO
Recorrente UNIBANCO - UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. PAGAMENTO OU CRÉDITO. PL DE ANOS-CALENDÁRIO ANTERIORES. REGIME DE COMPETÊNCIA. VIOLAÇÃO.

Os juros sobre o capital próprio, calculados sobre o patrimônio líquido de anos-calendário anteriores ao pagamento ou crédito dessa remuneração, constituem violação ao regime de competência.

DESMUTUALIZAÇÃO DA CETIP. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO DE ASSOCIAÇÃO. CISÃO COM VERSÃO DO PATRIMÔNIO PARA SOCIEDADE ANÔNIMA. IMPOSSIBILIDADE.

Não se pode admitir a tese defensiva que sustenta a realização de cisão com a versão de parte do patrimônio da associação para uma sociedade anônima. Vale considerar que a finalidade institucional, sempre de índole não lucrativa, justifica os benefícios e as vantagens concedidos pelo Poder Público e por particulares, que acabam redundando em aumento do patrimônio das associações. Por isso, o Direito não admite a distribuição do patrimônio da associação aos associados, já que as contribuições destes, bem como os privilégios, regalias e benesses proporcionados por terceiros 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, omissa esta, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes."

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

Não se pode cogitar de aplicação do MEP aos títulos patrimoniais das associações, porque sequer inexistiu 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em negar-lhe provimento (i) por maioria de votos, em relação à desmutualização, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento e (ii) por voto de qualidade, em relação aos Juros sobre Capital Próprio (JCP), vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado) e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento. Declarou-se impedida de participar do julgamento a conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio, substituída pelo conselheiro José Eduardo Dornelas Souza.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Régo - Presidente.

(assinado digitalmente)

Flávio Franco Corrêa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luis Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, José Eduardo Dornelas Souza (suplente convocado), Gerson Macedo Guerra e Adriana Gomes Régo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto por UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S/A em face do acórdão nº 1402-002.216, assim ementado:

"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."

O voto condutor do acórdão recorrido baseou-se nos seguintes argumentos:

1) quanto à dedutibilidade dos juros sobre o capital próprio:

a) como qualquer outra despesa, o pagamento e a contabilização dos juros devem estar atrelados 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;

b) 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;

c) 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;

d) 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, quando 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 se deliberou sobre a destinação do lucro do período, não pode a pessoa jurídica simplesmente ignorar a deliberação e, em períodos posteriores, determinar o pagamento de JCP;

e) 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 exposto no voto.

2) quanto à desmutualização:

a) a questão pode ser resumida de maneira simples: uma entidade isenta de imposto de renda acumulou durante inúmeros períodos superávits; ao fim e ao cabo, seja sob o entendimento de que houve extinção da entidade sem fins lucrativos, seja sob a ótica de transformação e cisão, desejam os então associados da entidade sem fins lucrativos, posteriormente guindados a acionistas da empresa, não submeter os ganhos da entidade, anteriormente não tributados, ao crivo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido;

b) 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;

c) os institutos da fusão, cisão e incorporação aplicam-se tão somente às sociedades empresárias. Logo, não podem as associações utilizar tais mecanismos de reestruturação societária. Isso porque o artigo 1.113 e seguintes do Código Civil, que tratam desses institutos societários, estão inseridos em livro específico do Estatuto Civil aplicável exclusivamente às sociedades empresárias;

d) nos termos do artigo 17, *caput* c/c §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.532/1997, 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 associação devolva bens e direitos à 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;

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

f) a dissolução da associação civil sem fins lucrativos deve resultar na destinação de seu patrimônio à 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 à pessoa que contribuiu para formação do patrimônio da associação civil, haverá a incidência tributária prevista no artigo 17 da Lei nº 9.532/1997;

g) estas regras aplicam-se, inclusive, em caso de dissolução parcial da associação civil, devendo o parágrafo único do art. 16 da Lei nº 9.532/1997 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;

h) inexistindo a possibilidade de cisão da associação civil, ou mesmo de destinação de seu patrimônio à entidade de fins econômicos, o fato jurídico que converteu os títulos patrimoniais que a recorrente possuía em ações negociáveis em Bolsa de Valores somente pode ser tratado 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;

i) o método da equivalência patrimonial, introduzido pela Lei nº 6.404/1976, não é aplicável às associações sem fins lucrativos;

j) 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 às Bolsas de Valores constituídas sob a forma de associação civil. Isso porque o artigo 4º da citada lei deixa claro que as normas expedidas pela CVM sujeitam apenas as companhias abertas;

k) 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, fizeram-nos em desrespeito ao artigo 248 da Lei nº 6.404/1976, porquanto o aludido dispositivo legal restringe a aplicação do MEP à avaliação de investimentos em sociedades coligadas ou controladas.

O contribuinte foi cientificado do aresto recorrido em 04/05/2017, à e-fl. 9.554.

Recurso Especial de Divergência interposto às e-fls. 9.557/9.653, em 19/05/2017, conforme e-fl. 9.555, alegando divergência jurisprudencial em relação aos acórdãos paradigmas:

a) nº 107-08.941, no tocante à dedutibilidade dos juros sobre o capital próprio;

b) nº 1401-000.902, no tocante à inobservância ao regime de competência e à preclusão;

c) nº 1103-001.047 e 3402-003.819, no tocante à desmutualização.

Nessa oportunidade, a recorrente aduz o seguinte, quanto ao mérito:

1) da dedutibilidade dos juros sobre o capital próprio:

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

- a remuneração do capital dos sócios ou acionistas, mediante pagamento ou crédito de juros, é uma faculdade que depende apenas de decisão formal nesse sentido (deliberação), tomada em assembléia de acionistas ou reunião de quotistas, ou em virtude de cláusula do estatuto ou do contrato social, momento em que surge a despesa a eles relativa;

- na ausência de previsão legal que determine sejam as deliberações, os pagamentos ou os créditos feitos em cada ano calendário, ou de dispositivo que vede o pagamento de juros sobre o capital próprio calculado sobre o patrimônio líquido de exercícios já encerrados, a pessoa jurídica tem absoluta liberdade para deliberar, no futuro, e efetuar o pagamento de valores relativos a juros sobre capital que já poderia ter deliberado em exercícios passados;

- atendidos os limites e condições previstos no artigo 9º da Lei nº 9.249/1995, nada mais pode ser exigido do recorrente para justificar a validade da dedução dos juros pagos, muito menos que efetuasse o pagamento ou crédito dos referidos juros no mesmo ano-calendário em que foram calculados;

- uma coisa é o limite previsto no *caput* do artigo 9º da Lei nº 9.240/1995, pelo qual os juros sobre capital próprio só são dedutíveis, “para a apuração do lucro real, até a variação *pro rata die*, da Taxa de Juros de Longo Prazo – TJLP”; limite este que se vincula, portanto, a um evento específico: a apuração do lucro real;

- outra coisa são as condições para o pagamento dos juros sobre capital próprio, que só pode ser feito até o montante de metade do lucro líquido do exercício antes da dedução dos juros sobre capital próprio, ou metade do somatório de lucros acumulados e reserva de lucros, o que for maior; condições estas que se vinculam, portanto, a um outro evento específico: o pagamento dos JCP;

- caso prevalecesse o equivocado entendimento da autoridade fiscal e do acórdão recorrido, não poderia o § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.249/1995 aludir aos "lucros acumulados", que necessariamente se referem a períodos de apuração passados;

- o entendimento do acórdão recorrido, além de não encontrar guarida na letra do *caput* do artigo 9º da Lei nº 9.249/1995, também vai contra sua finalidade, expressa na exposição de motivos EM nº 325/MF, relativa ao Projeto de Lei nº 913/1995, que resultou na Lei nº 9.249/1995;

- o fato de o contribuinte, mesmo podendo ter distribuído juros sobre capital próprio nos anos de 2006 e 2007 (conf. fls. 521/523), não tê-lo feito naqueles anos, resultando, assim, em elevação do nível de capitalização (que, de outra forma, seria reduzido pelos pagamentos de juros sobre capital próprio, naqueles anos), não pode fazer com que, em 2008, quando efetivamente veio a pagar os juros sobre capital próprio relativos aos anos de 2006 e 2007, seja ele "punido" com a indedutibilidade dos juros relativos a tal período, “justamente por ter melhor [sic] cumprido os objetivos da regra do artigo 9º da Lei nº 9.249/1995”;

2) inobservância ao regime de competência:

- o regime de competência está umbilicalmente ligado ao conceito de "despesa incorrida" e a despesa só se torna incorrida no momento em que é formada a relação jurídica, em razão da qual a pessoa jurídica se torna devedora dos juros e o seu beneficiário passa a poder exigir o pagamento dos juros como direito seu;

- no caso dos juros sobre capital próprio, a pessoa jurídica se torna devedora e o sócio ou acionista pode exigir o pagamento do valor respectivo apenas após a deliberação da sociedade. Antes da deliberação societária no sentido de que se efetue o pagamento de juros sobre o capital próprio, não há de se falar em direito subjetivo dos sócios ou acionistas ao seu recebimento, nem em despesa incorrida. Ou seja, não se pode cogitar, antes disso, em observância ao regime de competência, posto que não há ato jurídico que tenha tornado a pessoa jurídica devedora dos referidos juros;

