



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

Processo n° 16327.721378/2011-69
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9101-002.696 – 1ª Turma
Sessão de 16 de março de 2017
Matéria DESMUTUALIZAÇÃO. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. JUROS SOBRE A MUTA DE OFÍCIO.
Recorrente BANCO FIBRA S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

DESMUTUALIZAÇÃO. ASSOCIAÇÃO ISENTA. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO. TRIBUTAÇÃO.

1- O processo de desmutualização trouxe ganhos patrimoniais à contribuinte, que passou de simples associada da BM&F à detentora de ações na nova holding, acrescentando ao seu patrimônio as novas ações adquiridas com os valores que havia despendido para a formação da associação e que lhe fora devolvido.

2- A devolução implicou em aplicação de parte dos valores que compunha o patrimônio da associação em ações de empresa com fins lucrativos, o que desnatura o processo de sucessão legal das associações e autoriza a incidência de tributos em razão do acréscimo patrimonial experimentado pela contribuinte.

3- Sujeita-se à incidência do imposto de renda, computando-se na determinação do lucro real do exercício, a diferença entre o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, por pessoa jurídica, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver sido entregue para a formação do referido patrimônio. O processo de desmutualização autoriza a incidência do imposto de renda e da CSLL, como pretendido pelo Fisco, nos exatos termos do quanto disposto no artigo 17 da Lei nº 9.532/97.

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.

5- O caso aqui não é de mera inexatidão da escrituração de receita/despesa quanto ao período de apuração, não é de simples aproveitamento extemporâneo de uma despesa verdadeira, que já existia em momento anterior. O que a contribuinte pretende é "criar" em 2006 despesa de juros no ano de 2005, despesa que corresponderia à remuneração do capital dos sócios que foi disponibilizado para a empresa naquele período passado, despesa que estaria correlacionada às receitas e ao resultado daquele ano já devidamente encerrado, e isso não é possível porque subverte toda a lógica não apenas do princípio da competência, mas da própria contabilidade.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA - CSLL

Estende-se ao lançamento decorrente, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte. No mérito, acordam em negar-lhe provimento (i) quanto à desmutualização, por maioria de votos, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento; (ii) quanto à infração do JCP, por voto de qualidade, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento; e, (iii) quanto aos juros sobre multa, por maioria de votos, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento. Declarou-se impedida de participar do julgamento a conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio, substituída pelo conselheiro suplente Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, que solicitou apresentar declaração de voto.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Vidal De Araujo - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Adriana Gomes Rego, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luis Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Gerson Macedo Guerra, Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente), Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa.

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela contribuinte acima identificada, fundamentado atualmente no art. 67 e seguintes do Anexo II da Portaria nº 343, de 09/06/2015, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), pelo qual a contribuinte alega divergência jurisprudencial em relação às seguintes matérias: 1) Natureza Jurídica das Operações de Desmutualização; 2) Dedutibilidade dos Juros Sobre o Capital Próprio; e 3) Não incidência de Juros sobre a Multa de Ofício.

A recorrente insurgi-se contra o Acórdão nº 1301-001.253, de 10/07/2013, por meio do qual a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF negou provimento a recurso voluntário anteriormente apresentado, para fins de manter as exigências de IRPJ e CSLL incidentes sobre ganho de capital auferido em operação de desmutualização e sobre glosa de despesa com pagamento de juros sobre capital próprio referentes a períodos anteriores, e manter também a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

O acórdão recorrido contém a ementa e a parte dispositiva abaixo transcritas:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

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

Sujeita-se à incidência do imposto de renda, computando-se na determinação do lucro real do exercício, a diferença entre o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, por pessoa jurídica, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver sido entregue para a formação do referido patrimônio.

AUTO DE INFRAÇÃO. DESMUTUALIZAÇÃO. INOCORRÊNCIA DO TRANSCURSO DO PRAZO DECADENCIAL.

No caso de tributação do ganho de capital, obtido com as ações da nova sociedade constituída, o fato gerador ocorreu quando a empresa recebeu tais ações, no momento da desmutualização da BM&F. Como não houve o transcurso do prazo decadencial de cinco anos contados da data do fato gerador, válidos são os lançamentos ora analisados.

GANHO DE CAPITAL. FORMA DE APURAÇÃO. CUSTO CONTÁBIL. INAPLICABILIDADE DO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL AOS TÍTULOS PATRIMONIAIS DA ASSOCIAÇÃO ISENTA BM&F.

O ganho de capital deve ser apurado levando-se em conta o custo contábil do bem registrado na escrituração da empresa. O método de avaliação de investimentos pela equivalência patrimonial não se aplica aos títulos patrimoniais da associação isenta BM&F.

JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. DESPESAS COM PAGAMENTO/CREDITAMENTO A TITULAR, SÓCIOS OU ACIONISTAS. PERÍODOS ANTERIORES. REGIME DE COMPETÊNCIA.

A dedução dos valores de juros pagos e/ou creditados a título de remuneração do capital próprio, autorizada pela Lei nº 9.249/1995, não alcança os juros pagos em períodos anteriores, em vista do regime de competência.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

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

LANÇAMENTO REFLEXO.

O decidido em relação ao tributo principal se aplica aos lançamentos reflexos, em virtude da estreita relação de causa e efeitos entre eles existentes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros deste colegiado: I) quanto à matéria “Desmutualização” por maioria de votos, em NEGAR provimento ao recurso voluntário. Vencido, neste ponto, o Conselheiro Carlos Augusto de Andrade Jenier (Relator); II) quanto à “Dedutibilidade dos Pagamentos efetivados a título de Juros sobre Capital Próprio - JCP, pelo voto de qualidade, em NEGAR provimento ao recurso voluntário. Vencidos, neste ponto, os Conselheiros Carlos Augusto de Andrade Jenier (Relator), Edwal Casoni de Paula Junior e Valmir Sandri. Designado para redigir o Voto Vencedor o Conselheiro Paulo Jakson da Silva Lucas.

No recurso especial, a contribuinte afirma que o acórdão recorrido deu à legislação tributária interpretação divergente da que foi dada em outros processos quanto às matérias acima referidas.

Para o processamento do recurso, ela desenvolve os argumentos descritos abaixo:

DA DIVERGÊNCIA QUANTO À NATUREZA JURÍDICA DA OPERAÇÃO DE DESMUTUALIZAÇÃO

- a primeira divergência jurisprudencial no caso concreto está calcada na natureza da denominada operação de "desmutualização" das bolsas, no caso concreto da BM&F;

- o voto vencedor da decisão recorrida defende que no processo de desmutualização teria havido devolução de patrimônio social ao invés de mera substituição dos títulos patrimoniais por ações;

- por outro lado, o acórdão paradigma nº 3403-001.757 (Doc. 03), exatamente em sentido oposto, menciona que na operação de desmutualização da BM&F não houve a devolução de patrimônio, mas, sim, a substituição de títulos por ações, em concretização das operações de cisão e incorporação do patrimônio da associação, resultando em sua extinção, conforme se infere da ementa a seguir:

"DESMUTUALIZAÇÃO DA BOLSA DE VALORES. INCORPORAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS POR SOCIEDADE POR AÇÕES REPRESENTATIVAS DO MESMO ACERVO PATRIMONIAL. VENDA DE ATIVO IMOBILIZADO.

A desmutualização, tal como ocorreu de fato, envolveu um conjunto de atos típicos das operações societárias de cisão e incorporação, com o que não houve concretamente um ato de restituição do patrimônio pela associação aos associados, tampouco um ato sucessivo de utilização destes recursos para a aquisição das ações.

Houve a substituição das quotas patrimoniais da entidade sem fins lucrativos por ações da sociedade anônima, em razão da sucessão, por incorporação, da primeira pela segunda, evento o qual, aliás, marca a extinção da associação e dos títulos.

A substituição dos títulos patrimoniais pelas ações caracterizam a permanência do mesmo ativo, devendo ser admitida sua manutenção na conta de ativo permanente, tal como procedeu o contribuinte, de modo que

sua alienação configura receita de venda de ativo permanente, a qual não compõe a base de cálculo do PIS/Cofins.

Recurso provido"

- ademais, cumpre trazer à colação outros excertos do voto condutor em que fica cristalina a divergência em relação ao entendimento adotado no acórdão recorrido (transcrição contida no recurso);

- ainda que se diga que a discussão travada nos presentes autos diz respeito a IRPJ e CSLL e que o paradigma trata de PIS e COFINS, é patente a divergência acerca da interpretação da lei tributária (art. 67, RICARF) no que concerne à natureza da operação de desmutualização conferida pelas Turmas Julgadoras, *in casu*, vez que, ambas deram à mesma operação - desmutualização da BM&F - tratamento diametralmente oposto;

- é de inquestionável e hialina clareza a divergência de interpretação conferida por dois Colegiados distintos a um mesmo fato, regidos por normas legais idênticas, o que se amolda perfeitamente à regra regimental de admissibilidade;

DA DIVERGÊNCIA QUANTO À DEDUTIBILIDADE DOS JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO

- outra divergência jurisprudencial diz respeito à dedutibilidade, no ano de 2006, da despesa com os JCP calculados sobre o patrimônio líquido do ano-calendário 2005;

- segundo a decisão recorrida, somente seriam dedutíveis os valores contabilizados como pagos ou creditados no respectivo período em que apurado o lucro real;

- não obstante, o entendimento exposto no acórdão ora questionado diverge diametralmente do posicionamento adotado pela Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Primeira Seção de Julgamento, conforme se verifica no acórdão nº 1402-001.179 (Doc. 04), primeiro paradigma apresentado em relação a este tópico:

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

- por meio de referida decisão, o Colegiado concluiu, em suma, que restando comprovado nos autos que, ano a ano, a Recorrente tinha capacidade para distribuir JCP, nada obsta que possa fazê-lo em ano-calendário posterior, de forma acumulada;

- no mesmo sentido é o entendimento da Primeira Turma Ordinária da Quarta Câmara da Primeira Seção de Julgamento, conforme acórdão 1401-000.900 (Doc. 05), cuja ementa se transcreve a seguir:

JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO - DEDUTIBILIDADE - LIMITE TEMPORAL - O período de competência, para efeito de dedutibilidade dos juros sobre capital próprio da base de cálculo do imposto de renda, é aquele em que há deliberação de órgão ou pessoa competente sobre o seu pagamento ou crédito. Inclusive, a remuneração do capital próprio pode tomar por base o valor existente em períodos pretéritos, desde que respeitado os critérios e limites de dedutibilidade previstos em lei na data da deliberação do pagamento ou creditamento. PRECLUSÃO. INAPLICABILIDADE. A preclusão está relacionada à perda de direitos, faculdades ou poderes processuais, não se relacionando à hipótese de ausência de deliberação de JCP em exercícios anteriores. RENÚNCIA. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. Não havendo previsão legal sobre a configuração de renúncia de direito no caso de ausência da deliberação do pagamento dos JCP. A renúncia de direitos deve ser interpretada de forma restrita, não devendo o silêncio do acionista ser interpretado como ato volitivo de abdicação de direito, gerando efeitos tributários.

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

- portanto, também em relação a este item resta demonstrada a divergência jurisprudencial que justifica a admissibilidade do presente recurso especial;

DA DIVERGÊNCIA QUANTO À NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO

- a terceira e última divergência diz respeito à não incidência de juros sobre multa de ofício. O acórdão recorrido consigna o cabimento aplicação da taxa Selic para o cômputo dos juros de mora incidentes sobre a multa de ofício;

- no entanto, não existe qualquer previsão legal a permitir a aplicação da taxa Selic sobre a multa de ofício. Ou seja, a exigência está calcada em interpretação equivocada conferida pelo acórdão recorrido à expressão "débitos para com a União", constante do art. 61 da Lei 9.430/96, nos moldes do paradigma a seguir:

Acórdão nº 9101-00.722

RECURSO ESPECIAL - CONHECIMENTO. Não deve ser conhecido o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional quando inexistente similitude fática entre o acórdão paradigma e o acórdão recorrido. JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO - INAPLICABILIDADE - Os juros de mora só incidem sobre o valor do tributo, não alcançando o valor da multa ofício aplicada.

- assim, dada a evidente divergência de entendimento, justifica-se a admissibilidade do presente recurso especial diante da demonstração irrefutável do conflito entre a decisão recorrida e os acórdãos paradigmas;

NO MÉRITO

DA INEXISTÊNCIA DE GANHO NO PROCESSO DE DESMUTUALIZAÇÃO - DO ADEQUADO TRATAMENTO TRIBUTÁRIO A SER CONFERIDO ÀS ATUALIZAÇÕES DOS TÍTULOS NA DESMUTUALIZAÇÃO

- como visto, entendeu a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento que teria havido a devolução do patrimônio das associações civis aos seus associados (corretoras) na forma de ações das novas sociedades anônimas em substituição aos títulos patrimoniais;

- nesse contexto, concluiu o Colegiado julgador que, com base no art. 17 da Lei 9.532/97, a diferença entre os valores recebidos por essa devolução de patrimônio e os valores originalmente entregues pelos associados, deveriam ser computadas no lucro real da Recorrente e, assim, o suposto ganho decorrente das atualizações acumuladas pelos títulos resultantes das variações patrimoniais ocorridas nas entidades sem fins lucrativos sujeitar-se-ia ao IRPJ e à CSLL;

- da simples leitura do dispositivo acima referido - sustentáculo das autuações - em cotejo com a vasta demonstração da natureza jurídica da desmutualização, repita-se, claro está que não houve devolução de patrimônio por entidade isenta, hábil a disparar o fato gerador dos tributos em questão;

- houve mera substituição de títulos patrimoniais por ações na operação de cisão. E mais: diante do fato dessa cisão ter sido seguida por incorporação, verifica-se, então, a permanência, a continuidade do mesmo "ativo" antes existente, só que agora sob outra roupagem (ações, ao invés de títulos);

- é dizer, uma vez demonstrado que na cisão seguida de incorporação o que se verifica, sem solução de continuidade, é a mera substituição dos títulos patrimoniais registrados no ativo permanente por ações que, naturalmente, devem ostentar idêntica qualificação contábil. Ou seja, havendo a consistência e continuidade dos "títulos", não há como se apurar diferença de valores, esses tratados pela fiscalização como acréscimos patrimoniais passíveis de tributação;

- isso porque, em vista da natureza jurídica do negócio praticado, na substituição dos títulos por ações, essas foram recebidas pelos seus valores "atualizados", o que, é certo dizer, nem poderia ter se operado de forma diferente diante da própria sistemática contábil a que se sujeitavam o registro e avaliação dos títulos patrimoniais da BM&F. Tais atualizações devem, quando muito, ser consideradas como integrantes do próprio custo contábil do ativo recebido. É o que se verá na sequência;

DA SISTEMÁTICA DE CONTABILIZAÇÃO DOS TÍTULOS PATRIMONIAIS DA ANTIGA BOVESPA A QUE ESTAVA SUJEITA A RECORRENTE

- como notório, a Recorrente, na qualidade de entidade integrante do sistema financeiro, encontra-se adstrita às normas de contabilização expedidas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central, nos termos do quanto disposto na Lei nº 4.595/64;

- assim, de acordo com o Plano Contábil do Sistema Financeiro Nacional - COSIF, Res. BACEN 1.656/89 e Ofício-Circular CVM 325/79, as corretoras associadas das Bolsas deveriam registrar, em seu ativo, como valor contábil dos títulos da BOVESPA, o respectivo valor patrimonial dos títulos;

- ocorre que, por determinação das mesmas autoridades reguladoras, os títulos eram passíveis de sofrerem atualizações periódicas, que correspondiam às variações patrimoniais ocorridas nas Bolsas;

- essas normas mandavam as antigas Bolsas "capitalizarem", ao final de cada ano, eventual superávit que tinham (artigo 10 da Res. BACEN 1.656/89), aumentando, assim, o valor nominal dos títulos por elas emitidos. Considerando que todo ano a ano o valor nominal dos títulos das Bolsas era alterado, refletindo a capitalização de eventual superávit, as regras do Banco Central e Comissão de Valores Mobiliários também determinavam, por outro lado, às instituições financeiras fazerem a atualização do valor nominal desses títulos em seu ativo (Ofício-Circular CVM 325/79 e Consolidação das Normas Contábeis do Sistema Financeiro, COSIF, anexo à Circular do Banco Central nº 1273/87, itens 1.11.3.3 a 5 das Normas Básicas e contas contábeis 2.1.4.10);

- assim, quando a Bolsa auferia superávit e o capitalizava, aumentando o valor nominal dos títulos patrimoniais, as instituições financeiras deviam acompanhar esse movimento e aumentar o valor dos títulos em seu ativo, sendo que essa atualização era feita a débito de ativo permanente - investimento em títulos de Bolsa - e a crédito de conta de patrimônio líquido, sem trânsito do respectivo valor pelo resultado do exercício, conforme item 11, subitem 3, do capítulo 01 do Plano COSIF;

- tais capitalizações, não transitavam, assim, pelo resultado. Eram capitalizadas na conta Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais - RATP;

- nessa toada, nos termos da Lei nº 6.404/76, é que a sistemática de avaliação dos títulos patrimoniais para as instituições financeiras e equiparadas se dava pelo valor patrimonial, aplicando-se, com isso, as regras do método de equivalência patrimonial na avaliação dos investimentos;

- é importante que se diga que o reconhecimento da aplicação do Método da Equivalência Patrimonial para fins de avaliação dos títulos em questão não era só expressamente determinado pelas autoridades reguladoras do mercado financeiro, como também pela própria entidade fiscal;

- nesse particular, o Parecer Normativo - PN nº 78/78 diz que a imposição pelo Banco Central ou pela CVM de avaliação de investimentos por valor de patrimônio líquido, em situação que não as referidas no parágrafo 4º do art. 20, do Decreto-lei 1.598/7710, cria para as pessoas jurídicas obrigação de assim proceder nas demonstrações financeiras, com os reflexos pertinentes na apuração do lucro real;

- ou seja, o Parecer Normativo nº 78/78 não vincula a aplicação do método de equivalência patrimonial exclusivamente para sociedades coligadas e controladas, uma vez que reconhece a exigência do BACEN pela avaliação dos investimentos pelo valor do patrimônio líquido;

- do mesmo modo, o referido parecer dispõe que os dispositivos normativos expedidos pelo BACEN, devem ser interpretados integradamente com a legislação tributária. Assim, se de acordo com Banco Central os investimentos das instituições devem ser avaliados pelo valor do patrimônio líquido (MEP) e, o resultado de equivalência deve ter efeito fiscal, resta claro que o acréscimo no valor dos títulos patrimoniais da BM&F, decorrente da alteração de seu patrimônio, não pode resultar em ganho tributável;

- inclusive, na Solução de Consulta COSIT 13/97 - a qual será adiante retomada -, a autoridade fiscal aceita que a atualização dos títulos das bolsas por equivalência do valor patrimonial seja também reconhecida fiscalmente, em virtude do quanto disposto pela Portaria do Ministro da Fazenda nº 785/77. Com efeito, conclui, assim, na referida consulta que "é pacífico o entendimento de que a avaliação do valor dos referidos títulos patrimoniais deve ser efetuada pelo método da equivalência patrimonial, com todas as consequências de natureza comercial e fiscal daí decorrentes" (item 6.11 da Consulta);

- destarte, demonstrada a sistemática contábil e a avaliação dos títulos pela equivalência patrimonial a que se sujeitou a Recorrente, cumpre, então, perquirir os reflexos fiscais da aplicabilidade desse método;

DO TRATAMENTO TRIBUTÁRIO A SER CONFERIDO ÀS ATUALIZAÇÕES DOS TÍTULOS NA OPERAÇÃO DE DESMUTUALIZAÇÃO

- o resultado da aplicação do método de equivalência patrimonial, como cediço, goza de tratamento fiscal neutro. É dizer: a contrapartida de eventuais ajustes do valor de investimento por aumento ou redução no valor do patrimônio líquido da investida, respectivamente, em decorrência de lucro ou prejuízo, não será computada na determinação do lucro real;

- no mesmo sentido, a atualização monetária dos títulos patrimoniais da BM&F, creditada diretamente à conta do patrimônio líquido (Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais), sem trânsito, portanto, em resultado, por submeter-se a espécie de tratamento de equivalência patrimonial, igualmente gozava de isenção tributária. Isso é, pois, o que consta, desde há muito tempo, do artigo 23 do Decreto-Lei nº 1.598/77;

- e para rechaçar qualquer dúvida sobre o assunto, a própria Receita Federal editou a Portaria MF nº 785/77, cujo teor ora se transcreve:

I. O ACRÉSCIMO DO VALOR NOMINAL DOS TÍTULOS PATRIMONIAIS DAS BOLSAS DE VALORES, EM DECORRÊNCIA DE ALTERAÇÃO DO SEU PATRIMÔNIO SOCIAL, NÃO CONSTITUI RECEITA NEM GANHO DE CAPITAL DAS SOCIEDADES CORRETORAS ASSOCIADAS E, POR ISSO, PODE SER EXCLUÍDO DO LUCRO REAL DESTAS DESDE QUE NÃO SEJA DISTRIBUÍDO E CONSTITUA RESERVA PARA OPORTUNA E COMPULSÓRIA INCORPORAÇÃO AO CAPITAL.

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

- o Decreto-lei nº 1.109/70, art. 3º, a que faz referência a Portaria estabelece que:

ART. 3º OS AUMENTOS DE CAPITAL DAS PESSOAS JURÍDICAS MEDIANTE A INCORPORAÇÃO DE RESERVAS OU LUCROS EM SUSPENSO NÃO SOFRERÃO TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA

§1º A não incidência estabelecida neste artigo se estende aos sócios, acionistas ou titulares beneficiários, pessoas físicas ou jurídicas, podendo estas realizar aumentos de capital nas mesmas condições, mediante a incorporação dos valores distribuídos.

§2º Para os efeitos deste artigo serão computados os lucros em suspenso ou reservas oriundos de lucros apurados em balanço, mesmo quando ainda não tributados.

