



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

Processo nº 16327.721787/2011-65
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-001.502 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 06 de novembro de 2013
Matéria IRPJ
Recorrente CREDIT SUISSE HEDGING-GRIFFO CORRETORA DE VALORES S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

INSTITUIÇÕES ISENTAS. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO. DECADÊNCIA.

O fato gerador, nestes casos, ocorre no término do ano-calendário no qual foram recebidos os valores, haja vista que o art. 17, §3º, da Lei nº 9.532/97, determina que a diferença entre os valores recebidos e o valor entregue para a formação do patrimônio da instituição isenta deve ser computada na determinação do lucro real ou adicionada ao lucro presumido ou arbitrado. O prazo decadencial, portanto, deve ser contado a partir desta data.

DECADÊNCIA. ATUALIZAÇÃO DOS VALORES ENTREGUES PARA A FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO DA INSTITUIÇÃO ISENTA REALIZADA ANTES DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. FATOS PASSADOS COM REPERCUSSÃO FUTURA INOCORRÊNCIA.

Somente pode se falar em contagem do prazo decadencial após a data de ocorrência dos fatos geradores, não importando a data contabilização de fatos passados que possam ter repercussão futura.

O art. 113, § 1º, do CTN aduz que “*A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador*” e o papel de Fisco de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do Estatuto Processual, nada mais é do que o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente.

Não é papel do Fisco auditar as demonstrações contábeis dos contribuintes a fim de averiguar sua correição à luz dos princípios e normas que norteiam as ciências contábeis. A preocupação do Fisco deve ser sempre o reflexo tributário de determinados fatos, os quais, em inúmeras ocasiões, advêm dos registros contábeis.

Ressalte-se o § 4º do art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972, prevê que seja efetuado o lançamento “também nas hipóteses em que, constatada infração à legislação tributária, dela não resulte exigência de crédito tributário.”

O prazo decadencial somente tem início após a ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), ou após o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado nas hipóteses do art. 173, I, do CTN.

INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSLL NO PROCESSO DE DESMUTUALIZAÇÃO DA BM&F E DA BOVESPA.

Incide o artigo 17 da Lei nº 9.532/97 no processo de desmutualização das bolsas, uma vez que os fatos ocorridos correspondem a uma devolução de patrimônio com posterior aquisição de ações de nova sociedade constituída.

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a arguição de decadência. Por voto de qualidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Carlos Pelá e Paulo Roberto Cortez que davam provimento integral; e o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva que votou por dar provimento parcial ao recurso para cancelar a exigência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Paulo Roberto Cortez e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

Trata-se de autos de infração de Infração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e de Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL) referentes ao ano-calendário de 2007.

O Termo de Verificação Fiscal de fls. 126-139 descreve pormenorizadamente as operações realizadas pela autuada e as consequências fiscais daí advindas, sob a ótica da autoridade fiscal. Transcrevo os principais pontos do referido termo:

2. DESCRIÇÃO DOS FATOS (DESMUTUALIZAÇÃO DA BM&F)

A BM&F era uma associação civil sem fins lucrativos. A partir de 20/09/2007, através do processo de cisão parcial o patrimônio daquela associação foi vertido para a BM&F S.A., sendo que na ocasião os títulos patrimoniais pertencentes às corretoras de valores mobiliários foram convertidos em ações, conforme deliberação de assembléia geral extraordinária. Salienta-se que, as corretoras de valores imobiliários, para atuarem na BM&F, eram obrigadas a deter títulos patrimoniais da citada entidade.

Os títulos patrimoniais representavam “frações ideais” do patrimônio da BM&F, os quais eram contabilizados na conta de “Ativo Permanente” das corretoras, ficando sujeitos às atualizações periódicas de acordo com informações fornecidas pela entidade acima citada, com base nas demonstrações financeiras. A contrapartida dos acréscimos ao valor do citado ativo, eram contabilizadas na conta de “Reserva de Atualização dos Títulos Patrimoniais”, dentro da conta de “Reserva de Capital”, que compõe o patrimônio líquido das corretoras.

O contribuinte, na época da desmutualização da BM&F, detinha 1 Título Patrimonial de Membro de Compensação, 2 Títulos Patrimoniais de Corretora de Mercadorias e 1 Título Patrimonial de Sócio Efetivo.

Nessa mesma data, de 20/09/2007, ocorreu a desmutualização da BM&F, ocasião em que os detentores de títulos patrimoniais da BM&F, receberam em troca dos títulos que possuíam, nessa associação, ações da nova companhia criada: BM&F S/A. Portanto, a CSHG-CV S/A recebeu em troca dos títulos patrimoniais que detinha da BM&F (quadro abaixo), ações da BM&F S/A, nova sociedade por ações, resultante da cisão patrimonial da BM&F no processo de desmutualização. Ou seja, em 20/09/2007, ocorreu o fato gerador do IRPJ, descrito no art. 17 da Lei nº 9.532/97, pois houve a devolução do patrimônio da entidade isenta (BM&F) aos sócios, que utilizaram, subsequentemente, o patrimônio recebido, para integralização

de capital na nova sociedade anônima (BM&F S/A), recebendo em troca ações desta CIA.

[...]

2. DESCRIÇÃO DOS FATOS (DESMUTUALIZAÇÃO BOVESPA)

A BOVESPA promoveu uma reestruturação societária (Processo de Desmutualização) que resultou na criação da Bovespa Holding, uma sociedade por ações fechada, que tem como subsidiárias interais a Bolsa de Valores de S. Paulo (BVSP) e a Cia. Brasileira de Liquidação e Custódia (CBLC), conforme consta das atas das assembléias realizadas em 28/08/2007.

As corretoras de valores mobiliários, para atuarem na BOVESPA, eram obrigadas a deter títulos patrimoniais das citadas entidades, as quais foram constituídas inicialmente como sociedades sem fins lucrativos.

Os títulos patrimoniais representavam “frações ideais” do patrimônio da BOVESPA, os quais eram contabilizados na conta de “Ativo Permanente” das corretoras, ficando sujeito às atualizações periódicas de acordo com informações fornecidas pela entidade acima citadas, com base nas demonstrações financeiras. A contrapartida dos acréscimos ao valor do citado ativo eram contabilizadas na conta de “Reserva de Atualização dos Títulos Patrimoniais”, dentro da conta de “Reserva de Capital”, que compõe o patrimônio líquido das corretoras.

[...]

Nessa mesma data, de 28/08/2007, ocorreu a desmutualização da BOVESPA, ocasião em que os detentores de títulos patrimoniais da BOVESPA, receberam em troca dos títulos que possuíam, nessa associação, ações da nova companhia criada: BOVESPA HOLDING. Portanto, a CSHG-CV S/A recebeu em troca dos títulos patrimoniais que detinha da BOVESPA (quadro acima), ações da BOVESPA HOLDING, nova sociedade por ações, resultante da cisão patrimonial da BOVESPA no processo de desmutualização. Ou seja, em 28/08/2007, ocorreu o fato gerador do IRPJ, descrito no art. 17 da Lei nº 9.532/97, pois houve a devolução do patrimônio da entidade isenta (BOVESPA) aos sócios, que utilizaram, subsequente, o patrimônio recebido, para integralização de capital na nova sociedade anônima (BOVESPA HOLDING), recebendo em troca ações desta CIA.

[...]

