

PARECER

COMPETÊNCIA DO BACEN PARA FISCALIZAÇÃO DE ENTIDADES QUE ATUAM NO MERCADO FINANCEIRO. APROVAÇÃO DE ATOS SOCIETÁRIOS PELA REFERIDA INSTITUIÇÃO. EFEITO HOMOLOGATÓRIO 'EX TUNC'. IMPOSSIBILIDADE DE A SRFB DESCONSIDERAR OPERAÇÕES E ATOS APROVADOS PELO BACEN, POR VEDAÇÃO IMPOSTA PELOS ARTIGOS 109 E 110 DO CTN. NORMA ANTIELISÃO – REJEIÇÃO PELO CONGRESSO NACIONAL (ARTIGOS 13 A 19 DA MP 66/02). CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DE AUTUAÇÃO FISCAL DESCONSIDERATIVA DE OPERAÇÕES HOMOLOGADAS PELO BACEN. ASPECTOS DO PROCESSO DE DESMUTUALIZAÇÃO PELA BOVESPA E BM&F SUPERVISIONADO PELA CVM. – PARECER.

Ives Gandra da Silva Martins

Consulta

Formula-me a empresa, por intermédio de seu sócio administrador, a seguinte consulta:

*A **empresa**, na qualidade de Consulente, tradicional empresa do ramo financeiro, com atividades em todo o território nacional e escritório administrativo em São Paulo, **vem por meio desta**, através de seu sócio majoritário, considerando o notório saber jurídico e reputação ímpar construída por brilhante histórico profissional, atuante na advocacia e*

educador reconhecido, sempre na defesa dos elevados valores para o alcance de nossa sociedade democrática de direito, apresentar fatos, informações e documentos e propor quesitos com a finalidade de que o Ilmo. Doutor emita Parecer Jurídico esclarecendo sobre aspectos legais, sobre assuntos relacionados a processos administrativos fiscais em andamento, conforme os fatos adiante relatados.

I – Os fatos

Os fatos que permeiam a presente consulta remontam a anos passados quando surgiram as primeiras notícias de desmutualização¹ das bolsas de valores. Especulava-se, entre outras mudanças possíveis, que as corretoras não mais necessitariam manter títulos patrimoniais para acesso aos balcões de operações Bovespa e BM&F. Pelas normas então vigentes, estabelecidas pela CVM e Banco Central do Brasil, uma corretora de valores para ter acesso ao balcão de negócios da Bovespa ou BM&F necessitava se associar adquirindo título patrimonial.

Nesta época a corretora possuía sete títulos patrimoniais Bovespa e atuava como corretora nacional, para o que eram necessários seis títulos. Possuía um título patrimonial BM&F adquirido em 2004 desde quando pleiteava acesso direto ao pregão de negócios.

Neste contexto de expectativas e atenta aos fatos, a sociedade começou a reestruturar o capital, preparando-se de início pelas expectativas e posteriormente pelas divulgadas alterações, para operar conforme as novas diretrizes de mercado. E assim fez, sendo a síntese dos fatos² e atos jurídicos realizados, em ordem cronológica, os seguintes:

1º - em junho de 2007, a alteração contratual, na qual, por ter mais títulos que o necessário para operar nacionalmente na Bovespa, delibera a redução de capital mediante a entrega de um título

1. A desmutualização consistiu no processo de transformação das bolsas de valores, então associações civis em uma sociedade por ações. Processo iniciado pelas bolsas de valores nos EUA em 2006.

2. Os termos de verificação fiscal detalham mais fatos, estão apresentados os relevantes e diretamente relacionados à demanda. Não se observam no processo quaisquer impugnação alegação concreta de fraude ou invalidade de documento apresentado, exceto por alegações derivadas da construção de ideias típicas do debate jurídico.

*patrimonial Bovespa ao sócio majoritário, observando os demais procedimentos necessários*³.

2º - em agosto de 2007 a alteração contratual, na qual, com o cronograma desmutualização Bovespa estabelecido, efeitos já conhecidos e considerando os valores contábeis dos títulos patrimoniais Bovespa recém divulgados, **realiza incorporação ao capital dos saldos de Reservas de Atualização dos Títulos Patrimoniais**, observando os demais procedimentos necessários.

3º - em agosto de 2007, alteração do contrato social, na qual, considerando a mudança ao acesso às operações, delibera a **redução de capital**, sem estabelecer forma de liquidação, observando os demais procedimentos necessários.

4º - em agosto de 2007, no âmbito de supervisão da CVM⁴, ocorre a **desmutualização da Associação Bovespa**, consistente na cisão do patrimônio da Associação Bovespa para constituição da Bovespa Holding S.A.. Na data são **convertidos os títulos patrimoniais em ações atribuídas aos associados em substituição aos títulos detidos**.

5º - em setembro de 2007, data da ciência dos dados sobre a conversão dos títulos patrimoniais em ações⁵, faz **Ata de Reunião de Sócios definindo a redução de capital na alteração contratual mediante entrega de ações Bovespa e parte em dinheiro como forma de liquidação**, observando os demais procedimentos necessários.

3. Registro contábil do valor da redução em conta redutora do saldo de capital diminuindo o patrimônio líquido da instituição, transferência do saldo das ações/títulos registradas em conta do permanente para a Bens Não de Uso Próprio – COSIF 1.9.8.10.99-9 caracterizando o vínculo das ações às deliberações, protocolo da alteração para análise do Banco Central do Brasil, efetuadas as publicações legais conforme o disposto no Código Civil, as determinações do Bacen e por fim o registro perante a junta comercial.

4. Em se tratando de associações previstas no artigo 44 do cc, o artigo 2033 do cc, dispõe que: “salvo o disposto em lei especial as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no artigo 44, bem como sua incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este código. A propósito, as bolsas de valores são reguladas pela Lei 6385/76, que criou a CVM e lhe atribui a competência de regular as atividades. Desta forma, a aprovação da CVM à cisão, afasta a suposta impossibilidade de cisão para as associações, como era o caso da Bovespa e BM&F.

5. Conforme Ofício Circular Bovespa n. de 225 de 18/09/2007.

6º - em setembro de 2007, também no âmbito de supervisão da CVM⁶, em Assembléia Geral Extraordinária dos associados BM&F é aprovada a desmutualização, com efeitos a partir do 1º de outubro seguinte, cindindo o patrimônio Associação BM&F para a constituição da BM&F S.A.. Na data são convertidos os títulos patrimoniais em ações atribuídas aos associados em substituição aos títulos detidos.