- no caso concreto, o recorrente deliberou efetuar o pagamento de juros sobre capital próprio em 2008, tomando por base os patrimônios líquidos de 2006 e 2007, atendidas as condições e os limites previstos na Lei nº 9.249/1995. A despesa correspondente ao pagamento desses juros, portanto, somente surgiu para o recorrente em 2008;

- tendo em vista que, somente em 2008, ocorreu a deliberação sobre o pagamento/crédito dos valores desses juros, somente nesse ano-calendário a despesa a eles relativa tornou-se incorrida, ou seja, o pagamento desses valores tornou-se obrigação da empresa e direito dos acionistas, afetando o resultado;

3) preclusão ou renúncia:

- é princípio básico do direito que inexistente renúncia implícita ou presumida a direito, e a prova de que, no caso, jamais se pretendeu renunciar ao direito à remuneração por seus acionistas consiste na própria deliberação nesse sentido, ocorrida em 2008;

- ainda que para argumentar se admitisse, como entendeu o acórdão recorrido, que a despesa de JCP deve ser lançada e deduzida no exercício dentro do qual foi incorrida, não sendo dedutível em períodos posteriores, estaria a ocorrer mera postergação de despesas, que, no caso concreto, jamais poderia ter ocasionado o lançamento sem a prova de que teria gerado, daí, prejuízo do Fisco;

- o artigo 73 da Lei nº 12.973/2014 infirma por completo a tese sustentada pela Fazenda Nacional, pois somente na hipótese de sua total improcedência poderia fazer sentido que uma regra produzida em 2014 dispusesse sobre o cálculo do limite de dedução de juros sobre capital, relativos a exercícios anteriores;

4) desmutualização:

- mesmo antes do atual Código Civil, sob a égide da Lei das Sociedades Anônimas, doutrina e jurisprudência sempre entenderam que as operações de cisão e incorporação, não obstante disciplinadas no bojo de legislação específica para sociedades anônimas, aplicavam-se a todos os tipos de sociedade, inclusive associações sem fins lucrativos, como bem reconhecido pelo acórdão paradigma;

- esse também sempre foi o entendimento que prevaleceu nos diversos órgãos responsáveis pelo registro das pessoas jurídicas na esfera civil e comercial - Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas e Juntas Comerciais - de modo que essas operações são corriqueiramente efetuadas por todos os tipos de sociedade, sem qualquer oposição dos órgãos fiscalizadores;

- com o advento do atual Código Civil, previsões semelhantes às da Lei das S/A constam de seus artigos 1.113 a 1.122;

- não bastasse isso, o legislador deixou claro, no artigo 2.033 do Código Civil vigente, que tais operações - transformação, incorporação, cisão e fusão - são aplicáveis a todas as pessoas jurídicas - associações, sociedades e fundações;

- também não procede a alegação de que a cisão e a incorporação não podem ser aplicadas às sociedades civis por força do artigo 23 da Instrução Normativa nº 88/01, do Departamento Nacional de Registro do Comércio - DNRC;

- também o artigo 16 da Lei nº 9.532/1997 admite a cisão de entidades isentas e a transferência de bens e direitos de seu patrimônio para outra pessoa jurídica;

- ademais, o artigo 17 da Lei nº 9.532/1997 também não se aplica ao caso por várias razões: (i) aqui não ocorreu devolução de patrimônio aos associados, mas mera substituição - permuta - de títulos patrimoniais por ações em decorrência de operação de cisão; (ii) está-se cuidando de situação em que o investimento é avaliado a valor contábil - custo de aquisição corrigido - e os títulos patrimoniais, no caso, eram avaliados por equivalência patrimonial - valor de patrimônio líquido da CETIP; (iii) as atualizações dos títulos patrimoniais em causa decorreram de lucros e reservas capitalizados compulsoriamente pela CETIP e mantidos pelas associadas em conta de reserva de capitalização, sem terem sido distribuídos, hipótese que sempre foi contemplada com isenção prevista no Decreto-lei 1.109/70, artigo 3º; Decreto-Lei 1.598/77, artigo 63; Lei 8.849/94, artigo 3º;

- assentado que a operação de cisão da CETIP é lícita, legítima e perfeitamente admitida pelo ordenamento jurídico, os efeitos jurídicos dela decorrentes, inclusive no campo tributário, são os efeitos próprios da operação de cisão, que não se confunde com a extinção de sociedade com devolução de patrimônio aos sócios que, de resto, não ocorreu;

- é da essência da operação de cisão que os antigos sócios/acionistas da sociedade cindida recebam, em substituição da participação societária anterior, participação societária nova, na sociedade que absorveu o patrimônio da cindida;

- não houve qualquer devolução de patrimônio da sociedade cindida para os seus sócios, como sustenta o Fisco no caso concreto, porque esse patrimônio foi vertido para a sociedade resultante da cisão ou já existente, que o absorveu;

- para que houvesse devolução do patrimônio da cindida aos sócios, estes deveriam receber (ou ter a faculdade de receber) dinheiro ou bens e direitos constantes do ativo da cindida, jamais quotas/ações da outra sociedade, que ficou com o dinheiro ou os bens e direitos, eventualmente existentes;

- a própria Receita Federal, ao analisar a operação de cisão por força da qual foram substituídos títulos patrimoniais da Bovespa por ações da Clearing S/A (atual CBLC), não só a entendeu legítima, como atribuiu-lhe os efeitos permutativos que lhe são próprios, ou seja, concluiu ter havido mera troca dos títulos patrimoniais da associação por ações da empresa, sem qualquer ganho de capital naquele momento;

- afora o exposto, o artigo 22 da Lei 9.249/1995 dispõe que, na hipótese de devolução de capital/patrimônio ao sócios, o ganho de capital, se houver, é da pessoa jurídica que promove a devolução, o que faz com que, nesta hipótese e nesse momento, quem obtém ganho de capital e sofre a tributação é a pessoa jurídica que está devolvendo participação societária em bens e direitos;

- o sócio, acionista ou titular somente será tributado quando da alienação desses bens e direitos e caso venha a apurar ganho de capital;

- de fato, a permuta, enquanto não alienado o bem recebido, não implica acréscimo patrimonial, não podendo, assim, justificar a exigência de imposto de renda;

- nesse sentido são inúmeras as manifestações da doutrina e da jurisprudência administrativa e judicial, valendo ressaltar que os atos editados pela própria Receita Federal confirmam que operações com natureza permutativa não resultam em acréscimos patrimoniais tributáveis pelo IRPJ ou pela CSLL;

- tal entendimento foi vigorosamente defendido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em parecer aprovado pelo então Procurador-Geral (Parecer PGFN nº 970, de 23 de setembro de 1991), Tércio Sampaio Ferraz Júnior (cuidando, inclusive, de situação fática praticamente idêntica à presente), posteriormente aprovado pelo então Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, Marcílio Marques Moreira;

- , registre-se que a consequência para o desatendimento das condições legalmente previstas para gozo da isenção é a perda do benefício tributário, relativamente aos anos-calendário em que ocorrer a violação à legislação, nos termos dos artigos 13 e 14 da Lei nº 9.532/1997;

- portanto, no caso concreto, se o Fisco entendeu que a entidade isenta descumpriu a norma de isenção porque teria devolvido capital aos associados, então deveria ter aplicado as normas legais acima, suspendendo a isenção relativamente ao exercício social em que tal violação ocorreu, em vez de transmutar operação de cisão legítima em extinção com devolução de patrimônio, tudo com o objetivo de tributar nos associados o valor das atualizações dos títulos patrimoniais ocorridas ao longo de mais de vinte anos;

- uma vez assentado que as consequências fiscais da operação de cisão em causa só podem atingir as pessoas jurídicas envolvidas, para o recorrente, as consequências fiscais dessa operação de cisão são as mesmas que sofreriam os sócios de qualquer outra sociedade tributada: a) cujos investimentos são avaliados pelo método da equivalência patrimonial - não incidência sobre os resultados positivos; e b) que não receberam lucros e dividendos, porque estes foram capitalizados ao longo do tempo;

- o que pretendem a autoridade fiscal e o acórdão recorrido é simplesmente desconsiderar totalmente, no caso concreto, os efeitos da Portaria MF nº 785/1977, sendo certo que o tratamento tributário da matéria evidencia que, desde 1977, referidos Títulos

Patrimoniais já eram avaliados em função das mutações patrimoniais das Bolsas de Valores, sem efeitos fiscais, mesmo tratamento contábil e fiscal dispensado às variações positivas das participações societárias avaliadas pelo método da equivalência patrimonial, conforme artigo 248 da Lei 6.404/1976, artigo 23 do Decreto-lei 1.598/1977 e artigo 1º, inciso IV, do Decreto-Lei 1.648/1978;