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

- ora, nem é preciso debruçar-se com afínco sobre essa norma para se chegar à correta inteligência de que a regra é de isenção dos aumentos de capital das corretoras, ocorridos em virtude da capitalização da atualização dos títulos patrimoniais das bolsas;

- vale dizer, a previsão da Portaria MF nº 785/77 quanto ao disposto no parágrafo 3º, do art. 3º, do Decreto 1.109/70 traz em seu bojo hipótese de isenção e não de diferimento do ganho, como alega equivocadamente a fiscalização;

- o entendimento contemplado no acórdão recorrido de que a Portaria MF nº 785/77 e o Decreto-Lei nº 1.109/70 abordaram situação de constituição de reserva, e não a devolução de patrimônio de entidade isenta, é totalmente desarrazoado;

- a um, porque, como cediço, no ordenamento tributário inexistente hipótese legal de diferimento de ganho de capital em situação da espécie. A dois, porque, ao estatuir que o ganho seria tributável se ocorresse redução de capital ou extinção da entidade nos cinco anos subseqüentes ao da capitalização do ganho, claro fica que é, de fato, exceção à regra de isenção, e não simples postergação do momento de incidência do imposto, na medida em que seria absurdo prever que as pessoas jurídicas são criadas para terem seu capital reduzido ou para serem extintas;

- aliás, tal afirmação é facilmente encontrada em qualquer doutrina sobre o Direito de Empresas, bem como diante do Princípio da Entidade e Continuidade da Pessoa Jurídica, previstos pelas regras gerais de contabilidade;

- logo, o que impera é a regra de não tributação dos ganhos decorrentes da capitalização das atualizações dos então títulos patrimoniais, na esteira do que dispõem as normas de tratamento fiscal de equivalência patrimonial, isto é, o efeito de neutralidade;

- ora, tendo os valores de atualização do patrimônio da BM&F constituído reserva para compulsória incorporação ao capital, não há ocorrência de evento que possa justificar a sua tributação nos termos do que preceitua a Portaria MF nº 785/77, vez que a capitalização da reserva confirma a isenção tributária;

- e de mais a mais, não é exagero asseverar que a aplicabilidade e observância do método da equivalência patrimonial, exclui a possibilidade de se cogitar sobre qualquer outro método ou critério de tributação;

- aliás, oportuno destacar que o Poder Judiciário nos autos do processo nº 2008.61.00.008121-8, já manifestou entendimento de que os valores recebidos na desmutualização não são passíveis de tributação, conforme se verifica da cópia da sentença juntada às fls. 322/328 dos autos, citada aqui para fins de confirmação de precedente favorável;

- por outro lado, num esforço de imaginação, ainda que se desconsidere o tratamento de neutralidade fiscal demonstrado acima às capitalizações das valorizações dos títulos, conferindo o fantasioso tratamento de ganho efetivo da ora Recorrente, mesmo assim esse estaria livre da incidência tributária pretendida;

- com efeito, a Lei nº 8.849/94, com a redação dada pela Lei nº 9.064/95, reproduzida no art. 658 do atual Regulamento do Imposto de Renda, valida esse entendimento;

- não é exagero pontuar que essa norma encontra-se plenamente vigente no ordenamento e, dada a sua especialidade, sobrepõe-se, no caso da Recorrente, ao art. 17 da Lei 9.532/97 ora combatido;

- como se não bastasse tudo quanto foi exposto até o presente momento, compilando de forma irretocável todos os argumentos jurídicos até aqui suscitados, o próprio órgão fazendário, quando do primeiro processo de desmutualização ocorrido no Brasil, em 1997, instado a se manifestar sobre o tema, confirmou tal entendimento, por meio da Solução de Consulta nº 13/97, cujo teor cumpre reproduzir:

Processo de Consulta - Decisão Cosit 013, de 10 de novembro de 1997:

Assunto: IRPJ - Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas Ementa: Não constituem fatos capazes de excluir a Bovespa do gozo do benefício de isenção do imposto de renda de que é titular: I - a destinação de parte de seu patrimônio para integralização do capital social de empresa comercial que desempenhará atividades auxiliares (informática e telefonia); II = A SUA CISÃO, COM DESTINAÇÃO PARCIAL DE SEU PATRIMÔNIO PARA A CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA COMERCIAL QUE TERÁ ATIVIDADE CORRELATA (CÂMARA DE COMPENSAÇÃO E CUSTÓDIA DE TÍTULOS - "CLEARING");

Não apuração de ganho ou perda de capital na alienação pelas corretoras-membros, das ações (da "clearing"), POR RECEBEREM EM SUBSTITUIÇÃO A PARTE DO VALOR DO TÍTULO PATRIMONIAL DA BOVESPA, CONSIDERAR-SE-Á COMO CUSTO DE AQUISIÇÃO DAS REFERIDAS AÇÕES O SEU VALOR CONTÁBIL, QUE DEVERÁ SER PROPORCIONAL À PARCELA DO VALOR CONTÁBIL DO TÍTULO PATRIMONIAL QUE FOR POR ELAS SUBSTITUÍDA.

Dispositivos legais: Arts. 159, 375 e 376 do RIR/94, Portaria MF 785/77, Res. BACEN 1.656/89, Parecer Cosit 2.111/81 e Pareceres CST/SIPR 2.254/81, 911/83 e 2.867/83.

- assim, não só com base em todas as demais regras até então vigentes, mas, especialmente após o entendimento fazendário acima, é que a Recorrente, bem como demais entidades correlatas, adotaram de forma tranquila o tratamento isentivo dos acréscimos monetários dos títulos patrimoniais, verificados no processo de desmutualização;

- nada obstante, para sua surpresa, eis que a RFB, em sentido diametralmente oposto ao quanto manifestado até então, em 10 de outubro de 2007, posicionou-se da seguinte forma na Solução de Consulta nº 10:

Solução de Consulta Cosit 10, de 26 de outubro de 2007 ASSUNTO: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ EMENTA: OPERAÇÃO DE DESMUTUALIZAÇÃO DAS BOLSAS DE VALORES. O instituto da

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

DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei nº 10.406, de 2002, art. 61; Lei nº 9.532, de 1997, arts. 16 e 17. (...).

- mas, em face de tudo quanto até aqui se expôs, não pode a fiscalização exigir a cobrança de IRPJ e CSLL da Recorrente, com base em equivocada mudança de critério de tratamento fiscal, tendo, aliás, convivido por mais de 10 anos com outro entendimento proferido por ela própria;

DA IMPOSSIBILIDADE DE LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE MUDANÇA DE CRITÉRIO JURÍDICO - ART. 146 DO CTN

- conforme mencionado nos tópicos acima, o item 1 do auto de infração decorre de abrupta alteração no critério de tributação aplicado pelas autoridades fiscais na operação de substituição de títulos patrimoniais por ações de sociedade anônima no âmbito do processo de desmutualização;

- de fato, a Bovespa passara em 1997 por reestruturação semelhante à discutida no presente processo, sendo que à época a RFB se manifestou expressamente no sentido de não tributação da operação de substituição dos títulos patrimoniais das corretoras, mas tão-somente de eventual valor que excedesse o custo de aquisição de tais títulos;

- importa rememorar que, anteriormente, a Bovespa concentrava todas as suas funções institucionais, operacionais e de compensação sob a mesma estrutura, sendo que à época possuía, como membros, 81 corretoras. Cada uma das corretoras era detentora de título representativo de 1/81 do patrimônio da Bovespa, o qual conferia o direito de votar nas assembleias, de liquidar transações e custodiar títulos no âmbito da entidade;

- contudo, em 1997, a entidade passou por sua primeira reestruturação, na qual foram criadas duas sociedades distintas, quais sejam, Clearing S.A., decorrente de cisão parcial do patrimônio da entidade, e a Bovespa Serviços e Participações S.A., subsidiária integral da entidade, que passaram a realizar serviços de compensação e de telefonia, respectivamente;

- nessa operação realizada em 1997, houve alteração no valor patrimonial dos títulos detidos pelas Corretoras, sendo que em contrapartida estas receberam ações correspondentes à participação na Clearing S. A.;

- como se nota, a reestruturação acima mencionada não estaria sujeita à tributação pelo IRPJ e pela CSLL, eis que a mera substituição do título patrimonial não ocasionara qualquer disponibilidade jurídica ou rendimento tributável para as corretoras;

- tanto é que, instada a se manifestar sobre a procedência de tal entendimento, a então Secretaria da Receita Federal, por meio da Solução de Consulta nº 13/1997 já acima colacionada, reiterou o caráter de absoluta neutralidade tributária preconizado na Portaria MF nº 785/77, bem como textualmente disciplinou os eventuais efeitos tributários que aquela primeira desmutualização poderia provocar;

- ou seja, a RFB reconheceu que não havia ganho de capital ou qualquer outra receita tributável na operação de substituição dos títulos por ações de empresa formada a partir da cisão da entidade;

- note-se que o entendimento da fiscalização foi bastante claro quanto à não tributação da substituição dos títulos patrimoniais da Bovespa por ações de sociedade cindida reconhecendo que o custo contábil do valor das mencionadas ações seria considerado como custo de aquisição para fins de apuração de ganho de capital em posterior alienação;

- pautadas na orientação expressa da Receita Federal do Brasil, as corretoras conferiram igual tratamento à substituição de títulos patrimoniais realizada no processo de desmutualização ocorrido em 2007, eis que a operação é igual àquela realizada em 1997, com exceção da posterior abertura de capital da sociedade resultante;

- aliás, não poderia ser diferente, pois, como bem estabelece o art. 100 do Código Tributário Nacional, os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas, as decisões da jurisdição administrativa e as praticas reiteradas da administração são normas complementares das leis e decretos, devendo os contribuintes acatá-las;

- contudo, as corretoras foram surpreendidas, após a concretização da reestruturação, por um novo posicionamento das autoridades fiscais, manifestado por meio da já mencionada Solução de Consulta nº 10, de 26 de outubro de 2007;

- é incontroverso que, posteriormente à Solução de Consulta nº 13/97, foi promulgada a Lei nº 9.532/97, estabelecendo que eventual ganho de capital na devolução de capital de instituição isenta se sujeita ao IRPJ. No entanto, tal não é o bastante para que o Fisco, por meio da Solução de Consulta nº 10/07, almejasse tributar suposto ganho na troca de ativos - títulos patrimoniais por ações - decorrente da operação de desmutualização, sem que isso configure uma alteração de critério jurídico;

- isso porque, na primeira oportunidade, i.e., Solução de Consulta nº 10/97, a RFB manifestou-se no sentido de que na operação o que ocorria era a substituição dos títulos patrimoniais por ações, donde se extrai que inexistia qualquer devolução de capital;

- a lei alegada pela decisão recorrida apenas estabeleceu que havendo devolução de patrimônio, a diferença será tributada, o que até então era inaplicável, vez que consoante Solução de Consulta 10/97, na desmutualização não ocorria devolução de patrimônio;

- somente com a Solução de Consulta nº 10/07, alegou-se ocorrer devolução de capital, sustentando, assim, a tributação de eventual diferença entre o valor dos títulos e o valor das ações sob uma suposta subsunção da situação à regra do artigo 17 da Lei nº 9.532/97;

- ora, é evidente a mudança de critério jurídico, já que anteriormente afirmou-se que operação da espécie se tratava de mera troca, sendo que, mais recentemente, quando já existente norma permitindo a tributação de devolução de capital por entidade isenta, alegou-se a ocorrência de devolução de capital, o que, em termos de tributação, faz toda diferença;

- não bastasse a repentina e infundada alteração do critério jurídico adotado, que resultou em conclusões diversas acerca de fatos semelhantes (primeira e segunda operação de desmutualização) e sujeitos à mesma legislação de regência, a fiscalização houve por bem aplicar tal posicionamento para fatos anteriores a tal manifestação, o que é vedado pelo ordenamento. Explica-se;

- a Solução de Consulta publicada à época da primeira operação de desmutualização, isto é, no ano-calendário de 1997, conferiu à operação de criação de nova sociedade (no caso a Clearing S.A.) o adequado tratamento de cisão, sendo que eventual aumento no valor das ações recebidas em face dos títulos patrimoniais substituídos fora tratado como aumento de equivalência patrimonial. Dessa forma, não houve a exigência do IRPJ e da CSLL sobre a operação;

- por outro lado, a Solução de Consulta nº 10/2007 conferiu à operação de idêntica espécie o tratamento de dissolução da associação e posterior devolução do patrimônio de associação, o que, no entender da fiscalização fazendária, estaria sujeita à tributação;

- ainda, a primeira solução de consulta expressamente reconheceu que os valores de atualização dos títulos, em virtude do movimento de cisão, seguida de incorporação, aliado às técnicas contábeis de equivalência patrimonial, integravam, para todos os fins, o custo contábil dos títulos. Assim, não haveria ganho a ser apurado e tributado senão, naturalmente, no que viesse a exceder o custo contábil quando de eventual alienação das ações recebidas em substituição aos títulos patrimoniais;

- já a nova solução de consulta desconsiderou por completo os efeitos inerentes às operações de cisão e de incorporação, bem como afastou a sujeição das atualizações dos títulos do método de equivalência patrimonial, levando, por conseguinte, a diferença daí decorrente à tributação;

- como se nota, foram adotados critérios jurídicos completamente distintos para operações de mesma natureza, sendo que a primeira operação foi tratada como cisão e a segunda como dissolução da sociedade, e, por isso, a primeira operação foi levada a termo pelo critério de custo contábil, sem nenhuma repercussão fiscal, ao passo que na segunda entendeu-se haver ganho tributável;

- contudo, ainda que se possa alegar a validade dos argumentos carreados na Solução de Consulta nº 10/2007, a modificação de critério jurídico somente poderia ser aplicada para fatos geradores subsequentes à publicação do ato administrativo que a veicula, conforme disposto no artigo 146 do Código Tributário Nacional;

- frise-se que a Solução de Consulta nº 10/2007 foi publicada em 30 de outubro de 2007, sendo que a operação de desmutualização em discussão se realizou em 20 de

setembro do mesmo ano. Ou seja, a operação foi realizada antes da publicação da solução de consulta;

- como é de conhecimento, ainda que exista a possibilidade de se recolher IRPJ e CSLL mensalmente ou trimestralmente, é notório que, neste caso, os fatos geradores são anuais e se consolidam em 31 de dezembro de cada ano, para efeitos de determinação da base de cálculo dos tributos;

- assim, diante das características próprias dos tributos em questão acima mencionados, iniciado o ano-calendário, eventuais alterações nos critérios jurídicos adotados pela fiscalização, somente são aplicáveis no exercício subsequente, em respeito ao princípio basilar da segurança jurídica a que o direito tributário se submete. Ou seja, ainda que houvesse fundamentos jurídicos aptos a sustentar o entendimento manifestado pelas autoridades fazendárias, tal modificação somente seria aplicável a fatos geradores ocorridos a partir do ano-calendário de 2008;

- importa, ainda, reafirmar que este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ("CARF"), em casos análogos, já se manifestou sobre a inaplicabilidade retroativa de novo critério jurídico:

ARBITRAMENTO DO LUCRO - ARGAMASSA, PREPARADO EM BETONEIRAS - MUDANÇA DE CRITÉRIO JURÍDICO O fornecimento de argamassa, preparado em betoneiras no trajeto até a obra, constitui atividade de construção civil por empreitada: é prestação de serviços. O ADN COSIT 6/97 considera tal atividade sujeita à alíquota geral de 8% para a presunção de lucro. O ato concreto do lançamento pautou-se nessa alíquota para arbitrar o lucro ao coeficiente de 9,6%. O lançamento complementar utilizou a alíquota de 32%, prevista para prestação de serviços, para arbitrar o lucro ao coeficiente de 38,4%. Houve mudança de critério jurídico, interdita pelo art. 146 do CTN. (...) (Acórdão nº 1103-00.030)

- de mais a mais, tendo-se alcançado a leitura desta peça até o presente momento, cabe, pois, ressaltar que ainda que se entenda: ter ocorrido a extinção das entidades bursáteis e devolução de patrimônio no processo de desmutualização das bolsas; que essa devolução se deu com "ganho" decorrente das atualizações; e que esse "ganho" não se sujeita às normas de equivalência patrimonial reconhecidas por todos os órgãos competentes (Bacen, CMV, CMN, etc.), é certo então que, ainda assim, o lançamento não poderia ter sido efetuado, eis que fulminado pela decadência. É o que se passa a expor.

DAS POSSÍVEIS INTERPRETAÇÕES DA PORTARIA MF Nº 785/77 E DA DECADÊNCIA

- no momento em que se sustenta que a valorização dos títulos patrimoniais detidos pela Recorrente, não é neutra fiscalmente e que, assim, por ocasião da suposta devolução de capital havida quando da desmutualização da BM&F, há um ganho de capital tributável, está-se indiretamente admitindo que as contrapartidas da atualização de tais títulos registradas ao longo do tempo em conta do patrimônio líquido, em verdade, sempre configuraram acréscimos patrimoniais sujeitos à tributação do IRPJ e da CSLL;

- com efeito, o i. Redator designado tomou como base a Portaria MF nº 785/77 ao alegar que na suposta devolução de capital estaria resolvido o diferimento do IRPJ e da CSLL incidentes sobre a valorização dos títulos patrimoniais da BM&F;

- ora, se a Portaria existe - como decidido pelos i. Conselheiros - então com ela deve ser aplicado o tratamento de neutralidade fiscal dos acréscimos efetuados ao valor nominal dos títulos emitidos pela BM&F, tal como nela disposto;

- no entanto, os i. Conselheiros aplicam a referida Portaria exclusivamente para justificar um suposto diferimento da tributação sobre tais acréscimos, não, porém, para aplicar o claro mandamento de isenção nela estabelecido;

- entendeu o Colegiado que a Portaria não estaria a autorizar a aplicação do Método de Equivalência Patrimonial (e, com isso, a garantir a isenção fiscal dos acréscimos patrimoniais dos títulos), mas, por outro lado, estaria ela autorizada a aplicar a tributação desses acréscimos por ocasião da redução do capital das associações;

- não obstante, há que se atentar que, se a Portaria não pode dispor sobre exclusão definitiva da base de cálculo do lucro real, tampouco poderia regulamentar hipótese de diferimento, como faz crer o acórdão recorrido;

- deveras, ou a Portaria não tem amparo legal e deve por completo ser afastada ou, se existe e aplicável, deve-se conferir o tratamento de neutralidade para os acréscimos patrimoniais dos títulos que ano a ano foram sendo registrados na conta de Reserva e posteriormente capitalizados, consolidando-se com isso a isenção fiscal;

- e, nesse contexto, se a Portaria existe, e isso é fora de dúvidas, se, por outro lado, também é fora de dúvidas que a Recorrente jamais distribuiu aos seus acionistas o produto da atualização dos títulos patrimoniais das antigas Bolsas, e se, por fim, não se põe em dúvida a sua legalidade, só é possível defender a tributação da atualização dos títulos patrimoniais da BM&F quando da suposta devolução de capital por estas à Recorrente, somente se a autoridade de fiscalização tivesse obedecido ao quanto disposto em seu inciso II, c.c. o disposto no Decreto-lei 1.109/70, artigo 3º, § 3º, de modo que a tributação somente poderia alcançar os valores capitalizados nos últimos cinco anos pretéritos ao lançamento;

- vale dizer, ainda que se admita a tributação do IRPJ e da CSLL, esta jamais poderia alcançar os valores capitalizados há mais de cinco anos, eis que, quanto a esses, a isenção teria se consolidado e, portanto, legitimamente, deveriam ter composto o custo de aquisição dos títulos para o cálculo do ganho de capital;

- de outra sorte, se a Portaria for desconsiderada por suposta ilegalidade, então é fato, como já asseverado, que desde sempre os valores de atualização dos títulos deveriam ter sido tributados, eis que anualmente se materializaria o fato gerador do IRPJ e da CSLL sobre os acréscimos patrimoniais;

- e, em tal situação, caberia à Recorrente recolher os tributos supostamente incidentes sobre a valorização dos títulos patrimoniais anualmente, ou seja, na medida da contabilização da valorização dos títulos a débito da conta do ativo "Títulos Patrimoniais";

- nesse sentido, o prazo decadencial para o Fisco efetuar o lançamento do IRPJ e da CSLL incidentes sobre as valorizações dos títulos patrimoniais ao longo do tempo

teria se iniciado a cada ano, isto é, no próprio ano da valorização, quando verificados, pois o acréscimo patrimonial deveria ter composto as suas respectivas bases de cálculos;

- assim, por uma ou outra razão, os acréscimos ocorridos nos 5 (cinco) anos anteriores ao lançamento estariam atingidos pela decadência (art. 150, § °, do CTN);

- considerando que o lançamento somente se materializou em 18/10/2011, com a ciência expressa do contribuinte, todos os valores das atualizações relativos a fatos geradores ocorridos há mais de cinco anos, contados regressivamente a essa data, já foram alcançados pela decadência;

- portanto, os valores eventualmente devidos a título de IRPJ e CSLL referentes a fatos geradores anteriores a 18/10/2006 são inexigíveis, eis que por ocasião da lavratura do auto de infração, ou mais precisamente da ciência da Recorrente, já havia decaído a Fazenda Pública de seu direito de sequer lançá-los;

DA DEDUTIBILIDADE DOS JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO

DA APURAÇÃO E O PAGAMENTO DE JCP: DEDUTIBILIDADE PARA FINS DE IRPJ E CSLL

- o pagamento dos JCP relativos ao ano-calendário de 2005, no montante de R\$ 34.647.058,82, respeitou a TJLP aplicada sobre o patrimônio líquido (R\$ 34.678.851,05), bem como está dentro do limite de 50% do saldo de lucros acumulados e reservas de lucros (R\$ 77.406.215,38);

- da mesma maneira, o valor pago de JCP referente ao ano-calendário de 2006, no montante de R\$ 31.152.941,18, obedeceu aos limites estabelecidos pela aplicação da TJLP sobre o patrimônio líquido (R\$ 31.154.147,01), bem assim ao limite de 50% do saldo de lucros acumulados e reservas de lucros (R\$ 41.882.695,33);

DA PERIODICIDADE DO PAGAMENTO DE JCP: POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO RETROATIVO OU ACUMULADO

- as condições legais relativas à dedutibilidade da remuneração de JCP são estabelecidas de forma taxativa, não podendo ser ampliadas pelas autoridades fiscais;

- assim, desde que observados os limites quantitativos estabelecidos na lei, não existe qualquer vedação para que seja deliberado "pagamento retroativo" de JCP, uma vez que a lei não estabelece prazo para que seja exercida a opção por esta forma de distribuição de resultados aos sócios ou acionistas;

- a circunstância de a Recorrente não ter exercido em 2005 o seu direito de optar pelo pagamento de JCP não implica preclusão temporal, pois nenhum prazo foi estabelecido para tanto e tampouco significa que teria havido renúncia a esse direito;

- no entanto, a alegação fiscal - referendada pelo C. Colegiado *a quo* - baseia-se justamente no entendimento equivocado de suposto aproveitamento intempestivo dos JCP de 2005 na apuração do lucro real em 2006;

- cumpre atentar que, não havendo sido estabelecida em lei qualquer regra temporal específica para o reconhecimento das despesas relativas aos JCP, elas podem ser contabilizadas em conformidade com a regra geral que estabelece o "regime de competência" (art. 6º do Decreto-Lei n.º 1.598/77) para o reconhecimento de receitas e despesas da pessoa jurídica;

- a necessidade de observância do regime de competência, entretanto, deve ser bem compreendida;

- é pressuposto inafastável para o reconhecimento de qualquer despesa - independentemente do regime adotado para identificação do momento em que esta deverá ser contabilizada - a prévia constituição da obrigação a que se refere. Não há que se falar na existência de despesa - seja pelo regime de caixa ou pelo regime de competência - antes do momento em que a correspondente obrigação tenha sido incorporada ao patrimônio do contribuinte;