7º - em setembro de 2007, considerando oportunidade única e avaliando os riscos de volatilidade⁷, o beneficiário das ações Bovespa vinculadas às reduções de capital expressa o desejo de aliená-las no IPO mediante entrega de documento solicitando e autorizando a corretora a tomar todas as providências para alienar as ações por conta e ordem.

8º - em setembro de 2007 a corretora, atendendo a solicitação, assina todos os documentos necessários⁸ à participação no IPO Bovespa.

9º - em outubro de 2007 a faz alteração contratual⁹, na qual, considerando os valores contábeis dos títulos/ações patrimoniais BM&F recém divulgados, a existência de saldos em reservas legal e de lucros acumulados, efetua aumento de capital mediante a incorporação dos respectivos saldos ao capital.

10º - em outubro de 2007 faz a alteração do contrato social, na qual, considerando a mudança de procedimento para acesso às operações

6. Em se tratando de associações previstas no artigo 44 do cc, o artigo 2033 do cc, dispõe que: “salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no artigo 44, bem como sua incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este código. A propósito, as bolsas de valores são reguladas pela Lei 6385/76, que criou a CVM e lhe atribuiu a competência de regular as atividades. Desta forma, a aprovação da CVM à cisão, afasta a suposta impossibilidade de cisão para as associações, como era o caso da Bovespa e BM&F.

7. Havia dúvidas quanto aos valores de realização do ativo e da evolução dos preços ao longo do tempo, principalmente devido o fato que as ações não alienadas no IPO passariam por um processo de bloqueio de negócios pelo período de seis meses após a data de abertura do capital. De fato, em 2008 a cotação destas ações BM&F e Bovespa em bolsa tiveram quedas expressivas até hoje não recuperadas mesmo com a fusão havida entre as duas bolsas.

8. **Procuração** - outorga de plenos poderes à Bovespa Holding S.A., e **Instrumento Particular de Contrato de Indenização e Outras Avenças** – impondo multas em caso de desistência da participação no IPO.

9. A 62ª alteração contratual, não citada neste histórico versou sobre abertura de filial.

BM&F, delibera redução de capital mediante entrega de ações da BM&F e parte em moeda corrente nacional como forma de liquidação, observando os demais procedimentos necessários.

11º - em Outubro de 2007 ocorre o lançamento das ações Bovespa Holding S.A. e são **alienadas ações Bovespa Holding S.A. vinculadas às reduções de capital**. Os valores recebidos pela venda, após as providências ^{10, 11, 12, 13 e 14}, ficaram retidos aguardando a conclusão da análise das alterações societárias pelo Banco Central do Brasil.

12º - em outubro de 2007, considerando oportunidade única e avaliando os riscos de volatilidade, o **beneficiário das ações BM&F vinculadas às reduções de capital** expressa o desejo de aliená-las no IPO mediante **entrega de documento solicitando e autorizando a corretora a tomar todas as providências para alienar as ações por conta e ordem**.

13º - em novembro de 2007 a corretora, atendendo a solicitação, **assina todos os documentos necessários¹⁵ à participação no IPO BM&F**.

14º - em novembro de 2007 - ocorre uma primeira operação de venda de ações BM&F S.A., estas em nome e pela própria corretora, oportunidade em que são **alienadas ações BM&F S.A. desvinculadas de quaisquer obrigações**. O resultado da venda, após a dedução do

10. Providências: i) registro contábil do recebimento da venda no passivo em Valores Vinculados à Redução de Capital” ¹¹, ii) baixa contábil dos saldos ações alienadas em “Outros Bens Não de Uso” ¹², iii) retenção e pagamento do IR ganho capital PF, (15%) em nome do beneficiário ¹³, iv) retenção e recolhimento do CPMF s/ pagamento do IR ¹⁴.

11. No mesmo grupo contábil que registrado o valor a pagar ao sócio pela redução de capital na data da alteração contratual, conforme o disposto no artigo tal da circ. BACEN..

12. A conta Outros Bens Não de Uso Próprio – COSIF 1.9.8.10.99-9 conforme, (Circ. 1273; Cta-Circ. 2629 1,2), tem como finalidade o registro dos bens não utilizados no desempenho da atividade social. O Saldo das ações deliberadas para entrega ao sócio como devolução de capital, anteriormente registrados em conta de Investimento/Títulos Patrimoniais no Permanente foram transferidos para esta conta em cada data de deliberação societária.

13. IR sobre o ganho de capital da pessoa física foi recolhido à alíquota de 15% no último dia do mês subsequente.

14. Estava vigente a CPMF.

15. **Termo de adesão e procuração (Pessoa Jurídica)** --outorga de plenos poderes à BM&F S.A., e **Instrumento Particular de Contrato de Indenização e Outras Avenças (Pessoa Jurídica)**— impondo multas em caso de desistência da participação no IPO.

custo, por tratar-se de alienação de Investimento do Ativo Permanente a longa data, (as ações BM&F foram recebidas em substituição do título patrimonial), foi reconhecido em conta de Receitas Não Operacionais da Instituição.

15º - em Novembro de 2007, em vista das condições Bacen, recolhe o IR sobre ganho de capital da pessoa física, na qualidade de responsável tributário, em nome do sócio, sobre a alienação das ações Bovespa.

16º - em Dezembro de 2007 ocorre o lançamento das BM&F S.A. e são alienadas ações BM&F S.A. **vinculadas às reduções de capital.** Os valores recebidos pela venda, após as providências, ficaram retidos aguardando a conclusão da análise das alterações societárias pelo Banco Central do Brasil.

17º - em Novembro de 2007 a sociedade recolhe CPMF sobre débito feito no saldo a favor do sócio, para o recolhimento do IR sobre ganho capital.

18º - em Dezembro de 2007, devido o sucesso do lançamento inicial, ocorre operação complementar e são alienadas ações BM&F S.A. **vinculadas às reduções de capital.** Os valores recebidos pela venda, após as providências, ficaram retidos aguardando a conclusão da análise das alterações societárias pelo Banco Central do Brasil.

19º - em Janeiro de 2008 retém e recolhe o IR sobre ganho de capital da pessoa física, em nome do sócio, sobre a alienação das ações Bovespa.

20º - em Fevereiro de 2008 o Banco Central do Brasil, após solicitar e fiscalizar os registros contábeis e documentos de todas as operações vinculadas à redução do Capital, publica **aprovação** dos atos societários. A partir desta data a sociedade efetua a liquidação financeira (pagamento) das reduções de capital ao sócio.