- considerando que, nos termos das Leis nº 4.595/1964 e 6.385/1976, e de manifestações fiscais pacíficas, o CMN, Banco Central do Brasil e a CVM têm competência para normatizar a contabilidade das empresas por eles fiscalizadas, inclusive determinando a adoção da equivalência patrimonial - o Ofício Circular nº 325/1979, da CVM, e a Circular nº 1.273/1987, do Banco Central do Brasil (pela qual foi baixado o COSIF), determinaram que os títulos patrimoniais das bolsas fossem avaliados pelo método da equivalência patrimonial;

- sob os pontos de vista contábil e fiscal, os valores creditados na conta de reserva de atualização de títulos patrimoniais não representam qualquer acréscimo patrimonial tributável pelo IRPJ e CSLL, não podendo ser tributados, seja no momento da desmutualização das Bolsas, seja no momento da alienação das ações;

- a avaliação de investimento pelo valor de patrimônio da investida (no caso, o aumento de valor dos títulos da CETIP em função da variação do seu patrimônio) é neutra, para fins fiscais, porque não representa efetivo ganho das investidoras, enquanto e se as investidas não distribuírem lucros ou dividendos ou devolverem patrimônio aos sócios. A só avaliação não implica fato gerador do IRPJ e da CSLL, porque não implica aquisição de renda ou lucro, mas mera expectativa;

- com base nisso, forçoso é concluir que não sofre tributação, pelo imposto de renda, o valor das atualizações dos títulos patrimoniais da CETIP, efetuadas pelo método da equivalência patrimonial, mantidos em reserva, até porque, em face do registro contábil diretamente no Patrimônio Líquido, sem trânsito por conta de resultado, ou pelo patrimônio líquido do exercício, para que a tributação dessa atualização fosse possível seria necessário a existência de previsão legal expressa que determinasse sua adição ao lucro real e à base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro;

- o valor da atualização patrimonial dos títulos da CETIP compõe o valor do ativo permanente de investimento em títulos patrimoniais e, assim, compõe o respectivo custo para todos os fins, inclusive para futura apuração de ganho de capital;

- ainda que tais acréscimos transitassem por conta de resultado, eles não seriam alcançados pela tributação porque, ao longo do tempo, sempre houve norma de isenção específica, determinando, expressamente, sua exclusão na apuração do valor que serviria de base de cálculo do imposto de renda;

- a Portaria MF nº 785/1977, editada em época anterior à instituição do COSIF, portanto, quando o acréscimo do valor dos títulos patrimoniais transitava por conta de resultado, determinou sua exclusão do lucro real;

- considerando que a CETIP, por força das normas contábeis, societárias e fiscais, acima citadas, de um lado, não distribuía lucros e, de outro, estava obrigada anualmente a atualizar o valor nominal dos títulos, e informar esses valores às suas associadas, promovendo verdadeira "capitalização" compulsória dos acréscimos decorrentes de sua valorização patrimonial, deduz-se, pois, que estas se subsumiam perfeitamente à norma de

isenção prevista no artigo 3º, *caput*, do Decreto-lei nº 1.109/1970, estendendo-se essa não incidência aos sócios, acionistas e titulares beneficiários, pessoas físicas ou jurídicas, conforme previsto no § 1º do mesmo dispositivo legal, desde que não distribuídos (poderiam capitalizar tais valores sem tributação, mas, no caso, sempre foram mantidos em reserva para futura capitalização);

- essa disciplina legal foi reproduzida no artigo 63 do Decreto-lei 1.598/1977;

- com o advento da Lei nº 7.713/1988, esse benefício ficou limitado a 31/12/1988, tendo sido novamente previsto no artigo 3º da Lei 8.849/1994, com redação alterada pela Lei nº 9.064/1995 (texto em parte consolidado no artigo 658 do Decreto 3.000/99, RIR/99);

- a partir de 1996, a distribuição de lucros ou dividendos passou a não se sujeitar à tributação na fonte ou na declaração, para o sócio, acionista ou titular do investimento, por força do artigo 10 da Lei nº 9.249/1996;

- desde então, tem-se por revogada a norma de isenção prevista na Lei nº 8.849/1994, que só se aplicaria ao imposto de renda na fonte por ocasião da distribuição de lucros apurados nos anos de 1994 e 1995. Ou seja, estariam isentos dessa tributação na fonte os lucros originados em 1994 e 1995 e capitalizados conforme o previsto na Lei nº 8.849/94;

- contudo, o art. 10 da Lei nº 9.249/1996 não torna prejudicado o inteiro teor do artigo 3º da Lei nº 8.849/1994, porque exclui da tributação a distribuição de dividendos calculados sobre lucros apurados pelas empresas tributadas pelo lucro real, presumido ou arbitrado, sendo mais restrito em face do artigo 3º da Lei nº 8.849/1994, que é mais amplo, tratando de quaisquer lucros apurados por qualquer pessoa jurídica, mesmo aqueles não tributados;

- além disso, a Lei nº 8.849/94 não cuida apenas de imposto de renda na fonte, porque prevê expressamente que "os aumentos de capital das pessoas jurídicas mediante incorporação de lucros ou reservas não sofrerão tributação do imposto sobre a renda", mesmo que os "lucros" ... não tenham sido submetidos à tributação" (artigo 3º, § 1º), estendendo essa isenção aos sócios beneficiários de ações, quotas ou quinhões resultantes do aumento de capital, sem distinguir entre o investidor pessoa física ou jurídica (§ 2º);

- estando em vigor essa isenção, por força do artigo 3º da Lei nº 8.849/1994, que foi prevista pela primeira vez no artigo 3º do DL 1.109/1970, expressamente referido na Portaria MF nº 785/1977 do Ministério da Fazenda, não há dúvida de que ela é aplicável aos títulos da CETIP, ou seja, o acréscimo patrimonial percebido pelos associados da CETIP, originário do aumento do valor nominal dos títulos patrimoniais da CETIP está, e sempre esteve, fora do âmbito de incidência do imposto de renda, porque jamais ocorreram os fatos previstos no parágrafo 4º do artigo 3º da Lei - devolução de capital/patrimônio aos sócios/associados no prazo de 5 (cinco) anos a contar da capitalização dos lucros e reservas. Trata-se de condição resolutiva que, enquanto não ocorrida, mantém os efeitos da isenção tributária, para todos os fins de direito (artigo 128 do Código Civil);

- tanto a cisão não implica redução do capital/extinção da sociedade com devolução de capital aos sócios, mas continuidade das entidades cindidas, e sua ocorrência não acarreta perda da isenção, que a própria Lei nº 8.849/1994 no artigo 3º, § 8º, regula a espécie, prevendo que as sociedades resultantes da cisão sucedem às cindidas, na contagem do prazo de

cinco anos, sem solução de continuidade, para observância da condição resolutiva prevista no § 4º;

- ou seja, em face das disposições da Lei nº 8.849/199, e considerando que a CETIP, quando apura superávit/lucro, é obrigada a capitalizá-los anualmente, informando a valorização dos títulos patrimoniais a seus associados, o valor do aumento de capital só poderá ser, um dia, no futuro, considerado rendimento tributável (lucros distribuídos) para os associados, se a associação (ou a sociedade que a sucedeu na cisão), nos cinco anos seguintes à capitalização dos "lucros ou reservas", reduzir capital ou se extinguir com devolução de capital/patrimônio aos associados.;

- como no caso concreto essa situação de fato não ocorreu, porque nem a CETIP, a CETIP S/A e o recorrente jamais sofreram redução de capital ou foram extintos com devolução de patrimônio aos sócios - o patrimônio das entidades continua a pertencer integralmente às sociedades anônimas nas quais se transformaram - então aquela isenção tornou-se definitiva para os aumentos dos valores dos títulos capitalizados (ou mantidos em reserva para esse fim) ao menos até 2004;

- não obstante todo o acima exposto, a partir da interpretação histórica, sistemática e literal das normas legais e regulamentares que disciplinam a não incidência de tributos sobre os resultados positivos da avaliação de investimentos pelo método da equivalência patrimonial, bem como das normas legais que instituíram isenção na distribuição de lucros que foram capitalizados há mais de 5 (cinco) anos, que os aumentos de valor incorporados aos títulos patrimoniais da CETIP compõem o seu valor contábil, não podendo sofrer tributação pelo IRPJ e pela CSLL;

- a única diferença entre as pessoas jurídicas sem fins lucrativos, no caso, a CETIP, e as com fins lucrativos, é que as primeiras capitalizam seus resultados compulsoriamente, por exigência de normas do BACEN, enquanto as demais o fazem voluntariamente. Contudo, uma vez capitalizados os resultados, o regime jurídico aplicável é exatamente o mesmo;

- assentado que as atualizações dos títulos patrimoniais da CETIP integram o valor do ativo, fica evidenciada a improcedência dos autos de infração lavrados.

Ante o exposto, pede seja admitido e provido o presente Recurso Especial, reformando-se o acórdão recorrido de modo a reconhecer a flagrante improcedência do lançamento, quanto às matérias objeto deste apelo.

Despacho de encaminhamento à PGFN no dia 14/09/2017, à efl. 9915. Contrarrazões apresentadas no dia mesmo dia, à efl. 9945.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Flávio Franco Corrêa, Relator.