- dito de outro modo, o critério eleito para o reconhecimento de despesas diz respeito apenas à ocasião em que esta deverá ser contabilizada pelo contribuinte. Pode tal critério ser coincidente, no tempo, com o fato que lhe deu causa no momento de sua constituição (regime econômico de apuração de resultados), como ordinariamente se verifica, ou pode ser posterior à constituição do fato que ordinariamente lhe teria sido dado causa, quando dependente de evento que impute a obrigação efetivamente incorrida, como se verifica com o JCP, cuja obrigação nasce se e quando, nos termos do contrato ou do estatuto, há a deliberação do seu pagamento. É nesse contexto, pois, que o regime de competência deve ser compreendido;

- o que não faz sentido - não importando o regime a ser seguido - é que uma despesa seja imputada contábil ou fiscalmente a um período anterior ao da constituição jurídica da obrigação a que corresponde. Em suma, uma despesa não pode ser reconhecida antes que tenha sido incorrida;

- afinal, os JCP não constituem uma forma de remuneração obrigatória dos acionistas, apresentando-se como mecanismo de utilização facultativa. Em outras palavras, a existência da obrigação de pagar JCP não decorre compulsoriamente da lei, dependendo sempre de uma deliberação dos órgãos competentes da pessoa jurídica;

- assim, antes que tenha sido realizada a opção pelo pagamento de JCP - por qualquer meio autorizado nos contratos ou estatutos sociais, ou posteriormente ratificado pelos órgãos sociais competentes -, não há qualquer obrigação para a pessoa jurídica, ou qualquer direito subjetivo para os sócios;

- portanto, mesmo com fundamento no regime de competência, as despesas correspondentes a JCP devem ser reconhecidas no período-base no qual a pessoa jurídica exerça a opção sobre a utilização dessa forma de distribuição de resultados aos seus sócios ou acionistas;

- justamente por isso, pouco importa a circunstância de os JCP deliberados em um dado período base serem calculados com base em contas do Patrimônio Líquido de períodos já encerrados;

- atente-se que a conta do PL considerada, assim como a TJLP, funcionam apenas como parâmetros, estabelecidos pela lei tributária, para determinação quantitativa do limite máximo do que pode ser pago, não tendo qualquer influência, entretanto, na determinação do momento em que surge a obrigação do seu pagamento e a consequente dedutibilidade da despesa, que se rege exclusivamente pelo ato de deliberação;

- o mesmo se diga com relação ao limite relativo ao lucro do exercício ou lucros acumulados, os quais igualmente constituem mero parâmetro para o cálculo dos JCP;

- em suma, o que importa, para fins de aplicação do regime de competência, é o momento em que a obrigação foi constituída. É nesse instante, portanto, que o contribuinte deve aferir a existência de "lastro" em lucros e aproveitar a dedutibilidade fiscal decorrente. Com efeito, no presente caso, tal obrigação foi somente constituída em 2006, mediante as atas das assembleias que deliberaram o pagamento de JCP (fls. 407/417);

- de fato, os efeitos contábeis e fiscais decorrentes da deliberação, em 2006, para pagamento de JCP de 2005 e 2006, não podem ser imputados a períodos passados. Essa solução implicaria a necessária recomposição dos resultados dos períodos-base anteriores, o que só seria admitido em caso de "erro" quanto à contabilização das receitas ou despesas a ele pertinentes, o que, evidentemente, não é o caso, uma vez que seria juridicamente impossível a contabilização de JCP antes do momento da decisão tomada acerca do seu pagamento;

- ademais, admitir que os JCP pagos sobre exercícios anteriores deveriam ser atribuídos àqueles períodos equivaleria a dizer que os acionistas beneficiários desses pagamentos também teriam rendimentos do passado, sendo que, em verdade, são eles mesmos quem deliberam se e quando tal obrigação se constitui;

- assim, resta claro que o regime de competência constitui simples critério para definição do momento adequado para o reconhecimento de receitas e despesas, não se tratando de uma espécie de "prazo decadencial" para tomada de decisões sobre a forma de remuneração dos sócios ou acionistas;

- deveras, a indicação de um "prazo decadencial" para o exercício da opção de remunerar os acionistas mediante o pagamento de JCP não encontra respaldo legal, como foi reconhecido pelo próprio Superior Tribunal de Justiça (Resp n.º 1.086.752/PR);

- corrobora o exposto, a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF (ementas transcritas);

- como se vê, inexistente qualquer vedação legal no que se refere à dedução dos juros sobre o capital próprio em ano-calendário futuro, em que efetivamente ocorre a realização do pagamento. A única exigência que se impõe é a observância dos limites e condições previstos em lei, ano a ano;

- os JCP de R\$ 34.647.058,82, relativos ao ano de 2005, somente se tornaram exigíveis para a Recorrente a partir do ano de 2006 quando a Administração da Sociedade decidiu pelo pagamento e constituiu a respectiva obrigação;

- significa dizer que, antes disso sequer existia a obrigação da Recorrente em relação aos seus acionistas e, por conseguinte, inexistiam despesas de JCP para fins de registro contábil;

- assim sendo, somente após a deliberação da Sociedade a obrigação de pagamento de JCP de 2005 e 2006 foi devidamente contabilizada pela Recorrente e a despesa com os JCP foi deduzida da apuração do lucro real, em total respeito ao regime de competência;

- desse modo, também o segundo item do auto de infração ora guerreado é totalmente improcedente, pois se fundamenta na premissa equivocada de que a Recorrente haveria desrespeitado o princípio da competência do exercício e teria lançado despesas de período anterior na apuração do lucro real de 2006;

DA RECOMPOSIÇÃO DO PREJUÍZO APURADO EM 2005

- na remota hipótese de os argumentos apresentados pela ora Recorrente não serem julgados procedentes, deve a autoridade fiscal ao menos reconhecer a despesa de juros sobre o capital próprio referente ao ano-calendário de 2005 e, desse modo, proceder à recomposição da base de cálculo do IRPJ desse período;

- isso porque, houve de fato o pagamento de juros sobre o capital próprio aos acionistas no montante de R\$ 34.647.058,82 e, assim, ainda que a autoridade julgadora entenda que não teria havido obediência ao princípio da competência, fato é que a despesa foi efetivamente incorrida e, portanto, deve constar dos registros contábeis e fiscais senão de 2006, então no ano-calendário de 2005;

- nessa hipótese, cabe à fiscalização proceder à recomposição do prejuízo fiscal apurado em 2005 pela Recorrente por meio da adição da despesa de JCP de R\$ 34.647.058,82. ao prejuízo fiscal apurado de R\$ 25.159.515,14, restando à Recorrente ao final do período de apuração um saldo de prejuízo fiscal passível de aproveitamento em períodos subsequentes de R\$ 59.806.574,96;

DO NÃO CABIMENTO DE JUROS SOBRE A MULTA

- por fim, ainda na absurda hipótese de ser mantida a autuação, o que se admite apenas por amor à argumentação, é imprescindível que seja, em face do princípio do contraditório e da ampla defesa, desde já afastado o posicionamento do Fisco referente à incidência de juros de mora, calculados à taxa SELIC, sobre a multa constituída;

- de fato, muito embora não haja no lançamento combatido qualquer menção nesse sentido, é cediço que as autoridades fiscais, por ocasião da cobrança de créditos constituídos impugnados/recorridos, atualizam o montante destes aplicando a taxa SELIC não somente sobre o principal exigido, mas, também, sobre eventual multa imposta - neste último caso, a partir da data do lançamento;

- no entanto, tendo em vista a inexistência de qualquer previsão legal a permitir a aplicação de juros SELIC sobre a multa, a Recorrente entende por bem desde já rechaçar esse procedimento, para a hipótese extrema de ser mantido o lançamento;

- com efeito, o artigo 44 da Lei nº 9.430/96, responsável pela instituição das multas aplicáveis em caso de lançamento de ofício, não faz qualquer menção à incidência de juros de mora, calculados à taxa SELIC, sobre esses valores;

- pois bem. Tal fato, se averiguado em face do quanto disposto pelo artigo 43 da Lei nº 9.430/96, que trata de autos de infração sem tributo, deixa sem sombra de dúvidas que as multas de ofício, constituídas juntamente com a obrigação principal, não estão sujeitas à taxa SELIC;

- isso porque, o artigo 43 da Lei nº 9.430/96 deixa evidente que o legislador, quando buscou submeter dado crédito tributário à taxa SELIC, expressamente o fez;

- ademais, vale dizer que não é possível sustentar a aplicação de juros SELIC com base no artigo 61, §3º, da Lei nº 9.430/96;

- consoante se depreende, o dispositivo em questão utiliza a expressão débito, e não crédito tributário, donde se constata que está a instituir a incidência dos juros SELIC sobre o principal devido, e não sobre eventual multa de ofício aplicável e a fim de que não pare qualquer dúvida a respeito de estar o artigo 61, §3º, da Lei nº 9.430/96 tratando, apenas e tão somente, do principal devido, quando dispõe "aos débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora", importa atentar para a leitura de seu caput;

- de fato, o caput do artigo 61, da Lei nº 9.430/96, também utiliza a expressão "débitos", mas o faz para determinar que estes se sujeitam à multa de mora, donde se constata que débito e multa são coisas distintas, de forma que o §3º indiscutivelmente cuida apenas do principal devido;

- cumpre lembrar que, em diversas oportunidades, assim já se manifestou o CARF (ementas transcritas);

- assim, na remota hipótese de ser mantida a multa, é certo que sobre ela não devem ser aplicados juros SELIC, haja vista a inexistência de qualquer previsão legal nesse sentido;

DO PEDIDO

- por todo o exposto, considerando-se as razões de direito anteriormente aduzidas e as patentes divergências entre a decisão recorrida e os paradigmas, requer seja o presente recurso especial conhecido e, no mérito, integralmente provido para cancelar o auto de infração combatido

Quando do **exame de admissibilidade do Recurso Especial da contribuinte**, a Presidente da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, por meio do despacho exarado em 03/07/2015, admitiu o recurso com base na seguinte análise sobre a divergência suscitada:

[...]

Argumenta, a recorrente, que há divergência jurisprudencial no que respeita ao entendimento esposado no voto vencedor do acórdão recorrido, quanto às seguintes questões:

1ª Divergência: Natureza Jurídica das Operações de Desmutualização

[...]

2ª Divergência: Dedutibilidade dos Juros Sobre o Capital Próprio

[...]

3ª Divergência: Não Incidência de Juros sobre Multa

[...]

Como visto, o recurso é tempestivo.

Passo a examinar a caracterização das divergências.

1ª Divergência

[...]

Compulsando as decisões contrapostas, verifico que o voto proferido no acórdão indicado como paradigma tem o entendimento de que, nos casos de desmutualização, não há restituição de patrimônio aos associados perpetrada pela associação (BM&F / BOVESPA), mas sim, mera substituição de títulos por ações, como forma de concretizar operações de cisão e incorporação do patrimônio da associação e ainda, que a posterior venda dessas ações não configura receita operacional do contribuinte mas, apenas, venda de seu ativo imobilizado.

Já, o voto vencedor do acórdão recorrido firmou posição no sentido de que, inexistindo a possibilidade de cisão da associação civil, ou mesmo de destinação de seu patrimônio a entidade de fins econômicos, o fato jurídico que converte os títulos patrimoniais detidos em Bolsa de Valores em ações de Bolsa de Valores somente pode ser caracterizado como dissolução parcial da associação sem fins lucrativos, com devolução de patrimônio a associado, que utiliza este valor para aporte de capital na sociedade anônima referida e, 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 e da CSLL.

Verifica-se, assim, que as situações tratadas são idênticas, mas as conclusões proferidas nas decisões totalmente distintas, caracterizando-se, assim, o dissenso alegado, devendo ser admitido o recurso relativamente a esta matéria.

2ª Divergência:

[...]

Nos votos proferidos nos acórdãos paradigmas consignou-se tese no sentido de que, restando comprovado nos autos que, ano a ano, a contribuinte tinha capacidade para distribuir JCP, nada obsta que possa fazê-lo em ano-calendário posterior, de forma acumulada e, ainda, que o período de competência, para efeito de dedutibilidade dos JCP da base de cálculo do IRPJ, é aquele em que há deliberação de órgão ou pessoa competente sobre o seu pagamento ou crédito.

Por outro lado, no acórdão recorrido, o entendimento é de que somente seriam dedutíveis os valores a título de JCP contabilizados como pagos ou creditados no respectivo período em que apurado o lucro real, constatando-se, assim, presente a divergência suscitada.

Neste ponto, também deve ser admitido o recurso especial.

3ª Divergência

[...]

De fato, os julgados acima denunciam posicionamentos divergentes sobre um mesmo tema. A possibilidade de incidência de juros de mora, calculados com base na taxa Selic, sobre a multa de ofício lançada. E ambas as decisões veiculam conclusões divergentes. Portanto, neste último ponto, o recurso especial também deve ser admitido.

Caracterizados, portanto, todos os pontos de divergência jurisprudencial apontados pela recorrente, deve ser acolhido o recurso especial em sua totalidade.

Por todo o exposto, proponho seja DADO SEGUIMENTO ao recurso especial de divergência.

CONTRARRAZÕES DA PGFN

Em 31/07/2015, o processo foi encaminhado à PGFN, para ciência do despacho que admitiu o recurso especial da contribuinte, e em 06/08/2015 o referido órgão apresentou tempestivamente as contrarrazões ao recurso, com os seguintes argumentos:

DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE (relativo à primeira divergência)

- o Despacho nº 1300-/2015 – 3ª Câmara, de 3 de julho de 2015, reconheceu como comprovada a caracterização da divergência jurisprudencial. Todavia, a recorrente não logrou êxito na comprovação do dissenso jurisprudencial;

- não se pode ter como comprovada a divergência jurisprudencial ante a ausência de teses jurídicas diversas acerca da interpretação da legislação tributária;

- o acórdão recorrido tratou do tema à luz da disciplina legal do IRPJ e da CSLL. Outra foi a ótica sob a qual foi analisada a matéria pelo acórdão indicado como paradigma;

- não ficou demonstrado que, ainda que adotadas as mesmas premissas indicadas no acórdão paradigma, quanto à pretensa “qualificação da natureza jurídica da desmutualização”, outra teria sido a conclusão encampada pelo acórdão atacado;

- noutros termos, não foi comprovado que a simples adoção das premissas estampadas no acórdão paradigma que analisou o tema à luz da disciplina legal das contribuições sociais no regime não-cumulativo, seria suficiente por si só para garantir a reversão do resultado do julgamento recorrido, afastando a tributação da operação pelo IRPJ/CSLL;

- logo, seja pela diversidade dos quadros fáticos nos quais proferidos os acórdãos indicados como paradigmas e a decisão impugnada, seja pela ausência de divergência

de teses jurídicas, o fato é que o recurso especial manejado pelo contribuinte interessado não merece seguimento;

- outrossim, caso se entenda pela comprovação do dissenso, devem ser observados os precisos limites em que preconizada e admitida a demonstração da divergência para que não se outorgue à parte o rejuízo total da causa quando apenas foi supostamente demonstrado o dissídio em relação a apenas um determinado aspecto;

- ante os argumentos expendidos, em sede preliminar, deve-se negar seguimento ao recurso especial manejado, diante da ausência de demonstração da divergência jurisprudencial;

DAS RAZÕES PARA MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO

DAS OPERAÇÕES DE DESMUTUALIZAÇÃO

DO PROCESSO DE DESMUTUALIZAÇÃO DA BOVESPA E DA BM&F

- a Bovespa e a BMF nasceram, respectivamente, em 1967 e 1985, com contornos jurídicos de Associações sem Fins Lucrativos;

- é oportuno notar que a característica de associações sem fins lucrativos, somada ao fato de realizar atividades de extrema relevância para os interesses nacionais, permitiram às Bolsas gozar de tratamento diferenciado pela legislação nacional;

- foi justamente neste cenário de favor fiscal (isenção) e de íntima relação com o poder público (possibilidade de dotação orçamentária) que as Bolsas construíram um patrimônio robusto e invejável. Esse contexto fático assim permaneceu até o ano de 2007, data em que sucederam as alterações na estrutura jurídica daquelas entidades;

- foi denominado “Desmutualização” justamente o conjunto de alterações societárias que culminaram na transferência das atividades das Bolsas – até então desempenhadas por associações sem fins lucrativos – para companhias abertas, com propósitos econômicos;

- a desmutualização das Bolsas brasileiras partiu de decisão *interna corporis* das associações e de seus associados, detentores dos títulos de propriedade, seguindo tendências mundiais do setor. Não houve qualquer determinação estatal para tanto;

- a desmutualização teve o intuito de transferir as atividades compreendidas no objeto social das associações civis sem fins lucrativos para outras entidades, organizadas sob a forma de sociedades anônimas. Assim, separou-se nos títulos emitidos pela BOVESPA e pela BM&F o seu conteúdo operacional dos direitos patrimoniais, que foram corporificados em ações da Bovespa Holding S/A e a BM&F S/A, respectivamente. Dessa maneira, a cada detentor de títulos representativos dos patrimônios da Bovespa e da BM&F foi atribuído um número de ações de emissão, respectivamente, da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A;

- considerando que neste processo de desmutualização houve devolução do patrimônio das associações civis sem fins lucrativos para as corretoras a elas associadas, na

forma de ações das novas sociedades anônimas constituídas, o montante correspondente à diferença entre o valor recebido a título de devolução de patrimônio de sociedades isentas e o valor entregue para a formação do mesmo deveria ter sido computado na determinação do lucro real da autuada, nos termos do artigo 17 da Lei 9532/97. Portanto, em razão da omissão dos ganhos auferidos nesta devolução patrimonial, autouou-se a ora recorrente, que detinha alguns títulos patrimoniais emitidos pela BOVESPA e pela BM&F;

DO REGIME JURÍDICO APLICÁVEL ÀS ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS

- c cerne da questão controvertida nestes autos diz respeito ao regime jurídico a que se submetiam as Bolsas de Valores (Bovespa e BM&F) ao tempo das “operações societárias” de 2007. A contribuinte recorrente defende a aplicação do regime próprio das sociedades anônimas, sendo plenamente aplicável, segundo ele, os institutos da cisão, fusão e incorporação. Assim sendo, ainda segundo a contribuinte, teria havido uma cisão das Bolsas (Bovespa e BM&F) seguida de incorporação da parcela do patrimônio pelos respectivos associados. Ao final da operação, os antigos associados, até então detentores de títulos patrimoniais, passaram à condição de acionistas das sociedades anônimas criadas;

- entretanto, o regime jurídico a que se submetiam as Bolsas ao tempo das operações só pode ser aquele próprio das associações sem fins lucrativos. Com efeito, as normas legais sobre as associações sem fins lucrativos não contemplam os institutos da cisão, incorporação ou fusão. Assim, o processo de desmutualização das Bolsas culminou com a extinção das respectivas Associações sem fins lucrativos (Bovespa e BM&F), até então isentas, conduzindo a uma devolução de patrimônio social à contribuinte recorrente – que não ofereceu à tributação o ganho ali auferido;

- portanto, necessário verificar porque o regime da Lei nº 6.404/76 (sociedade por ações) não podia ser aplicado, à época dos fatos geradores, às operações de desmutualização levadas a termo pelas Bolsas. Além disso, também é imprescindível demonstrar porque o contribuinte deveria ter oferecido à tributação o acréscimo patrimonial auferido com a desmutualização das Bolsas;

- por mais engenhosas que tenham sido as operações societárias que culminaram com a transferência das atividades das Bolsas para uma S.A., não há como fugir da simplicidade dos fatos. Implica dizer que, ao final das operações, as associações civis sem fins lucrativos estavam extintas e, em seu lugar, constituíram-se sociedades anônimas;

- os institutos da fusão, cisão e incorporação não são de utilização permitida pelas associações, por força do disposto no art. 1.113 e seguintes do Código Civil – cuja localização topográfica indica sua aplicação somente às sociedades empresárias;

- a legislação aplicável às sociedades não pode ser estendida às associações em razão das próprias características que diferenciam um e outro tipo de pessoa jurídica. Portanto, não se pode pretender aplicar às associações uma legislação elaborada para reger pessoas jurídicas com elementos tão distintos, como é o caso das sociedades;

- por terem sido constituídas sob a forma de associações civis SEM FINS LUCRATIVOS, não há que se falar em distribuição de lucros e, portanto, em equiparação de tais entidades a sociedades. Desse modo, resta inviabilizada a pretensão de estender à Bovespa e à BM&F a legislação de regência das sociedades empresárias;

- corrobora esse entendimento, ou seja, de aplicação daqueles institutos jurídicos somente às sociedades mercantis, a Instrução Normativa Nº 88 do DNRC, que dispõe sobre o arquivamento dos atos de transformação, incorporação, fusão e cisão de sociedades mercantis;

- o art. 61 do Código Civil veda a destinação de qualquer parcela do patrimônio das bolsas de valores, constituídas sob a forma de associações, a entes com finalidade lucrativa. Diante disso, para que uma associação pudesse transferir seu patrimônio a uma sociedade comercial com fins lucrativos, deveria ser promovida a devolução do seu patrimônio aos associados, com a posterior baixa de seus atos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e a subsequente inscrição na Junta Comercial, constituindo-se, portanto, outra pessoa jurídica. Dessa forma, é possível afirmar que as operações societárias resultaram na extinção das sociedades civis Bovespa e BM&F, e, conseqüentemente, na devolução de seus patrimônios às corretoras associadas;

- a contribuinte defende a aplicação de institutos próprios de sociedades empresárias com fundamento em interpretação literal e isolada do art. 2033 do Código Civil de 2002;

- ora, uma interpretação de dispositivo legal não pode retirar todo o conteúdo normativo de um outro artigo da lei. Dessa maneira, ainda que se admita a aplicação de cisão, incorporação, etc., às associações civis sem fins lucrativos – por força de interpretação isolada do art. 2.033 do Código Civil, de 2002 – não se pode fugir das conseqüências estipuladas no art. 61 também do Código Civil, de 2002. Implica dizer que o regime jurídico própria das associações civis sem fins lucrativos não pode ser desprezado, sob pena de ofensa ao critério da especificidade, prestigiado até mesmo pelo citado art. 2.033. Com efeito, o art. 2.033 do Código Civil, de 2002, ressalva sua aplicação em caso de legislação específica. Nesse ponto, importante lembrar que os arts. 53 a 61 do Código Civil, de 2002, trouxeram regramento específico para as associações civis. Portanto, admitir a utilização indiscriminada dos institutos da transformação, cisão e incorporação de sociedades empresárias ao presente caso, significa negar vigência ao regime jurídico que disciplina as associações civis sem fins lucrativos, mormente ao art. 61 do Código Civil;

- diante disso, parece-nos suficientemente claro que as associações civis sem fins lucrativos não podem destinar parte ou a totalidade de seu patrimônio para exploração de atividade econômica visando lucro. Implica dizer que não bastaria simplesmente cindir o patrimônio da BOVESPA e da BMF e utilizá-lo para a criação de outra pessoa jurídica – que desenvolveria a atividade com finalidade lucrativa. Com efeito, a partir de interpretação sistemática e teleológica das normas que regem as associações sem fins lucrativos, é possível concluir que a operação de desmutualização da BOVESPA e da BMF exigiria a prévia extinção destas associações e a inevitável devolução patrimonial aos associados – dentre eles a contribuinte;

- não podem os beneficiários da desmutualização se furtarem aos efeitos jurídicos dessa decisão, inclusive os efeitos tributários. Assim, a recorrente deveria ter oferecido à tributação os valores do patrimônio das associações extintas que lhe foram devolvidos, uma vez que se tratavam de entidades isentas. Esse é o comando do art. 17 da Lei nº 9.532, de 1997, senão vejamos:

Art. 17. Sujeita-se à incidência do imposto de renda à alíquota de quinze por cento a diferença entre o valor em dinheiro ou o valor dos bens

e direitos **recebidos de instituição isenta**, por pessoa física, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver entregue para a formação do referido patrimônio.