O contribuinte foi cientificado da autuação em 15/12/2011 (fls. 117 e 122), apresentando impugnação em 11/01/2012 (fls. 145-174). O relatório da decisão recorrida bem reflete o teor da peça impugnatória, portanto, adoto-o, transcrevendo-o a seguir:

a) *Que a substituição dos títulos por ações seria decorrente de operação societária de transformação de associação civil em*

sociedade por ações, operação esta que estaria prevista no art. 2.033 do Código Civil de 2002;

- b) Que o ato de transformação societária de associação civil para sociedade por ações não dependeria de dissolução ou liquidação da sociedade;*
- c) Que, se a própria legislação estabeleceria que não há extinção da sociedade primitiva, não se poderia pressupor, no caso em foco, que teria havido a extinção da Associação Bovespa e da Associação BM&F;*
- d) Que a suposta extinção não teria ocorrido nem de fato, haja vista que nenhuma corretora foi convocada para receber seus ativos de volta, nem de direito, pois a legislação seria clara ao indicar que não haveria extinção da associação para a criação da sociedade por ações;*
- e) Que, não tendo havido a extinção da Bovespa ou da BM&F, não haveria que se falar em extinção dos respectivos títulos, tampouco em “devolução” do patrimônio que justificasse a pretensa aplicação do art. 17 da Lei nº 9.532/97;*
- f) Que a operação de desmutualização implicaria uma mera reclassificação de um direito, ou, quando muito, uma permuta de ativos;*
- g) Que, diante da inocorrência da devolução dos títulos, não teria havido a subsunção do fato à norma contida no art. 17 da Lei nº 9.532/97;*
- h) Que, tendo sido tributada a “capitalização” dos títulos, tal procedimento deveria ser afastado pela Turma Julgadora, pois, de acordo com a Portaria nº 785/77 do Ministério da Fazenda, referidas atualizações, quando positivas, não estariam sujeitas à tributação pelo IRPJ;*
- i) Que o Conselho Monetário Nacional teria estabelecido que as instituições financeiras deveriam contabilizar a atualização do valor dos títulos patrimoniais que detinham das bolsas da seguinte forma:*
- se o novo valor informado pelas bolsas for superior ao saldo contábil na data-base do balanço, debita-se “Títulos Patrimoniais” pela diferença apurada, em contrapartida com “Reservas de Atualização de Títulos Patrimoniais”;*
 - se o novo valor informado pelas bolsas for inferior ao saldo contábil na data-base do balanço, credita-se “Títulos Patrimoniais” pela diferença apurada, em contrapartida com “Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais” até o limite do seu saldo. A parcela excedente, se houver, é debitada em “Lucros ou Prejuízos Acumulados”.*
- j) Que a metodologia da equivalência patrimonial seria de observância obrigatória, conforme estaria prescrito na Circular nº 1.273, de 29 de dezembro de 1987, do Banco Central do Brasil;*

- k) *Que o Ofício Circular CVM nº 325, de 21 de fevereiro de 1979 também prescreveria o método da equivalência patrimonial para ajustar os títulos das bolsas;*
- l) *Que, segundo o Parecer do Coordenador do Sistema de Tributação ("CST") nº 2.254/1981 e a Decisão nº 13/97 da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação ("COSIT") , o investimento em títulos das bolsas deveriam ser avaliados pelo método da equivalência patrimonial;*
- m) *Que, sendo aplicáveis à avaliação dos títulos das bolsas as regras referentes à equivalência patrimonial, não haveria a incidência do IRPJ e da CSLL, conforme estaria disposto nos arts. 225 e 389 do RIR;*
- n) *Que não deveria prosperar o entendimento da Fiscalização no sentido de que, com a suposta devolução dos patrimônios da Associação Bovespa e da BM&F, os sócios utilizaram, subseqüentemente, o patrimônio recebido para integralização de capital nas novas sociedades anônimas criadas, recebendo em troca ações dessas novas companhias;*
- o) *Que a operação de desmutualização consistiria em mera substituição dos títulos da Bovespa e da BM&F por ações das companhias resultantes das reorganizações;*
- p) *Que na operação de transformação não se verificaria, em qualquer momento, a intenção de as corretoras se desfazerem de seus ativos antigos (títulos);*
- q) *Que o único ganho tributável, auferido pela Impugnante, teria se dado com a venda de parte das ações em questão;*
- r) *Que teria recolhido o valor do imposto devido em razão do ganho apurado com a venda de parte das ações conferidas a ela em substituição aos títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F, conforme restaria informado à Fiscalização;*
- s) *Que, em operação análoga, que teria envolvido a substituição de títulos patrimoniais da Bovespa por ações da Clearing, atual CBLC, a Receita Federal, por intermédio da Decisão nº 13/97 da COSIT, teria considerado a operação como mera permuta;*
- t) *Que sobre o ato permutativo não haveria incidência do IRPJ, conforme estaria previsto no art. 22 da Lei nº 9.249/95;*
- u) *Que os lançamentos seriam ilíquidos e incertos, pois a Fiscalização não teria computado as diferenças apuradas na determinação do lucro real, em desrespeito ao art. 17 da Lei nº 9.532/97;*
- v) *Que, não tendo sido recomposto o lucro real, a única alíquota aplicável para cálculo do IRPJ seria a de 15%, jamais podendo ter sido aplicado o adicional de 10%;*
- w) *Que, não tendo sido cumpridas as formalidades essenciais (intrínsecas) aos atos de lançamento, tais como a liquidez e certeza do montante exigido, estes seriam nulos;*

- x) *Que as atualizações efetuadas até o ano-base de 2005 não poderiam mais ser atingidas pelo lançamento, pois teria se operado a decadência do direito de o Fisco constituir os respectivos créditos tributários, em razão do disposto no art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional (CTN);*
- y) *Que a cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício seria ilegal.*

A 7ª Turma da DRJ/SP1 julgou improcedente a impugnação, tendo a ementa da decisão recebido a seguinte redação:

INSTITUIÇÕES ISENTAS. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO. DECADÊNCIA.

O fato gerador, nestes casos, ocorre no término do ano-calendário no qual foram recebidos os valores, haja vista que o art. 17, §3º, da Lei nº 9.532/97, determina que a diferença entre os valores recebidos e o valor entregue para a formação do patrimônio da instituição isenta deve ser computada na determinação do lucro real ou adicionada ao lucro presumido ou arbitrado. O Prazo decadencial, portanto, deve ser contado a partir desta data.

APLICAÇÃO DIRETA DA ALÍQUOTA SOBRE O VALOR TRIBUTÁVEL APURADO. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

A aplicação direta da alíquota sobre o valor tributável decorrente da infração apurada produz, neste caso concreto, resultado idêntico àquele obtido por intermédio da adição deste valor ao lucro real e à base de cálculo da CSLL, razão pela qual conclui-se inexistir nulidade no lançamento.

INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSLL NO PROCESSO DE DESMUTUALIZAÇÃO DA BM&F E DA BOVESPA.

Incide o artigo 17 da Lei nº 9.532/97 no processo de desmutualização das bolsas, uma vez que os fatos ocorridos correspondem a uma devolução de patrimônio com posterior aquisição de ações de nova sociedade constituída.

A ciência do julgado em questão se deu em 22 de novembro de 2012 (fl. 268). O contribuinte apresentou recurso voluntário em 20 de dezembro de 2012 (fls. 270-307), revolvendo seus argumentos da impugnação e atacando as conclusões da decisão de primeira instância.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões de fls. 350-402, rebatendo ponto a ponto os argumentos da Recorrente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Relator.

1 1 PRELIMINARES

1.1 ARGUIÇÃO DE DECADÊNCIA

Alega a Recorrente que as atualizações efetuadas até o ano-calendário de 2005 não mais poderiam ser alvo de lançamento em razão de decadência, nos termos do art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional.

Entendo não assistir razão à Recorrente.

Para início da contagem do prazo decadencial, deve-se ater à data de ocorrência dos fatos geradores, e não à data de contabilização de fatos passados que possam ter repercussão futura

A autuação diz respeito a ganho de capital apurado no ano-calendário de 2007, com fundamento no art. 17 da Lei nº 9.532, de 1997.

Não há que se confundir a atualização dos valores entregues para a formação do patrimônio da instituição isenta com o fato gerador do tributo. Somente se pode falar em início de contagem de prazo decadencial com a ocorrência do fato gerador. Se a acusação fiscal diz respeito a fatos efetivamente ocorridos no ano-calendário de 2007, com reflexos tributários no mesmo período, uma vez que ali é que supostamente ocorreu o fato gerador, somente a partir de então é que se considera iniciada a contagem do prazo decadencial.

Até mesmo porque o art. 113, § 1º, do CTN aduz que “*A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador*” e o papel de Fisco de efetuar o lançamento, nos termos do art. 142 do Estatuto Tributário, nada mais é do que o procedimento administrativo tendente a verificar **a ocorrência do fato gerador** da obrigação correspondente.

Os superávits apurados pelas então entidades sem fins lucrativos não revelavam a ocorrência de qualquer fato gerador de tributo, uma vez que somente haveria incidência de IRPJ e CSLL sobre seus resultados em caso de extinção ou devolução dos títulos patrimoniais.

Portanto, o lançamento, dado seu caráter constitutivo do crédito tributário, mas declaratório da obrigação, somente pode ser realizado após a ocorrência do fato gerador e, conseqüentemente, o surgimento da obrigação tributária.

Não é papel do Fisco auditar as demonstrações contábeis dos contribuintes a fim de averiguar sua correição à luz dos princípios e normas que norteiam as ciências contábeis. A preocupação do Fisco deve ser sempre o reflexo tributário de determinados fatos, os quais, em inúmeras ocasiões, advêm dos registros contábeis.