O presente Recurso Especial é tempestivo. No entanto, não pode ser admitido em relação aos temas "inobservância do regime de competência" e "preclusão/renúncia", na

forma do artigo 67, § 15, do vigente RICARF-Anexo II, introduzido pela Portaria MF nº 329/2016. Isso porque o apelo a esta instância especial foi interposto no dia 19/05/2017, posteriormente à data de 06/04/2017, quando esta 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais deliberou para reformar o acórdão paradigma nº 1401-000.902, proferindo o acórdão nº 9101002.778. Assim, remanescem as questões trazidas ao debate desta Turma quanto aos juros sobre o capital próprio e à desmutualização, que devem ser conhecidas, em consonância com o Despacho de Admissibilidade às efls. 9.834/9.878.

Inicialmente, aprecia-se a dedutibilidade dos juros sobre o capital próprio.

Como é cediço, a dedutibilidade dos juros sobre o capital próprio é regida pelo artigo 9º e §§ da Lei nº 9.249/1995, com a seguinte redação, ao tempo da lavratura do auto de infração:

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

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

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

§ 3º O imposto retido na fonte será considerado:

I - antecipação do devido na declaração de rendimentos, no caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real;

II - tributação definitiva, no caso de beneficiário pessoa física ou pessoa jurídica não tributada com base no lucro real, inclusive isenta, ressalvado o disposto no § 4º;

§ 4º (Revogado pela Lei nº 9.430, de 1996)

§ 5º No caso de beneficiário sociedade civil de prestação de serviços, submetida ao regime de tributação de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987, o imposto poderá ser compensado com o retido por ocasião do pagamento dos rendimentos aos sócios beneficiários.

§ 6º No caso de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real, o imposto de que trata o § 2º poderá ainda ser compensado com o retido por ocasião do pagamento ou crédito de juros, a título de remuneração de capital próprio, a seu titular, sócios ou acionistas.

§ 7º O valor dos juros pagos ou creditados pela pessoa jurídica, a título de remuneração do capital próprio, poderá ser imputado ao valor dos dividendos de que trata o art. 202 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sem prejuízo do disposto no § 2º.

§ 8º Para os fins de cálculo da remuneração prevista neste artigo, não será considerado o valor de reserva de reavaliação de bens ou direitos da pessoa jurídica,

exceto se esta for adicionada na determinação da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido.”

Para a devida compreensão dos fatos, revela-se necessário transcrever o seguinte trecho do Termo de Verificação Fiscal, às efls. 8.929/8.958, onde a Fiscalização registrou a auditoria e as conclusões do trabalho:

"No ano-calendário de 2008, o UNIBANCO deduziu na apuração do Lucro Real despesas de juros sobre capital próprio no montante de R\$ 860.997.499,85 (oitocentos sessenta milhões noventa e sete mil quatrocentos noventa e nove reais e oitenta e cinco centavos), conforme informado em sua DIPJ/2009 -Ano Calendário 2008 -ND 1678381 - linha 49 da ficha 06B.

No entanto, com base nas informações apresentadas em sua DIPJ/2009, verificou-se, em uma análise inicial, que o contribuinte não teria preenchido os requisitos referentes aos limites previstos no art. 9º da Lei nº 9.249/95, sendo assim imprescindível uma análise pormenorizada sobre esta operação do contribuinte.

Inicialmente, foram solicitadas informações sobre o cálculo de juros sobre capital próprio, com a apresentação dos documentos contábeis pertinentes, conforme itens 2, 3 e 6. do Termo de Intimação Fiscal-TIF-nº 01, de 12 de janeiro de 2012.

Em expediente-resposta recepcionado nesta DEINF em 13 de março de 2012, o UNIBANCO apresenta cópia do razão analítico da conta nº 8195500001 - "DESPESAS COM JUROS AO CAPITAL", planilhas com demonstrativo de apuração dos JCP com base na TJLP do período e observância dos limites de dedutibilidade com datas base em 31 de março, 31 de julho, 30 de setembro e 30 de novembro de 2008 e informou o embasamento legal que justificasse sua dedutibilidade, conforme segue:

[...]

A deliberação societária a respeito da remuneração aos acionistas do UNIBANCO no ano-calendário 2008 se deu através de juros a título de remuneração sobre o capital próprio, na forma de distribuições trimestrais, e constou das Atas Sumárias da Reunião do Conselho de Administração do UNIBANCO datadas de 27 de março, 21 de julho, 25 de setembro e 21 de novembro de 2008, sendo estes valores imputados ao valor do dividendo obrigatório referente ao ano de 2008.

Estas deliberações administrativas foram ratificadas conforme item 2 da Ata Sumária da Assembléia Geral Ordinária dos acionistas do UNIBANCO realizada em 30 de abril de 2009, no montante de R\$ 860.997.499,85.

O quadro a seguir apresenta a execução desta despesa com o resumo dos valores contábeis e a respectiva conciliação com a DIPJ;

[...]

Análise preliminar dos cálculos relativos à observância dos limites de dedutibilidade apresentados em resposta ao TIF nº 01 identificou inconsistência entre o valor deduzido de R\$ 860.997.499,85 e o limite calculado pelo UNIBANCO, no montante de R\$ 685.336.734,62, pelo que solicitamos esclarecimentos e documentação adicionais, itens 5 e 6 do Termo de Intimação Fiscal nº 02, de 14 de maio de 2012.

Em expediente-resposta recepcionado nesta DEINF em 01 de agosto de 2012, o UNIBANCO informou que o pagamento de JCP se baseou em saldos de exercícios anteriores, conforme segue:

"Em relação à dedução de JCP relativo ao ano-calendário 2008, o valor total pago no ano é de R\$ 860.997.499,85, sendo que este valor é composto pela somatória de R\$ 342.442.142,18 e de R\$ 518.555.126,07, correspondente ao saldo de JCP não utilizada respectivamente em 2006 e 2007.

O limite de cada ano é o produto da aplicação da TJLP pro-rata dia sobre o Patrimônio Líquido, nos termos da legislação vigente. "

Tendo em vista a informação acima de utilização de valores relativos a exercícios anteriores solicitamos novos esclarecimentos, Termo de Intimação Fiscal de nº 13 de 18 de fevereiro de 2013, atendido conforme expediente resposta recepcionado nesta DEINF em 27 de março de 2013, onde informa

"Sendo assim, vê-se que:

- o limite de R\$ 685.336.734,62, correspondente a aplicação da TJLP sobre o Patrimônio Líquido do ano-calendário de 2008, não foi utilizado, visto ter sido constatado valores de exercícios anteriores que não tinham sido efetivamente pagos;

- o limite de dedutibilidade corresponde ao maior valor entre a) 50% do lucro acumulado; e b) 50% do lucro do exercício corrente, conforme quadro abaixo:

[...]

Na resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 01, o UNIBANCO apresenta demonstrativo com o cálculo dos limites de JCP com data base de 30 de novembro de 2008: questionado - item 1 do Termo de Intimação Fiscal nº 14 de 24 de maio de 2013 - a apresentar o enquadramento legal que justificasse a utilização desta data e não a de encerramento do exercício social - 31 de dezembro de 2008, informou através de expediente-resposta recepcionado nesta DEINF em 14 de junho de 2013 o que segue:

"O pagamento ocorreu em 31.11.2008 (sic) por deliberação do Conselho de Administração, conforme Ata Sumária da Reunião do Conselho de Administração do Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A., realizada no dia 21.11.2008."

No mesmo expediente-resposta de 14 de junho de 2013 apresenta quadro denominado "JCP Utilização de forma retroativa em 2008" onde indicada sob a forma de um "conta-corrente" desde o ano-calendário de 2002 os limites para distribuição, a utilização no próprio ano, o estoque e os valores efetivamente utilizados nos anos-calendário 2007 e 2008, anexando documentação societária - atas de assembléias gerais ordinárias e extraordinárias de 2003 a 2007 - e informa ainda que " o pagamento de JCP ocorrido no ano-calendário de 2007 encontra-se controlado no Processo Administrativo 16327.720115/2012-13, atualmente aguardando o resultado do Recurso Voluntário de Fazenda." (sic)

Em resumo, o procedimento do UNIBANCO implicou na [sic] dedução no ano calendário 2008 de despesas de JCP no montante total de R\$ 860.997.499,85,

montante este creditado aos acionistas em quatro parcelas não idênticas, março, julho, setembro e novembro de 2008 e imputado aos dividendos obrigatórios do ano-calendário 2008.

2.2 DO DIREITO APLICADO

[...]

Além das condições acima citadas, para efeito de apuração do lucro real e da contribuição social sobre o lucro líquido, a dedutibilidade dos juros remuneratórios deve ainda atender a outras condições previstas na IN/SRF 11/96: observar o regime de competência, ser pago/creditado individualmente a titular, respeitar o limite da variação da TJLP sobre as contas do patrimônio líquido.