(...)

§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.

- vale a pena destacar que a matéria já recebeu manifestação do Poder Judiciário, que acolheu todos os argumentos aqui enunciados e manteve os lançamentos tributários, senão vejamos:

PROCESSO 0001166-03.2008.4.03.6100 12ª Vara Federal de São Paulo-
SP Decisão de 03/09/2009

[...]

Na hipótese da desmutualização, quando ocorreu a restituição dos títulos patrimoniais da BM&F a seus detentores, reputo aplicável o artigo 17 da Lei nº 9.532/97, [...]

Processo 2008.03.00.004115-1 - AG 325479 – 6ª Turma TRF3, decisão de
23/05/2008

[...]

Observo que como a BM&F era uma associação sem fins lucrativos, os superávits obtidos ano a ano eram reinvestidos na própria bolsa, sem incidência de imposto de renda ou contribuição social sobre o lucro. **Parece-me que quando a BM&F converteu seu patrimônio - ao qual se integra o que economizou em impostos -, em uma sociedade com fins lucrativos, a diferença então verificada gerou ganho de capital e em decorrência, incide imposto sobre o que não foi pago durante a fase beneficiada pela isenção.**

Processo 2008.03.00.007124-6 AG 327646, decisão de 13/06/2008

[...]

No caso, e numa análise inicial que se faz da questão jurídica controvertida, não denoto relevância na fundamentação capaz de afastar a aplicação do artigo 17 da Lei 9.532/97. Com efeito, referido diploma legal traz hipótese de incidência relativa ao imposto de renda e à contribuição social sobre o lucro que corresponde à situação fática descrita.

[...]

Por outro lado, bem lançada a decisão agravada no tocante à rejeição do método de equivalência patrimonial pretendido pela recorrente, uma vez que

"visa a estimar o reflexo da variação do patrimônio da sociedade empresária investida no valor do patrimônio da sociedade investidora, mas é inaplicável à atualização dos títulos patrimoniais das bolsas de valores, uma vez que o artigo 248 da Lei das Sociedades por Ações - Lei 6.404/76, somente possibilita sua utilização em sociedades coligadas ou controladas". A mera circunstância relacionada à propriedade de ações de determinada sociedade não a transforma em coligada ou controlada, a afastar a plena identificação da hipótese legal ao caso concreto.

Finalmente, também não denoto relevância na fundamentação pelo fato de ter ocorrido manifestação anterior da Secretaria da Receita Federal em outro sentido, uma vez inexistir vinculação do juízo a decisões tomadas na via administrativa, especialmente considerando a época e as peculiaridades de outro caso concreto. (destacou-se)

[...]

- portanto, por não ter a recorrente observado as disposições legais que regem a matéria, mormente o art. 61 do Código Civil e o art. 17 da Lei nº 9.532, de 1997, não merece qualquer reparo a decisão recorrida que manteve o lançamento tributário realizado e refutou as demais alegações do contribuinte;

DA TRIBUTAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL DECORRENTE DO PROCESSO DE DESMUTUALIZAÇÃO: APURAÇÃO DO VALOR DOS TÍTULOS PATRIMONIAIS DAS BOLSAS DE VALORES

INAPLICABILIDADE DO MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL PARA AVALIAÇÃO DO PATRIMÔNIO DE ASSOCIAÇÕES

- não restam dúvidas de que as normas aplicáveis à BOVESPA e à BM&F eram as previstas nos art. 53 a 61 do Código Civil de 2002. Isso porque o regime jurídico das associações está previsto nos aludidos dispositivos legais – em local apartado dos dispositivos que tratam das sociedades;

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

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

- as razões utilizadas acima servem para se refutar o entendimento no sentido de que seria aplicável o método da equivalência patrimonial (MEP) para a avaliação do título patrimonial das bolsas de valores. Ora, o MEP foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 6.404, de 1976, e o primeiro aspecto que deve ser ressaltado é que essa lei

tem como destinatárias as sociedades por ações, que possuem natureza jurídica totalmente diversa das associações;

- as sociedades por ações servem para o desenvolvimento de atividades empresariais – cujo objetivo é proporcionar lucro aos seus sócios. Desse modo, fica evidente a incompatibilidade da Lei nº 6.404, de 1976, com o regime jurídico das associações;

Não obstante, nada impede que uma lei possa autorizar que as associações civis utilizem as regras previstas para as sociedades empresárias. Apesar das inúmeras disparidades entre as sociedades empresárias e as associações civis sem fins lucrativos, se a lei previsse que estas poderiam ser regidas pelas normas da Lei nº 6.404, de 1976, caberia apenas obedecer ao comando legal. Entretanto, não existe tal suporte legal – pois os dispositivos do Código Civil que regulamentam as associações não trouxeram norma com este conteúdo, tampouco a Lei nº 6.404, de 1976;

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

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

- a referida alínea “m” do art. 223 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 76.186/75 tratava dos quinhões ou frações ideais recebidas pelos associados em decorrência de meros aumentos de capital da bolsa de valores. Assim, não há que se confundir a situação tratada nos referidos atos normativos com o MEP;

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

- por outro lado, se o Ofício Circular CVM nº 325/1979, e a Circular do Banco Central do Brasil nº 1.273/1987 conferiram tal prerrogativa às corretoras, o fizeram desrespeitando o art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976. Isso porque o citado dispositivo legal restringe a aplicação do MEP para avaliação de investimentos em sociedades coligadas ou controladas. Ora, Srs. Conselheiros, é possível conceber que as corretoras eram coligadas ou controladoras das Bolsas de Valores? Se prevalecer o entendimento de que as corretoras poderiam avaliar seus títulos patrimoniais nas Bolsas de Valores pelo MEP, restaria desconfigurada ou simplesmente ignorada a natureza jurídica das próprias Bolsas de Valores.

Significa dizer que o MEP serviria para associados avaliarem sua participação no patrimônio da associação – o que é totalmente incompatível com a finalidade e a estrutura de uma associação sem fins lucrativos;

- acrescente-se ainda que a Circular do Banco Central do Brasil nº 1.273/1987 determina apenas que as sociedades corretoras observem normas consubstanciadas no COSIF, mas, de forma alguma autorizou que se avaliassem investimentos em associações pelo MEP;

- não há na Circular acima mencionada qualquer autorização ou determinação para que as sociedades corretoras avaliem seus ativos representativos dos títulos patrimoniais das bolsas de valores pelo MEP;

- cabe analisar também o já revogado art. 10 da Resolução Bacen nº 1.656/1989, que aprovou o Regulamento que disciplinava a constituição, a organização e o funcionamento das bolsas de valores, por força do disposto, à época, no art. 18 da Lei nº 6.385, de 1976;

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

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

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

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

- importante destacar que a Solução de Consulta Cosit nº 10/2007 foi proferida justamente para esclarecer a forma como deveria ocorrer a tributação nos caso de desmutualização da Bovespa e da BM&F. Essa manifestação da Receita Federal levou em consideração toda a legislação pertinente, inclusive a Portaria nº 785/1977, chegando à conclusão de que deveria ser revisto o entendimento firmado na Solução de Consulta nº 13/1997;

- nesse ponto, a recorrente alega que teria havido alteração de critério jurídico, por parte da Administração Tributária, e, por isso, a Solução de Consulta Cosit nº

10/2007 não poderia alcançar fatos ocorridos antes da sua publicação. Todavia, uma análise cuidadosa do contexto fático em que foram editados os mencionados atos infra-legais demonstra que os argumentos do contribuinte não merecem prosperar. Sobre esse assunto, vale a pena conferir trecho da decisão de primeira instância:

Em relação à alegação da impugnante de que o lançamento não seria válido por suposta alteração de critério jurídico, frise-se que a Lei nº 9.532 foi editada em 10/12/97, anteriormente, portanto, à data de emissão das ações da BM&F S/A, ocorrida com a desmutualização da associação BM&F (20/09/2007), fato que deu causa ao ganho auferido na devolução do patrimônio de entidade isenta aqui tributado. Ademais, a Solução de Consulta Cosit nº 10/2007 é anterior a 01/07/2008, razão pela qual não procede a tese da impugnante.

- a DRJ/SP1 foi precisa ao explicitar que não há que se falar em alteração de critério jurídico no sentido vedado pelo art. 146 do CTN. Isso porque a Solução de Consulta nº 13/1997 foi elaborada em outro contexto jurídico, se comparada com a Solução de Consulta Cosit nº 10/2007. Vale dizer, a Solução de Consulta Cosit nº 10/2007 se baseou em uma norma que não existia à época em que foi proferida a Solução de Consulta nº 13/1997, qual seja: o art. 17 da Lei nº 9.532, de 1997;

- ora, não se mostra razoável a pretensão de que uma Solução de Consulta da Receita Federal – é bom frisar, elaborada antes mesmo da vigência da norma que lastreou o lançamento – sirva para afastar a exigência do crédito tributário. Com efeito, não se pode esquecer que a partir do momento que entrou em vigor o art. 17 da Lei nº 9.532, de 1997, a Administração Tributária e o próprio contribuinte devem observar a sua aplicação. Além disso, a chamada modificação do critério jurídico representa apenas a atualização natural do entendimento da Administração frente a um novo regramento jurídico. Implica dizer que alterada a legislação tributária e a disciplina dos fatos analisados na Solução de Consulta nº 13/1997 é evidente que seria necessária a elaboração de uma nova Solução de Consulta pela Receita Federal – abordando a nova legislação em vigor;

- diante disso, resta evidente que é plenamente aplicável ao caso dos autos o entendimento firmado na Solução de Consulta Cosit nº 10/2007. Aliás, a prevalecer a tese do contribuinte, teremos a seguinte aberração jurídica: um ato infra-legal afastando a aplicação de um dispositivo legal vigente. Some-se a isso o fato do referido ato infra-legal ser anterior à vigência do art. 17 da Lei nº 9.532, de 1997, que serviu de fundamento para a autuação, e completa-se o quadro irracionalidade jurídica;

- por todo o exposto, mais uma vez afirma-se que não há reparos a serem feitos na decisão recorrida que manteve integralmente o lançamento tributário realizado;

APLICAÇÃO DO MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL PARA AVALIAÇÃO DO PATRIMÔNIO DE ASSOCIAÇÕES: DA DEFINIÇÃO DOS EFEITOS TRIBUTÁRIOS SEGUNDO AS NORMAS TRIBUTÁRIAS

- no tópico anterior, procurou-se demonstrar as razões que impedem a utilização do MEP para avaliar os títulos patrimoniais emitidos pela BOVESPA e pela BM&F. No entanto, caso se entenda que o MEP poderia ser utilizado pelas corretoras que detinham títulos patrimoniais das Bolsas de Valores – situação da recorrente – ainda assim há que se

diferenciar os efeitos meramente contábeis dos efeitos tributários das operações realizadas pela contribuinte recorrente;

- primeiramente, relevante explicitar quais seriam as conseqüências da pretensão da recorrente, no sentido de utilizar o MEP para avaliar seus títulos patrimoniais da BOVESPA e BM&F. Primeiramente, deveria ser considerado o valor contábil dos títulos patrimoniais no momento de sua alienação. Significa dizer que, segundo a contribuinte, para verificar se houve ganho de capital, a Fiscalização teria que cotejar o valor registrado em sua contabilidade – que correspondia ao valor originário do título patrimonial acrescido das atualizações efetivadas ao longo dos anos – e o valor recebido na alienação título patrimonial. Assim, a recorrente discorda da metodologia empregada pela autoridade administrativa, que considerou o custo de aquisição do título patrimonial para apurar o ganho de capital da operação;

- o problema da proposta da recorrente é que ela não condiz com a realidade da BOVESPA e da BM&F. Em outras palavras, a recorrente tenta fazer prevalecer os efeitos tributários do MEP para as associações sem fins lucrativos – apesar de notória a disparidade entre o regime jurídico das sociedades empresárias e o regime jurídico das associações sem fins lucrativos. Assim, vale a pena explicar por qual motivo um investimento avaliado pelo MEP, ao ser alienado pela investidora, tem como parâmetro o valor contábil. Nesse ponto, importante transcrever trecho da obra Manual de Contabilidade Societária:

O método da equivalência patrimonial concentra grandes complexidades e dificuldades de aplicação prática. Todavia, apresenta resultados significativamente mais adequados. Esse critério traz **reflexos relevantes nas demonstrações contábeis das empresas com participação em coligadas, em controladas e em controladas em conjunto**, com repercussões positivas particularmente nos mercados de capitais e de crédito. Por esse critério, as **empresas reconhecem os resultados de seus investimentos nessas entidades no momento em que tais resultados são gerados naquelas empresas, e não somente no momento em que são distribuídos na forma de dividendo, como ocorre no método de custo.** (destaques não constam no original)

Dessa forma, o método da equivalência patrimonial acompanha o fato econômico, o que é a geração dos resultados e não a formalidade da distribuição de tal resultado. (destaques do original)

- percebe-se, portanto, que a lógica do MEP é oportunizar às sociedades investidoras a possibilidade de registrar os resultados ainda não distribuídos pelas suas coligadas ou controladas. Especificamente quanto aos lucros, não é preciso que a sociedade investida reconheça e distribua os dividendos dos seus acionistas para que estes registrem os ganhos provenientes da coligada ou controlada. Dessa maneira, os investidores obtêm a vantagem de refletir em seus balanços contábeis os resultados de seus investimentos em coligadas ou controladas mesmo sem o efetivo recebimento;

- para o investimento ser avaliado pelo MEP presume-se que a investida – coligada ou controlada – não tenha distribuído seus resultados aos acionistas. Nesse ponto reside o primeiro obstáculo à pretensão da contribuinte, qual seja: a BOVESPA e a BMF, entidades sem fins lucrativos, não possuíam lucro e tampouco poderiam cogitar distribuírem seus resultados. Ora, Srs. Conselheiros, como aplicar o MEP às Bolsas de Valores se estas

ostentavam natureza jurídica de associações sem fins lucrativos? Se não havia lucros a distribuir, qual a razão que justificaria a aplicação do MEP?

- não obstante essas constatações indicarem que o MEP não é compatível com o regime jurídico da BOVESPA e da BMF – enquanto associações sem fins lucrativos – é possível admitir que a CVM e o Banco Central tenham determinado que as corretoras utilizassem uma técnica contábil parecida com o MEP para avaliarem os títulos patrimoniais das Bolsas de Valores. Ao que parece, a preocupação da CVM e do Banco Central era conferir transparência ao mercado de capitais. Desse modo, editaram regras específicas para que os valores dos títulos patrimoniais da BOVESPA e da BMF fossem atualizados na contabilidade das corretoras;

- entretanto, é preciso ressaltar que essas regras criadas pela CVM e pelo Banco Central tem efeitos meramente contábeis, não atingindo a relação jurídico-tributária da contribuinte com a Fazenda Pública. Isso porque, se entendermos que a manifestação da CVM e do Banco Central teria determinado a utilização do MEP levando em consideração a relação jurídica mantida entre as Bolsas de Valores e as corretoras, teremos a seguinte consequência: a BOVESPA e a BM&F não são e nunca foram verdadeiras associações sem fins lucrativos; eram, na realidade, sociedades coligadas ou controladas das corretoras. Por seu turno, se esta for a linha adotada, implica dizer que as Bolsas de Valores nunca estiveram abrangidas pelos benefícios fiscais que, é bom frisar, usufruíram durante décadas;

POSTERGAÇÃO DA TRIBUTAÇÃO PELA PORTARIA Nº 785, DE 1977

- inicialmente, é preciso observar que o item “II” da Portaria nº 785/1977, condiciona a aplicação do item I a que seja cumprido o disposto no art. 3º, § 3º do Decreto-Lei nº 1.109, de 1970, que se assim dispunha:

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

(...)

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

- de acordo com o dispositivo acima transcrito, até mesmo os aumentos nominais dos títulos patrimoniais, decorrentes de aumento do capital social das bolsas de valores, ficam sujeitos à tributação em caso de extinção ou de redução do capital social (a qualquer título) da bolsa de valores. Desse modo, pode-se concluir que a Portaria nº 785/1977 servia de amparo para toda e qualquer alteração no valor do ativo representativo de título patrimonial das Bolsas, bem como autorizava a postergação da tributação de tais acréscimos para quando houvesse a redução do capital social da bolsa de valores ou a própria extinção da mesma;

- o que precisa ficar claro é que a Fazenda Pública não ignorou o fato de que as Bolsas de Valores – apesar de terem sido instituídas como associações sem fins lucrativos – desenvolviam atividades que geravam enormes ganhos patrimoniais. Considerando-se essa característica, editou-se uma norma que postergava a tributação dos ganhos obtidos pelas pessoas jurídicas que operavam na Bolsa de Valores;

- se não havia lucro e se os resultados não poderiam ser disponibilizados aos associados das Bolsas de Valores, não havia receita ou ganho a ser tributado. Com efeito, todos os ganhos deveriam ficar retidos nas Bolsas de Valores e estas, por sua vez, não poderiam ser tributadas – dada a sua natureza jurídica de entidade sem fins lucrativos. Esse, aliás, é o conteúdo do item I da Portaria nº 785, de 1977;

- no entanto, isso não quer dizer que a Administração Tributária negou a existência dos ganhos patrimoniais ou decidiu não tributá-los. Apenas indica que a tributação dos ganhos das corretoras foi adiado para o momento em que houvesse a realização do investimento. Significa dizer que as corretoras deveriam pagar tributo no momento em que recebessem de volta sua parcela do patrimônio investido nas Bolsas de Valores e fosse verificada a ocorrência de ganho de capital. É por essa razão que a Portaria nº 785, de 1977, condiciona a aplicação do item I a que seja cumprido o disposto no art. 3º, § 3º do Decreto-Lei nº 1.109, de 1970. Assim, caso as corretoras alienassem os seus títulos patrimoniais sofreriam a incidência do imposto sobre a renda relativamente aos ganhos que obtivessem com essa operação;

- por outro lado, a pretensão da recorrente não demonstra razoabilidade e coerência com o ordenamento jurídico. Isso porque pretende que os ganhos patrimoniais experimentados pelas Bolsas de Valores – que permanecerem durante décadas sem serem tributados – agora sejam disponibilizados sem qualquer ônus tributário. Implica dizer que, a prevalecer a tese da recorrente, nunca houve e nem haverá incidência de qualquer tributo sobre os ganhos patrimoniais obtidos pelas corretoras que operavam na BOVESPA e na BM&F – o que descaracterizaria completamente o benefício trazido pela Portaria nº 785, de 1977. Diante disso, fica evidenciado que a Portaria nº 785, de 1977, apenas postergou a tributação dos ganhos provenientes das atividades desenvolvidas pelas Bolsas de Valores. Trata-se da interpretação mais coerente com o ordenamento jurídico, uma vez que não gera distorções e privilégios injustificados, que beneficiariam apenas um seleto grupo de contribuintes;

- os ganhos patrimoniais obtidos pelas Bolsas de Valores, ao longo de décadas, nunca foram tributados – tendo em vista a natureza jurídica das mencionadas entidades. Portanto, na hipótese de ser acolhida a tese da recorrente, teremos a seguinte situação: 1) será aplicado o MEP para um investimento que nunca foi tributado na investida; 2) no momento da alienação será considerado o valor contábil do investimento, mesmo este não sendo composto por dividendos, mas por resultados positivos que nunca foram tributados nas Bolsas de Valores;

DA INSUBSISTÊNCIA DA PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

- a recorrente pleiteia, ainda, a declaração da decadência do direito da Fazenda Pública de revisar os valores relativos às atualizações dos títulos patrimoniais realizadas até o ano-base de 2003. Mais especificamente, a contribuinte alega que vinha atualizando seus títulos patrimoniais em seus registros contábeis e apresentando essas informações ao Fisco. Diante disso, entende que a autoridade administrativa não poderia mais

desconsiderar as informações prestadas, uma vez que teria transcorrido o prazo decadencial que a Fazenda Pública dispunha para revisar e alterar tais informações;

- nesse ponto, importante frisar que a decisão recorrida, assim como a decisão de primeira instância não extrapolou os limites impostos pela legislação – vale dizer, não alterou lançamentos consumados depois de transcorrido o prazo quinquenal que a Fazenda Pública possui para realizar a revisão de ofício do lançamento. Com efeito, a tarefa da Fiscalização foi apenas de verificar fatos pretéritos que trazem repercussões tributárias somente no futuro;

- o caso dos autos não configurou a constituição de créditos tributários relativos a fato geradores ocorridos há mais de cinco anos. O que se constata é que a autoridade administrativa precisava verificar custo de aquisição dos títulos patrimoniais e valor das ações recebidas pela contribuinte somente quando ocorrido o fato gerador. Portanto, pode-se afirmar que a autoridade administrativa apenas considerou fatos passados que implicavam repercussões tributárias para um evento futuro – no caso, a alienação dos títulos patrimoniais da BOVESPA e da BM&F;

- por seu turno, importante esclarecer que as atualizações dos títulos patrimoniais da BOVESPA e da BM&F não configuram o fato gerador do IRPJ e da CSLL. Com efeito, foi apenas com a devolução do patrimônio das associações sem fins lucrativos para seus associados – ou seja, com a operação de desmutualização das Bolsas de Valores – que concretizou-se o fato gerador. Portanto, é a partir dessa data que a autoridade administrativa teria cinco anos para realizar o pertinente lançamento de ofício, ou seja, para averiguar os dados necessários para a apuração do crédito tributário – custo de aquisição dos títulos patrimoniais e valor das ações alienadas;

- desse modo, considerando que a contribuinte foi notificada no ano de 2011 e que as operações que culminaram com a desmutualização das Bolsas de Valores ocorreram em 2007, forçoso reconhecer que o lançamento foi consumado dentro do período decadencial, tal como entendeu o acórdão atacado;

- diante disso, não merece prosperar a alegação de decadência suscitada pela contribuinte, razão pela qual não se impõe qualquer censura à decisão recorrida;

GLOSA DAS DESPESAS NO PAGAMENTO DE JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO

- o montante dos JsCP, apurado de acordo com o caput do art. 9º da Lei 9.249/95, para efeitos de dedutibilidade, não pode exceder a 50% do lucro líquido correspondente ao período-base do pagamento ou crédito de juros; ou a 50% dos saldos acumulados de períodos anteriores, dos dois o maior, conforme esclareceu a o art. 29 da IN SRF nº 11/96;

- além das condições legais supra, para efeito de apuração do lucro real, a dedutibilidade dos JsCP será aferida de acordo com o regime de competência, por ser regra geral, bem como critério básico para registro das operações da pessoa jurídica na contabilidade societária e fiscal, no termos do art. 177 da Lei 6.404/76;

- diante da observância do regime de competência, a decisão de Assembleia Geral de creditar aos sócios JsCP incidentes sobre patrimônio líquido de exercícios anteriores não tem validade para fins fiscais. Isso porque parte das despesas somente poderiam ser incorridas no ano-calendário de 2005, e não no ano-calendário 2006. A submissão ao regime de competência implica o reconhecimento como despesas dedutíveis apenas as referentes aos juros incorridos no ano de sua contabilização;

- conclui-se que não é suficiente para caracterizar a observância do regime de competência que as despesas de JsCP sejam reconhecidas no mesmo período da deliberação social que determina o pagamento ou creditamento dos JsCP, pois as despesas dedutíveis devem se referir aos juros incidentes sobre o patrimônio líquido do exercício para o qual se apura o lucro real em que se fará a dedução, não podendo se referir a juros incorridos em períodos anteriores;

- corroborando a adoção do regime de competência para o presente caso, é válido transcrever trecho do voto vencedor do ilustre Conselheiro Marcelo Cuba Netto, proferido no Acórdão 1201-00.348, *verbis*:

[...]