Ressalte-se o § 4º do art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972, prevê que seja efetuado o lançamento “*também nas hipóteses em que, constatada infração à legislação tributária, dela não resulte exigência de crédito tributário.*”

Se por hipótese, não houvesse a devolução dos títulos patrimoniais aos associados, ainda que estes tivessem atualizado incorretamente os valores de tais títulos, na ausência de infração à legislação tributária, não haveria que se falar em lançamento, pois mesmo nos casos em que do lançamento não resulte exigência de crédito tributário, a constatação de infração à legislação tributária é condição *sine qua non* para formalização do lançamento.

Com efeito, o prazo decadencial somente tem início após a ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), ou após o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado nas hipóteses do art. 173, I, do CTN.

Desse modo, rejeito a arguição de decadência.

2 MÉRITO

O núcleo do presente litígio consiste em se determinar qual é a verdadeira natureza jurídica das operações de desmutualização da BM&F e da Bovespa. Passo, então, a descrever sucintamente estas operações.

A decisão *a quo* bem descreve as operações de desmutualização da Bovespa e da BM&F:

Da Desmutualização da Bovespa

A denominada operação de desmutualização da Bovespa (Bolsa de Valores de São Paulo), em síntese, foi um processo aprovado pelos associados da Bovespa e pelos acionistas da Cia Brasileira de Liquidação e Custódia (CBLC) e da Bovespa Serviços e Participações S.A. - BSP (que teve a sua razão social alterada para Bolsa de Valores de São Paulo S.A. - BVSP), no dia 28 de agosto de 2007, que teve como objetivo transferir as atividades compreendidas no objeto social da Bovespa (associação civil sem fins lucrativos) para outras duas entidades organizadas sob a forma de sociedades por ações: a Bovespa Holding S.A. e a Bovespa Serviços e Participações S.A. - BSP (BVSP). O processo, segundo documento de fls. 27, consistiria na "cisão parcial" da Bovespa (redução do seu patrimônio em 99,97%, permanecendo somente 0,03% do valor total) e incorporação do patrimônio cindido, parte na BSP (BVSP) e parte na Bovespa Holding S.A. Em seguida, houve a incorporação de ações da BVSP pela Bovespa Holding S.A.

Pela incorporação da parcela cindida da Associação Bovespa pela Bovespa Holding, cada associado recebeu, por título patrimonial, 570.535 ações ordinárias de emissão da Bovespa

Holding S.A., e, pela incorporação de ações da BVSP pela Bovespa Holding S.A., cada associado recebeu mais 136.227 ações, totalizando, portanto, 706.762 ações por cada título patrimonial que compunha o patrimônio da Bovespa.

Conforme o Ofício Circular Bovespa nº 225, de 18 de setembro de 2007, para efeito de registro contábil, o valor patrimonial unitário das ações de emissão da Bovespa Holding S.A., em 28 de agosto de 2007, após os efeitos da reorganização societária, foi determinado em, aproximadamente, R\$2,22.

Como consequência dessa reorganização societária, o acesso das sociedades corretoras aos sistemas de negociação administrados pela BVSP, bem como o acesso dos agentes de compensação e liquidação aos sistemas administrados pela CBLC, passou a decorrer de relação contratual desvinculada da participação societária.

Da Desmutualização da BM&F

O processo de desmutualização da BM&F foi aprovado pelos associados em assembleia geral realizada no dia 20 de setembro de 2007, com efeitos a partir do dia 1º de outubro de 2007, e, segundo consta deste documento, consistiria na "cisão parcial" da BM&F (associação civil sem fins lucrativos) e na incorporação da parcela cindida (R\$1,28 bilhão) pela companhia aberta intitulada Bolsa de Mercadorias e Futuros - BM&F S.A. Esta assumiu todas as atividades comerciais até então desenvolvidas pela associação BM&F, a qual manteve somente as atividades educacionais, assistenciais e esportivas.

A BM&F era constituída sob a forma de associação e os títulos eram divididos por categoria de acordo com a atuação do seu detentor na bolsa, sendo que as principais eram: Membro de Compensação, Corretora de Mercadorias, Operador Especial e Sócio Efetivo. Após diversas emissões, recompras e cancelamento de títulos, havia, na época da desmutualização, 618 títulos divididos nestas quatro categorias.

A tabela abaixo apresenta a quantidade de títulos, por categoria, e a quantidade de ações de emissão da BM&F S.A. recebidas por cada título, na data da desmutualização:

Categoria de Título Patrimonial	Quantidade de Títulos	Valor Patrimonial (R\$) por Título	Nº de Ações da Cia. Por Título
Membro de Compensação	83	4.961.610,00	4.961.610
Corretora de Mercadorias	81	4.898.015,00	4.898.015
Operador Especial	67	1.335.141,00	1.335.141
Sócio Efetivo	387	10.000,00	10.000
Total	618	901.877.292,00	901.877.292

Dos Entendimentos da Fiscalização e do Contribuinte

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

Autenticado digitalmente em 30/09/2014 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente

em 30/09/2014 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 07/10/2014 por LEONARD

O DE ANDRADE COUTO

Impresso em 15/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Para a Fiscalização, a desmutualização não poderia ser caracterizada como uma operação de cisão parcial das associações sem fins lucrativos (BM&F e Bovespa) com a incorporação do patrimônio cindido pelas sociedades por ações (BM&F S/A e Bovespa Holding S.A.). Conforme é possível depreender do Termo de Verificação fiscal, a Delegacia Especial de Instituições Financeiras entendeu que, em verdade, as associações teriam devolvido parte de seu patrimônio aos associados, e estes teriam utilizado este patrimônio para adquirir ações da BM&F S/A e da Bovespa Holding S/A.

O contribuinte, por sua vez, entende que, na operação de desmutualização, teria havido uma transformação destas associações em sociedades por ações. Em razão disso, afirma que não teria havido devolução do patrimônio aos associados, mas mera substituição dos títulos da Bovespa e da BM&F por ações das companhias resultantes das reorganizações.

Entendo assistir razão ao Fisco. A questão, que envolve pormenores que serão analisados em seguida, pode ser resumida de maneira simples: uma entidade isenta de imposto de renda acumulou durante inúmeros períodos superávits; ao fim e ao cabo, quer entendendo-se que houve extinção da entidade sem fins lucrativos, quer sob a ótica de transformação e cisão, desejam os então associados da entidade sem fins lucrativos, posteriormente guindados a acionistas da empresa, não ver submetidos ao crivo do imposto de renda os ganhos da entidade e que não foram alvo de incidência de IRPJ e CSLL. Tais ganhos foram refletidos no valor patrimonial dos títulos de cada associado, refletindo no valor das ações recebidas da empresa com fins lucrativos criada. Ou seja, se assistisse razão à Recorrente, os ganhos não tributados da entidade sem fins lucrativos teria se transformado em custo das ações posteriormente pertencentes aos acionistas da sociedade anônima criada. Desse modo, entendo que deva prevalecer a posição adotada pela autoridade fiscal.

Passo a análise detalhada das questões controvertidas.

2.1 DAS OPERAÇÕES ENVOLVENDO ASSOCIAÇÕES E SEUS EFEITOS TRIBUTÁRIOS

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

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

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

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

[...]

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

valores;

[...]

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

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

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

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

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

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

Nesse contexto, a Resolução CMN nº 2.690, de 2000, como qualquer outra norma, deve ser analisada em seu conjunto, e não se detendo a dispositivo específico isolado. O fato de o art. 5º da norma em comento dispor sobre a possibilidade de incorporações, fusões e cisões no âmbito das bolsas de valores deve ser interpretada de forma harmônica não somente

¹ Resolução CMN nº 2.690, de 2000.

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

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

² Resolução CMN nº 2.690, de 2000.

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

[...]

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

[...] digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

em relação a tal diploma infralegal, mas também no contexto da legislação que rege tais institutos. No que se refere única e exclusivamente à Resolução em questão, mostra-se evidente que, havendo distinção entre bolsas de valores constituídas sob a forma de associações civis e sob a forma de sociedades anônimas, impõe-se diferenciar quais institutos são aplicáveis a uma e a outra forma de organização das bolsas de valores. Entendo que o art. 1º da Resolução, inciso VII, ao dispor sobre incorporação, fusão e cisão, refere-se exclusivamente às bolsas de valores constituídas sob a forma de sociedade anônima.