II – As Infrações Apuradas

O fisco federal após análise de toda a documentação, contábil, fiscal, societária, do despacho do Banco Central e do regular arquivamento das alterações contratuais realizadas, entendeu terem ocorrido as seguintes infrações fiscais por baseado nos respectivos argumentos: A) **Que a instituição não ofereceu à tributação do IRPJ e da CSSL o ganho auferido no recebimento da devolução¹⁶ dos títulos patri-**

16. Editou a solução de consulta COSIT n. 10 de 2007/RFB, cujo entendimento é o de que o Código Civil/02 não prevê “cisão” para associações sem fins lucrativos. Desta forma,

moniais pelas associações isentas (Bovespa e BM&F), apurado pela diferença entre o valor nominal das ações recebidas de emissão da Bovespa Holding S.A e da BM&F S.A. e o custo de aquisição dos mesmos. Sendo a data do fato gerador a mesma das desmutualizações.

B) Que a instituição não ofereceu à tributação do PIS e da COFINS, o ganho auferido na alienação de parte das ações BM&F S.A., (venda 10% das ações BM&F para sócio estratégico - GA), por tratar-se de resultado operacional, ao invés de não operacional como registrado. Apesar de amparada por liminar judicial obtida em ação contrária à ampliação da base de cálculo destas contribuições disposta no artigo 1º da Lei 9718/98.

C) Que a instituição não ofereceu à tributação do IRPJ, CSLL, PIS e da COFINS, o ganho auferido na alienação das ações da Bovespa Holding S.A. ocorridos nas ofertas públicas iniciais (IPOs).

III – Argumentos Fiscais e Fundamentação Legal¹⁷

Infração “A”

A fiscalização parte de uma suposta impossibilidade legal para uma associação civil sem fins lucrativos cindir seu patrimônio para a constituição de uma sociedade com fins lucrativos. Esta interpretação está contida na solução de consulta COSIT 10/2007, da qual extraímos alguns tópicos; “... O instituto da cisão, disciplinado nos artigos 229 e segs. da Lei n. 6.404 de 1976 e no art. 1.122 da Lei 10.406, de 2002, só é aplicável às pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob a forma de sociedade”, “Às bolsas de valores aplica-se o regime estatuído nos artigos 53 a 61 da Lei 10.406. de 2002...” e “o art. 61 da lei 10.406, de 2002, veda a destinação de qualquer parcela do patrimônio das bolsas de valores, constituídas sob a forma de associações, a entes com a finalidade lucrativa”.

Partindo deste pressuposto conclui que a desmutualização representou de fato; i) a extinção da associação civil sem fins lucrativos, ii) a devolução aos associados do patrimônio da associação extinta e iii) a utilização

conclui que a desmutualização implica na extinção da associação, ficando caracterizada a devolução de capital com o recebimento das ações, por consequência surgindo o fato gerador e tributação previsto no art. 17 da lei 9532/97.

17. *As infrações e autuações resultantes correm em dois processos distintos; o 16327.721704/2011-38 do IPRJ e CSLL e 16327.721705/2011-82 do PIS e da COFINS.*

pelos associados destes recursos recebidos para a constituição da nova sociedade. Desta forma os fatos enquadrar-se-iam perfeitamente nos artigos 16 e 17 da Lei 9532/97.

Enquadramento legal IRPJ: *art. 3º Lei 9249/95 – artigos 1º e 4º da Lei 9430/96 - art. 17 § 3º da Lei 9532/97 - artigos 220, 239, 247, 248, 249 inciso II, 251 e 264 do Decreto 3000/99 (RIR/99)*

Enquadramento legal CSLL: *art. 2º da Lei 7689/88 – art. 2º da Lei 8034/90 - art. 1º da Lei 9316/96 - art. 28 da Lei 9430/96 - art. 17, caput §§ 3º e 4º da Lei 9532/977 - art. 37 da Lei 10637/02.*

Infração “B”

Por reflexo direto do entendimento expresso em “A”, a fiscalização conclui que, por serem investimentos recém- adquiridos o resultado da venda é operacional, ao contrário de não-operacional como classificado, incidindo o PIS e da COFINS sobre a receita apurada. E que apesar das ações judiciais impetradas pela instituição, com liminar obtida, opondo-se ao alargamento da base de cálculo do PIS/COFINS criado pelo artigo 1º da Lei 9718/98, referidas receitas são tributáveis em vista do conceito de faturamento das instituições financeiras.

Enquadramento legal PIS: *art.1º da Lei 9.701/98 - artigos 2º e 3º, caput e §§ 5º e 6º da Lei 9718/98, com as alterações posteriores , artigos 2º, 3º, 18, I, da MP 2158-35/2001.*

Enquadramento legal Cofins: *art.1º da Lei 9.701/98 - artigos 2º e 3º, caput e §§ 5º e 6º da Lei 9718/98, com as alterações posteriores , artigos 2º, 3º, 18, I, da MP 2158-35/2001 – Art. 18 da Lei 10.684/2003.*

Infração “C”

A fiscalização desconsiderou os procedimentos adotados e a aprovação do Banco Central, reclassificando a tributação da pessoa física para a pessoa jurídica, resumidamente pelas seguintes razões:

A liquidação das alterações contratuais só poderia ocorrer após a aprovação do Bacen, aliado ao fato que o código civil, nos artigos 1082 a 1084, prevê que a eficácia das reduções de capital, por excesso, só ocorre após 90 dias da publicação da alteração contratual. Sendo que na data da alienação não havia ocorrido a aprovação do Bacen nem transcorrido o prazo de 90 dias para eficácia dos atos. Não houve em nenhum momento efetiva transferência das ações ao sócio, pois era a corretora que constava em todos documentos e quem para participação nos atos. Além disso, a sociedade primeiro assinou

documentos de participação nos IPOS e só depois publicou as atas respectivas das reduções de capital. Concluindo que as reduções de capital ficaram à margem da participação da corretora nos IPOS.

Que de acordo com a doutrina, nos aspectos que norteiam a incidência tributária, o agente que tem relação pessoal e direta com o fato gerador, de que trata o art. 121 do CTN, é a corretora, pois foi quem; a) recebeu as ações emitidas em substituição dos títulos patrimoniais, b) assinou todos os documentos para participar nos IPOS, c) participou dos IPOS e constou dos respectivos prospectos, d) recebeu o produto das alienações.

Por não vislumbrar razões extratributárias para os atos realizados que tiveram objetivo único de reduzir a carga tributária, caracterizada pela efemeridade e sequência das operações, assim mesmo ostentando legalidade não oponíveis ao fisco pela moderna doutrina.