REGIME DE COMPETÊNCIA. Os juros sobre o capital próprio, como, de regra, as demais despesas, somente podem ser levados ao resultado do exercício a que competirem.

- há, finalmente, outros julgados do CARF no mesmo sentido, *verbis*:

Acórdão nº 1401-000.348

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJAno-calendário: 2002,2003. **JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. DESPESAS COM PAGAMENTO A TITULAR, SÓCIOS OU ACIONISTAS. PERÍODOS ANTERIORES. REGIME DE COMPETÊNCIA. A dedução dos valores de juros pagos a título de remuneração do capital próprio, autorizada pela Lei nº 9.249/1995, não alcança os juros pagos em períodos anteriores, em vista do regime de competência. [...]**

[...]

DA APLICABILIDADE DOS JUROS SOBRE A MULTA

- é preciso mencionar, inicialmente, que as decisões administrativas que afastam a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício o fazem a partir da literalidade do art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996;

- os defensores da tese da inaplicabilidade de juros sobre a multa salientam a menção do legislador a débitos de tributos e contribuições, diferentemente de legislação anterior, que reportava a débitos de qualquer natureza (Decreto-Lei nº 2.323, de 1987, e Lei nº 8.218, de 1991). Assim, a partir de uma interpretação supostamente literal, os que advogam essa tese defendem que apenas o valor de tributos e contribuições submeter-se-ia aos juros moratórios. Desse modo, a multa de ofício não sofreria a incidência de juros de mora, uma vez que decorreria do descumprimento de dever legal de declarar ou pagar o tributo ou a

contribuição. Esse entendimento, aliás, foi defendido no voto vencedor do Acórdão nº 101-96.523 e no voto vencido do Acórdão nº CSRF 9101-00.539;

- entretanto, com o devido respeito, o posicionamento explicitado acima está incompleto e incorreto. Isso porque a interpretação supostamente literal do art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, não permite afastar aplicabilidade dos juros de mora sobre a multa. Ao contrário, uma interpretação efetivamente literal conduz à conclusão de que deve haver a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício;

- uma interpretação literal não pode olvidar do termo “decorrente de”, aposto antes das palavras “tributos e contribuições” no art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996;

- dizer que “os débitos decorrentes de tributos e contribuições”, ou seja, “débitos cuja origem remonta a tributos e contribuições”, se sujeitam a juros de mora não é o mesmo que afirmar que “apenas os débitos de tributos e contribuições submeter-se-iam aos juros de mora”;

- não há respaldo legal para uma interpretação supostamente literal do art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, que restrinja a incidência de juros de mora ao valor de tributos e contribuições. Entender dessa forma significaria suprimir indevidamente a expressão “decorrente de tributos e contribuições”. Portanto, literal por literal, é de prevalecer a interpretação que considera a incidência de juros moratórios sobre os tributos e quantias decorrentes, a exemplo da multa de ofício;

- é preciso lembrar que as multas encerram em si duas finalidades precípuas: uma finalidade punitiva, em razão da prática de uma conduta reprovada pelo ordenamento jurídico e uma finalidade educativa, na medida em que o Contribuinte transgressor, bem como os demais Contribuintes, serão compelidos a não repetir tal conduta juridicamente indesejada;

- nosso ordenamento jurídico busca concretizar essas finalidades mediante uma expressão pecuniária. Assim, por meio de um gravame no patrimônio do contribuinte infrator ou de uma ameaça de onerosidade no patrimônio dos demais contribuintes são alcançados os caracteres punitivos e educativos da multa tributária. Portanto, ao se interpretar normas que prevêm a aplicação de multas, deve-se considerar as mencionadas finalidades da multa. Implica dizer que afastar a incidência de juros moratórios sobre as multas de ofício seria frustrar totalmente a finalidade dos dispositivos legais que cominam multa de ofício;

- basta considerar a seguinte situação: imaginemos que o Processo Administrativo Tributário se desenvolva e chegue ao seu final em aproximadamente 4 anos, e, sendo otimista, admita-se que uma posterior fase judicial seja concluída em 3 anos. Nesse caso, a multa de ofício lançada teria algum impacto punitivo ou educativo após 7 anos de corrosão pela inflação? Claro que não!

- assim, afastar a incidência de juros moratórios das multas de ofício significa igualmente retirar a finalidade a que se propõem os dispositivos que veiculam multas de ofício. Despiciendo mencionar o impacto negativo que tal entendimento traria nas boas práticas tributárias, bem como nos cofres públicos;

- vislumbra-se ainda outro grave comprometimento da administração tributária. Como se sabe, não adimplida a obrigação tributária no prazo legal, nasce para o contribuinte o dever de pagar o valor do tributo e mais a multa por sua mora. Assim, no

momento em que for realizado o lançamento, a autoridade administrativa irá compor o valor do crédito tributário com o tributo e a multa de ofício correspondente. Por outro lado, a partir do lançamento, o crédito tributário deverá ser uniformemente corrigido, nos termos da legislação – não havendo possibilidade para a segregação das formas de correção desse montante total. Em outras palavras, não é lógico que valor do tributo sofra a incidência de juros moratórios, enquanto que a multa de ofício não, sendo que ambas as verbas fazem parte de um mesmo todo – o crédito tributário;

- os próprios votos que pugnam pelo afastamento dos juros sobre a multa de ofício reconhecem essa unidade do crédito tributário. E se o crédito tributário possui a mesma natureza da obrigação principal e esta, por sua vez, é composta tanto pelo tributo quanto pela penalidade pecuniária (leia-se: multa de ofício), não é defensável um tratamento diferenciado para tais valores. Após o lançamento, tributo e multa se convolam em crédito tributário, e é sobre essa quantia que os juros deverão incidir. A esse respeito, convém transcrever julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que utiliza justamente o fundamento acima exposto para manter os juros sobre a multa de ofício:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. REPETIÇÃO. JUROS SOBRE A MULTA. POSSIBILIDADE. ART. 113, § 3º, CTN. LEI Nº 9.430/96. PREVISÃO LEGAL.

1. Por força do artigo 113, § 3º, do CTN, tanto à multa quanto ao tributo são aplicáveis os mesmos procedimentos e critérios de cobrança. E não poderia ser diferente, porquanto ambos compõem o crédito tributário e devem sofrer a incidência de juros no caso de pagamento após o vencimento. Não haveria porque o valor relativo à multa permanecer congelado no tempo.

2. O artigo 43 da Lei nº 9.430/96 traz previsão expressa da incidência de juros sobre a multa, que pode, inclusive, ser lançada isoladamente.

3. Segundo o Enunciado nº 45 da Súmula do extinto TFR "As multas fiscais, sejam moratórias ou punitivas, estão sujeitas à correção monetária."

4. Considerando a natureza híbrida da taxa SELIC, representando tanto taxa de juros reais quanto de correção monetária, justifica-se a sua aplicação sobre a multa. (TRF-4ª Região, Ap. Cível nº 2005.72.01.000031-1/SC, Rel. Des. DIRCEU DE ALMEIDA SOARES, 2ª T., v.u., j. em 29/01/2008, DE de 21/02/2008)9.

- nesse ponto, é fundamental analisar também os dispositivos do CTN que guardam pertinência com a matéria relativa ao cumprimento das obrigações tributárias e as consequências pelo seu inadimplemento:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A **obrigação principal** surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou **penalidade pecuniária** e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

[...]

Art. 139. O **crédito tributário** decorre da **obrigação principal** e tem a mesma natureza desta.

[...]

Art. 161. O **crédito** não integralmente pago no vencimento é acrescido de **juros de mora**, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês. [destaques não constam no original]

- não há dúvidas, segundo a dicção do art. 161 do CTN, do acréscimo de juros de mora sobre o crédito não adimplido no vencimento. Uma simples análise sistemática dos arts. 113, 139 e 161 do CTN revela que a multa de ofício (penalidade pecuniária), por integrar o crédito tributário, recebe igualmente o acréscimo moratório de juros. Nesse sentido a jurisprudência do STJ, que já decidiu por manter os juros sobre a multa de ofício:

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - MULTA PUNITIVA - CORREÇÃO MONETÁRIA - JUROS DE MORA - INCIDÊNCIA.

1. Incide juros de mora e correção monetária sobre o crédito tributário consistente em multa punitiva.

2. Perfeitamente cumuláveis os juros de mora, a multa punitiva e a correção monetária. Precedentes.

3. Recurso especial não provido.

(STJ, 2ª T, REsp 1146859/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, publ: 11/05/2010) [destaques não constam no original]

TRIBUTÁRIO. MULTA PECUNIÁRIA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. LEGITIMIDADE.

1. É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.

2. Recurso especial provido.

(STJ, 2ª T, REsp 1129990/PR, Rel. Ministro Castro Meira, publ: 14/09/2009) [destaques não constam no original]

- na mesma linha do que vinha sendo exposto, encontra-se ainda expressiva jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais sobre o tema (ementas transcritas);

- por sua vez, no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, a jurisprudência preponderante sobre o tema não é diferente. Com efeito, há diversos julgados do CARF reconhecendo a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício (decisões transcritas);

- a dicção da Súmula nº 4 do CARF corrobora nossos argumentos, na medida em que fala genericamente em débitos tributários: “Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os **juros moratórios** incidentes sobre **débitos tributários** administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais”;

- em respeito ao princípio da eventualidade, caso os ilustre julgadores entendam que o art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, não abrange a multa de ofício, é preciso deixar claro que, ainda assim, incidiriam juros de mora à taxa de 1% ao mês. Isso porque não se poderia desprezar o comando do já citado art. 161 do CTN;

- como se observa, o caput determina a incidência dos juros de mora, facultando ao legislador ordinário a estipulação de juros em taxa diversa de 1% (um por cento) ao mês. Por tudo o que já foi exposto, o § 3º do art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, de fato, “dispôs de modo diverso” e determinou a aplicação da taxa Selic com a finalidade de juros de mora. Os que defendem que a multa de ofício não sofre a incidência de juros de mora à taxa Selic não podem se furtar da aplicação da taxa de 1%. Assim, já entendeu algumas vezes o CARF (ementas transcritas);

- diante disso, é possível afirmar que o entendimento correto, pautado em uma interpretação sistemática e finalística das normas tributárias envolvidas, é aquele que afirma a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício e utiliza-se da taxa Selic. Portanto, não se pode admitir, em hipótese alguma, a exclusão total dos juros de mora sobre a multa de ofício, por expressa afronta ao §1º do art. 161 do CTN e à finalidade do ordenamento tributário;

- desse modo, deve ser mantido o acórdão atacado, negando-se provimento ao recurso especial do contribuinte;

DO PEDIDO

- ante todo o exposto pugna a Fazenda Nacional para que seja negado seguimento ao recurso especial interposto pelo contribuinte;

- caso não seja este o entendimento sufragado, requer que, no mérito, seja negado provimento ao citado recurso, mantendo-se o acórdão proferido pela eg. Turma *a quo*, por seus próprios fundamentos, bem como com fundamento nas razões expendidas acima.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Relator.

O presente processo tem por objeto lançamento a título de IRPJ e CSLL apurados em relação aos ajustes anuais dos anos-calendário de 2006 e 2007 (Lucro Real).

As exigências no ano-calendário de 2006 decorreram da glosa de despesas com pagamento de juros sobre capital próprio (JCP) referentes a períodos anteriores, e em 2007, tiveram como base o ganho de capital auferido em operação de desmutualização, apurado sobre o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, a título de devolução de patrimônio.

O lançamento foi mantido pelas decisões administrativas já proferidas nestes autos.

Nesta fase de recurso especial, a contribuinte aponta divergência jurisprudencial em relação às seguintes matérias: 1) Natureza Jurídica das Operações de Desmutualização; 2) Dedutibilidade dos Juros Sobre o Capital Próprio; e 3) Não incidência de Juros sobre a Multa de Ofício.

1ª DIVERGÊNCIA - NATUREZA JURÍDICA DAS OPERAÇÕES DE DESMUTUALIZAÇÃO

Em sede de contrarrazões, a PGFN suscita preliminar de não conhecimento do recurso, tratando especificamente dessa primeira divergência.

De acordo com a PGFN, não se pode ter como comprovada a divergência jurisprudencial. Um dos problemas apontados é que o acórdão recorrido tratou do tema à luz da disciplina legal do IRPJ e da CSLL, enquanto o acórdão paradigma tratou das contribuições sociais PIS/COFINS no regime não-cumulativo.

Além disso, a contribuinte não teria demonstrado que, ainda que adotadas as mesmas premissas indicadas no acórdão paradigma, quanto à pretensa “qualificação da natureza jurídica da desmutualização”, outra teria sido a conclusão encampada pelo acórdão atacado.

Nesse sentido, ela afirma que a contribuinte não comprovou que a simples adoção das premissas estampadas no acórdão paradigma, que analisou o tema à luz da disciplina legal das contribuições sociais no regime não-cumulativo, seria suficiente por si só para garantir a reversão do resultado do julgamento recorrido, afastando a tributação da operação pelo IRPJ/CSLL.

A PGFN ainda solicita, no caso de se entender pela comprovação do dissenso, que devem ser observados os precisos limites em que preconizada e admitida a demonstração da divergência, para que não se outorgue à parte o rejuízo total da causa,

quando apenas foi supostamente demonstrado o dissídio em relação a apenas um determinado aspecto.

A preliminar de não conhecimento é procedente em parte.

De fato, o acórdão recorrido tratou de IRPJ/CSLL, enquanto o paradigma tratou de PIS/COFINS no regime não cumulativo, mas essa diferença não é relevante, a ponto de inviabilizar totalmente a caracterização da divergência jurisprudencial.

O que se examinou de matéria comum nos dois casos, à luz da lógica da mesma legislação (Código Civil e Lei 9.532/1997), é se a operação de desmutualização das bolsas implicou em devolução de patrimônio aos associados, ou se consistiu em mera substituição de títulos patrimoniais. E esse aspecto, no que toca ao lançamento do IRPJ/CSLL, por si só, pode ser suficiente para o cancelamento das exigências (que é a pretensão da recorrente).

É que a conclusão do paradigma, no sentido de que não houve restituição de patrimônio aos associados, mas mera substituição de títulos por ações, compromete totalmente o fundamento das autuações de IRPJ/CSLL.

Vale novamente reproduzir o conteúdo do despacho que admitiu o recurso especial em relação a essa matéria que está contida na primeira divergência:

Compulsando as decisões contrapostas, verifico que o voto proferido no acórdão indicado como paradigma tem o entendimento de que, nos casos de desmutualização, não há restituição de patrimônio aos associados perpetrada pela associação (BM&F / BOVESPA), mas sim, mera substituição de títulos por ações, como forma de concretizar operações de cisão e incorporação do patrimônio da associação e ainda, que a posterior venda dessas ações não configura receita operacional do contribuinte mas, apenas, venda de seu ativo imobilizado.

Já, o voto vencedor do acórdão recorrido firmou posição no sentido de que, inexistindo a possibilidade de cisão da associação civil, ou mesmo de destinação de seu patrimônio a entidade de fins econômicos, o fato jurídico que converte os títulos patrimoniais detidos em Bolsa de Valores em ações de Bolsa de Valores somente pode ser caracterizado como dissolução parcial da associação sem fins lucrativos, com devolução de patrimônio a associado, que utiliza este valor para aporte de capital na sociedade anônima referida e, 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 e da CSLL.

Verifica-se, assim, que as situações tratadas são idênticas, mas as conclusões proferidas nas decisões totalmente distintas, caracterizando-se, assim, o dissenso alegado, devendo ser admitido o recurso relativamente a esta matéria.

Contudo, não deixo de perceber que, no caso paradigma, a exigência das contribuições PIS/COFINS não se deu apenas pela devolução do patrimônio (no momento da devolução do patrimônio), mas sim pela posterior venda das ações recebidas como devolução de patrimônio das associações, o que trouxe discussões adicionais, específicas para aquele caso (p/ ex., se essas ações configuravam ativo permanente ou circulante).

A conclusão final do paradigma foi no sentido de que, como houve mera substituição de títulos, e não devolução de patrimônio, os novos títulos deveriam ser mantidos na conta de ativo permanente (como os títulos antigos), e que, sendo assim, não haveria tributação de PIS/COFINS, porque a venda de ativo permanente não compõe a base de cálculo dessas contribuições.

Mas essa questão da classificação dos título recebidos é irrelevante para o lançamento do IRPJ/CSLL.

O que importa, no caso do IRPJ/CSLL, é apenas se esses novos títulos foram recebidos como devolução de patrimônio das associações (que eram isentas do IRPJ), ou se o que houve foi uma mera substituição de títulos, sem qualquer devolução de patrimônio.

Em relação a essa questão, as decisões (recorrida e paradigma) podem ser perfeitamente confrontadas para fins de caracterização de divergência jurisprudencial.

A preliminar de não conhecimento, portanto, deve ser rejeitada em relação a essa primeira matéria da primeira divergência.

Entretanto, tem razão a PGFN em defender, para o caso de ser admitido o recurso, que devem ser observados os precisos limites em que preconizada e admitida a demonstração da divergência, para que não se outorgue à parte o rejuízo total da causa, quando foi demonstrado o dissídio em relação a apenas um determinado aspecto.

É que, como mencionado, o acórdão paradigma tratou da exigência das contribuições PIS/COFINS não em razão da devolução do patrimônio (abordando fato gerador ocorrido no momento da devolução do patrimônio), mas sim pela posterior venda das ações recebidas como devolução de patrimônio das associações.

A questão envolvendo a devolução de patrimônio, no caso do acórdão paradigma, serviu como base para o enfrentamento de outro problema, que era tratar as ações vendidas ou como ativo permanente ou como ativo circulante, matéria que não tem nenhuma repercussão para a exigência de IRPJ/CSLL debatida nestes autos, até porque no caso do acórdão recorrido não está em questão nenhuma operação posterior, de venda das ações recebidas a título de "devolução de patrimônio". E ainda que estivesse, a incidência de IRPJ/CSLL não dependeria dessa questão envolvendo a classificação do ativo.

O que se vê é que o acórdão paradigma tratou de questões que não estão presentes no acórdão recorrido, e o mesmo se dá em sentido inverso, ou seja, o acórdão recorrido também tratou de temas que não foram objeto do litígio julgado pelo acórdão paradigma.

Como a exigência de IRPJ/CSLL, no caso do acórdão recorrido, se deu em razão da própria devolução de patrimônio, surgiram questões específicas em relação ao momento da ocorrência do fato gerador (momento do reconhecimento do acréscimo patrimonial pelo associado), que desembocaram em debates sobre outras matérias: sistemática de contabilização e método de valoração dos títulos, mudança de critério jurídico para apuração do ganho de capital em apurações de desmutualização, e decadência do crédito tributário.

Não é difícil perceber que essas outras matérias não fazem parte do litígio enfrentado pelo paradigma, e nem teriam como fazer porque são estranhas a ele. Primeiro,

porque o fato gerador lá debatido foi a venda das ações recebidas, evento que não traz nenhuma questão de ordem temporal na aplicação do direito. Com efeito, o fato gerador de PIS/COFINS foi precisamente a venda das ações, e não houve naquele caso nenhuma argumentação defendendo que o fato gerador tivesse ocorrido em um momento diferente disso, ou que não tivesse havido venda, etc.

Segundo, porque questões envolvendo apuração de ganho de capital, especificamente no que toca à valoração do custo dos ativos que geraram o ganho a ser tributado, são matérias específicas para IRPJ/CSLL, e completamente estranhas ao lançamento de PIS/COFINS que foi objeto de análise pelo acórdão paradigma.

Custo nem é matéria para PIS/COFINS, já que essas contribuições incidem sobre o faturamento. E tudo o que foi discutido no acórdão recorrido acerca dos procedimentos para valoração de ativos (MEP, etc.) não guarda nenhuma relação com a exigência de PIS/COFINS que foi examinada pelo paradigma. Sequer havia lá elementos para que se suscitasse qualquer debate sobre creditamento das referidas contribuições.

No paradigma, não se questionou em nenhum momento se houve ou não a venda das ações. Naquele caso, o que estava em questão era se as ações vendidas faziam parte do ativo circulante ou do permanente (era disso que dependia a caracterização da ocorrência ou não do fato gerador das contribuições), e para se decidir isso é que foi necessário decidir uma questão sobre um evento anterior, que consistia em saber se houve devolução de patrimônio com posterior subscrição de capital na S/A criada, ou se houve mera substituição de títulos (sem que se caracterizasse uma devolução de patrimônio).

É exatamente essa a questão comum entre o acórdão recorrido e o paradigma, onde reside precisamente a primeira divergência jurisprudencial a ser dirimida.

Para o paradigma, não houve devolução de patrimônio aos associados, mas mera substituição de títulos por ações, enquanto que para o acórdão recorrido, o fato jurídico que converteu os títulos patrimoniais de uma associação sem fins lucrativos em ações de uma sociedade anônima somente pode ser caracterizado como dissolução parcial da associação sem fins lucrativos, com devolução de patrimônio aos associados.