Juros Sobre o Capital Próprio

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

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

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

- 1) da reserva de reavaliação de bens e direitos da pessoa jurídica;**
- 2) da reserva especial de que trata o art. 428 do RIPJ94;**
- 3) da reserva de reavaliação capitalizada nos termos dos arts. 384 e 385 do RIPJ94, em relação às parcelas não realizadas.**

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

- a) do lucro líquido correspondente ao período-base do pagamento ou crédito dos juros, antes da provisão para o imposto de renda e da dedução dos referidos juros; ou**
- b) dos saldos de lucros acumulados de períodos anteriores, (grifos nossos)**

A instrução normativa SRF 41/98, com o objetivo de elucidar a aplicabilidade do art. 9º da Lei nº 9.249, de 1995, esclareceu considerar-se creditado, individualizadamente, o valor dos juros sobre o capital próprio, quando a despesa for registrada na escrituração contábil da pessoa jurídica em contrapartida a conta ou subconta de seu passivo exigível, representativa de direito de crédito do sócio.

IN SRF nº 41/98

"Dispõe sobre os Juros remuneratórios do capital próprio. O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso de suas atribuições, resolve: Art. 1º. Para efeito do disposto no art. 9º da

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

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

Com isso, se verifica que as Instruções Normativas nºs 11/96 e 41/98, respectivamente, nos artigos 29º e 4º, impõem expressamente uma limitação temporal na determinação dos juros sobre o capital próprio (JCP), quando fazem referência ao regime de competência dos exercícios.

Ademais, não custa aqui "reiterar que a necessidade de observância do regime de competência para as Sociedades Anônimas está prevista no caput do Art. 177 da Lei nº 6.404/76

[...]

Ou seja, resta claro que o regime de competência deve ser obedecido pela empresa na apuração do lucro real, considerando que, em se tratando de Sociedade Anônima, a expressa previsão legal encontra-se no art. 177 da Lei 6.404/76.

[...]

Ou seja, as contas do exercício só têm existência jurídica quando sobre elas tiver recaído deliberação homologatória da Assembléia dos acionistas. E uma vez aprovadas, são atos jurídicos perfeitos e acabados, só cabendo ser retificadas nos casos de erro, dolo ou simulação.

A aprovação das demonstrações implica em verificar as operações realizadas pela administração, os lançamentos contábeis e documentos que o embasam, bem como os dados do balanço patrimonial e de resultado econômico. Cabendo, inclusive, deliberação sobre a destinação do lucro do exercício, se existente.

Por outro lado, do ponto de vista econômico, temos que a aprovação das demonstrações financeiras reflete um interesse público. Perante terceiros, as contas do exercício quando aprovadas se revestem de um ato jurídico perfeito, e tornam-se uma ferramenta essencial para que seja avaliada a situação financeira e os resultados da empresa, indispensável para que os interessados em realizar negócios com esta possam tomar suas decisões respaldados em informações certas e verificadas.

Neste cenário, permitir que deliberações no futuro gerem despesas referentes a exercícios passados além de ocasionar uma atmosfera de insegurança jurídico-econômica aos usuários dos balanços publicados, vai frontalmente de encontro às normas legais então vigentes.

Tal entendimento, encontra respaldo nas palavras do jurista Edmar Oliveira Andrade Filho¹ que aborda o tema nos seguintes termos:

[...]

¹Andrade Filho, Edmar Oliveira. Imposto de Renda das Empresas - 6a Edição. São Paulo:Atlas, 2009, p. 268 - '

Logo, podemos concluir que para haver dedutibilidade das despesas de JCP necessário se faz que tenha se materializado o fato gerador correspondente, ou seja, a deliberação social tomada no devido tempo, e que a empresa tenha observado as condições previstas na lei 9.249/95, ou seja, o pagamento ou creditamento, em favor dos sócios/acionistas com o devido registro contábil no ano de competência, além de obedecer os limites previstos na lei.

E importante destacar que os juros sobre o capital constituem uma remuneração dos acionistas em razão dos investimentos realizados na sociedade pagadora dos juros. Contudo, deve-se segregar as implicações dos juros sobre o capital próprio no âmbito da legislação societária e no âmbito das normas que regulam a dedutibilidade fiscal. Nesse sentido, mais uma vez, o magistério de Edmar Oliveira Andrade Filho² é preciso, *in verbis*:

[...]

No caso, o não exercício da faculdade em questão, prevista no art. 9º da Lei nº 9.249/1995, ensejou a *preclusão consumativa* do direito de fazê-lo; uma vez que o UNIBANCO optou por exercer apenas *parcialmente* a referida *faculdade* nos anos-calendário de 2002 a 2006. Todavia, estas possíveis sobras de JCP destes anos anteriores não exercidas foram consideradas para pagamento e dedução de JCP na apuração do ucro real do ano-calendário de 2007.

Deve-se ainda esclarecer, que o não exercício puro e simples da faculdade em questão enseja a *preclusão temporal*, por decurso do prazo concedido para seu exercício. Na hipótese de exercício integral da faculdade, ou mesmo *parcial*, sendo esta a hipótese deste procedimento de fiscalização, ocorre a *preclusão consumativa*, significando que o UNIBANCO já consumou o ato de utilização da faculdade. O limite concedido não necessariamente deve ser integralmente exaurido para que se configure o *exercício da* faculdade. Em consequência, não cabe cogitar-se de "direito adquirido" para utilização da parte não exercida, em anos posteriores, resultando em renúncia por parte do UNIBANCO, destes valores excedentes de despesas de JCP.

[...]

2.3 DA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO

O Ato Declaratório Normativo COSIT nº 13, de 27/05/1996, DOU de 28/05/1996 dispõe:

"O limite, para fins de dedutibilidade, como despesa financeira, do valor dos juros pagos ou creditados, ainda que capitalizados, a título de remuneração de capital próprio, será de cinquenta por cento do lucro líquido correspondente ao período-base do seu pagamento ou crédito, antes da provisão para o imposto de renda e da dedução dos referidos juros, ou dos saldos de lucros acumulados de períodos anteriores, o que for maior."

Pois bem, para o critério de lucro líquido do exercício se verifica a inexistência de lastro que suporte a dedução de despesas de JCP no ano-calendário 2008 conforme quadro a seguir:

²Andrade Filho, Edmar Oliveira. Imposto de Renda das Empresas - 6a Edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 266 ' ' ■

LUCRO LÍQUIDO ANTES IRPJ – L72 DA FICHA 06B	-2.609.006.974,44
AJUSTE JCP DEDUZIDOS	860.997.499,85
BASE DE CÁLCULO DO LIMITE	-1.748.009.474,59

Cabe ressaltar a tentativa do fiscalizado em antecipar o pagamento de JCP do quarto trimestre de 2008, de 31 de dezembro para 20 de novembro, de forma a atender o limite para dedutibilidade pelo -critério do lucro líquido do exercício, ao contrário do inicialmente determinado pela deliberação social de março de 2008 que previa pagamentos trimestrais, procedimento este indicativo de já haver previsão de alteração significativa no resultado do exercício, de lucro para prejuízo, em função da associação com o Itaú, como de fato ocorreu

Pelo critério de lucros acumulados se faz necessário ajustar o saldo existente em 31 de dezembro de 2008 em função da dedução dos próprios JCP relativos a 2008 contra esta rubrica, conforme Demonstração de Mutações do Patrimônio Líquido resumida a seguir:

SALDO DE LUCROS ACUMULADOS E RESERVAS DE LUCROS EM 31.12.2008	-407.419.462,25
AJUSTE – TJLP – Juros sobre o Capital Próprio 1º Sem	585.778.000,00
AJUSTE – TJLP – Juros sobre o Capital Próprio 2º Sem	275.219.499,85
SALDO DE LUCROS ACUMULADOS E RESERVAS DE LUCROS EM 31.12.2008 AJUSTADO	453.578.037,60
LIMITE 50%	226.789.018,80
JCP DEDUZIDO	860.997.499,85
EXCESSO DE JCP DEDUZIDO	-634.208.481,05

Diante disto, apuramos a glosa parcial de JCP pagos/creditados no ano-calendário de 2008, a ser adicionado ao lucro real e à base de cálculo da CSLL de ofício, no montante de RS 634.208.481,05. montante este objeto do presente lançamento de ofício." (grifos no original)

Assim postos os fatos, impõem-se as seguintes razões, na solução da questão examinada.

A remuneração dos juros sobre capital próprio é uma faculdade que os sócios/acionistas podem exercer, desde que exista deliberação nesse sentido, aprovada em assembleia de acionistas ou reunião de quotistas. Portanto, não há que se falar na dedutibilidade dos juros sobre o capital próprio se não houver deliberação dos próprios sócios ou acionistas, a respeito do pagamento ou crédito dessa remuneração.

A dedutibilidade dos juros sobre o capital próprio está sujeita a regras que estabelecem limites quantitativos. Uma dessas regras se refere ao limite de dedutibilidade que é função da taxa de juros fixada no *caput* do artigo 9º da Lei nº 9.249/1995. A outra regra estipula o limite de dedutibilidade que é função dos lucros acumulados e da reserva de lucros, conforme o § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.249/1995.

Os juros sobre o capital próprio também estão sujeitos a regras jurídicas que estatuíram a observância ao regime de competência. Com efeito, os artigos 177 e 187 da Lei nº 6.404/1976 preceituam a observância ao regime de competência, assim como os §§ 4º a 7º do artigo 6º do Decreto-lei nº 1.598/1977. O artigo 9º da Lei nº 9.249/1995 não instituiu regra de exceção ao regime de competência, quanto à dedutibilidade dos juros sobre o capital próprio.