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

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

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

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

A respeito do tema, a Conselheira Edeli Pereira Bessa, no voto vencedor do acórdão 1101-000.833 assim examinou a matéria:

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:

Art. 15. Consideram-se isentas as instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural e científico e as associações civis que prestem os serviços para os quais houverem sido instituídas e os coloquem à disposição do grupo de pessoas a que se destinam, sem fins lucrativos.

§ 1º A isenção a que se refere este artigo aplica-se, exclusivamente, em relação ao imposto de renda da pessoa jurídica e à contribuição social sobre o lucro líquido, observado o disposto no parágrafo subsequente.

§ 2º Não estão abrangidos pela isenção do imposto de renda os rendimentos e ganhos de capital auferidos em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável.

§ 3º As instituições isentas aplicam-se as disposições do art. 12, § 2º, alíneas “a”, “b” e “c” e § 3º e dos arts. 13 e 14.

[...]

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

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

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

§ 1º Aos valores entregues até o final do ano de 1995 aplicam-se as normas do inciso I do art. 17 da Lei nº 9.249, de 1995.

§ 2º O imposto de que trata este artigo será:

a) considerado tributação exclusiva;

§ 3º Quando a destinatária dos valores em dinheiro ou dos bens e direitos devolvidos for pessoa jurídica, a diferença a que se refere o caput será computada na determinação do lucro real ou adicionada ao lucro presumido ou arbitrado, conforme seja a forma de tributação a que estiver sujeita.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, para a determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido a pessoa jurídica deverá computar:

- a) a diferença a que se refere o caput, se sujeita ao pagamento do imposto de renda com base no lucro real;*
- b) o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos, se tributada com base no lucro presumido ou arbitrado. (negrejou-se)*

O art. 15, §3º da Lei nº 9.532/97 vinculou a isenção concedida à observância dos seguintes dispositivos da mesma lei:

Art. 12 [...]

[...]

§ 2º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos:

- a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados;*
- b) aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais;***
- c) manter escrituração completa de suas receitas e despesas em livros revestidos das formalidades que assegurem a respectiva exatidão;*
- d) conservar em boa ordem, pelo prazo de cinco anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem assim a realização de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial;*
- e) apresentar, anualmente, Declaração de Rendimentos, em conformidade com o disposto em ato da Secretaria da Receita Federal;*

§3º *Considera-se entidade sem fins lucrativos a que **não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.*** (Redação dada pela Lei nº 9.718, de 1998)

Art. 13. Sem prejuízo das demais penalidades previstas na lei, a Secretaria da Receita Federal suspenderá o gozo da imunidade a que se refere o artigo anterior, relativamente aos anos-calendários em que a pessoa jurídica houver praticado ou, por qualquer forma, houver contribuído para a prática de ato que constitua infração a dispositivo da legislação tributária, especialmente no caso de informar ou declarar falsamente, omitir ou simular o recebimento de doações em bens ou em dinheiro, ou de qualquer forma cooperar para que terceiro sonegue tributos ou pratique ilícitos fiscais.

Parágrafo único. Considera-se, também, infração a dispositivo da legislação tributária o pagamento, pela instituição imune, em favor de seus associados ou dirigentes, ou, ainda, em favor de sócios, acionistas ou dirigentes de pessoa jurídica a ela associada por qualquer forma, de despesas consideradas indedutíveis na determinação da base de cálculo do imposto sobre a renda ou da contribuição

Art. 14. A suspensão do gozo da imunidade aplica-se o disposto no art. 32 da Lei nº 9.430, de 1996.

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:

TÍTULO II DAS PESSOAS JURÍDICAS

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

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

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

§ 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao **seu funcionamento.** (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

§ 2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

§ 3º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)
[...]

CAPÍTULO II DAS ASSOCIAÇÕES

Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos

Art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterá:

I - a denominação, os fins e a sede da associação;

II - os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados;

III - os direitos e deveres dos associados;

IV - as fontes de recursos para sua manutenção;

V - o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos;
(Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

VI - as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução;

VII - a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas. (Incluído pela Lei nº 11.127, de 2005)

Art. 55. Os associados devem ter iguais direitos, mas o estatuto poderá instituir categorias com vantagens especiais.

Art. 56. A qualidade de associado é intransmissível, se o estatuto não dispuser o contrário.

Parágrafo único. Se o associado for titular de quota ou fração ideal do patrimônio da associação, a transferência daquela não importará, de per si, na atribuição da qualidade de associado ao adquirente ou ao herdeiro, salvo disposição diversa do estatuto.

Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

Art. 58. Nenhum associado poderá ser impedido de exercer direito ou função que lhe tenha sido legitimamente conferido, a não ser nos casos e pela forma previstos na lei ou no estatuto.

Art. 59. Compete privativamente à assembléia geral: (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

I - destituir os administradores; (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

II - alterar o estatuto. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

Parágrafo único. Para as deliberações a que se referem os incisos I e II deste artigo é exigido deliberação da assembléia especialmente convocada para esse fim, cujo quorum será o estabelecido no estatuto, bem como os critérios de eleição dos administradores. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

Art. 60. A convocação dos órgãos deliberativos far-se-á na forma do estatuto, garantido a 1/5 (um quinto) dos associados o direito de promovê-la. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

Art. 61. Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissa esta, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

§ 1º Por cláusula do estatuto ou, no seu silêncio, por deliberação dos associados, podem estes, antes da destinação do remanescente referida neste artigo, receber em restituição, atualizado o respectivo valor, as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação.

§ 2º Não existindo no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território, em que a associação tiver sede, instituição nas condições indicadas neste artigo, o que remanescer do seu patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União. (negrejou-se)

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

Art. 2.031. As associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, bem como os empresários, deverão se adaptar às disposições deste Código até 11 de janeiro de 2007. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às organizações religiosas nem aos partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

[...]

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

Art. 2.034. A dissolução e a liquidação das pessoas jurídicas referidas no artigo antecedente, quando iniciadas antes da vigência deste Código, obedecerão ao disposto nas leis anteriores. (negrejou-se)

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:

Art. 51 [...]

[...]

§ 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado.

§ 3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.

[...]

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.

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

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MANDAMENTAL. IRPJ. CSSL. 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.

3. Não há que se falar em avaliação pelo método de equivalência patrimonial porquanto o Decreto 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda), autoriza a utilização de tal método apenas na hipótese de investimentos em **controladas e coligadas, não sendo este o caso dos autos.**

4. Também não socorre a impetrante a Solução de Consulta nº 13 de 10/11/97, proferida antes da vigência da Lei 9.532/97. O mesmo vale para a aplicação da Portaria MF nº 785/77, já que esta cuidava de "constituição de reserva com os acréscimos no valor nominal dos títulos" e a exclusão de tais acréscimos ao lucro real, não sendo este o caso dos autos.

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 0035179-62.2007.4.03.6100/SP, processo nº 2007.61.00.035179-5/SP, Relator Desembargador Federal Márcio Moraes, sessão de 19 de julho de 2012).

Vale a pena destacar que o entendimento fixado na decisão citada pela Ilustre Conselheira não reproduz exegese isolada sobre o tema, antes pelo contrário, uma vez que a jurisprudência sobre o tema caminha no mesmo sentido, senão vejamos:

TRIBUTÁRIO. DEVOLUÇÃO À IMPETRANTE DOS VALORES CORRESPONDENTES A TÍTULOS DA BOVESPA E DA BM&F. INVESTIMENTO INTEGRAL EM AÇÕES DAS MESMAS ENTIDADES, TRANSFORMADAS EM SOCIEDADES POR AÇÕES. DIFERENÇA ENTRE O VALOR INVESTIDO E O VALOR DEVOLVIDO. CARACTERIZAÇÃO DE GANHOS DE CAPITAL. INAPLICABILIDADE DO "MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL". CARACTERIZAÇÃO DE RENDA. DISPONIBILIDADE JURÍDICA. INCIDÊNCIA DO ART. 17 DA LEI 9.532/97.

[...]

2. Controvérsia sobre a aplicabilidade ou não do art. 17 e seus parágrafos, da Lei 9.532/97, para efeito de incidência do IRPJ e CSLL, sobre ganhos de capital, no tocante aos valores gerados pela atualização dos títulos patrimoniais que a impetrante detinha na BOVESPA e BM&F e que foram convertidos em ações daquelas instituições, quando da cisão em duas novas entidades, operação intitulada "desmutualização".

3. A conversão dos títulos em ações importa em reversão jurídica dos valores a que correspondiam os citados títulos, ainda que tais valores tenham sido integralmente convertidos em ações da entidade que resultou da transformação.