Depois de adotarem diferentes posições sobre essa mesma questão, cada uma das decisões cotejadas seguiu seu caminho, examinando aspectos que só tinham repercussão para os tributos de que tratavam. No recorrido, foram analisadas questões específicas em torno da incidência de IRPJ/CSLL sobre o ganho de capital na devolução de patrimônio, e no paradigma, as questões examinadas eram específicas para a incidência de PIS/COFINS sobre uma posterior venda das ações anteriormente recebidas.

A divergência jurisprudencial que foi demonstrada pela recorrente se situa, portanto, no entendimento que se tem sobre o recebimento das ações da S/A, cabendo decidir se essa operação configurou ou não uma devolução de patrimônio aos antigos associados da entidade sem fins lucrativos.

Aliás, a própria contribuinte reconhece essa limitação em relação ao seu recurso especial, quando sustenta que, "ainda que se diga que a discussão travada nos presentes autos diz respeito a IRPJ e CSLL e que o paradigma trata de PIS e COFINS, é patente a divergência acerca da interpretação da lei tributária (art. 67, RICARF) no que concerne à natureza da operação de desmutualização conferida pelas Turmas Julgadoras, *in casu*, vez que,

ambas deram à mesma operação - desmutualização da BM&F - tratamento diametralmente oposto". (grifos do original)

Portanto, no que toca à primeira divergência, é essa a matéria do recurso que deve ser conhecida.

Penso que o entendimento defendido pela contribuinte (e corroborado pelo acórdão paradigma) procura descaracterizar a devolução de patrimônio a partir de uma interpretação bastante formal e restritiva da hipótese de tributação prevista no art. 17 da Lei 9.532/1997, onde o lançamento está fundamentado:

Art. 17. Sujeita-se à incidência do imposto de renda à alíquota de quinze por cento a diferença entre o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, por pessoa física, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver entregue para a formação do referido patrimônio.

Mas o voto que orientou o acórdão recorrido apresenta minuciosa análise do conjunto normativo vigente à época da ocorrência do fato gerador, e, diante dela, toda a barreira de formalidades que a contribuinte ergue para confrontar o lançamento fiscal não subsiste.

Transcrevo, então, os fundamentos do acórdão recorrido, que também adoto neste voto:

No caso em estudo, não há dúvida que a operação de desmutualização envolveu a devolução de patrimônio da entidade isenta BM&F, constituída como associação civil, e posterior subscrição de ações da sociedade anônima BM&F S/A. Como bem assentado no voto condutor ora recorrido a própria Assembléia Geral Extraordinária (AGE) da BM&F S/A realizada em 20/09/2007, atesta o fato em seu item 5 da Ata que se transcreve:

AGE BM&F

Item 5

5 – Autorização para o aumento de capital da BM&F S.A., no montante de R\$901.876.792,00 (novecentos e um milhões, oitocentos e setenta e seis mil, setecentos e noventa e dois reais), com a emissão de 901.876.792 (novecentos e um milhões, oitocentos e setenta e seis mil, setecentas e noventa e duas) novas ações ordinárias, conforme estabelecido no Protocolo, passando a sociedade a deter o capital de R\$901.877.292,00 (novecentos e um milhões, oitocentos e setenta e sete mil, duzentos e noventa e dois reais). As novas ações serão subscritas e integralizadas mediante a versão da parcela cindida do patrimônio da BM&F, **as quais serão entregues aos atuais detentores de títulos patrimoniais de emissão da BM&F (...)** (destacou-se).

Sobre matéria de igual teor, reproduzo, a seguir, excertos do voto vencedor da I. Conselheira Edeli Pereira Bessa (Acórdão 1101-000.833), que traduz minha interpretação dos fatos:

No âmbito da incidência do IRPJ e da CSLL, a Lei nº 9.532/97, ao revogar o art. 28 do Decreto-lei nº 5.844/43, e o art. 30 da Lei nº 4.506/64, consolidou as regras para reconhecimento de isenção às associações civis sem fins lucrativos:

[...]

Nestes termos, 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 a pessoa jurídica que contribuiu para a formação de seu patrimônio, a diferença entre o valor recebido e o valor antes entregue à associação deverá ser adicionada à base de cálculo do IRPJ e da CSLL (art. 17, caput c/c §§ 3º e 4º da Lei nº 9.532/97).

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

[...]

Ao ser editado, o referido Código ainda trouxe algumas disposições transitórias para adaptação de todas as pessoas jurídicas, inclusive as associações, ao novo regime, estipulando prazo que foi prorrogado pela Lei nº 10.838/2004 e pela Lei nº 11.127/2005:

[...]

Observa-se no referido diploma legal que as hipóteses de transformação, incorporação, cisão ou fusão somente foram previstas para sociedades, nos termos dos arts. 1.113 a 1.122, integrantes do Capítulo X (Da Transformação, da Incorporação, da Fusão e da Cisão das Sociedades) do Subtítulo II (Da Sociedade Personificada). Quando quis compartilhar as normas aplicáveis às sociedades com as demais pessoas jurídicas privadas, o legislador foi expresso:

[...]

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

Estas regras aplicam-se, inclusive, em caso de dissolução parcial da associação civil, devendo o parágrafo único do art. 16 da Lei nº 9.532/97 ser interpretado à luz do Código Civil de 2002, que

somente permite a transferência de bens e direitos do patrimônio das entidades isentas para o patrimônio de outra pessoa jurídica de fins não econômicos.

Inexistindo a possibilidade de cisão da associação civil, ou mesmo de destinação de seu patrimônio a entidade de fins econômicos, o fato jurídico que converteu os títulos patrimoniais que a recorrente possuía em Bolsa de Valores em ações de Bolsa de Valores somente pode ser caracterizado como dissolução parcial da associação sem fins lucrativos, com devolução de patrimônio a associado, que utiliza este valor para aporte de capital na sociedade anônima referida. Em tais circunstâncias, a diferença entre o valor recebido e o valor antes entregue à associação deverá ser adicionada à base de cálculo do IRPJ e da CSLL (art. 17, caput c/c §§ 3º e 4º da Lei nº 9.532/97).

Aliás, recente decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região orienta-se neste mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MANDAMENTAL. IRPJ. CSLL. BM&F-BOLSA DE MERCADORIAS E FUTURO DE SÃO PAULO. OPERAÇÃO DE DESMUTUALIZAÇÃO. TÍTULOS CONVERTIDOS EM AÇÕES DE S/A. LEI 9.532/97, ART. 17. INCIDÊNCIA NA ESPÉCIE.

1. O processo de desmutualização trouxe ganhos patrimoniais à impetrante que passou de simples associada da BM&F à detentora de ações na nova holding, acrescendo ao seu patrimônio as novas ações adquiridas com os valores que havia despendido para a formação da associação e que lhe fora devolvido.

2. A devolução implicou em aplicação de parte dos valores que compunha o patrimônio da associação em ações de empresa com fins lucrativos, o que desnatura o processo de sucessão legal das associações e autoriza a incidência de tributos em razão do acréscimo patrimonial experimentado pela impetrante.

[...]

5. O processo de desmutualização autoriza a incidência do imposto de renda e da CSLL, como pretendido pelo Fisco, nos exatos termos do quanto disposto no artigo 17 da Lei nº 9.532/97.

6. Apelação que se nega provimento. (Apelação Cível nº 003517962.2007.4.03.6100/SP, processo nº 2007.61.00.0351795/SP, Relator Desembargador Federal Márcio Moraes, sessão de 19 de julho de 2012).

Discordo, portanto, do I. Relator quando:

- Admite a possibilidade de cisão de associação civil sem fins lucrativos com fundamento:

- no art. 2.033 do Código Civil de 2002, pois embora tais associações sejam uma das pessoas jurídicas de direito privado mencionadas no art. 44 do mesmo diploma legal (inciso I), a possibilidade de cisão destas pessoas jurídicas foi submetida à regência do Código, e este somente disciplinou tal procedimento relativamente às sociedades, pessoas jurídicas de direito privado referidas no inciso II do art. 44 de seu texto;

- no art. 174 do RIR/99, pois a base legal deste dispositivo é a Lei nº 9.532/97, anterior ao Código Civil de 2002, que estabeleceu o cenário jurídico antes mencionado;

- na prática civil, pois ainda que tal ocorra, e não há demonstração neste sentido, é necessário distinguir hipóteses como a presente, na qual a destinação do patrimônio ocorre em favor de uma entidade de fins econômicos;

- no arquivamento dos competentes atos sociais, sem objeção pelos órgãos públicos de registro, na medida em que os registros de dissolução parcial da associação civil e de constituição da sociedade anônima são independentes, em órgãos distintos.

• Não vislumbra a devolução de patrimônio sujeita à tributação porque:

- não haveria solução de continuidade da BM&F, nem mesmo extinção de uma associação e constituição imediata de pessoas jurídicas diferentes, apesar de evidenciado que, na parte aqui tributada, o patrimônio antes administrado por uma associação sem fins lucrativos, obrigada a destinar seu resultado, *integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais*, passou a ser administrado por uma sociedade anônima, com evidente finalidade econômica e sem qualquer vinculação às regras impostas às entidades sem fins lucrativos;

- houve mera transmutação de valores mobiliários, em estrita paridade patrimonial, sem que tenham ocorrido quaisquer perdas ou ganhos, apesar desta transmutação ter transferido à sociedade anônima destinatária a disponibilidade sobre os resultados auferidos durante todo o período no qual a associação se beneficiou da isenção tributária, os quais, após esta operação, são passíveis de qualquer destinação sem as restrições legais anteriores;

- a hipótese de incidência somente se verificaria quando, por ventura, as ações fossem alienadas, pois neste momento, para afastar o lançamento, bastaria à alienante demonstrar que, juridicamente, o fato gerador previsto em lei ocorreria no momento em que a associação civil sem fins lucrativos foi dissolvida, ainda que parcialmente. Demais disso, considerando que a sociedade anônima então constituída sofrerá mutações patrimoniais em razão de suas atividades não mais isentas, seria necessário um controle específico das ações gravadas com o passado de atividade isenta para aferir, em eventual alienação, qual parcela daqueles resultados antes beneficiados foram

realizados segundo o conceito pretendido, em total afronta à disciplina legal fixada.

Convém salientar, como reforço, o entendimento da D. Procuradoria da Fazenda Nacional, no sentido de que “foi justamente neste cenário de favor fiscal (isenção) e de íntima relação com o poder público (possibilidade de dotação orçamentária) que as Bolsas construíram um patrimônio robusto e invejável. Esse contexto fático assim permaneceu até o ano de 2007, data em que sucederam as alterações na estrutura jurídica daquelas entidades. Naquele ano, seguindo uma tendência mundial iniciada em março de 1997 – quando a OMX Group (reunião de bolsas de valores Nórdicas) abriu o seu capital e deflagrou a oferta inicial de ações – a Bovespa decidiu afastar-se do modelo de associações sem fins lucrativos para adotar a forma de sociedade anônima e sua inexorável finalidade lucrativa. Diante disso, foi denominado “Desmutualização” justamente o conjunto de alterações societárias que culminaram na transferência das atividades das Bolsas – até então desempenhadas por associações sem fins lucrativos – para companhias abertas, com propósitos econômicos.”

Dessa forma, percebe-se, portanto, que a desmutualização teve o intuito de transferir as atividades compreendidas no objeto social das associações civis sem fins lucrativos para outras entidades, organizadas sob a forma de sociedades anônimas. Assim, separou-se nos títulos emitidos pela BOVESPA e pela BM&F o seu conteúdo operacional dos direitos patrimoniais, que foram corporificados em ações da Bovespa Holding S/A e a BM&F S/A, respectivamente. Dessa maneira, a cada detentor de títulos representativos dos patrimônios da Bovespa e da BM&F foi atribuído um número de ações de emissão, respectivamente, da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A. E, assim, considerando que neste processo de desmutualização houve devolução do patrimônio das associações civis sem fins lucrativos para as corretoras a elas associadas, na forma de ações das novas sociedades anônimas constituídas, o montante correspondente à diferença entre o valor recebido a título de devolução de patrimônio de sociedades isentas e o valor entregue para a formação do mesmo deveria ter sido computado na determinação do lucro real da autuada, nos termos do artigo 17 da Lei 9.532, de 1997.

É importante perceber que o lançamento fiscal não buscou desconstituir os eventos societários que produziram a transformação das antigas bolsas (que eram organizadas como associações sem fins lucrativos) nas atuais bolsas (estruturadas como sociedades anônimas), ou obstruir (nem mesmo tentar reverter) a destinação dos bens que já foi consumada nesse referido processo de transformação das bolsas de valores.

O que se buscou com o lançamento foi simplesmente dar o devido tratamento tributário que está previsto em lei, e que a contribuinte pretende neutralizar adotando extremo formalismo na sua linha de interpretação.

Fez muito bem o acórdão recorrido em destacar que o patrimônio que era administrado por uma associação sem fins lucrativos, obrigada a destinar seu resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais, passou a ser administrado por uma sociedade anônima, com evidente finalidade econômica e sem qualquer vinculação às regras impostas às entidades sem fins lucrativos.

E, mais que isso, que todo esse processo transferiu para a sociedade anônima destinatária a disponibilidade sobre os resultados auferidos durante todo o período no qual a associação se beneficiou da isenção tributária, os quais, após esta operação, são passíveis de destinação aos agora acionistas da S/A sem as restrições legais anteriores.

O texto do referido art. 17 da Lei nº 9.532/1997 não dá margem para uma linha de interpretação que coloca as hipóteses de devolução e de substituição (de patrimônio) como possibilidades tão excludentes uma da outra, como se fossem conceitos jurídicos com conteúdos específicos e contrapostos.

Devolver significa enviar de volta, restituir algo a alguém. E substituir significa colocar em lugar de, trocar.

Nas próprias palavras do referido dispositivo legal, a devolução é de patrimônio, que pode estar representado por dinheiro, ou por quaisquer bens ou direitos.

O que se devolve não são os próprios títulos (porque estes já pertenciam ao associado), e nem o mesmo patrimônio que o associado um dia entregou à associação para nela ingressar (o mesmo bem, o mesmo direito, etc.).

O que se devolve é algum bem, algum direito, ou mesmo uma quantia em dinheiro que vai "substituir" os antigos títulos. No caso do art. 17 da Lei nº 9.532/1997, a devolução "de patrimônio" vai sempre se dar com a substituição dos títulos por alguma outra coisa.

Aliás, se for para se apegar ao significado literal da palavra, nem se pode defender a idéia de que só haveria devolução se o que estivesse sendo devolvido fosse o próprio patrimônio da sociedade, porque o patrimônio da sociedade, na maioria dos seus itens, nunca pertenceu ao associado. O que se entrega para o associado é um patrimônio (representado por quaisquer bens, direitos ou dinheiro) em devolução (ou em substituição) de um patrimônio antigo do associado (também representado por quaisquer bens, direitos ou dinheiro), que ele um dia entregou para a associação.

Até daria para aceitar a tese de que houve mera "substituição", na forma defendida pela contribuinte, se tivesse havido a troca dos títulos de uma instituição sem fins lucrativos por títulos de outra instituição sem fins lucrativos.

Mas, diante do contexto ora analisado, não é razoável defender que houve mera substituição dos títulos de uma instituição sem fins lucrativos (entidade isenta de tributos) por ações de uma sociedade anônima, sem que se veja aí a devolução de um patrimônio formado após muitos anos de gozo de isenções tributárias.

Registro novamente que a devolução de que trata o art. 17 da Lei nº 9.532/1997 é uma devolução de patrimônio, e não de um bem específico, de um direito específico, ou do mesmo valor em dinheiro que foi entregue anteriormente à associação.

A devolução aqui tratada se caracteriza em função daquele que recebe algo "de volta" (no caso, um bem qualquer, um direito qualquer, ou uma quantia em dinheiro), e que é entregue por quem havia recebido algo anteriormente.

Não é necessário que se devolva um item específico do patrimônio da associação. Nem mesmo importa se o que está sendo entregue a título de devolução chegou a ingressar efetivamente no patrimônio da associação.

Se a associação entregou algo (ações da S/A) em "substituição" daquilo que gerava um vínculo específico dela com o associado (no caso, os títulos), não há como deixar de ver aí uma "devolução" de patrimônio, inclusive com extinção total ou parcial do vínculo que existia entre associado/associação sem fins lucrativos.

Não há dúvida de que a associação, por meio de seus órgãos, participou dos atos que levaram aos eventos de desmutualização, e consentiu em devolver patrimônio aos seus associados. Essa devolução se deu por meio das ações da sociedade anônima que a associação também decidiu criar.

O patrimônio que o associado tinha indiretamente, e que era representado pelos títulos da associação, deixou de existir. Esse patrimônio foi a ele devolvido, na forma de ações de uma S/A.

A vontade individual do associado, em relação ao conjunto de eventos de transformação das bolsas, é irrelevante para que se possa visualizar a devolução de patrimônio.

Basta notar que se tivesse ocorrido simplesmente a extinção da associação, com devolução de patrimônio aos associados, a tributação aqui em pauta se daria da mesma forma, independentemente de o associado ter ou não consentido individualmente com a extinção da associação.

Desse modo, repisando as palavras do acórdão recorrido, não há dúvida de que a operação de desmutualização envolveu a devolução de patrimônio da entidade isenta BM&F, que era constituída como associação civil sem fins lucrativos.

Já mencionamos nos parágrafos anteriores que, no contexto desta primeira divergência, a contribuinte também desenvolve argumentos sobre outras matérias: sistemática de contabilização e método de valoração dos títulos, mudança de critério jurídico para apuração do ganho de capital em apurações de desmutualização, e decadência do crédito tributário.

Ocorre que, como já mencionado, estas são matérias específicas para IRPJ/CSLL, e completamente estranhas ao lançamento de PIS/COFINS que foi objeto de análise pelo acórdão paradigma.

O paradigma não abordou nenhuma questão sobre o momento da ocorrência do fato gerador (até porque lá o fato gerador se dava pela venda posterior das ações recebidas, e não na devolução do patrimônio), e muito menos questões envolvendo critérios para apuração de ganho de capital, especificamente no que toca aos métodos de valoração de custo dos ativos que geraram o ganho a ser tributado.

É fácil perceber que não dá para, a partir de um paradigma referente a PIS/COFINS, pretender debater divergência jurisprudencial sobre métodos de valoração de ativos, e custo a ser considerado para fins de apuração de ganho de capital.

O exame destas matérias, portanto, fica mesmo prejudicado por não estarem abarcadas na divergência que restou demonstrada pela contribuinte.

Desse modo, em relação à primeira divergência, voto no sentido de restringir o conhecimento do recurso especial apenas às questões envolvendo a natureza da operação de desmutualização (se essa operação configurou ou não uma devolução de patrimônio aos antigos associados da entidade sem fins lucrativos) e, em relação a ela, nego provimento ao recurso especial da contribuinte.

2ª DIVERGÊNCIA - DEDUTIBILIDADE DOS JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO

Quanto a essa matéria, a contribuinte busca que seja reconhecida a dedutibilidade dos juros sobre o capital próprio registrados no ano-calendário de 2006, calculados mediante a aplicação da TJLP sobre contas de patrimônio líquido de anos anteriores, no caso de 2005.

O dispositivo legal que dá ensejo à referida divergência jurisprudencial é o art. 9º, caput e §1º, da Lei nº 9.249, de 26/12/1995. Transcrevo-o integralmente:

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;

...

§ 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.

Há inúmeros julgados do CARF relativos à questão em apreço, tanto em um sentido (favorável a recorrente) quanto em outro (desfavorável a ela). Não pretendo aqui esgotar as diversas facetas da polêmica; mas apenas, além de apresentar minha visão, tratar de alguns pontos que entendo essenciais nas discussões.

Entendo que não assiste razão à recorrente, pelos motivos que passo a expor.

DA NATUREZA JURÍDICA DOS JCPS

Primeiramente, é importante apontar algumas características dos JCPs.

Cito duas características essenciais da natureza jurídica dos Juros sobre Capital Próprio: a) a primeira é que visam à REMUNERAÇÃO DOS SÓCIOS; e b) a segunda é que são JUROS (como o próprio nome os qualificam).

Constata-se, com isso, que as quantias que os sócios recebem a título de remuneração do capital próprio não podem se confundir com o patrimônio da entidade. Assim, para estar de acordo com a real natureza jurídica, os JCPs somente podem ser entendidos como elementos que não venham a se integrar ao patrimônio da sociedade (consistindo numa rubrica redutora do mesmo), ou seja, não podem estar em contas redutoras dos lucros acumulados, das reservas de lucros ou de outras contas do patrimônio líquido.

Portanto, na apuração do lucro líquido do exercício, os valores destinados aos sócios como remuneração do capital devem compor o lucro contábil da entidade; o que implica, necessariamente, em reconhecê-los como integrantes do resultado do exercício da sociedade, ou, seja, assumindo a natureza de DESPESA, não se admitindo que sejam incorridos apenas no momento em que sejam decididas as destinações dos lucros.

Entender diferentemente seria negar validade ao princípio da entidade, que veda confundir o patrimônio dos sócios com o patrimônio da sociedade, bem como prever o enriquecimento dos sócios em detrimento da empresa. Confira-se o que diz a Resolução nº 750, de 29/12/1993, do Conselho Federal de Contabilidade (CFC), sobre o princípio da entidade:

CAPÍTULO I - DOS PRINCÍPIOS E DE SUA OBSERVÂNCIA

Art. 1º Constituem PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE CONTABILIDADE (PFC) os enunciados por esta Resolução.

§1º A observância dos Princípios Fundamentais de Contabilidade é obrigatória no exercício da profissão e constitui condição de legitimidade das Normas Brasileiras de Contabilidade (NBC).

§2º Na aplicação dos Princípios Fundamentais de Contabilidade há situações concretas e a essência das transações deve prevalecer sobre seus aspectos formais.

CAPÍTULO II - DA CONCEITUAÇÃO, DA AMPLITUDE E DA ENUMERAÇÃO

...

SEÇÃO I - O PRINCÍPIO DA ENTIDADE

Art. 4º O Princípio da ENTIDADE reconhece o Patrimônio como objeto da Contabilidade e afirma a autonomia patrimonial, a necessidade da diferenciação de um Patrimônio particular no universo dos patrimônios existentes, independentemente de pertencer a uma pessoa, um conjunto de pessoas, uma sociedade ou instituição de qualquer natureza ou finalidade, com ou sem fins lucrativos. Por consequência, nesta acepção, o Patrimônio não se confunde com aqueles dos seus sócios ou proprietários, no caso de sociedade ou instituição.

Parágrafo único – O PATRIMÔNIO pertence à ENTIDADE, mas a recíproca não é verdadeira. A soma ou agregação contábil de patrimônios autônomos não resulta em nova ENTIDADE, mas numa unidade de natureza econômico-contábil.