O período de competência dos juros sobre o capital próprio é aquele em que ocorreu a deliberação dos sócios para pagamento ou crédito dessa remuneração, afinal a sociedade não está obrigada a reconhecer esse encargo antes da aprovação dos sócios ou acionistas. Estes também não têm o direito de exigí-la sem a prévia edição do ato jurídico que corporifica a decisão que aprova o pagamento ou crédito dos juros sobre o capital próprio.

Se não houve deliberação a favor do pagamento ou crédito de juros sobre o capital próprio, não há como se exigir tal remuneração. Nessas circunstâncias, infere-se que os sócios ou acionistas deliberaram no sentido de não se efetuar o crédito ou o pagamento, em reverência à própria autonomia.

Se sócios ou acionistas podiam estabelecer o pagamento ou crédito de juros sobre o capital próprio e renunciaram o direito de deliberar nesse sentido, as demonstrações financeiras são aprovadas sem a dedução dessa remuneração. Não aprovando o pagamento ou crédito dos juros sobre o capital próprio, a sociedade deixou de reservar qualquer montante do resultado do exercício para pagamento ou crédito dessa remuneração.

A recorrida efetuou o pagamento, em 2008, de juros sobre o capital próprio calculados sobre o patrimônio líquido dos anos-calendário de 2006 e 2007. Essa conduta implica violação ao regime de competência, por deduzir do resultado tributável do ano-calendário de 2008 encargos com juros incidentes sobre o patrimônio líquido dos anos-calendário de 2006 e 2007.

Anote-se, ainda, que os sócios ou acionistas não aprovaram a remuneração a título de juros sobre o capital, no encerramento dos anos-calendário de 2006 e 2007. Sabendo-se que os juros sobre o capital próprio são remunerações incidentes sobre o patrimônio líquido de determinado ano-calendário, não podem ser deduzidas do resultado do tributável de outros períodos de apuração. Isso porque a apuração do IRPJ e da CSLL é atrelada ao princípio da competência que está implícito no § 1º do artigo 187 da Lei nº 6.404/1976, segundo a qual as receitas e os rendimentos ganhos no período, independentemente de sua realização em moeda, devem ser computados no resultado do exercício juntamente com os custos, despesas, encargos e perdas, pagos ou incorridos, correspondentes da essas receitas e rendimentos.

Também a disciplina do § 4º do artigo 6º do Decreto-lei nº 1.598/1977 traduz a relevância do princípio da competência, ao determinar a alocação de valores que reduzem o resultado tributável ao período-base a que competir.

Na linha do que se defende neste voto, cite-se o acórdão 9101002.180, sessão de 19/01/2016, relator Conselheiro Rafael Vidal de Araújo:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ
Ano-calendário: 2007

JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. FACULDADE SUJEITA AO REGIME DE COMPETÊNCIA E A CRITÉRIOS TEMPORAIS. DEDUÇÃO EM EXERCÍCIOS POSTERIORES. VEDAÇÃO.

1- 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.

2- As despesas de Juros com Capital Próprio devem ser confrontadas com as receitas que formam o lucro do período, ou seja, tem que estar correlacionadas com as receitas obtidas no período que se deu a utilização do capital dos sócios, no período em que esse capital permaneceu investido na sociedade.

3- A aplicação de uma taxa de juros que é definida para um determinado período de um determinado ano, e seu rateio proporcional ao número de dias que o capital dos sócios ficou em poder da empresa, configuram importante referencial para a identificação do período a que corresponde a despesa de juros, e, conseqüentemente, para o registro dessa despesa pelo regime de competência,

4- Não existe a possibilidade de uma conta de despesa ou de receita conservar seus saldos para exercícios futuros. Em outros termos, apurado o resultado, o que era receita deixa de sê-lo e também o que era despesa deixa de sê-lo. Apenas as contas patrimoniais mantêm seus saldos de um ano para outro. os JCPs podem passar de um exercício para o outro, desde que devidamente incorrida e escriturada a despesa dos JCPs no exercício em que o capital dos sócios foi utilizado pela empresa, com a constituição do passivo correspondente.”

Ressalta a recorrente que, caso não se entenda que a despesa não é referente ao ano-calendário da deliberação do pagamento dos juros sobre o capital próprio (2008), seria forçoso concluir que ocorreu mera postergação de despesa. Essa conclusão, todavia, não se sustenta. Os Formulários de Apuração do Prejuízo Fiscal e da Base de Cálculo Negativa da CSLL (efls. 8.959/8.960), o Demonstrativo de Compensação de Prejuízos Fiscais (efl. 8.903), o Demonstrativo da Base de Cálculo Negativa da CSLL (efl. 8.911) e o demonstrativo de compensação de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa de CSLL elaborado pela Fiscalização (efl. 8.957) evidenciam que os valores de despesas de juros relativas ao patrimônio líquido de 2006 e 2007, indevidamente apropriados aos resultados tributáveis de 2008, não implicaram pagamento de tributo a maior em 2008, considerando que, nesse ano, a recorrida apurou prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL, que foram ajustados pela Fiscalização, com a glosa dos juros apropriados pelo contribuinte no referido ano-calendário. Aqui, é preciso enfatizar que tais ajustes sequer reverteram o prejuízo fiscal para lucro real, como também não foram suficientes para transformar a base de cálculo negativa de CSLL em base positiva.

Diante do exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial do contribuinte, no tocante à dedutibilidade dos juros sobre o capital próprio.

No passo seguinte, a questão relacionada à desmutualização.

Em primeiro plano, reporta-se ao relato da Fiscalização, consignado no Termo de Verificação Fiscal, à efls. 8.839/8.944:

"Segue pequeno histórico da CETIP Associação, extraído do documento intitulado "Formulário de Referência" disponível no site cetip.infoinvest.com.br:

"A CETIP Associação foi constituída em 1984, de acordo com as leis vigentes no Brasil como uma entidade sem fins lucrativos por participantes do mercado de renda fixa privado com o apoio do Banco Central.

As atividades da Companhia se iniciaram em 6 de março de 1986, através da constituição em 1984 de uma entidade sem fins lucrativos por participantes do mercado de renda fixa privada com o apoio do Banco Central.

O objeto social da CETIP Associação era oferecer serviços integrados de custódia, negociação eletrônica, registro de negócios e liquidação financeira para Ativos de Renda Fixa e Derivativos de Balcão.

Iniciamos as nossas operações em 6 de março de 1986.

A história da CETIP Associação foi marcada por adaptações estruturais e tecnológicas em razão de um cenário macroeconômico em transformação. Durante as duas décadas que se seguiram ao início de nossas operações foram implementados diferentes planos econômicos (Plano Bresser, Plano Verão, Plano Collor,; Plano Collor II e Plano Real) e ocorreram quatro trocas de moedas (Cruzado, Cruzado Novo, Cruzeiro, Cruzeiro Real e Real), além de importantes redirecionamentos político-institucionais, crises econômicas internacionais, implementação do SPB, intensificação do processo de globalização financeira e, finalmente, o ciclo de desmutualização, abertura de capital e consolidação dos mercados de bolsa e de balcão organizado.

Em 1988, foi celebrado um acordo com a ANDIMA para operar o SND e, a partir de 2003, a CETIP Associação passou a receber 19% da receita gerada pelo referido sistema.

Em 29 de maio de 2008, foi aprovada a Desmutualização da CETIP Associação que passou a ter efeitos a partir de 1º de julho de 2008.

Em conexão com o processo de Desmutualização e através da incorporação da ANDIMA SND, nos tornamos os únicos, detentores dos direitos sobre o SND (inclusive contratos e ativos intangíveis, notadamente marcas e direitos sobre os sistemas e softwares com vidas [úteis indefinidas) e da marca "SDT", passando a auferir a totalidade da receita gerada pelo SND.

Por meio da Desmutualização, os direitos patrimoniais dos antigos associados foram desvinculados dos Direitos de Acesso, e convertidos em participações acionárias. Assim, desde a Desmutualização, as atividades da CETIP passaram a ser desenvolvidas por uma sociedade por ações com fins lucrativos. " (grifo. nosso)."

O objetivo da desmutualização da CETIP Associação, consubstanciada através de cisão parcial de seu patrimônio e simultânea subscrição de ações da CETIP S.A., foi o de transferir as atividades compreendidas no objeto social da associação civil sem fins lucrativos CETIP, para outra entidade, organizada sob a forma de sociedade anônima, a CETIP S.A.

É certo que os títulos patrimoniais da CETIP detidos pelos associados apresentavam dois aspectos distintos. O primeiro, de conteúdo patrimonial, refletia o valor da participação dos associados no capital da CETIP.

O segundo, de natureza operacional, permitia a eles o chamado "Direito de Acesso", ou seja, dava-lhes o direito de operar na CETIP.