Enquadramento legal IRPJ: artigos 247, 248, 249 inciso II, 251, 277, 278, 279, 280 e 288 do Decreto 3000/99 (RIR/99) - artigos 1º e 4º da Lei n. 9430/96.

Enquadramento legal CSLL: art. 2º da Lei 7689/88 – art. 2º da Lei 8034/90 - art. 1º da Lei 9316/96 - art. 28 da Lei 9430/96 - art. 37 da Lei 10637/02.

Enquadramento legal PIS: art.1º da Lei 9.701/98 - artigos 2º e 3º, caput e §§ 5º e 6º da Lei 9718/98, com as alterações posteriores, artigos 2º, 3º, 18, I, da MP 2158-35/2001.

Enquadramento legal Cofins: art.1º da Lei 9.701/98 - artigos 2º e 3º, caput e §§ 5º e 6º da Lei 9718/98, com as alterações posteriores, artigos 2º, 3º, 18, I, da MP 2158-35/2001 – Art. 18 da Lei 10.684/2003.

IV – Andamento dos Processos Administrativos

Das três infrações apontadas, a de maior impacto econômico e causa de maior perplexidade foi a que implica na reclassificação das alienações efetuadas por conta e ordem, como se fossem operações da própria corretora, razão de ser esta o objeto central desta consulta.

Em síntese, na tempestiva impugnação à Delegacia; i) rebatemos uma a uma as alegações fiscais, por fatos¹⁸ e direitos, ii) pedimos a

18. Foram anexados documentos probatórios de materialidade das datas de todas as deliberações societárias, que independente das datas de publicação, foram protocolados no

nulidade das autuações pela inexistência de tipificação legal da infração e norma a que os fatos se subsumam, e iii) solicitamos, se negados os pedidos, redução da autuação com o imposto pago pela pessoa física¹⁹. A decisão prolatada foi favorável apenas à compensação. O julgador considerou como central a tese da eficácia não implementada e ter sido efetuada antes da aprovação do Bacen, reiterando a conclusão da fiscalização. Deixou de apreciar a alegação, por secundária, ante a conclusão anterior e omitiu-se quanto às demais alegações fiscais. Da compensação recorreu ao CARF por dever legal.

Em tempestivo recurso ao CARF reiteramos argumentos apresentados à Delegacia, apontando o erro da fiscalização na definição do sujeito passivo das operações e acrescentamos documentos²⁰ rebatendo argumentos utilizados pela turma julgadora. O recurso ainda está pendente de julgamento no CARF.

O parecer destina-se a embasamento de procedimentos de defesa e se necessário subsidio a eventuais medidas judiciais.

V – As Dúvidas da Consulente

À vista destes fatos é que vem a Consulente formular os quesitos para a emissão do Parecer Jurídico, sem limitar o que for julgado necessário ou pertinente, a critério do Ilmo. Dr., ao esclarecimento dos assuntos relatados.

Com relação às alienações nos IPOs

1 - O artigo 2º da Lei 7689/88, com redação dada pelo artigo 2º da Lei 8034/90 em conjunto com os demais fundamentos da CSLL, remete a

Banco Central do Brasil em datas anteriores à publicação, condizentes com o cronograma dos fatos narrados, afastando as insinuações da fiscalização.

19. *O sócio, beneficiário das reduções de capital, foi fiscalizado com relação à tributação do resultado das operações com ações, e apresentou as notas de operações a efetuadas nos IPO, anexadas às alterações contratuais que lhe auferiram as ações e respectivos impostos pagos. A fiscalização não apontou qualquer irregularidade na documentação apresentada acerca das ações Bovespa e BM&F, tanto nas ocorridas por conta e ordem da sociedade antes da aprovação do Bacen, quanto as posteriores.*

20. *Contrariando a afirmação da turma julgadora que as reduções de capital só ocorreram, após aprovação do Banco Central, juntamos a folha do DIPJ e publicação de balanço 1º semestre 2007, demonstrando o imediato efeito das reduções de capital no patrimônio da sociedade, expressos nestes documentos preparados conforme a instrução de ambos os órgãos e na forma da Lei.*

*apuração da base de cálculo da contribuição para o resultado apurado segundo as normas da Legislação Comercial, regra idêntica à de definição das bases de cálculo do IRPJ conforme previsto no parágrafo 1º do artigo 247 do RIR/99, e artigo 251 inciso II RIR/99. Por sua vez os artigos 277, 278, 279 e 280 do RIR/99 fazem referência aos artigos 11 e 12 da Lei 1598/77, destas as que importam no caso concreto são: o parágrafo segundo do artigo 11, o caput do artigo 12.; a primeira determina que será classificado como lucro operacional as **operações que constituam objeto da pessoa jurídica** a segunda define que **receita bruta é o produto das operações em conta própria**. Por fim o inciso II do artigo 249 e o artigo 288, ambos do RIR/99, respectivamente versam sobre o tratamento nas hipóteses de infração às normas da legislação comercial e as normas tributárias. A par desta fundamentação legal, que foi a utilizada na autuação do IRPJ, **a Consulente entende**, que sem olvidar as deliberações de entrega das ações Bovespa e BM&F, **que a reclassificação fiscal** destas operações, já demonstradas contabilmente como separadas do objeto social conforme as normas atendidas do Bacen pelo registro em conta de Outros Bens Não de Uso – que identifica os bens não utilizados no cumprimento do objeto social, **não tem amparo legal**; a uma porque não é compatível com as deliberações da sociedade que as excluíram do objeto social; a duas porque trataram-se de operações realizadas por conta e ordem do sócio, a três porque foram realizadas sob os auspícios, demonstrado pelo fisco federal, do Banco Central do Brasil dentro de sua competência legal e cujos atos confirmam a regularidade contábil da corretora, a quatro porque não se pode falar em postergação dos efeitos, para a data da aprovação do Bacen, dos regulares registros contábeis no tempo, para o qual não tem competência legal o fisco federal, e a cinco porque a não aceitação da escrituração contábil da corretora realizadas de acordo com a legislação comercial e consistentes com os critérios contábeis determinados às instituições financeiras representaria perversão das determinações legais. **Sendo forçoso concluir**, em face de não ter ocorrido qualquer das hipóteses de aplicação do tratamento tributário fundamentado pela fiscalização, **que não houve infração fiscal nenhuma**, por isso pugnou pela falta de tipificação e nulidade da autuação. **Está correta a percepção legal da instituição? É correta, a par das normas tributárias, o lançamento desta autuação sem a ocorrência e fundamentação de qualquer das hipóteses***

em abstrato, sobretudo considerando o perfeito atendimento às normas contábeis emanadas pelo Bacen?