Deste Princípio Fundamental da Contabilidade (PFC) societária saltam conceitos como de autonomia patrimonial, de diferenciação de um Patrimônio particular no universo dos patrimônios existentes, além da evidente e contundente consequência: "o patrimônio não se confunde com aqueles dos seus sócios ou proprietários, no caso de sociedade ou instituição". Assim, para que esse PFC seja observado, é de rigor que o incorrimento dos JCPs não se dê na integração do patrimônio da sociedade; devendo, os Juros sobre Capital Próprio, inevitavelmente, transitar pelo resultado da sociedade como despesa.

O CFC, considerando a conveniência de um maior esclarecimento sobre o conteúdo e abrangência dos PFCs, emitiu a Resolução nº 774, de 16/12/94, dando interpretação à Resolução CFC nº 750/93, por meio de um apêndice. Sobre o princípio da entidade foi melhor detalhada a questão da autonomia patrimonial:

2.1.1 – A autonomia patrimonial

O cerne do Princípio da ENTIDADE está na autonomia do patrimônio a ela pertencente. O Princípio em exame afirma que o patrimônio deve revestir-se do atributo de autonomia em relação a todos os outros Patrimônios existentes, pertencendo a uma Entidade, no sentido de sujeito suscetível à aquisição de direitos e obrigações. A autonomia tem por corolário o fato de que o patrimônio de uma Entidade jamais pode confundir-se com aqueles dos seus sócios ou proprietários. Por consequência, a Entidade poderá ser desde uma pessoa física, ou qualquer tipo de sociedade, instituição ou mesmo conjuntos de pessoas, tais como:

- famílias;
- empresas;
- governos, nas diferentes esferas do poder;

- sociedades beneficentes, religiosa, culturais, esportivas, de lazer, técnicas;
- sociedades cooperativas;
- fundos de investimento e outras modalidades afins.

No caso de sociedades, não importa que sejam sociedades de fato ou que estejam revestidas de forma jurídica, embora esta última circunstância seja a mais usual.

O Patrimônio, na sua condição de objeto da Contabilidade, é, no mínimo, aquele juridicamente formalizado como pertencente à Entidade, com ajustes quantitativos e qualitativos realizados em consonância com os princípios da própria Contabilidade. A garantia jurídica da propriedade, embora por vezes suscite interrogações de parte daqueles que não situam a autonomia patrimonial no cerne do Princípio da Entidade, é indissociável desse princípio, pois é a única forma de caracterização do direito ao exercício de poder sobre o mesmo Patrimônio, válida perante terceiros. Cumpre ressaltar que, sem autonomia patrimonial fundada na propriedade, os demais Princípios Fundamentais perdem o seu sentido, pois passariam a referir-se a um universo de limites imprecisos.

A autonomia patrimonial apresenta sentido unívoco. Por conseqüência, o patrimônio pode ser decomposto em partes segundo os mais variados critérios, tanto em termos quantitativos quanto qualitativos. Mas nenhuma classificação, mesmo que dirigida sob ótica setorial, resultará em novas Entidades. Carece, pois, de sentido, a idéia de que as divisões ou departamentos de uma Entidade possam constituir novas Entidades, ou "microentidades", precisamente por que sempre lhes faltará o atributo da autonomia. A única circunstância em que poderá surgir nova Entidade, será aquela em que a propriedade de parte do patrimônio de uma Entidade, for transferida para outra unidade, eventualmente até criada naquele momento. Mas, no caso, teremos um novo patrimônio autônomo, pertencente a outra Entidade. Na contabilidade aplicada, especialmente nas áreas de custos e de orçamento, trabalha-se, muitas vezes, com controles divisionais, que podem ser extraordinariamente úteis, porém não significam a criação de novas Entidades, precisamente pela ausência de autonomia patrimonial.

Da interpretação autêntica do princípio da entidade, percebe-se que o cerne deste está na autonomia patrimonial, que está indissociavelmente ligado à garantia jurídica da propriedade, como "única forma de caracterização do direito ao exercício de poder sobre o mesmo patrimônio, válida perante terceiros".

Daí se conclui que terceiros (a exemplo dos sócios) não podem dispor livremente (fora das formas jurídicas concebidas para a correta disposição) do patrimônio da sociedade, que detém autonomia patrimonial e garantia jurídica de sua propriedade.

Portanto, para que haja o respeito à autonomia patrimonial da sociedade e de forma a respeitar o seu direito de propriedade, os JCPs devem passar pelo resultado da sociedade no momento do reconhecimento da despesa do exercício, e não serem incorridos a partir do seu patrimônio já formado.

Desse raciocínio, verifico mais uma característica essencial da natureza jurídica do JCPs: transitam pelo resultado por serem despesas, sendo deduzidas para formação¹ do lucro líquido do exercício. Ademais, essa característica está de acordo com o fato dos Juros sobre Capital Próprio serem Juros, pois os outros tipo de juros sempre são despesas para quem os deve.

Esta característica já foi sabiamente identificada no Acórdão do Processo nº 13888.721267/2012-90, da lavra da Conselheira Edeli Pereira Bessa:

Assim, embora os juros sobre o capital próprio apresentem alguma semelhança com o tratamento societário conferido aos dividendos, consoante alegado pela contribuinte em sua impugnação, há uma diferença essencial entre eles: os juros sobre o capital próprio representam o custo do capital investido pelos sócios e, portanto, despesa da pessoa jurídica, ao passo que os dividendos correspondem a distribuição do resultado. Como despesa, conceitualmente os juros sobre o capital próprio antecedem a apuração do lucro contábil. O crédito ou pagamento futuro de juros sobre o capital próprio, portanto, exige o seu prévio provisionamento, de modo a reduzir o lucro do período. Se desta forma não se procede, o resultado do período, majorado pela ausência daquela dedução, passa a ter o status de lucro a ser destinado nos termos do art. 192 da Lei nº 6.404/76. Ainda que os limites legais de dedutibilidade tenham em conta as reservas de lucros e lucros acumulados, a fixação de tais limites tem por objetivo apenas evitar a descapitalização da pessoa jurídica com a remuneração dos sócios, e não evidencia, por si só, que valores já destinados a reservas de lucros e lucros acumulados possam ter sua natureza revertida, por deliberação futura, de lucro para despesa.

Veja-se que a referida provisão, com vistas a reduzir o lucro do período ao qual competiriam os juros, não resulta em despesa dedutível na medida em que a legislação exige deliberação e individualização do pagamento ou crédito dos juros sobre o capital próprio. Mas é essencial para evitar que tais valores integrem o lucro e sejam destinados a outro fim.

Em suma, cabe à sociedade decidir como remunerar o capital investido pelos sócios: por meio de juros ou de lucros. E esta decisão deve ser tomada antes da destinação do lucro líquido do exercício, na forma do art. 192 da Lei nº 6.404/76. Ultrapassado este momento, sem o prévio provisionamento dos juros, a deliberação de seu pagamento futuro, associada ao crédito ou pagamento individualizado, não é suficiente para constituir, neste segundo momento, despesa dedutível na apuração do IRPJ e da CSLL, como defende a recorrente.

Ainda que não seja causa do fato dos JCPs serem despesas, mas consequência disso, o que concorda com a realidade dos outros tipos de juros, constata-se que, para aqueles que recebem JCPs, estes são considerados receitas e assim tributados.

Tudo isso apenas confirma o acerto na consideração dos JCP como despesas, despesas financeiras, despesas com pagamento de juros.

¹ Todos os interessados na escrituração da sociedade, sejam os clientes, os fornecedores, os sócios/acionistas, a própria sociedade, tem direito a evidenciação desse fato.

Um corolário imediato da característica essencial dos Juros sobre Capital Próprio SEREM JUROS é que: para haverem juros, há de haver empréstimo ou financiamento de algo. E esse algo, no caso dos JCP, é o capital dos sócios, ou seja, há de haver "empréstimo" do capital dos sócios.

Digo isso porque é comum as abordagens sobre esse tema fazerem analogia entre os Juros sobre Capital Próprio (pago aos sócios) e os juros pagos a terceiros por empréstimos contraídos pela empresa.

Essa analogia faz sentido na medida em que: a integralização do capital da pessoa jurídica se dá pela transferência de capital dos sócios para a empresa; a empresa realiza suas atividades com esse capital dos sócios que foi para ela transferido/disponibilizado; o patrimônio líquido da pessoa jurídica representa "dívida" desta para com os sócios (por isso, aliás, o PL figura na coluna do passivo).

Mas a "dívida" que motiva o pagamento de JCP também guarda diferenças com as dívidas que fundamentam o pagamento de juros por empréstimos contraídos com terceiros, especialmente no que diz respeito aos índices de remuneração do capital "emprestado" e às condições para a sua dedutibilidade, que são fixadas em lei e não em um contrato de empréstimo tomado, por exemplo, junto a uma instituição financeira.

De acordo com o art. 9º da Lei nº 9.249/1995, o índice de remuneração do capital admitido para fins de apuração do lucro real é a Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP definida especificamente para o período em que o capital dos sócios ficou à disposição da empresa.

Vale registrar que a TJLP é definida por períodos trimestrais, e que o dispositivo legal acima referido estabelece que essa taxa deve ser aplicada "pro rata die", ou seja, proporcionalmente aos dias em que o capital dos sócios ficou em poder da empresa.

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, que é a matéria examinada adiante.

DO TRATAMENTO SOCIETÁRIO DAS DESPESAS (DE JCP).

Pois bem, uma vez sedimentado que os JCP transitam pelo resultado como despesas, há que perquirir qual o tratamento específico dado pela legislação a essas despesas. Consultando-se a legislação societária, constata-se que, de fato, não há nenhum tipo de tratamento específico às despesas de JCPs. Em assim sendo, frente a esse vazio normativo da legislação comercial, concluo que as despesas de JCP entram nas regras gerais de tratamento de despesas.

Como bem sabido, despesa é um item do resultado do exercício. Apurado o resultado do exercício a partir das receitas e das despesas, encerram-se as receitas e as despesas, as contas contábeis onde são registradas são zeradas ao final do exercício.

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 tem influencia de um ano para outro, as contas de resultado de um exercício não podem influenciar anos subseqüentes, é um pilar essencial que as contas de resultado iniciam-se e extinguem-se dentro de um mesmo exercício.

É o que se deduz do art. 187 da Lei nº 6.404, de 15/12/1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações (S.A.):

Art. 187. A demonstração do **resultado do exercício** discriminará:

I - a receita bruta das vendas e serviços, as deduções das vendas, os abatimentos e os impostos;

II - a receita líquida das vendas e serviços, o custo das mercadorias e serviços vendidos e o lucro bruto;

III - as **despesas** com as vendas, as **despesas** financeiras, deduzidas das receitas, as despesas gerais e administrativas, e **outras despesas operacionais**;

IV - o lucro ou prejuízo operacional, **as receitas e despesas não operacionais**; (Redação dada pela Lei nº 9.249, de 1995)

V - o resultado do exercício antes do Imposto sobre a Renda e a provisão para o imposto;

VI - as participações de debêntures, empregados, administradores e partes beneficiárias, e as contribuições para instituições ou fundos de assistência ou previdência de empregados;

VII - o lucro ou prejuízo líquido do exercício e o seu montante por ação do capital social.

§ 1º Na determinação do resultado do exercício serão computados:

a) as receitas e os rendimentos ganhos no período, independentemente da sua realização em moeda; e

b) os custos, **despesas**, encargos e perdas, pagos ou incorridos, **correspondentes a essas receitas e rendimentos**.

Uma despesa, para ser deduzida do resultado societário de outro exercício, necessita de autorização legal nesse sentido que venha a ser uma exceção ao §1º do art. 187 da Lei das S.A.

O conceito de exercício é precisamente definido pela legislação societária e, conforme o art. 175 da Lei das S.A., bem delimitado temporalmente (tendo duração de um ano), sem possibilidade de alteração desse período (exceto nos casos especiais relacionado no parágrafo único deste mesmo artigo); apenas a data de término pode ser alterada.

SEÇÃO I - Exercício Social

Art. 175. O exercício social terá duração de 1 (um) ano e a data do término será fixada no estatuto.

Parágrafo único. Na constituição da companhia e nos casos de alteração estatutária o exercício social poderá ter duração diversa.

Ademais, o conceito de exercício é tão caro para a legislação societária que os próprios conceitos de resultado e de lucro líquido estão sobre eles assentados, é o que se infere da leitura dos arts. 176, 189 e 191 da Lei nº 6.404/1976.

DO REGIME DE COMPETÊNCIA

A Lei das Sociedades por Ações estabeleceu como regra de observância obrigatória o regime de competência, através de seu art. 177, a seguir transcrito:

Escrituração

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

§ 1º As demonstrações financeiras do exercício em que houver modificação de métodos ou critérios contábeis, de efeitos relevantes, deverão indicá-la em nota e ressaltar esses efeitos.

...

Dessa imposição legal, verifica-se que as mutações patrimoniais da sociedade estão vinculadas ao regime de competência. Essa é a regra geral da Lei das S.A., e não é somente a regra geral, é a regra para a totalidade dos casos; pois, na legislação societária, não foi normatizada nenhuma exceção. E, onde não há exceção, na ausência de disposição expressa em contrário, a regra se aplica.

Como não foi criada para as despesas de Juros com Capital Próprio nenhuma exceção própria ao regime de competência, daí então se conclui que elas estão submetidas a esse regime. Não há necessidade de disposição expressa na Lei das S.A. que preveja especificamente para as despesas de JCPs que elas devam atender ao regime de competência.

Quando se fala em regime de competência, um outro conceito é interno a este, qual seja, o conceito de exercício social (tratado no tópico anterior). Assim regime de competência depende de exercício social, ou seja, é função deste; em outras palavras, mudou-se o exercício social, mudou-se o regime de competência; não se pode, portanto, construir um conceito de regime de competência dissociado de exercício social.

Ademais, regime de competência é um instituto jurídico tradicional, de definição bem precisa e sobre o qual a legislação fiscal pôde estruturar a tributação no tempo. Confira-se as disposições do art. 9º da Resolução CFC nº 750/93:

SEÇÃO VI - O PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA

Art. 9º As receitas e as despesas devem ser incluídas na apuração do resultado do período em que ocorrerem, sempre simultaneamente

quando se correlacionarem, independentemente de recebimento ou pagamento.

§ 1º O Princípio da COMPETÊNCIA determina quando as alterações no ativo ou no passivo resultam em aumento ou diminuição no patrimônio líquido, estabelecendo diretrizes para classificação das mutações patrimoniais, resultantes da observância do Princípio da OPORTUNIDADE.

§ 2º O reconhecimento simultâneo das receitas e despesas, quando correlatas, é consequência natural do respeito ao período em que ocorrer sua geração.

(...)

O regime de competência apresenta o seguinte elemento chave: o correlacionamento simultâneo entre as receitas e as despesas (também entendido como princípio do confronto das despesas com as receitas e com os períodos contábeis). A concretização do regime de competência para as despesas consiste no reconhecimento das despesas no momento em que incorridas, não estando relacionado (sendo o reconhecimento independente) com recebimentos ou pagamentos.

Sobre essa realidade não preciso muito discorrer, sendo suficiente a lição da FIPECAFI² em seu Manual³:

3.1.5.4 O PRINCÍPIO DO CONFRONTO DAS DESPESAS COM AS RECEITAS E COM OS PERÍODOS CONTÁBEIS

ENUNCIADO: "Toda despesa diretamente delineável com as receitas reconhecidas em determinado período, com as mesmas deverá ser confrontada; os consumos ou sacrifícios de ativos (atuais ou futuros), realizados em determinado período e que não puderam ser associados à receita do período nem às dos períodos futuros, deverão ser descarregados como despesa do período em que ocorrerem..."

É importante notar que a base do confronto não está relacionada ao montante dos recursos efetivamente recebido em dinheiro ou pago, no período, mas às receitas reconhecidas (ganhas), nas bases já mencionadas, e às despesas incorridas (consumidas) no período.

Assim, podemos consumir ativos pagos no mesmo período ou adquiridos em períodos anteriores. Pode ocorrer o caso de sacrifícios de ativos, no esforço de propiciar receita, cujos desembolsos efetivos somente irão ocorrer em outro exercício, ou de se incorrer em despesas a serem desembolsadas posteriormente (sacrifício de ativo no futuro, ativo esse que pode nem existir hoje).

Todas as despesas e perdas ocorridas em determinado período deverão ser confrontadas com as receitas reconhecidas nesse mesmo período ou a ele atribuídas, havendo alguns casos especiais:

- a) os gastos de períodos em que a entidade é total ou parcialmente pré-operacional. São normalmente ativados para amortização como

² FIPECAFI = Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras, FEA/USP.

³ Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações (aplicável às demais sociedades). IUDÍCIBUS, Sérgio; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens. São Paulo: Editora Atlas S.A. 6ª Edição, pgs. 64 e 65.

despesa a partir do exercício em que a entidade, ou a parte do ativo, começar a gerar receitas;

b) a parcela dos gastos dos departamentos de pesquisa e desenvolvimento que superar o montante necessário para manter o setor em funcionamento, independentemente do número de projetos em execução. (Esses últimos gastos incluem os salários fixos dos pesquisadores e as depreciações dos equipamentos permanentes.) Todo o gasto incremental necessário para determinado projeto poderá ser ativado e, quando o projeto iniciar a geração de receitas, amortizado contra as receitas.

Os gastos diferidos que não vierem a gerar receitas deverão ter seus valores específicos descarregados como perda no período em que se caracterizar a impossibilidade da geração de receita ou o fracasso ou desmobilização do projeto.

Os gastos com propaganda e promoção de venda, mesmo institucional, deverão ser considerados como despesas dos períodos em que ocorrerem.

Somente um motivo muito forte e preponderante pode fazer com que um gasto deixe de ser considerado como despesa do período, ou através do confronto direto com a receita ou com o período. Se somos conservadores no reconhecimento da receita, devemos sê-lo, em sentido oposto, com a atribuição de despesas.

Os juros e encargos financeiros decorrentes da obtenção de recursos para construção ou financiamento de ativos de longo prazo de maturação ou construção somente poderão ser ativados durante o período pré-operacional. Entretanto, seu montante deverá ser contabilizado em conta específica de ativo a ser amortizada a partir do exercício em que o ativo entrar em operação. As demais despesas financeiras serão apropriadas aos períodos em que foram incorridas.

Alguns pontos devem ficar bastante sedimentados, quais sejam: a) a base de confronto não está relacionada aos recursos pagos; b) as despesas financeiras devem ser apropriadas no período em que incorridas, excetuado os casos de despesas pré-operacionais (aqui inaplicável); e c) somente situações extremamente especiais (como as mencionadas na lição, entre as quais não se enquadra o presente processo), autoriza-se a quebra da consideração da despesa do período através do confronto direto com a receita do período.

Bem fixadas essas premissas, a aplicação ao caso concreto leva a constatar que 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.

Assim, andou bem o voto vencedor do Acórdão nº 1201-00.348, de 11/11/2010, da lavra do Conselheiro Marcelo Cuba Netto, ao dizer:

a pessoa jurídica deverá reconhecer a despesa ao longo do tempo em que empregado o capital objeto da remuneração.

Também acertado o voto condutor do Acórdão nº 1201-000.857, do mesmo Conselheiro citado, de 10/09/2013:

a despesa com juros deve ser apropriada nos mesmos períodos em que a pessoa jurídica empregou o capital no desenvolvimento de suas atividades.

Daí então se conclui que o incorrimento da despesa deve se dar no exercício das receitas (geradas pelo uso do capital) que vão formar o resultado do mesmo exercício; que, em sendo positivo, será chamado de lucro líquido daquele exercício.

Sendo certo que as despesas devem estar correlacionadas com as receitas do mesmo exercício, questiona-se: o que as despesas de JCPs de um exercício têm a ver com as receitas do exercício anterior, ou com as receitas do exercício de dois, três, quatro ou cinco anos anteriores? Parece-me que nada.

De fato, as despesas de JCP só guardam alguma correlação com as receitas que formam o lucro líquido do mesmo exercício, pois é neste período que o capital próprio foi empregado para geração de receitas (e, conseqüentemente, do lucro) daquele exercício.

Portanto, eventual data da assembleia que determine pagamento de JCP não consegue atender ao regime de competência, primeiro porque se utilizou do principal fator que este regime teve o cuidado de absolutamente afastar (qual seja, o pagamento); depois porque a data de assembleia não representa duração de utilização, pela sociedade, do capital que lhe foi disponibilizado pelos sócios; e, por fim, esta data não é tempo de geração de receitas, para fins de confrontação.

Não é correto entender que o incorrimento da despesa é o momento do pagamento (seja o determinado no estatuto ou contrato social, seja na data da assembleia que delibere sobre pagamento, seja na data da decisão da administração no silêncio destes). Nada mais contrário ao regime de competência, no qual o tempo do pagamento é totalmente irrelevante para o reconhecimento das despesas.

Sabendo-se que o incorrimento da despesa se dá no exercício da aplicação do capital investido pelos sócios/acionista na sociedade (no tempo em que a empresa faz usufruto desse capital), ou ainda, que o incorrimento da despesas num exercício se opera quando há correlação com as receitas de igual exercício; é elementar ver que a data de AG que delibere sobre pagamento de JCPs não tem o condão de modificar a data do incorrimento das despesas de JCPs.

Não obstante tudo o que se disse, é muito importante deixar claro que é possível fazer incorrer as despesas de JCP de um exercício relativamente ao capital disponibilizado naquele exercício e não efetuar pagamento algum a título de JCPs (assim não haverá lançamento do caixa/banco contra despesas). Neste caso, o que deve ser feito é a constituição da OBRIGAÇÃO/DÍVIDA DE PAGAR JCPs, que formará uma dívida da sociedade para com os sócios (sendo registrada no passivo), de forma que esse DEVER da empresa fique evidenciado. Isso está perfeitamente de acordo com o regime de competência.

O tempo da constituição da obrigação de pagar juros é simultâneo ao do incorrimento das despesas, pois essa obrigação é a contrapartida contábil (para atender o método das partidas dobradas) do registro das despesas incorridas.

E essa obrigação pode ser conservada ao longo de vários exercícios (ou seja, num exercício poderá haver passivos de JCPs de exercícios anteriores), sem que se aponte qualquer inobservância ao regime de competência; de forma que, quando se der o pagamento, satisfeita será a dívida, sem qualquer vinculação com as despesas de JCPs incorridas no eventual exercício em que houver o pagamento.

Esses fatos serão relevantes mais à frente, para a interpretação da norma fiscal: o art. 9º da Lei nº 9.249/95.

DA EXISTÊNCIA, OU NÃO, DO DIREITO DE FAZER INCORRER EM EXERCÍCIOS SUBSEQÜENTES DESPESAS DE EXERCÍCIOS ANTERIORES NÃO INCORRIDAS

Analiso agora se as despesas de JCP que deixaram de ser incorridas em exercícios anteriores, que deixaram de ir ao resultado destes exercícios, podem ser incorridas em exercícios posteriores. Ou ainda, se a sociedade adquiriu, frente à legislação societária, o direito de deduzir, do lucro líquido, a despesa incorrida com a manutenção do capital dos sócios na sociedade em anos anteriores (embora não tenha deliberado sobre isso no momento adequado).