Conforme acima indicado, "Por meio da Desmutualização, os direitos patrimoniais dos antigos associados foram desvinculados dos Direitos de Acesso, e convertidos em participações acionárias. Assim, desde a Desmutualização, as atividades da CETIP passaram a ser desenvolvidas por uma sociedade por ações com fins lucrativos." (grifo nosso)."

Com a desmutualização, ocorreu a separação entre o conteúdo operacional do título e os direitos patrimoniais, que passaram a estar corporificados em ações da CETIP S. A.

As condições iniciais para a desmutualização foram estabelecidas em documento societário "Instrumento de Protocolo e Justificativa da Operação de Cisão Parcial da CETIP - CÂMARA DE CUSTÓDIA E LIQUIDAÇÃO" lavrado em 14 de Abril de 2008.

Caberia a cada detentor de título representativo do patrimônio da CETIP, a subscrição de um número de ações de emissão da CETIP S/A. Por sua vez, este número de ações foi determinado com base nos valores patrimoniais contábeis de cada título patrimonial, apurado no balancete de 31 de março de 2008 da CETIP, conforme item "V" do referido Protocolo, assim transcrito:

QUANTIDADE DE TÍTULOS NA CETIP ASSOCIAÇÃO	VALOR PATRIMONIAL CINDIDO (R\$) POR TÍTULO	NUMERO DE AÇÕES NA CETIP S/A POR TÍTULO
496	406.650,00	406.650

Regularmente intimada - Termos de Intimação Fiscal nº 04 de 17 de maio de 2012 e 08 de 17 de outubro de 2012- solicitou prorrogação de prazo e apresentou, através de expedientes-resposta recepcionados nesta DEINF em 25 de junho de 2012 e 13 de novembro de 2012, documentação que, em síntese, indica que à época da desmutualização era detentora de 02 títulos de associado da CETIP Associação: o primeiro, de número 0232, adquirido pelo próprio UNIBANCO em 19/02/1986 pelo valor de Cr\$ 106.400,00 e o segundo, de número 0360, havido por absorção em 31/10/2001 de patrimônio de sociedade cindida - Banco Bandeirantes de Investimento S/A - BBI S/A.

Este segunda título, adquirido pelo BBI S/A junto à CETIP em 09 de junho de 1987, conforme certificado, foi registrado no ativo do UNIBANCO apenas em 16 de maio 2008 pelo valor de R\$ 379.504,81, conforme razão contábil da conta 21410300001 CETIP, havendo apenas informação de que constou em balancete do BBI S/A com data base em 30/09/2001 o valor de R\$ 5.734,62 na conta 21510100-8 EMPRESAS LIQ. E CUST. VINC. BOLSAS.

No ato da desmutualização o UNIBANCO efetivamente subscreveu 406.650 (quatrocentos e seis mil seiscentos e cinquenta) ações da CETIP S.A. para cada título patrimonial, perfazendo um total de 813.300 ações, ações estas reclassificadas em 30/03/2009 em seu Ativo Permanente na conta 2151020002 - AÇÕES & COTAS CETIP pelo custo de R\$ 759.009,62. em contrapartida à conta também do ativo permanente 2.1.4.10.30-18 - INVESTIMENTOS - TÍTULOS - DA CETIP S.A.

Em função de evento de Cisão Parcial, estas ações foram incorporadas ao patrimônio do contribuinte ITAU UNIBANCO S.A. - CNPJ 60.701.190/0001-04.

Em relação ao cômputo na apuração do Lucro Real do ganho de capital decorrente do momento da desmutualização informou:

"Não ocorreu a tributação no momento da desespiritualização (conversão de títulos em ações CETIP), devido ao fato de não haver o entendimento (interpretação) de "devolução de capital". Houve a apuração de ganho de capital somente em 2011 quando da alienação registrado na empresa sucessora Itaú Unibanco S.A., conforme demonstrado no (doc. 8) acima. "

O procedimento de não oferecimento do ganho de capital à tributação bem como a indicação do custo de R\$ 379.504,81 como valor atualizado do título da CETIP no momento da desmutualização são julgados incorretos por esta fiscalização, conforme demonstrado a seguir.

3.2 - DO DIREITO APLICADO ,

3.2.1 Da natureza jurídica do processo de desmutualização

Preliminarmente cabe ressaltar que toda a operação decorrente do processo de desmutualização se deu por "subscrição" de ações de sociedades anônimas de capital aberto, mediante recursos provenientes da devolução de patrimônio de instituição isenta.

A Receita Federal do Brasil se manifestou, por meio da Solução de Consulta nº 10/07 — Cosit (ementa publicada no DOU de 30.10.2007) proposta pela Comissão Nacional de Bolsa de Valores, acerca das repercussões tributárias advindas do processo de desmutualização.

Na citada Solução de consulta, fica claro que se aplica, ao processo de desmutualização, a tributação prevista no artigo 17 da Lei 9.532/97, que dispõe:

[...]

O citado artigo determina que deve ser computada na determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro a diferença entre o valor em dinheiro ou o valor dos bens recebidos a título de devolução de patrimônio de instituição isenta e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos entregues para a formação do patrimônio, no caso de pessoas jurídicas sujeitas ao pagamento do imposto de renda com base no lucro real.

Portanto, o entendimento da Receita Federal do Brasil é de que, no processo de desmutualização, houve a devolução do patrimônio da CETIP Associação para os seus associados, com a subsequente subscrição de ações da CETIP S.A.

Isto porque, ao serem subscritas as ações da nova sociedade, a JPMORGAN [digo Unibanco] deixa de se qualificar como associado à CETIP e passa a ser sócio da CETIP S.A., empresa que ostenta finalidade de lucro.

Dessa forma, a associação CETIP, efetivamente devolve a parte cindida de seu patrimônio aos associados, na forma de ações da CETIP S.A.

O valor a ser tributado, é, portanto, o representado pela diferença entre o valor recebido pelo UNIBANCO, na forma de ações da CETIP S. A. e o valor por ela entregue para a formação do patrimônio da CETIP Associação, ou seja, o acréscimo patrimonial decorrente de um ativo mantido pela sociedade empresarial e que se

realiza com a desmutualização, evidenciando renda tributável a teor do artigo 43 do Código Tributário Nacional - CTN.

3.2.2 - Da Forma de Atualização do Valor dos Títulos Patrimoniais

O artigo 9º do Anexo à Resolução CMN (BACEN) nº 2.690, de 28.01.2000, determina que, ao término de cada exercício social, deve haver a apuração do valor do patrimônio social da bolsa de valores e assemelhados com base nas demonstrações financeiras, adotando-se os mesmos procedimentos e critérios usados pelas sociedades anônimas. Pois bem, o valor do patrimônio, apurado anualmente, era dividido pelo número de títulos patrimoniais existentes, chegando-se, assim, ao valor nominal atualizado dos Títulos Patrimoniais.

3 - Da Forma de Contabilização dos Títulos Patrimoniais

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

3. Outros Investimentos

(...)

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

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

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

(...)

A conta COSIF utilizada para registro de Títulos Patrimoniais está classificada no Ativo Permanente — Investimentos com a denominação 2.1.4.10.20-8.

Já a conta COSIF para registro da Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais está classificada no Patrimônio Líquido - Reserva de Capital com a denominação 6.1.3.70.00-9.

Vale observar que a contabilização da atualização dos Títulos Patrimoniais 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.

A previsão legal para a não tributação desse acréscimo patrimonial dos títulos ao longo do tempo, não distribuído e incorporado ao **capital** de seus associados, foi dada pela Portaria MF nº 785, de 20.12.1977³.

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

3.2.4. Da Forma, Valores de Aquisição, Atualização e Realização dos Títulos Patrimoniais CETIP Associação

Para operar na CETIP, o UNIBANCO estava obrigado a deter título patrimonial da referida entidade, entidade esta que, na ocasião da aquisição dos títulos, era constituída sob a forma de associação sem fins lucrativos.

Como já acima descrito o UNIBANCO era detentor de duas cotas patrimoniais representadas pelos Títulos de Associado de nº 0232 e 0360, sendo que pelo lapso temporal, diversas alterações da moeda e falta de informações não há como imputar aos mesmos qualquer valor a título de custo de aquisição.

Cabe ressaltar que esta atualização monetária não se deve confundir com a atualização do valor patrimonial do título lançada em contrapartida a conta de reserva e sujeita a tributação por ocasião de sua realização.

Conforme já acima exposto, em 31 de março de 2008, o valor patrimonial de cada título patrimonial da CETIP Associação era de R\$ 406.650,00: ocorre que no Protocolo de Justificação firmado em 14 de abril de 2008, em seu itens 3.1.1 e 3.1.2 (transcritos abaixo), já havia sido esclarecido que a variação patrimonial positiva no período entre a aprovação e a efetiva cisão seria objeto de repartição no mesmo percentual da cisão entre as parcelas cindida e a cindenda;

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.

Dando efetividade ao processo realizaram-se em 29 de maio de 2008 Assembléias Gerais Extraordinárias tanto na CETIP Associação como na CETIP S.A., corroborando-se os termos do Protocolo bem como a data de 1º de julho de 2008 para a desmutualização.