2 - A Consulente entende que as hipóteses “**omissão de receitas**”, estão **descritas** nos artigos **281 a 287 do RIR/99** – curiosamente **não insertos na fundamentação legal da autuação** – eis que **não infringidos**. Por sua vez o **artigo 288 do RIR/99**, seguindo função fim de norma penalizadora que primeiro tipifica a infração em abstrato depois determina/autoriza o tratamento aplicável, é **apenas o tratamento previsto para ocorrência em concreto de qualquer das hipóteses elencadas**. Não houve infração nenhuma, por isso a pugnou pela falta de tipificação e nulidade do ato. **Está correta esta percepção legal?**

3 – A Consulente entende que mérito das autuações cingiu-se à interpretação dos efeitos da aprovação do Banco Central do Brasil e a questão da eficácia dos atos societários e não a quaisquer defeitos existentes demonstrações contábeis preparadas segundo as regras da Legislação Comercial, somadas às determinações do Banco Central do Brasil, em que não foi apontado nenhum óbice. **A que critérios objetivos é subordinada a autoridade fiscalizadora para apuração das bases de cálculo do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS ? Para os fins fiscais a autoridade fiscal pode simplesmente desconsiderar as demonstrações contábeis efetuadas conforme procedimentos fiscalizados e aprovados pelo Bacen?**

4 – É basilar que as normas do código civil acerca da eficácia nas reduções de capital destinam-se à proteção aos “terceiros” diretamente relacionados ao ato jurídico. **É correto fundar autuações fiscais em suposta falta de eficácia de atos não apostos ao fisco? O fisco insere-se entre estes “terceiros”?**

5 – Um dos pilares da autuação é que as ações alienadas nos IPOs eram disponibilidade jurídica da corretora, tese que implicaria aceitar que houve perda do objeto das reduções de capital aprovadas pelo Banco Central do Brasil. **É legal o fundamento de autuação fiscal vinculada ao suposto desatendimento de norma não fiscal, ao revés da posição do próprio órgão competente?**

6 – Entendemos que pela falta de permissivo legal para a desconsideração jurídica de atos societários realizados, o fisco efetuou desconsideração jurídica indireta destes atos ao simplesmente ignorar os efeitos jurídicos

destes atos. Este entendimento da consulente está correto? Existe dispositivo legal infringido pelo fisco?

7 – Entre os argumentos e fundamentos da autuação não existe qualquer apontamento de ilegalidade nas alterações societárias. **Reputando-se atos jurídicos perfeitos, existe norma tributária que autorize o Fisco a dissociar os efeitos fiscais dos próprios atos?**

8 – No recolhimento do IR sobre o ganho de capital nas alienações por conta e ordem a corretora atuou como responsável tributário da operação, efetuando retenção e recolhimento do imposto incidente. **Este procedimento tem amparo legal?**

9 – Entre as razões elencadas para a reclassificação do resultado das IPO para a corretora, da pessoa física para a jurídica a inexistência de motivações extratributárias. **Considerando os fatos e documentos a alegação tem amparo legal?**

10 – Os atos societários realizados na pendência da aprovação do Banco Central estavam a esta vinculados. Com a aprovação, considerando as atribuições e competências do órgão, os efeitos alcançaram os atos desde a origem. **Está correto este entendimento? A aprovação precluiu a pretensão fiscal?**

11 – A instituição recebeu instruções formais do sócio beneficiário das ações objeto das reduções de capital. **O documento formulado preenche os requisitos para o caso? Era dispensável? Caracterizou a operação por conta e ordem? Este fato é oponível ao fisco?**

12 – No caso concreto, quem é o sujeito passivo direto das obrigações tributárias sobre o ganho nas alienações nos IPO, conforme preceitua o CTN?

13 – **É possível apontar na ação de fiscalização e nos autos de infração violação a ditames constitucionais? Quais?**

Com relação à incidência do PIS e da COFINS

14 – **Conforme o entendimento da Consulente expresso nos quesitos 1 e 2 desta consulta, está correta a autuação Fiscal para o PIS e a COFINS? Pode-se afirmar que a autuação padece do vício de nulidade?**

15 – O fisco alega que o resultado das alienações ocorridas trata-se de receita operacional típica da atividade da corretora. As ações foram; i) recebidas em substituição aos anteriores títulos patrimoniais registrados a longa data no ativo permanente da sociedade, ii) estavam registradas

*em conta de Bens Não de Uso, destinada ao registro dos bens não utilizados para o objeto social, em virtude das reduções de capital, e iii) eventual receita seria decorrente de “reclassificação” fiscal da operação da pessoa física para a pessoa jurídica. **Sem questionar o mérito da titularidade das ações, estas receitas caracterizam-se como típicas da atividades e são sujeitas à incidência do PIS e da Cofins? Com relação à Desmutualização***

16 – O artigo 2033 do cc e incisos dispõe que o instituto da cisão, salvo legislação especial, aplica-se às associações. Por sua vez, o artigo 61 do cc veda a destinação do patrimônio de entidade isenta, na **dissolução**, para entidades lucrativas. Considerando que o instituto da dissolução difere do instituto da cisão e ainda que a cisão foi aprovada²¹ da CVM, **ocorreu devolução tributável de capital de entidade isenta, conforme previsto nos artigos 16 e 17 da Lei 9532/97, como alega o fisco?**

17 – Admitindo-se a suposta devolução de capital e o respectivo ganho de capital como verdadeiros, é fato que as desmutualizações não geraram qualquer disponibilidade financeira para a instituição, ao contrário, o pagamento do imposto representaria redução do capital circulante prejudicial ao objeto social. **Neste contexto é legal a definição do fato gerador na data desta desmutualização?**

18 – Para as atualizações dos títulos patrimoniais adotavam-se critérios da Portaria MF n. 785/77 e outros dispositivos que determinavam tratamento diferenciado às atualizações patrimoniais, sem que fossem tributados e sem previsão de controles de saldos no LALUR, para fins de ajustes no período ou no futuro, de forma equivalente aos resultados de equivalência Patrimonial. A solução de consulta RFB COSIT 10/07, além de expressar o entendimento fiscal para a desmutualização, definiu serem tributáveis pelo custo de aquisição os respectivos títulos, na ocorrência de realização, (aí incluído suposto ato de devolução de capital). **Está correto este entendimento fiscal? Mesmo para os saldos de atualizações já incorporados ao capital da sociedade?**

21. Importante citar que as peças impugnatórias não tomaram esta linha de argumento, apesar de reiterar que a cisão foi legal justamente nos termos do entendimento integrado do artigo 2033 do CC.