4. Caracterizada a disponibilidade jurídica dos ganhos de capital equivalentes à diferença entre o valor investido pela pessoa jurídica e aquele posteriormente devolvido a ela, configurando renda nos moldes do art. 43 do CTN.

5. A inocorrência de dissolução ou extinção da associação que se transformou em sociedade por ações (art. 1.113 e 2.033 do Código Civil) tem relevância apenas para a preservação da titularidade dos direitos e obrigações da própria sociedade, que não terá solução de continuidade e manter-se-á íntegra.

6. *Todavia, é inegável que a transformação implica em modificação da natureza jurídica das participações societárias ou dos títulos de natureza similar que forem convertidos em ações da neonata pessoa jurídica.*

7. *Não há como ignorar o fato de que houve, do ponto de vista jurídico, a devolução à impetrante dos valores que correspondiam aos títulos que ela detinha, ainda que estes valores tenham sido inteiramente utilizados na aquisição de ações da nova sociedade.*

8. *Não há lugar, na hipótese dos autos, para contabilização dos ganhos de capital pelo "método da equivalência patrimonial", posto que este método tem aplicação quando surge a necessidade de encontrar a expressão econômica das participações no capital social de outra pessoa jurídica.*

9. *Esta não é a hipótese dos autos, em que o capital da impetrante estava investido em títulos e não em participação societária na outra empresa, daí porque as diferenças entre os valores investidos e aqueles devolvidos devem ser tratadas como ganhos de capital, sofrendo incidência do art. 17 da Lei 9.532/97.*

10. *Não socorrem a impetrante os atos regulamentares e interpretativos editados antes da apontada lei, tal como a Portaria MF 785/77, visto que se consideram ab-rogados pela nova legislação, que cuida especificamente do tema em discussão.*

11. *Rejeitada a alegação de decadência, haja vista que o fato gerador do IRPJ e da CSSL (devolução dos títulos) ocorreu somente depois que houve a deliberação, em Assembléia Geral Extraordinária, pela transformação da BOVESPA e da BM&F em sociedades anônimas, respectivamente, em 28 de agosto e 20 de setembro de 2007, menos de um ano antes do ajuizamento do presente "mandamus".*

12. *Improvido o agravo retido, por ausência de verossimilhança das alegações da parte agravante.*

13. *Apelação improvida. (AC 2008.61.00.008706-3/SP, Relator Juiz Convocado RUBENS CALIXTO, TRF da 3ª Região, D.E. de 23.07.2012)*

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MANDAMENTAL. IRPJ. CSSL. 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, crescendo 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.*

3. Não há que se falar em avaliação pelo método de equivalência patrimonial porquanto o Decreto 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda), autoriza a utilização de tal método apenas na hipótese de investimentos em controladas e coligadas, não sendo este o caso dos autos.

4. Também não socorre a impetrante a Solução de Consulta nº 13 de 10/11/97, proferida antes da vigência da Lei 9.532/97. O mesmo vale para a aplicação da Portaria nº MF nº 785/77, já que esta cuidava de "constituição de reserva com os acréscimos no valor nominal dos títulos" e a exclusão de tais acréscimos ao lucro real, não sendo este o caso dos autos.

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. (AMS 2007.61.00.035179-5/SP, Relator Juiz Convocado RUBENS CALIXTO, TRF da 3ª Região, D.E. de 30.07.2012)

TRIBUTÁRIO. DEVOLUÇÃO À IMPETRANTE DOS VALORES CORRESPONDENTES A TÍTULOS DA BOVESPA E DA BM&F. INVESTIMENTO INTEGRAL EM AÇÕES DAS MESMAS ENTIDADES, TRANSFORMADAS EM SOCIEDADES POR AÇÕES. DIFERENÇA ENTRE O VALOR INVESTIDO E O VALOR DEVOLVIDO. CARACTERIZAÇÃO DE GANHOS DE CAPITAL. INAPLICABILIDADE DO "MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL". CARACTERIZAÇÃO DE RENDA. DISPONIBILIDADE JURÍDICA. INCIDÊNCIA DO ART. 17 DA LEI 9.532/97.

[...]

2. Controvérsia sobre a aplicabilidade ou não do art. 17 e seus parágrafos, da Lei 9.532/97, para efeito de incidência do IRPJ e CSLL, sobre ganhos de capital, no tocante aos valores gerados pela atualização dos títulos patrimoniais que a impetrante detinha na BOVESPA e BM&F e que foram convertidos em ações daquelas instituições, quando da cisão em duas novas entidades, operação intitulada "desmutualização".

3. A conversão dos títulos em ações importa em reversão jurídica dos valores a que correspondiam os citados títulos, ainda que tais valores tenham sido integralmente convertidos em ações da entidade que resultou da transformação.

4. Caracterizada a disponibilidade jurídica dos ganhos de capital equivalentes à diferença entre o valor investido pela pessoa jurídica e aquele posteriormente devolvido a ela, configurando renda nos moldes do art. 43 do CTN.

5. A inocorrência de dissolução ou extinção da associação que se transformou em sociedade por ações (art. 1.113 e 2.033 do Código Civil) tem relevância apenas para a preservação da titularidade dos direitos e obrigações da própria sociedade, que não terá solução de continuidade e manter-se-á íntegra.

6. *Todavia, é inegável que a transformação implica em modificação da natureza jurídica das participações societárias ou dos títulos de natureza similar que forem convertidos em ações da neonata pessoa jurídica.*

7. *Não há como ignorar o fato de que houve, do ponto de vista jurídico, a devolução à impetrante dos valores que correspondiam aos títulos que ela detinha, ainda que estes valores tenham sido inteiramente utilizados na aquisição de ações da nova sociedade.*

8. *Não há lugar, na hipótese dos autos, para contabilização dos ganhos de capital pelo "método da equivalência patrimonial", posto que este método tem aplicação quando surge a necessidade de encontrar a expressão econômica das participações no capital social de outra pessoa jurídica.*

9. *Esta não é a hipótese dos autos, em que o capital da impetrante estava investido em títulos e não em participação societária na outra empresa, daí porque as diferenças entre os valores investidos e aqueles devolvidos devem ser tratadas como ganhos de capital, sofrendo incidência do art. 17 da Lei 9.532/97.*

10. *Não socorrem a impetrante os atos regulamentares e interpretativos editados antes da apontada lei, tal como a Portaria MF 785/77, visto que se consideram ab-rogados pela nova legislação, que cuida especificamente do tema em discussão.*

11. *Rejeitada a alegação de decadência, haja vista que o fato gerador do IRPJ e da CSLL (devolução dos títulos) ocorreu somente depois que houve a deliberação, em Assembléia Geral Extraordinária, pela transformação da BOVESPA e da BM&F em sociedades anônimas, respectivamente, em 28 de agosto e 20 de setembro de 2007, menos de um ano antes do ajuizamento do presente "mandamus".*

12. *Não conhecido o agravo de instrumento n. 2008.03.00.014236-8, convertido em retido na forma do inciso II do art. 527 do CPC, uma vez que não houve reiteração do recurso nas razões de apelação.*

13. *Apelação improvida. (AMS 00023846620084036100, Relator Juiz Convocado RUBENS CALIXTO, TRF3, D.E. de 03.08.2012)*

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IRPJ. CSSL. BOVESPA - BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO, BM&F - BOLSA DE MERCADORIAS E FUTUROS DE SÃO PAULO. OPERAÇÃO DE DESMUTUALIZAÇÃO. TÍTULOS CONVERTIDOS EM AÇÕES DE S/A. LEI 9.532/97, ART. 17, INCIDÊNCIA NA ESPÉCIE. SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 13, DE 10/11/97, PROFERIDA ANTERIORMENTE À LEI 9.532 DE 10/12/97. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO FAZENDÁRIO, QUE SE CONFORMA À LEI VIGENTE APLICÁVEL À HIPÓTESE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I. As Bolsas de Valores, nos termos da Lei 6.385/76 são órgãos integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários, voltando-se à realização do interesse geral do mercado. Conquanto pessoas jurídicas de direito privado, exercem serviço público. Constituídas originariamente como associações sem fins lucrativos colaboradoras com o poder público,

assembleias gerais extraordinárias vieram de aprovar a "desmutualização" das Bolsas, acarretando a conversão dos títulos patrimoniais dos associados, detidos pelos Agravantes, em ações da Bovespa Holding S/A e BM&F S/A.