Ocorre que entre a data do balanço do Protocolo - 31 de março de 2008 - e efetivação da cisão - 01 de julho de 2008 - a Associação continuou suas atividades normais, tendo o patrimônio sofrido variação positiva nesse período.

Conforme demonstrativos CETIP ASSOCIAÇÃO - KPMG Demonstrações Financeiras 30.06.08 e 2007 - *ver página 28, último parágrafo* e CETIP S.A. KPMG Demonstrações Financeiras 01.07.08 — *ver Demonstrações das Mutações do Patrimônio Líquido, pág. 5* - se verifica que a devolução de capital — que coincide com o patrimônio inicial da CETIP S.A foi de R\$ 220.452.594,00 - R\$ 201.698.400,00 mais R\$ 18.754.194,00 -, **que por sua vez dá um valor individual para cada um dos 496 associados igual a R\$ 444.460,67.**

Este valor de R\$ 444.460,67 foi o efetivamente auferido pelo UNIBANCO por cada título patrimonial em 01 de julho de 2008 e não R\$ 379.504,81 conforme indicado em seus registros contábeis.

3.3 -Da Apuração da Base de Cálculo do Lançamento

A não apuração de ganho de capital por ocasião da desmutualização configura infração à legislação tributária, pelo que se lavra a presente autuação, decorrente da não tributação do ganho de capital originado pela devolução de patrimônio de entidade isenta - CETIP, embasada nas razões de direito apresentadas no item 3.2 deste Termo de Verificação.

Resultou não tributado, portanto, o ganho de capital auferido relativo aos dois títulos patrimoniais detidos pelo UNIBANCO no valor individual de R\$ 444.460,67 auferido quando da devolução de capital de sociedade isenta, ou seja, R\$ 888.921,34, com efeitos em 01 de julho de 2008."

Como bem resumiu a DRJ, o recorrente era titular de duas quotas patrimoniais de associação sem fins lucrativos - Cetip Associação -, cujos associados decidiram transferir parte das atividades da associação para uma sociedade organizada sob a forma de sociedade anônima, de fins lucrativos, de capital aberto – a Cetip S/A –, na qual cada associado subscreveria um determinado número de ações.

No entendimento da Fiscalização, cada um dos associados subscreveu ações da sociedade anônima mediante recursos provenientes da devolução de patrimônio de instituição isenta. O lançamento tributário em exame está fundamentado na existência de acréscimo patrimonial gerado no ato da devolução, acréscimo este resultante da diferença entre o valor recebido a título de restituição do patrimônio da associação sem fins lucrativos e o valor que fora, no passado, entregue para a formação desse patrimônio. Já a recorrente defende que só houve ganho de capital em 2011, quando da alienação registrada na pessoa jurídica sucessora, Itaú Unibanco S/A.

A teor do Termo de Verificação Fiscal, o ganho apurado no recebimento de ações subscritas no capital em Cetip S/A deve ser tributado na forma do artigo 17 da Lei nº 9.532/1997:

"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 sido entregue para a formação do referido patrimônio.

(...)

§ 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."

O recorrente pondera que não houve extinção de associação com devolução de capital aos associados e, sim, uma cisão da associação sem fins lucrativos, cujo patrimônio foi vertido para a sociedade resultante da cisão. Em outras palavras, o patrimônio teria migrado da associação para a sociedade; já os antigos associados apenas permutaram títulos patrimoniais da associação por ações da nova pessoa jurídica.

Em primeiro lugar, não se pode admitir a tese defensiva que sustenta a realização de cisão com a versão de parte do patrimônio da associação para uma sociedade 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, omissa esta, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes."

Perceba-se 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 inexistam 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, contrariamente ao salientado no Recurso Especial. 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:

"Art. 16. Aplicam-se à entrega de bens e direitos para a formação do patrimônio das instituições isentas as disposições do art. 23 da Lei nº 9.249, de 1995.

Parágrafo único. A transferência de bens e direitos do patrimônio das entidades isentas para o patrimônio de outra pessoa jurídica, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, deverá ser efetuada pelo valor de sua aquisição ou pelo valor atribuído, no caso de doação."

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, infere-se 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 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*:

"Art. 2.033. Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código."

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. Tratando-se das sociedades anônimas, a regulação dos atos constitutivos e das operações de transformação, incorporação, cisão ou fusão está abarcada pela nº 6.404/1976. 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 permite 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, utilizaram-se do mesmo para a integralização de ações em sociedade anônima."*

A recorrente reclama que, em atendimento ao disposto no artigo 22, § 1º, da Lei nº 9.249/1995, o sujeito passivo da obrigação tributária em exame é a pessoa jurídica que transferiu bens e direitos, e não aquela que recebeu. Repare-se no dispositivo legal apontado:

"Art. 22. Os bens e direitos do ativo da pessoa jurídica, que forem entregues ao titular ou a sócio ou acionista, a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado.

§ 1º No caso de a devolução realizar-se pelo valor de mercado, a diferença entre este e o valor contábil dos bens ou direitos entregues será considerada ganho de capital, que será computado nos resultados da pessoa jurídica tributada com base no lucro real ou na base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido devidos pela pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado."

Inevitável que se anote a singularidade dos dispositivos suprarreferidos - *caput* e § 1º do artigo 22 da Lei nº 9.249/1995: são aplicáveis a pessoas jurídicas que tenham **sócio ou acionista**. Também incide sobre a empresa individual, em razão da referência a "**titular**". Logo, não é o caso das associações.

Ademais, importa atentar para o tratamento tributário distinto, comparando a regra precedentemente destacada e aquela do artigo 17 da Lei nº 9.532/1997. Neste, a tributação recai sobre o associado que obteve o acréscimo patrimonial, enquanto a tributação do artigo 22, § 1º, da Lei nº 9.249/1995 se desloca para a pessoa jurídica que efetuou a devolução dos bens e direitos, embora o ganho de capital tenha sido auferido por sócio, acionista ou titular da empresa individual.

A distinção supra ressalta que a tributação do artigo 17, § 3º, da Lei nº 9.532/1997 segue o que a legislação contempla ordinariamente: a tributação do imposto de renda e da CSLL recai sobre aquele que efetivamente obteve o acréscimo patrimonial. Já o artigo 22, § 1º, da Lei nº 9.249/1995 transfere a incidência tributária para a pessoa jurídica destinatária do investimento do sócio, acionista ou titular. São consequências distintas para incidências tributárias também distintas. Assim, não há fundamento para imputar, no presente caso, a responsabilidade tributária à Cetip associação, com o suposto supedâneo do artigo 22, § 1º, da Lei nº 9.249/1995. Esta não almejava lucro e era despida do quadro de sócios ou acionistas.

Esclareça-se, ainda, que não é verdade que houve permuta de títulos patrimoniais por ações. Concebe-se 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, pergunta-se: 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. Consigne-se 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)."³

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:

"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)."

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:

"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

³ Revista de Direito Privado, vol. 62 (abril-junho de 2015). Da permuta no direito brasileiro. Editora Revista dos Tribunais Ltda. Tércio Sampaio Ferraz Júnior.
<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:jYB7k0icWHQJ:professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/13374/material/Da%2520permuta%2520no%2520direito%2520brasileiro%2520-%2520Tercio%2520Sampaio.PDF+%2520cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b>>. Acesso em 01/04/2018.

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)." (grifei)

Perante o cenário em relevo, constata-se 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:

"Art. 237 Ocorrendo a redução do capital ou a extinção da pessoa jurídica nos 5 (cinco) anos subsequentes, o valor das reservas e dos lucros em suspenso que tenham sido aproveitados em aumento de capital com isenção do imposto será tributado na pessoa jurídica, como lucro distribuído, ficando os sócios, acionistas *ou o titular, sujeitos ao imposto na declaração de rendimentos ou na fonte, no ano em que ocorrer a extinção ou redução* (Decreto-lei nº 1.109/70, art. 3º, § 3º)." (grifei)

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.

O recorrente afirma que, em lugar da tributação da pessoa jurídica associada, a associação que desatendeu os requisitos para o gozo da isenção deveria perder o benefício fiscal, ao rigor dos artigos 13 e 14 da Lei nº 9.532/1997. Só que o caso em apreço não diz respeito a eventual descumprimento das normas concessivas da isenção. Revela-se patente que são situações distintas. Todavia, se a associação cometeu qualquer infração que justifica a perda da isenção, isso não derrui a conjuntura fática caracterizadora da aquisição do acréscimo patrimonial por parte da associada, consumada no ato de receber ações emitidas pela sociedade anônima que absorveu o patrimônio da associação. Deve-se destacar que, em face dos elementos fáticos aqui descritos, não há dúvida da subsunção ao disposto no artigo 17, *caput* e § 3º, da Lei nº 9.532/1997.

Cumpre reforçar a rejeição ao argumento de que os acréscimos antes aduzidos resultam da equivalência patrimonial, o que obstaria 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 9101-002.462, 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, analisando-se como a lei societária conceitua as sociedades controladas e coligadas (art. 243 da Lei nº 6.404, de 1976), torna-se 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 inexistiu 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.

À luz de tais fundamentos, nego provimento ao Recurso Especial do contribuinte.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Flávio Franco Corrêa.