Aspectos Gerais

É cediço na teoria dos contratos as deliberações societárias, independente da eficácia perante terceiros, as partes, sociedade e sócios obrigam-se indissolúvelmente entre si ao deliberado desde a data do ato. Ocorre que nas citadas reduções de capital, os sócios estipularam que estas só seriam eficazes após transcorridos o prazo de 90 dias de publicidade e que o pagamento ao sócio só se daria após a aprovação do Bacen. A consulente tem claro que as operações da forma que realizadas não caracterizaram pagamento antecipado ao sócio, tanto é que o Banco Central aprovou sem reparos os respectivos atos. Entretanto ainda remanescem dúvidas não relacionadas ao instituto e aos terceiros, mas sobre esta disposição da eficácia, os efeitos sobre os sócios, a sociedade e sobre as formalidades para as operações. A este respeito gostaria fossem esclarecidos os seguintes aspectos:

- 1 - Qual a natureza jurídica e efeitos desta inserta disposição contratual acerca da eficácia, sobre os sócios e sociedade?*
- 2 - Considerando estes efeitos, na data da desmutualização as ações/objeto das deliberações eram disponibilidade jurídica de quem?*
- 3 - Na pendência da aprovação e da eficácia societária, o sócio beneficiário das reduções de capital poderia solicitar a alienação dos bens objeto por conta e ordem? Sob qual(is) fundamento(s) legal(ais) e condição(ões)?*
- 4 - O implemento das condições societárias, a aprovação do Banco Central e o regular registro dos atos, produzem efeitos jurídicos, (ex-tunc), que retroagem à data de origem dos atos?*
- 5 - As operações realizadas por conta e ordem e a transformação dos títulos em ações, ocorridas em momento posterior na pendência das condições, podem ser entendidas como naturalmente vinculadas às alterações societárias? O implemento das condições produz efeitos jurídicos sobre o conjunto dos atos?*
- 6 - A primeira alteração contratual citada deliberou a entrega do título patrimonial da Bovespa ao sócio pela redução de capital. Entretanto, em data posterior, na pendência de condições, adveio a desmutualização da Bovespa e o título foi substituído por ações. De acordo com a legislação comercial e societária houve perda do objeto da alteração societária? Estas ações passaram, independente de qualquer outro*

procedimento, a ser o objeto daquela deliberação? Estes efeitos são oponíveis ao Fisco?

7 – É previsão da legislação comercial que as reduções de capital deliberadas produzam efeitos imediatos no patrimônio da entidade em contrapartida à conta passiva pelas obrigações com o sócio. Este procedimento contábil previsto pela legislação comercial, e inserto nas normas do Bacen, é afirmação legal que os atos societários produzem efeitos jurídicos e contábeis desde a origem? Existe compatibilidade entre a afirmação de que “os atos societários das instituições financeiras só produzem efeitos após a aprovação do Banco Central e a Legislação comercial?”

8 – Em matéria de Direito Administrativo em relação às Instituições Financeiras, quem tem competência legal para fiscalizar a escrituração contábil e apontar eventuais inconsistências? Pode a Receita Federal do Brasil, no exercício de suas funções de fiscalização, exercer esta competência em relação a aspectos contábeis já tidos como corretos pelo Banco Central do Brasil e materialmente perfeitos em relação às normas aplicáveis às instituições financeiras?

9 – Analisadas sob a ótica do Direito Comercial e Societário, podem ser consideradas como operações que constituam o objeto da pessoa jurídica, conforme preceitua o caput do artigo 11 da Lei 1598/77, a alienação de ativos destinados ao sócio em deliberações de redução de capital na forma dos artigos 1082 a 1084 do CC, registrados em conta de Bens Não de Uso – Destinado ao registro de bens não destinados ao cumprimento do objeto social, conforme normas COSIF? Isto mesmo durante a pendência de implemento de condição legal ou societária sobre a deliberação?

10 – Afinal, segundo as normas tributárias comerciais e societárias, para o caso concreto, está correta a reclassificação das operações da pessoa física para a pessoa jurídica?

Resposta

Duas breves considerações, antes de principiar a responder as diversas questões formuladas pela consulente.

A primeira delas diz respeito ao princípio da estrita legalidade, que permeia todo o sistema constitucional, mas que, no campo do direito tributário, exige uma restrita aplicação, não se permitindo ao Fisco nada que ultrapasse os precisos limites de sua competência impositiva.²²

Tanto é assim que os constitucionalistas entendem que, ao princípio da legalidade, exposto no artigo 5º, “caput” e inciso I, da Lei Suprema, cuja dicção é a seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...],

22. Aires Fernandino Barreto escreve:

“Sendo a reserva de lei formal absoluta, o princípio da legalidade assume conteúdo rígido e estreitíssimo, manifestado através de novo princípio contido em suas dobras: o da tipicidade da tributação, que deverá ser observado na criação e aumento de tributo.

Impõe esse princípio que o tributo tenha a sua hipótese de incidência definida exclusivamente em lei, -encerrando, assim, a construção do que se tem denominado de tipo normativo ou tipo tributário.

Esse modelo legal é cerrado, fechado, não ensejando dilargamento pelo aplicador da lei, o que confere a preservação das garantias e direito prestigiados pela Constituição.

Só a lei poderá erigir as hipóteses de incidência, dispondo sobre os aspectos que esta comporta, inclusive quanto à base de cálculo e à alíquota.

Não basta, no Direito Tributário, a razoável equivalência entre o fato e a hipótese legal caracterizadora dos modelos abertos, exige-se, rigorosamente, o preciso amoldamento do fato ao tipo legalmente definido” (Caderno de Pesquisas Tributárias, vol. 6, O princípio da Legalidade, 2ª. tiragem, Ed. Resenha Tributária, São Paulo, 1991, p. 22).

acresce-se o princípio da legalidade, específico do direito tributário, que expresso está no inciso I, do artigo 150, da CF, com o seguinte discurso:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; [...]²³.

Sobre tal limitação imposta ao Fisco escrevi:

Com efeito, em direito tributário, só é possível estudar o princípio da legalidade, através da compreensão de que a reserva da lei formal é insuficiente para a sua caracterização. O princípio da reserva da lei formal permitiria uma certa discricionariedade, impossível de admitir-se, seja no direito penal, seja no direito tributário.