II. A noticiada "desmutualização" alterou a situação jurídico-tributária então existente, ensejando a incidência fiscal, a teor da Lei 9.532 de 10/12/97, art. 17.

III. O art. 177, § 2º da Lei 6.404/76, prevê que as normas de natureza tributária possam ter apuração de resultado diferente do contábil.

IV. O Dec. 3.000/99, Regulamento do Imposto de Renda – RIR determina a utilização do método de equivalência patrimonial apenas na hipótese de investimentos em controladas e coligadas (arts. 384, 387, 388), do que não se cogita na espécie dos autos.

V. Solução de Consulta nº 13 de 10/11/97, proferida anteriormente à vigência da Lei 9.532 de 10/12/97, que ora rege a hipótese objetivada.

VI. Agravo a que se nega provimento. (AI 01051154420074030000, Relatora Desembargadora Federal Salette Nascimento, TRF3, D.E. de 19.08.2008).

Assim sendo, com base no artigo 61 do Código Civil e no artigo 17 da Lei nº 9.532, de 1997, a decisão recorrida deve ser mantida, mantendo-se integralmente o crédito tributário em litígio.

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

A conduta adotada pela Recorrente baseou-se no disposto na Circular BACEN nº 1.273/87, responsável por criar o Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional - COSIF, a seguir transcrita:

CAPÍTULO: Normas Básicas - I

SEÇÃO: Ativo Permanente - II

[...]

3 - Os títulos patrimoniais de bolsas de valores, de mercadorias e de futuros, são corrigidos mensalmente e atualizados, por ocasião dos balanços, pelo valor informado pela respectiva bolsa, procedendo-se aos seguintes lançamentos de ajustes:

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

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

Pode-se constatar que no Capítulo 1, item 11, subitem 3, § 3º do Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional - Cosif consta que a conta utilizada para registro dos títulos patrimoniais pertence ao grupo do Ativo Permanente - Investimentos (contas Cosif 2.1.4.10.10.0001-83, 2.1.4.10.20.0003-7 e 2.1.4.10.20.0004-0), e que a Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais é registrada na conta Cosif 6.1.3.70-9, integrante do Patrimônio Líquido - Reserva de Capital.

Em contrarrazões, a Fazenda Nacional muito bem analisou a questão:

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

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

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

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

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

(...) nunca estiveram as sociedades corretoras autorizadas a

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)

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

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

Portaria nº 785, de 20 de dezembro de 1977

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

Resolve:

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

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

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

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

(...)

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

art. 36, Decreto-lei nº 756/69, art. 24, § 4º, Decreto-lei nº 1.346/74, arts. 6º, § 3º, e 11, e Decreto-lei nº 1.370/74, art. 2º, § 3º); (sem negrito no original)

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

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

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

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

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

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

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

O período compreendido entre janeiro e junho de 1988 é considerado como de implantação, devendo as instituições financeiras tomar as providências necessárias para que a sua escrituração esteja em condições de fornecer, em

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

30.06.88, os dados indispensáveis ao levantamento das demonstrações financeiras exigidas.

Observar-se-á também o seguinte:

- a) considerada a data-base de 30.06.88, remeter-se-á ao Banco Central o Balancete Geral Analítico (Doc. n. 01), confeccionado de acordo com os planos contábeis vigentes, ou na forma usual, no caso de instituições que não possuam, ainda, demonstrações padronizadas pelo Banco Central;
- b) juntar-se-ão ao Balancete Geral Analítico, indicado no item 4.a, as demonstrações financeiras previstas no COSIF, dispensada a Demonstração das Origens e Aplicações de Recursos - DOAR (Doc. n.12);
- c) a Demonstração das Origens e Aplicações de Recursos - DOAR, relativa ao Balanço de 31.12.88, será elaborada segundo as variações patrimoniais que afetarem o disponível no período de 01.07 a 31.12.88;
- d) dispensar-se-á, em 30.06 e 31.12.88, a publicação das demonstrações financeiras de forma comparada com as de outros períodos. (destaques não constam no original)

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

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

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

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

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

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

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

títulos e colocá-los em leilão, conforme se depreende da inteligência dos referidos artigos. Confira-se:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Entendo, assim, corretas as conclusões da Fazenda Nacional.

De todo modo, ainda que se entenda aplicável o Método da Equivalência Patrimonial para avaliação dos títulos patrimoniais da BOVESPA e BM&F, outra sorte não assiste à Recorrente.

Tal ganho obtido pela atualização dos títulos patrimoniais estava sujeito à tributação conforme definido pelo parágrafo único do art. 219 do RIR/99. Contudo, estas operações contábeis foram objeto da Portaria MF nº 785/77, que assim classificou os resultados destas atualizações:

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).

Ainda que se admita que tais variações, por não transitarem por conta de resultado, dependeriam de previsão legal expressa para que fosse computada na apuração do lucro real, aliás, conforme dispõe o art. 249 do RIR/99, *verbis*:

Art. 249. Na determinação do lucro real, serão adicionados ao lucro líquido do período de apuração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, § 2º):

I - os custos, despesas, encargos, perdas, provisões, participações e quaisquer outros valores deduzidos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Decreto, não sejam dedutíveis na determinação do lucro real;

II - os resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores não incluídos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Decreto, devam ser computados na determinação do lucro real.(grifo nosso)

[...]

Contudo, a alienação destes títulos patrimoniais pelas sociedades corretoras, em geral, se dá por valor superior ao de aquisição. Discute-se, assim, a existência, ou não, de ganho de capital suscetível de tributação na forma estabelecida pelo Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000/99 (RIR/99):

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

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

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

[...]

Art. 425. O ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento será determinado com base no valor contábil (art. 418, § 1º) (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 31, § 3º).

Parágrafo único. A provisão para perdas constituídas até 31 de dezembro de 1995, quando dedutível na apuração do lucro real nos termos da legislação aplicável, deverá ser considerada na determinação do ganho ou perda de capital. (negrejou-se)

Para a Recorrente o valor contábil do bem é aquele registrado em sua escrituração contábil, já atualizado pela equivalência ao patrimônio social da Bovespa e BM&F. Contudo, o "custo contábil" a que refere a legislação nada mais é que o custo de aquisição dos bens do ativo permanente, conforme escriturado com base em seu valor original, à exceção de eventual correção montaria, de acordo com o período em que foi adquirido, e à dedução de depreciação, amortização ou exaustão acumulada.

Embora se reconheça que haja semelhanças procedimentais entre a atualização dos títulos patrimoniais e o Método de Equivalência Patrimonial, este gerando ganhos periódicos não sujeitos à tributação (art. 389 do RIR/99) e que comporiam o valor contábil do investimento para fins de apuração do ganho de capital em eventual alienação (art. 426 do RIR/99), os efeitos tributários diversos de cada um dos casos se dão em razão de possuírem fundamentos igualmente distintos.

Em relação ao Método da Equivalência Patrimonial - MEP cumpre ressaltar que se trata de critério contábil de avaliação de ativos, alvo de estudo pela doutrina contábil e positivado na Lei nº 6.404/76. De outra banda, as atualizações dos títulos patrimoniais das bolsas de valores encontra-se regrado pelas referidas Resoluções do Banco Central. Ainda no que tange ao MEP, é imperioso salientar que a contrapartida do aumento do valor do investimento é um ganho não tributável, uma vez que advém de resultado positivo de uma sociedade controlada ou coligada cujo acréscimo patrimonial já foi alvo de tributação, diversamente da atualização dos títulos patrimoniais, lastreada em superávits de uma associação civil sem fins lucrativos, ou seja, cujos resultados não estão sujeitos à tributação do IRPJ inclusive em razão de norma isencional. A última distinção entre tal institutos advém do fato de a investidora – obrigada a avaliar o investimento pelo MEP – possuir poderes para influenciar nas decisões da investida, em razão da relevância do investimento, ao passo que a sociedade corretora somente realizar os resultados auferidos por intermédio dos títulos patrimoniais da BOVESPA e BM&F caso os aliene.

Nessa senda, considerando-se que os resultados reconhecidos pela Recorrente em razão de participação na BOVESPA e BM&F - então associações civis sem fins lucrativos - não foram objeto de tributação, também não poderiam afetar a apuração de ganho de capital no momento de sua alienação. Na prática, embora haja reconhecimento contábil de tais resultados por força de normas expedidas pelo CMN e/ou Banco Central do Brasil, postergou-se a tributação para o momento da realização efetiva dos resultados, qual seja, a alienação dos títulos patrimoniais representativos de participação na BOVESPA E BM&F.