Como visto no tópico anterior, as despesas de JCP, por não serem exceção ao regime de competência, são despesas padrão: devem ser levadas ao resultado quando incorridas (ao tempo em que o sócio disponibilizou o capital para a empresa) e independem do pagamento para sua dedução na contabilidade societária.

Assim, a despesa é incorrida pela manutenção do capital dos sócios na empresa durante o exercício em que o resultado é apurado. Se a despesa for incorrida em exercício diferente ao do qual o capital vinculado a essa despesa esteve disponibilizado, então essa despesa não estará mais vinculada ao capital do exercício anterior, mas sim ao capital do exercício em curso; havendo, portanto, flagrante desrespeito à regra do confronto, e, conseqüentemente, ao regime de competência.

O direito de fazer incorrer despesa na lei societária é determinado no tempo do art. 175 da Lei das S.A., ou seja, no exercício, assim não existe direito de fazer incorrer despesa de exercícios anteriores (art. 187, III e IV e §1º b). Na observância do regime de competência, também não há direito de postergação de despesa para exercícios seguintes.

Ademais, as despesas de exercícios anteriores que deveriam ter lá tido seu incorrimento não podem ser incorridas em exercícios futuros, conforme vedação do art. 186, §1º, da Lei nº 6.404/1976:

Art. 186. ...

...

§ 1º Como ajustes de exercícios anteriores serão considerados apenas os decorrentes de efeitos da mudança de critério contábil, ou da retificação de erro imputável a determinado exercício anterior, e que não possam ser atribuídos a fatos subseqüentes.

...

Portanto, o que ocorreu nos autos **não** foi mudança de critério contábil e também **não** foi retificação de erro imputável a determinado exercício anterior, e que não possam ser atribuídos a fatos subseqüentes.

Pelo exposto, concluo que não há direito algum⁴ de fazer incorrer em exercícios subseqüentes despesas de exercícios anteriores não incorridas, ou seja, inexistente direito da sociedade a deduzir do lucro líquido do ano despesas de JCP que deixaram de ser incorridas em anos anteriores, tanto por contrariedade ao art. 177 (regime de competência) como por não se enquadrar no art. 186, §1º, e no art. 187, III e IV e §1ºb, todos da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S.A.).

O art. 192 da Lei das S.A. também auxilia na compreensão do problema:

Proposta de Destinação do Lucro

Art. 192. Juntamente com as demonstrações financeiras do exercício, os órgãos da administração da companhia apresentarão à assembleia-geral ordinária, observado o disposto nos artigos 193 a 203 e no estatuto, proposta sobre a destinação a ser dada ao lucro líquido do exercício.

A destinação do lucro é uma decisão submetida à assembleia de sócios/acionistas do exercício. E estes devem estar atentos aos itens de custos e despesas que acabam por reduzir os seus lucros. Daí porque talvez a Lei das S.A. tenha sido tão restritiva no seu art. 186, §1º, em razão da seriedade que envolve a apuração do lucro líquido do exercício, com a conseqüente destinação dos lucros, impactando todos os exercícios futuros.

Uma despesa que deixe de ser incorrida em um exercício e que pretensamente venha a ser ratificada em outro exercício pode acabar por reduzir o lucro de um quadro de sócios/acionistas **diferente** do quadro de sócios/acionistas do exercício em que a despesa não foi considerada, prejudicando uns em detrimento dos outros; e, inevitavelmente, influenciando o valor das ações.

Esta consideração apenas não seria válida se a estrutura societária se mantivesse intacta durante os cinco anos ou mais, o que é muito improvável em se tratando de sociedade de capital aberto, ainda mais que a norma em debate é de aplicação aos mais diferentes setores da economia.

E isso evidencia mais um problema para a tese de que "despesas" que poderiam/deveriam ter reduzido o lucro do ano-calendário de 2005 (se tivessem efetivamente existido naquela época) sejam computadas como tal no ano-calendário de 2006.

DA INTERPRETAÇÃO DO ART. 9º DA LEI Nº 9.429/95

O art. 9º da Lei nº 9.429/95 não modifica nada que esteja assentado na legislação comercial/societária, pelo contrário, ele deve ser interpretado de forma a se harmonizar com os princípios e regras gerais dessa legislação.

A referida norma legal apenas concedeu autorização de dedutibilidade do lucro real das despesas **incorridas**⁵ e **pagas**, não concedeu esse tratamento para despesas

⁴ O direito somente é adquirido se estiver de acordo com ordenamento jurídico, o que não se deu.

⁵ Porque se não forem incorridas sequer despesas serão.

pagas e não incorridas (como é o caso de despesas que deixaram de ser incorridas no exercício anterior, que poderiam ser despesas no exercício anterior; mas, nesse exercício, não são despesas, nem conservam a capacidade de serem incorridas).

Na óptica da analogia que se fez com os empréstimos de modo geral como fundamento para pagamento de juros, a empresa não está limitada a deduzir, do lucro líquido do exercício, qualquer valor de despesas de JCP. Ou seja, para a legislação societária, não há qualquer restrição de quantidade, daí porque o capital pode ser disponibilizado para a empresa a taxas maiores do que a TJLP. Já no âmbito fiscal não se pode dizer o mesmo. As despesas de JCP do exercício devem observar conjuntamente os limites do *caput* e do §1º do art. 9º da Lei nº 9.429/95 e o excesso dessas despesas devem ser estornadas, em obediência ao art. 6º, §2º "a", do Decreto-Lei nº 1.598, de 26/12/1977.

Conforme visto nos parágrafos anteriores, 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, e devidamente escriturada (no passivo) e constituída a corresponde obrigação/dívida de pagá-los. Foi visto que essa forma de agir não contraria o regime de competência. A dúvida surge em relação a saber se este procedimento prejudica a norma do ponto de vista fiscal, o que demanda análise.

A expressão utilizada pelo art. 9º da Lei nº 9.429/95 não foi "**despesa de juros** pagos ou creditados", foi apenas "**juros** pagos ou creditados"; assim, não se pode limitar esse artigo de forma a permitir apenas a dedução de **despesas** incorridas no exercício e pagas no **mesmo** exercício. Portanto, os "juros" devem ser entendidos como "despesa de juros" e "obrigações/dívidas⁶ de juros".

Assim, pode-se falar em direito em relação a descontar juros pagos, seja pagamento das despesas de JCPs do exercício, seja satisfação pelo pagamento da dívida de pagar JCPs que tiveram suas despesas incorridas em exercícios anteriores. Esse segunda hipótese não impossibilita a dedução da despesa.

O contribuinte alega inexistir restrição temporal neste artigo. Não há, propriamente, restrição temporal, há restrição material, explico: para que os JCP sejam pagos, é necessário que os JCP a serem pagos existam; caso contrário estar-se-ia pagando outra coisa indedutível que não JCP (como foi o caso que resultou na autuação em julgamento).

Ou ainda, há de existirem as despesas de JCPs do exercício (que serão pagas no exercício, o que dispensa a necessidade da constituir obrigação de pagar) **ou** existir obrigação de pagar JCPs para serem satisfeitas pelo pagamento, obrigação esta constituída em razão das despesas de juros relativas a exercícios anteriores não terem sido pagas nos exercícios em que incorridas.

Não obstante, ainda que a norma fiscal não vede a dedução do lucro real dos valores pagos para extinguir a dívida de pagar JCPs de exercícios anteriores, também o montante pago daí originado está submetido aos dois limites (o do *caput* e o do §1º) do art. 9º da Lei nº 9.429/95.

Ademais, tendo em vista serem os limites direcionados para os "juros" (assim entendido o gênero, dos quais as despesas e as obrigações seriam espécies), então este limite

⁶ Ou juros a pagar.

deve ser compartilhado (ou seja, os valores devem ser somados) entre o total das despesas pagas de JCPs do exercício e o total dos pagamentos para quitar as dívidas de pagar JCPs de exercício anteriores, estando o excesso submetido ao art. 6º, §2º, "a", do Decreto-Lei nº 1.598/1977.

No caso dos autos, **não haviam obrigações/dívidas** (ausência de passivo), da sociedade, **de pagar JCPs vinculadas a despesas de JCPs incorridas em exercícios anteriores**, estas dívidas **inexistiam**, em virtude de não terem sido constituídas pela **falta do incorrimento, nos exercícios anteriores, das despesas de JCPs**, resultando em desobediência do art. 177 (regime de competência) e do art. 186, §1º, da Lei das S.A.

Assim, o que foi estornado sequer pode ser chamado de Juros sobre Capital Próprio (pois não era baixa de passivo de JCP, nem tampouco despesas de JCP - já que essas somente as incorridas no exercício).

Finalmente, registro que não entendo ser adequado tratar a questão sob a perspectiva de que houve renúncia ou decadência de direito pelo contribuinte.

Tendo em vista que tanto a renúncia quanto a decadência tratam de formas que impedem o exercício de um direito: esta por implicar na caducidade do direito por perda do prazo de sua duração e aquela por perda do direito pela manifestação de não exercê-lo, entendo por bem tratá-las em conjunto.

No âmbito tributário, a meu ver, o que ocorreu foi ausência de atendimento de requisito para gozo de benefício fiscal, mas não de ordem temporal e sim material: não existiam JCP para serem pagos! Deu-se a situação de ausência de juros (seja por ausência de despesa - já que a despesa só pode ser do exercício; seja por ausência de conversão da obrigação de pagar JCP).

Ou seja, não houve o incorrimento da despesa com JCP e a conseqüente constituição da obrigação de pagar os JCP, o que permitiria, no caso de pagamento ou crédito, o enquadramento ao benefício fiscal de dedutibilidade do lucro real. O que foi pago não corresponde à satisfação (por meio de pagamento ou crédito) de obrigações com despesas incorridas de JCP.

Portanto, não há que se cogitar de renúncia no âmbito tributário. Se não atendo aos requisitos para usufruto de um benefício fiscal, isso não implica em concluir que estou renunciando ao mesmo, implica em concluir que sequer tenho a capacidade de renunciá-lo; ou, que se o fizer, essa renúncia não produz efeito algum, pois de que adianta renunciar a algo que não obteria ainda que não houvesse renunciado.

Ainda que fosse caso de aplicação dos institutos jurídicos da renúncia ou da decadência, esta seria no âmbito societário e não no âmbito fiscal; seria, assim, renúncia/perda de prazo de fazer incorrer a despesa de JCP na lei societária, ou ainda, do direito de deduzir do lucro líquido (e não do lucro real) essa despesa incorrida em exercícios anteriores.

Ocorre que o pressuposto lógico para aplicação dos institutos da renúncia e também da decadência é haver a existência de algum direito. O problema é que não há direito dos sócios de exigir os juros sobre o capital próprio, tampouco há obrigação da sociedade, quando da ausência da deliberação de fazê-los incorrer.

A simples manutenção do capital na empresa não pode ser presumida como intenção de receber JCPs e não constitui uma obrigação da sociedade de remunerar os sócios através de JCP; o mero fato da permanência do capital dos sócios na empresa não pode, na ausência de ficções legais (a exemplo de presunção) ou de manifestação de vontade, ser juridicamente associado a uma forma específica de remuneração do capital.

Caso se aceite a existência do "direito" de fazer incorrer em exercícios subsequentes despesas de exercícios anteriores não incorridas (pois não houve renúncia, já que não houve manifestação de vontade em não fazer, e nem decadência, já que não há prazo que fulmine esse direito), aí sim a discussão teria algum sentido.

Mas já se verificou que esse direito não existe, pois somente poderia se sustentar se as prescrições da própria legislação societária tivessem sido observadas e não haver aplicação de nenhuma das suas vedações.

Como se viu anteriormente, o art. 177, o art. 186, §1º, e o art. 187, III e IV e §1º, "b", da Lei das S.A. não foram respeitados, a sociedade não observou o regime de competência (ausência de correlação despesa-receita/capital), bem como se encaixou na vedação das possibilidades de ajustes extemporâneos. Aqui, a situação é de não cumprimento de obrigação: ao não fazer da forma correta, surge a vedação de fazer.

Não é que o regime de competência disponha sobre prazo decadencial do direito de deduzir do lucro líquido despesas incorridas em anos anteriores ou permita essa dedução, desde que esse direito não seja renunciado. Na verdade, o regime de competência simplesmente não permite⁷ a dedução do lucro líquido de despesas incorridas em anos anteriores, ou seja, esse direito sequer existe, ainda mais quando não há autorização para fazer incorrer a despesa.

Concluo, portanto, que, na ausência de direito a deduzir do lucro líquido despesas de JCP incorridas em anos anteriores, simplesmente não há que se falar nos institutos jurídicos da renúncia ou da decadência, por falta do pressuposto básico dos mesmos.

Na esteira de tudo o que já foi dito, também é importante registrar que não se aplicam aqui as regras que tratam dos casos em que o "cômputo" de uma receita ou de uma despesa se dá em período distinto daquele em que esses eventos efetivamente ocorreram.

Não cabem argumentos que tomam como referência o art. 273 do RIR/1999, no sentido de que estaria havendo uma mera postergação de despesa, com antecipação de imposto, sem qualquer prejuízo ao fisco, e que, desse modo, ao menos caberia recompor o resultado do ano-calendário ao qual deveria corresponder a despesa (no caso, 2005).

Só se poderia aceitar a ideia de simples postergação de despesa se os pressupostos para sua existência estivessem presentes no ano anterior, o que, como visto, não ocorreu. Se a despesa nem chegou a existir no passado, não há como defender que o que está ocorrendo é apenas o seu cômputo em período de apuração posterior.

⁷ Exceto os decorrentes de efeitos da mudança de critério contábil, ou da retificação de erro imputável a determinado exercício anterior, e que não possam ser atribuídos a fatos subsequentes.

O caso aqui não é de mera inexatidão da escrituração de receita/despesa quanto ao período de apuração, não é de simples aproveitamento extemporâneo de uma despesa verdadeira, que já existia em momento anterior.

O que a contribuinte pretende é "criar" em 2006 despesa de juros no ano de 2005, despesa que corresponderia à remuneração do capital dos sócios que foi disponibilizado para a empresa naquele período passado, despesa que estaria correlacionada às receitas e ao resultado daquele ano já devidamente encerrado, e isso realmente não é possível porque subverte toda a lógica não apenas do princípio da competência, mas da própria contabilidade.

Apenas para encerrar a discussão, analiso qual o direito que nasce com a deliberação decorrente da assembleia geral relativa ao pagamento ou crédito de JCP.

Certamente dessa deliberação nasce um direito para os sócios de receber os valores a eles creditados, bem como nasce um dever para a sociedade de pagá-los ou creditá-los.

Mas como esses valores não podem corresponder a conversão de obrigações anteriores de JCP, já que não houve incorrimento de despesas de JCP nos anos anteriores, resta apenas a alternativa de reclassificar o que está denominado de pagamento a título de JCP, para registro de algum tipo de direito da sociedade para com os sócios, distribuição de dividendos, etc.

Diante de todo o exposto, voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso especial da contribuinte em relação à dedutibilidade de JCP.

3ª DIVERGÊNCIA - NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

Mantida as exigências fiscais tratadas nos itens anteriores, cabe analisar agora a divergência sobre a manutenção da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Sobre o tema, adoto as razões de decidir do Acórdão nº 9101-00.539, proferido em 11/03/2010 por esta 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, com a relatoria da Conselheira Viviane Vidal Wagner:

De fato, como bem destacado pelo relator, o crédito tributário, nos termos do art. 139 do CTN, comporta tanto o tributo quanto a penalidade pecuniária.

Em razão dessa constatação, ao meu ver, outra deve ser a conclusão sobre a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

Uma interpretação literal e restritiva do caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96, que regula os acréscimos moratórios sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições, pode levar à equivocada conclusão de que estaria excluída desses débitos a multa de ofício.

Contudo, uma norma não deve ser interpretada isoladamente, especialmente dentro do sistema tributário nacional.

No dizer do jurista Juarez Freitas (2002, p.70), "interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito."

Merece transcrição a continuidade do seu raciocínio:

"Não se deve considerar a interpretação sistemática como simples instrumento de interpretação jurídica. E a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos nos plexos dos demais enunciados ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação." (A interpretação sistemática do direito, 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74).

Daí, por certo, decorrerá uma conclusão lógica, já que interpretar sistematicamente implica excluir qualquer solução interpretativa que resulte logicamente contraditória com alguma norma do sistema.

O art. 161 do CTN não distingue a natureza do crédito tributário sobre o qual deve incidir os juros de mora, ao dispor que o crédito tributário não pago integralmente no seu vencimento é acrescido de juros de mora, independentemente dos motivos do inadimplemento.

Nesse sentido, no sistema tributário nacional, a definição de crédito tributário há de ser uniforme.

De acordo com a definição de Hugo de Brito Machado (2009, p.172), o crédito tributário "é o vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional)."

Converte-se em crédito tributário a obrigação principal referente à multa de ofício a partir do lançamento, consoante previsão do art. 113, §1º, do CTN:

"Art. 113 A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito tributário dela decorrente.

A obrigação tributária principal surge, assim, com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, o que inclui a multa de ofício proporcional.

A multa de ofício é prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, e é exigida "juntamente com o imposto, quando não houver sido anteriormente pago" (§1º).

Assim, no momento do lançamento, ao tributo agrega-se a multa de ofício, tornando-se ambos obrigação de natureza pecuniária, ou seja, principal.

A penalidade pecuniária, representada no presente caso pela multa de ofício, tem natureza punitiva, incidindo sobre o montante não pago do tributo devido, constatado após ação fiscalizatória do Estado.

Os juros moratórios, por sua vez, não se tratam de penalidade e têm natureza indenizatória, ao compensarem o atraso na entrada dos recursos que seriam de direito da União.

A própria lei em comento traz expressa regra sobre a incidência de juros sobre a multa isolada.

Eventual alegação de incompatibilidade entre os institutos é de ser afastada pela previsão contida na própria Lei nº 9.430/96 quanto à incidência de juros de mora sobre a multa exigida isoladamente. O parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96 estabeleceu expressamente que sobre o crédito tributário constituído na forma do caput incidem juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

O art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, ao se referir a débitos decorrentes de tributos e contribuições, alcança os débitos em geral relacionados com esses tributos e contribuições e não apenas os relativos ao principal, entendimento, dizia então, reforçado pelo fato de o art. 43 da mesma lei prescrever expressamente a incidência de juros sobre a multa exigida isoladamente.

Nesse sentido, o disposto no §3º do art. 950 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99) exclui a equivocada interpretação de que a multa de mora prevista no caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96 poderia ser aplicada concomitantemente com a multa de ofício.

Art. 950. Os débitos não pagos nos prazos previstos na legislação específica serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento por dia de atraso (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61).

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do imposto até o dia em que ocorrer o seu pagamento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, §1º).

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, § 2º).

§ 3º A multa de mora prevista neste artigo não será aplicada quando o valor do imposto já tenha servido de base para a aplicação da multa decorrente de lançamento de ofício.

A partir do trigésimo primeiro dia do lançamento, caso não pago, o montante do crédito tributário constituído pelo tributo mais a multa de ofício passa a ser acrescido dos juros de mora devidos em razão do atraso da entrada dos recursos nos cofres da União.

No mesmo sentido já se manifestou este E. colegiado quando do julgamento do Acórdão nº CSRF/04-00.651, julgado em 18/09/2007, com a seguinte ementa:

JUROS DE MORA - MULTA DE OFÍCIO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

Nesse sentido, ainda, a Súmula Carf nº 5: "São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral."

Diante da previsão contida no parágrafo único do art. 161 do CTN, busca-se na legislação ordinária a norma complementar que preveja a correção dos débitos para com a União.

Para esse fim, a partir de abril de 1995, tem-se a taxa Selic, instituída pela Lei nº 9.065, de 1995.

A jurisprudência é forte no sentido da aplicação da taxa de juros Selic na cobrança do crédito tributário, como se vê no exemplo abaixo:

REsp 1098052 / SP RECURSO ESPECIAL 2008/0239572-8
Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125) Órgão Julgador T2 -
SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 04/12/2008 Data da
Publicação/Fonte DJe 19/12/2008 Ementa PROCESSUAL CIVIL.
OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. LANÇAMENTO. DÉBITO
DECLARADO E NÃO PAGO. PROCEDIMENTO
ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. TAXA SELIC.
LEGALIDADE.

1. É infundada a alegação de nulidade por maltrato ao art. 535 do Código de Processo Civil, quanto o recorrente busca tão-somente rediscutir as razões do julgado.

2. Em se tratando de tributos lançados por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte e na falta de pagamento da exação no vencimento, a inscrição em dívida ativa independe de procedimento administrativo.

3. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários (Precedentes: AgRg nos EREsp 579.565/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 11.09.06 e AgRg

nos EREsp 831.564/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 12.02.07).(g.n.)

No âmbito administrativo, a incidência da taxa de juros Selic sobre os débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal foi pacificada com a edição da Súmula CARF nº 4, nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Registro ainda uma outra decisão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, reiterando o entendimento de que é “legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário” (AgRg no REsp 1.335.688PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 4/12/12), conforme a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. 1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: “É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.” (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010. 2. Agravo regimental não provido.

O voto que conduziu a referida decisão consignou:

“[...] Quanto ao mérito, registrou o acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região à fl. 163: ‘... os juros de mora são devidos para compensar a demora no pagamento. Verificado o inadimplemento do tributo, é possível a aplicação da multa punitiva que passa a integrar o crédito fiscal, ou seja, o montante que o contribuinte deve recolher ao Fisco. Se ainda assim há atraso na quitação da dívida, os juros de mora devem incidir sobre a totalidade do débito, inclusive a multa que, neste momento, constitui crédito titularizado pela Fazenda Pública, não se distinguindo da exação em si para efeitos de recompensar o credor pela demora no pagamento.’ ”

Na esteira dessas bem lançadas razões de decidir, concluo que sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.

Nestes termos, voto no sentido negar provimento ao recurso especial da contribuinte também neste item, para fins de manter a incidência dos juros sobre a multa.

Processo nº 16327.721378/2011-69
Acórdão n.º **9101-002.696**

CSRF-T1
Fl. 75

Resumindo, voto no sentido de, em relação à primeira divergência, restringir o conhecimento do recurso especial apenas às questões envolvendo a natureza da operação de desmutualização (se essa operação configurou ou não uma devolução de patrimônio aos antigos associados da entidade sem fins lucrativos) e, no mérito, voto para NEGAR provimento ao recurso especial da contribuinte em relação às três divergências por ela suscitadas.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araujo

Processo nº 16327.721378/2011-69
Acórdão n.º **9101-002.696**

CSRF-T1
Fl. 76

Declaração de Voto

O Conselheiro que manifestou interesse em apresentar declaração de voto perdeu o prazo regimental para enviá-la.