Como bem acentua Sainz de Bujanda (Hacienda y derecho, Madrid, 1963, vol. 3, p. 166), a reserva da lei no direito tributário não pode

23. *Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece:*

“Legalidade tributária: Este é um princípio fundamental para a segurança do patrimônio particular. Por força dele, apenas a lei, que traduz a vontade geral, pode impor tributo, ou aumentar tributo, sobre o patrimônio particular. Trata-se, indubitavelmente, de um direito fundamental. O direito anterior o reconhecía, tanto que o arrolava entre os demais (Emenda n. 1/69, art. 29).

Este princípio é dos que consagrou a Magna Carta, em 1215. Com efeito, deflui deste documento a exigência do prévio consentimento dos contribuintes, por seus representantes, para a instituição de todo e qualquer tributo. Assim, durante séculos, a principal função do Parlamento inglês foi a de consentir (ou não) nos tributos reclamados pelo monarca. E foi negociando a propósito desse consentimento, pedindo contas do dispêndio de tributos anteriormente consentidos, discutindo o emprego do tributo a ser instituído, que essa Assembléia foi a pouco e pouco alargando a sua esfera de competência (v. meu Curso de direito constitucional, 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, p. 244).

Em razão dessa tradição, sustentei, a respeito da Constituição anterior, que somente lei formal poderia instituir ou aumentar tributo. A jurisprudência e a maior parte da doutrina, todavia, inclinaram-se pela tese de que todo ato com força de lei poderia instituir ou aumentar tributo. Esta parece ser a solução a ser seguida em face desta Constituição, como aponta Ives Gandra Martins (Comentários, cit., v. 6, t. 1, p. 145 e s.).” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 2, Ed. Saraiva, p. 105/106).

ser apenas formal, mas deve ser absoluta, devendo a lei conter não só o fundamento, as bases do comportamento, a administração, mas - e principalmente - o próprio critério da decisão no caso concreto.

À exigência da 'lex scripta', peculiar à reserva formal da lei, acresce-se da 'lex stricta', própria da reserva absoluta. É Alberto Xavier quem esclarece a proibição da discricionariedade e da analogia, ao dizer (ob. cit., p.39): "E daí que as normas que instituem sejam verdadeiras normas de decisão material (Sachentscheidungsnormen), na terminologia de Werner Flume, porque, ao contrário do que sucede nas normas de ação (handlungsnormen), não se limitam a autorizar o órgão de aplicação do direito a exercer, mais ou menos livremente, um poder, antes lhe impõem o critério da decisão concreta, predeterminando o conteúdo de seu comportamento".

Yonne Dolácio de Oliveira, em obra por nós coordenada (Legislação tributária, tipo legal tributário, in Comentários ao CTN, Bushatsky, 1974, v. 2, p. 138), alude ao princípio da estrita legalidade para albergar a reserva absoluta da lei, no que encontra respaldo nas obras de Hamilton Dias de Souza (Direito Tributário, Bushatsky, 1973, v. 2) e Gerd W. Rothmann (O princípio da legalidade tributária, in Direito Tributário, 5ª Coletânea, coordenada por Ruy Barbosa Nogueira, Bushatsky, 1973, p. 154). O certo é que o princípio da legalidade, através da reserva absoluta de lei, em direito tributário permite a segurança jurídica necessária, sempre que seu corolário conseqüente seja o princípio da tipicidade, que determina a fixação da medida da obrigação tributária e os fatores dessa medida, a saber: a quantificação exata da alíquota, da base de cálculo ou da penalidade.

É evidente, para concluir, que a decorrência lógica da aplicação do princípio da tipicidade é que, pelo princípio da seleção, a norma tributária elege o tipo de tributo ou da penalidade; pelo princípio do 'numerus clausus' veda a utilização da analogia; pelo princípio do exclusivismo torna aquela situação fática distinta de qualquer outra, por mais próxima que seja: e finalmente, pelo princípio da determinação conceitual de forma precisa e objetiva o fato imponível, com

proibição absoluta às normas elásticas (Resenha Tributária 154:779-82, Secção 2.1, 1980)²⁴.

É que, a meu ver, a norma tributária é uma norma de rejeição social, porque, em todos os espaços geográficos e períodos históricos, o Poder Público cobra mais do que necessita para prestar serviços públicos, objetivando a atender às benesses dos detentores do poder e acólitos – o que é um mal próprio do Estado Aético, na definição do Ministro Delfim Netto, para quem o Estado é necessariamente aético –, assim como financiar a corrupção, o peculato, a concussão e o desvio de recursos das obras públicas.

Por isto, em minha tese de doutoramento, há quase 40 anos, conciliei as teorias de Cossio²⁵ e Kelsen²⁶, aquele dizendo que, no Direito, a norma de comportamento é a primária e a norma sancionatória a secundária e, este, sustentando que a sanção é a norma primária e a de conduta, secundária. Partindo do princípio de que há normas de aceitação social e de rejeição social, mostrei que, nas primeiras, (ex: defesa do direito à vida) Cossio tinha razão, pois, mesmo sem sanção, a maioria da população não seria homicida; já nas normas de rejeição social - como a norma tributária -, sem sanção, poucos pagariam os tributos²⁷.

Esta é a razão porque os pais do moderno direito tributário brasileiro, desde a EC n. 18/65 e do CTN, conformaram o princípio da legalidade como necessariamente restritivo em sua interpretação, visto que tem o Estado o poder de fazer a lei que desejar, porém, uma vez promulgada, só

24. *Curso de Direito Tributário, coordenação minha, São Paulo: Coedição CEEU/FIEO, Editora Saraiva, 1982, p. 57/58.*

25. *Carlos Cossio, "Teoria Ecológica Del Derecho", 2ª Ed., Abeledo Perrot, 1964, Buenos Aires.*

26. *Hans Kelsen, "Teoria Pura do Direito", Ed. Armênio Amadio, 4ª Ed., Coimbra.*

27. *Ives Gandra Martins, "Teoria da Imposição Tributária", 1982 (Ed. Saraiva), 1997 (Ed. LTR), adaptado à Constituição Federal de 1988.*

ela obriga o contribuinte e não qualquer interpretação fiscal “pro domo sua”. Tudo pode o Poder dentro da lei. Nada fora dela²⁸.

Não há, pois, no campo da interpretação das normas tributárias, elasticidade, sendo esta inadmissível a favor do Fisco²⁹. Tanto é assim que a integração analógica não pode ser utilizada para beneficiar o Fisco (art. 108 § 1º do CTN); só para beneficiar o contribuinte³⁰. Na dúvida, deve o intérprete favorecer o contribuinte e não o Fisco (art. 112)³¹. A “benigna

28. O 6º Simpósio Nacional de Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária à pergunta:

“1ª pergunta: O direito tributário brasileiro consagra a reserva formal da lei ou apenas a reserva absoluta?”