No que tange aos efeitos dos Pareceres Normativos CST nº 78/78 e 107/78, que trataram dos efeitos tributários dos resultados de equivalência patrimonial promovidos em razão de determinações do Banco Central do Brasil, convém transcrever alguns de seus dispositivos:

2. De acordo com a Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, artigo 247, parágrafo único) um investimento em sociedade coligada ou controlada é relevante quando seu valor contábil é igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor do patrimônio líquido da sociedade anônima investidora. Também o é, mesmo sem atingir os 10% (dez por cento) se o valor da participação, somado ao das demais participações em coligadas ou controladas, alcança pelo menos 15% (quinze por cento) do valor do patrimônio líquido da investidora. Investimentos em sociedades não coligadas nem controladas não são considerados relevantes, não importa quão importantes sejam para a empresa investidora. A mesma lei, no artigo 243, considera duas sociedades como coligadas quando uma participa com 10% (dez por cento) ou mais do capital da outra, sem controlá-la (§ 1º); e define controlada como aquela sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores (§ 2º).

3. O artigo 248 da Lei das S/A. manda que a sociedade anônima apresente em seu balanço, avaliado pelo valor de patrimônio líquido, o investimento relevante (a) em sociedade coligada sobre cuja administração tenha influência, ou (b) em sociedade coligada de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, ou ainda (c) em sociedade controlada. Assim sendo, as participações de capital de caráter permanente, que a um só tempo sejam relevantes e determinem influência (sob qualquer das formas (a), (b) ou (c) mencionadas neste item) nas coligadas ou controladas devem ser avaliadas em função do valor de patrimônio líquido, método também chamado de equivalência patrimonial:

3.1 A lei não manda avaliar indiscriminadamente segundo um (equivalência patrimonial) ou outro (custo de aquisição) critério; antes, discrimina os investimentos segundo sua importância relativa. Importância na capacidade de inversão da investidora, originando o conceito de relevância, e importância no conjunto dos recursos aplicados no empreendimento, gerando o conceito de influência.

4. O Decreto-Lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977 (artigo 20, § 4o), diz que essa modalidade de avaliação de investimentos é obrigatória nos casos determinados pela Lei das S/A., e nas sociedades em que "a coligada ou controlada participe, direta ou indiretamente, com investimento relevante, cuja avaliação segundo o mesmo critério seja necessária para determinar o valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada".

5. O Decreto-lei desta maneira exige que outras sociedades, além das anônimas, avaliem investimentos por equivalência patrimonial. Na cadeia de participações entre sociedades, iniciada por sociedade anônima, toda avaliação de investimento no capital de outra sociedade, quando o investimento for permanente, relevante e influente, deve ser feita por esse método, mesmo naquelas sociedades não organizadas sob a forma de companhia. Não importa, convém lembrar, que a participação seja direta ou indireta.

6. Em resumo, quando possuírem investimentos permanentes, relevantes e influentes devem em relação a eles praticar avaliação por equivalência patrimonial: I - as companhias; e II - as demais sociedades, sempre que entre os detentores do seu capital ou na cadeia ascendente e ininterrupta de participações relevantes e influentes se encontre sociedade anônima.

7. Não obstante a generalidade das regras acima discutidas, ressalve-se a possibilidade de legislação específica para setores econômicos ou classes de

empresas estabelecer outros critérios de avaliação pelo patrimônio líquido. Particularmente, a Lei da Reforma Bancária (n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, artigo 49, item XII) atribui ao Conselho Monetário Nacional a fixação de normas contábeis para as instituições financeiras, assim como a Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976 (artigo 22, §, IV) deferiu à Comissão de Valores Mobiliários a fixação de padrões de contabilidade para companhias abertas:

7.1 Dado que tais normas devem ser interpretadas integralmente com a legislação tributária, a imposição pelo Banco Central ou CVM de avaliação de investimentos por valor de patrimônio líquido, em situações que não as referidas no § 4º do artigo 20, do Decreto-lei n. 1.598/77, cria para as pessoas jurídicas obrigação de assim proceder nas demonstrações financeiras, com os reflexos pertinentes na apuração do lucro real.

8. Por fim, pessoas jurídicas outras que não as acima referidas devem avaliar seus investimentos permanentes em outras sociedades de conformidade com o princípio do custo de aquisição de que trata o artigo 183, item III, da Lei das S/A., sendo-lhes vedado avaliá-los pelo valor de patrimônio líquido.

Sobre o tema, a I. Conselheira Edeli Basso Pereira, no já aludido acórdão, conclui que:

Como se vê, referido ato normativo apenas esclarece que, nas hipóteses em que o Banco Central do Brasil ou a Comissão de Valores Mobiliários determinar que investimentos outros, que não aqueles previstos no Decreto-lei nº 1.598/77, sejam avaliados pelo método da equivalência patrimonial, o Fisco não poderá desqualificar esta operação, e deve atribuir ao resultado os efeitos que a legislação prevê no âmbito da equivalência patrimonial. Se não for este o caso, orienta o Parecer Normativo CST nº 107/78:

5. Inexistindo relevância ou influência na participação societária, o investimento se refletirá no balanço da investidora a custo contábil, é dizer, a custo de aquisição corrigido monetariamente, por força do art. 183, item III, da Lei n.º 6.404/76. A eventual avaliação desses investimentos acima dos custo de aquisição corrigido será considerada reavaliação tributável, observado quando for o caso o disposto no artigo 35 do Decreto-lei n.º 1.598/77. Todavia, a perda patrimonial registrada por esse processo não será dedutível na apuração do lucro real, excetuado o caso de provisão admitida nos termos do artigo 32 do Decreto n.º 1.598.

Contudo, nenhuma razão existe para se cogitar, aqui, que a determinação fixada pelo Banco Central do Brasil, no sentido de que os títulos patrimoniais detidos pelas sociedades corretoras sejam atualizados periodicamente em razão do patrimônio da Bovespa, represente hipótese de avaliação de investimentos por valor de patrimônio líquido, em situações que não as referidas no § 4º do artigo 20, do Decreto-lei n. 1.598/77, mencionada no Parecer Normativo CST nº 78/78. Inadmissível cogitar de avaliação de investimento por valor de patrimônio líquido se não há nem investimento, no sentido de participação societária, nem patrimônio líquido, na medida em que se está tratando de um título patrimonial representativo do patrimônio social de uma associação civil sem fins lucrativos.

A interpretação integrada, orientada pelo Parecer Normativo CST nº 78/78, diante das circunstâncias específicas da situação presente, é aquela expressa na Portaria MF nº 785/77, que afasta qualquer incidência sobre atualização patrimonial

reconhecida contabilmente por determinação do Banco Central do Brasil, mas sem qualquer disponibilidade econômica ou jurídica, e que tem por reverso a inadmissibilidade destas parcelas como redutoras do ganho de capital na alienação, caso o valor da alienação disponibilize, à sociedade corretora, a atualização antes reconhecida contabilmente.

De toda sorte, ainda que se interprete literalmente o §1º do art. 418 do RIR/99, de modo a adotar como valor contábil do bem o montante pelo qual ele estiver registrado na escrituração do contribuinte, independentemente das operações que ensejaram aquele resultado, não se pode olvidar que contabilmente também está registrado, no patrimônio líquido da sociedade corretora, o total das atualizações promovidas desde a aquisição do título patrimonial, em conta de reserva de capital. E tal reserva deve ser baixada no momento em que o ativo que a justifica também o é. Em consequência, se a apuração do ganho de capital deve ter em conta o valor contábil do bem, no montante defendido pela recorrente, a reserva assim baixada deve necessariamente integrar o resultado tributável, o que mantém inalterada a presente exigência, [...]

Adicionalmente cabe também refutar outras alegações que a recorrente apresentou em sua defesa:

- Não teria havido devolução patrimonial pela BM&F, mas sim a modalidade cisão, o que resultou na destinação de capital de uma sociedade anônima: os titulares das ações decorrentes deste aumento de capital são as sociedades corretoras de valores que antes integravam a associação, e não havendo previsão legal para a cisão desta, e quanto menos de destinação de seu patrimônio a entidade com fins econômicos, a disponibilização destes valores somente se efetiva mediante devolução do patrimônio aos associados e destinação, por estes, à sociedade anônima;*
- A cisão foi parcial e a BM&F continuou existindo, reunindo o patrimônio não operacional: inexistindo a previsão legal de cisão de associação civil, e somente podendo se cogitar de transferência de patrimônio de uma associação civil em favor de uma entidade de fins não econômicos, o ato praticado caracteriza-se como devolução parcial do patrimônio aos associados;*
- Há solução de consulta anterior no qual operação semelhante realizada por outra associação, há cerca de dez anos, não ensejou a apuração de ganho de capital em favor dos associados: a hipótese legal de incidência em razão da caracterização de ganho de capital surgiu com a Lei nº 9.532/97, e as associações civis submeteram-se a novo regramento com a edição do novo Código Civil, em 2002, de modo que operação ocorrida em contexto legal anterior não serve como paradigma para validar a operação aqui questionada;*
- A Junta Comercial do Estado de São Paulo seria a autoridade competente para avaliar o procedimento societário: a pretendida cisão de uma associação civil, correspondente à sua extinção parcial, não está sujeita a registro na Junta Comercial, mas sim no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. À Junta Comercial do Estado de São Paulo coube, apenas, registrar os estatutos da nova sociedade anônima,*

inexistindo qualquer prova de que neste procedimento tenha sido convalidado o aporte de patrimônio vertido de associação civil;

- *Não haveria óbice legal à transformação, na modalidade cisão, de qualquer sociedade ou associação: a cisão é procedimento que somente passou a existir com a Lei nº 6.404/76, e sem esta previsão legal, era necessário que a sociedade devolvesse capital a seus sócios para que estes utilizassem tal parcela para integralização em outra sociedade. Não basta inexistir óbice legal, é preciso que haja previsão legal para que a forma jurídica "cisão" possa ser adotada. Inexistindo previsão legal para cisão de associação civil, o ato praticado somente pode ser caracterizado como devolução parcial do patrimônio aos associados, e assim ensejar a aplicação do art. 17 da Lei nº 9.532/97;*
- *Os ativos patrimoniais teriam sido vertidos do patrimônio da associação BM&F para o patrimônio da sociedade anônima que surgiu pela cisão, pelo valor contábil: a sociedade anônima foi constituída com um capital equivalente ao valor do patrimônio devolvido pela associação aos seus associados. Em que pese a equivalência de valores, não era possível a versão direta de patrimônio da associação civil para a sociedade anônima, nem há evidências de que assim se fez na proposta de Estatuto das sociedades anônimas constituídas [...]. Portanto, necessariamente ocorreu a devolução de patrimônio aos associados antes destes subscreverem as ações da nova sociedade com estes mesmos valores. E, mesmo na visão da recorrente, não se pode olvidar que a associação civil teria destinado patrimônio a entidade de fins econômicos, transmitindo-lhe os resultados beneficiados com isenção de IRPJ e CSLL, em afronta às condições legais deste benefício, especialmente a necessária destinação de seus resultados às atividades sem fins lucrativos. Em tais condições, a lei não cogita da suspensão da isenção, mas sim da tributação dos beneficiários daqueles rendimentos;*
- *Em termos de valor absoluto nada teria mudado na contabilidade dos associados: isto porque foi dado indevidamente o tratamento de cisão, que tem como característica a permuta de ações/quotas no patrimônio do investidor. Não sendo possível a cisão da associação civil, a devolução do patrimônio com os rendimentos por ele produzidos durante o período que permaneceu sob a administração da entidade isenta, em confronto com o custo contabilizado deste aporte antes feito pelo associado, revela riqueza tributável segundo o disposto no art. 17 da Lei nº 9.532/97;*
- *O custo para fins de apuração do resultado tributável seria aquele contabilizado no momento da cisão, pois há regras do BACEN e da CVM, além do art. 3º do Decreto Lei nº 1.109/70 e da Lei nº 8.849/94, e suas alterações, que determinam o registro em Patrimônio Líquido da contrapartida da diferença resultante entre o valor inicialmente contabilizado e o valor do patrimônio da Bolsa proporcional ao título detido pelo associado: as leis referidas afastam a incidência tributária sobre distribuição de lucros quando estes, mantidos em contas de reservas, sem distribuição, são utilizados para aumento de capital, bem como estabelecem presunções de distribuição se a incorporação é seguida ou precedida de redução do capital com devolução aos sócios. A Portaria MF nº 785/77 declarou que o acréscimo do valor nominal*

dos títulos patrimoniais das Bolsas de Valores, em decorrência de alteração de seu patrimônio social não constitui receita nem ganho de capital, desde que mantido em reserva, providência, inclusive, determinada pelo BACEN. Nestes termos, enquanto não alienado ou baixado o investimento que gerou aquele rendimento, não há incidência de IRPJ e CSLL como extensamente justificado no início deste voto. A devolução de patrimônio pela associação isenta nada mais é do que a baixa deste investimento, e a apuração do ganho de capital deve observar o diz a legislação, consoante já expresso neste voto, integrando a hipótese de incidência expressa no art. 17 da Lei nº 9.532/97, que expressamente alcança todo o acréscimo auferido entre o aporte inicial e a devolução do patrimônio. Em suma, inexistente tributação se o patrimônio da associação isenta com ela permanece ou é destinado a outra entidade sem fins econômicos, consoante permite o Código Civil. Se o patrimônio é destinado a entidade com fins econômicos, o que pressupõe, necessariamente, a sua devolução aos associados, há realização dos resultados segundo a determinação legal e, por consequência, incidência de IRPJ e CSLL quando o beneficiário deste ganho é pessoa jurídica;

- *O entendimento da Solução de Consulta COSIT nº 10/2007 estabeleceria nova regra de tributação, desqualificaria a escrituração contábil dos associados e arbitraria o lucro: a regra de tributação foi fixada pela Lei nº 9.532/97 e a hipótese de incidência ocorreu tal qual interpretado na Solução de Consulta referida, na medida em que não houve cisão parcial da associação civil, mas sim devolução parcial de seu patrimônio aos associados, que o destinaram à constituição de uma entidade com fins econômicos, em total afronta às exigências fixadas em lei para manutenção dos efeitos da isenção dos resultados de entidades sem fins lucrativos;*
- *Não há previsão de ajuste do lucro líquido na lei para refletir a valorização dos títulos, e, por consequência, não há incidência de CSLL sobre estes valores: o art. 17, §4º da Lei nº 9.532/97 estabelece que a base de cálculo expressa no caput do dispositivo presta-se, não só à adição ao lucro real, como também para determinação da base de cálculo da CSLL. Assim, caracterizada a devolução parcial de patrimônio aos associados, há fundamento legal para exigência, também, da CSLL.*

Desse modo, conclui-se que, na realidade, as associações devolveram parte de seu patrimônio aos associados, e estes utilizaram este patrimônio para adquirir ações da BM&F S/A e da Bovespa Holding S/A. Nesse cenário, corretas as conclusões da decisão recorrida.

2.2 DA INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Por fim, alegou o contribuinte que a cobrança de juros sobre a multa de ofício seria ilegal.

Observa-se, inicialmente, que a questão tem sido objeto intenso debate pela Câmara Superior, haja vista que, num lapso de poucos meses, ocorreram votações em sentidos

opostos, ambos decididos por maioria apertada de votos, como se verifica dos acórdãos nº 9101-00539, de 11/03/2010, e nº 9101-00.722, de 08/11/2010.

Abstraindo-se de argumentos finalísticos, como o enriquecimento ilícito do Estado, os quais fogem à alçada deste tribunal administrativo, conforme determina a Súmula CARF nº 2, expõe-se os fundamentos considerados suficientes para justificar a cobrança nos presentes autos, com espelho no acórdão nº 9101-00539, de 11/03/2010, de lavra da Conselheira Viviane Vidal Wagner.

O conceito de crédito tributário, nos termos do art. 139 do CTN, comporta tanto tributo quanto penalidade pecuniária.

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. É 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).

Dáí, 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)."

A obrigação tributária principal referente à multa de ofício, a partir do lançamento, converte-se em crédito tributário, 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. (destacou-se)

A obrigação 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, , 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 a Câmara Superior de Recursos Fiscais 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.

Cabe referir, 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.

No âmbito do Poder Judiciário, 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
ESPECIAL2008/0239572-8 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, de observância obrigatória pelo colegiado, por força de norma regimental (art. 72 do RICARF), 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*

Processo nº 16327.721787/2011-65
Acórdão n.º **1402-001.502**

S1-C4T2
Fl. 562

*Sistema Especial de Liquidação e Custódia -
SELIC para títulos federais.*

Isso posto, voto por manter a exigência de juros moratórios sobre a multa de ofício lançada.

3 DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto por rejeitar as arguições de decadência, e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Relator