Resposta – O direito tributário brasileiro consagra ambas as reservas, entendendo-se por reserva formal da lei o fato de ser indispensável ato legislativo (art. 46/III até VI da CF) como veículo para instituir ou alterar tributo, e como reserva absoluta o fato de competir a lei a descrição de todos os elementos do tipo tributário (tipo cerrado). Decreto-lei pode instituir ou aumentar tributo desde que observado, cumulativamente, os requisitos constitucionais da urgência e do interesse público relevante” (Caderno de Pesquisas Tributárias vol. 7, Base de Cálculo, 2ª. tiragem, coord. Ives Gandra Martins, Ed. Resenha Tributária/Centro de Extensão Universitária, 1991).

29. O Caderno de Pesquisas Tributárias n. 6 dedicado ao “Princípio da Legalidade” (CEU/Resenha Tributária 1981), por todos seus autores, a saber: Aires Fernandino Barreto, Anna Emilia Cordelli Alves, Antonio José da Costa, Aurélio Pitanga Seixas Filho, Carlos Celso Orcesi da Costa, Cecília Maria Piedra Marcondes, Célio de Freitas Batalha, Dejalma de Campos, Dirceu Antonio Pastorello, Edda Gonçalves Maffei, Fábio de Souza Coutinho, Gilberto de Ulhôa Canto, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, José Eduardo Soares de Melo, Ricardo Mariz de Oliveira, Vittorio Cassone, Wagner Balera, Ylves José de Miranda Guimarães, Yonne Dolácio de Oliveira e Yoshiaki Ichibara, consagrou, a nível de doutrina, a interpretação acima expressa.

30. “Art. 108.”

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.”

31. “Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.”

amplianda”, ou seja, a retroatividade da lei menos onerosa deve ser interpretada sempre em favor do contribuinte (art. 106)³², tendo a própria Constituição dedicado, das cinco seções voltadas ao sistema tributário, uma inteiramente a limitar o poder impositivo do Estado (Limitações constitucionais ao poder de tributar)³³.

É que, como asseverou Marshall, magistrado da Suprema Corte americana, o poder de tributar é o poder de destruir³⁴.

Por essa razão, sempre entendi que a teoria da desconsideração só poderia ser aplicada, no campo do direito tributário, por imputação normativa, e nunca por formulação pretoriana, como no direito comercial.

Escrevi:

Embora sejam muitas as facetas da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, no Direito Comparado, no Brasil restringe-se sua discussão a duas grandes vertentes, ou seja, à teoria extensiva e à teoria limitativa.

32. “Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática”.

33. A primeira seção é de normas gerais (arts. 145 a 149); a segunda seção das limitações (art. 150 a 152), a terceira dos impostos federais (153 e 154) a quarta dos estaduais (155) e a quinta dos municipais (156).

34. D.R. Myddelton, lembrando Marshall, escreve: “DEFINITION – Taxation (or confiscation) consists of direct seizure of private money or property by the State, backed by the threat of force. Confiscation (“appropriation to the State treasury”, (colloq.) “legal robbery with sanction of ruling power”) implies neither total seizure, as is commonly thought, nor any element of penalty. Nevertheless, as Chief Justice John Marshall pointed out: “The power to tax is the power to destroy” (The power to destroy, A Study of the British Tax System, Johnson, London, 1969, p. 15).

Pela primeira, sempre que os atos praticados, por intermédio da pessoa jurídica, refugirem-se aos limites de sua personificação, tais atos não seriam inválidos, mas ineficazes para aquela forma, embora ganhando eficácia atributiva a outra conformação jurídica. O superamento da pessoa jurídica decorreria de sua inadequação no receber a forma pretendida pelas partes, forma esta incapaz de tirar a validade jurídica do negócio acordado, mas recebendo tais atos jurídicos outro tratamento jurisprudencial ou legislativo).

Pela teoria limitativa, a desconsideração seria, necessariamente, formulação jurisprudencial visto que a previsão legal da hipótese desconsiderativa já representaria tratamento legislativo pertinente, razão pela qual não hospedaria a teoria da desconsideração, mas apenas uma singela teoria de imputação dos efeitos legais aos atos normados.

As duas correntes possuem, no Brasil, adeptos de escol, quase sempre, em sua versão privativista, ou seja, naquela em que a lacuna legal é preenchida pelo fenômeno exegético ou a previsão legal já lhe dá tratamento pertinente.

O aspecto de interesse, todavia, é que a desconsideração da pessoa jurídica prevê a utilização da personificação de forma inadequada. Os atos são praticados pela sociedade, mas nela não têm os reflexos pretendidos, embora válidos, pois superam a conformação legal de suas virtualidades.

Tais rápidas pinceladas permitem, de plano, duas considerações que demonstram sua inaplicabilidade..

A primeira delas diz respeito às correntes mencionadas, ou seja, a da teoria ampla, que hospeda a formulação jurisprudencial ou legislativa, ou a estrita, que a reduz à formulação jurisprudencial, entendendo que a legislativa se vincula à teoria da imputação legal.

Ora, se tivéssemos que levar em consideração a segunda delas, esta seria inaplicável ao Direito Tributário, em face dos princípios da estrita legalidade, tipicidade fechada ou reserva absoluta legal, posto que, sem previsão legal, não há possibilidade de exigir-se qualquer tributo³⁵.

35. *Direito Público e Empresarial, Edições Cejup, 1988, 61/62.*

Assim é que, quando se pretendeu aplicar a teoria desconsiderativa no direito tributário, o legislador assim o fez, desde 1964, através da imputação normativa, na figura da distribuição disfarçada de lucros. Supera-se a forma adotada, para atingir o objetivo real da operação, mas POR LEI e não por interpretação, sem texto legal a permiti-la³⁶.

É que, no direito privado, a reserva da lei é relativa, a tipicidade é aberta e a legalidade flexível, ao contrário da norma tributária, de reserva legal absoluta, tipo fechado e de legalidade inflexível e inextensível.

Desta forma, a tentativa do governo federal de criar, por lei, a figura desconsiderativa, no campo do direito tributário, com a LC 104/01, depende ainda de legislação infracomplementar, algo que até hoje não ocorreu, muito embora a MP 627/13 pareça ter sinalizado uma possível adoção parcial de superação normativa.

O esforço do governo (MP 66/02, nos artigos 13 a 19) foi rejeitado pelo Congresso, que não aceitou a tese de que, sem propósito negocial, o planejamento fiscal, objetivando a redução do tributo, seria ilegal³⁷.

Com efeito, um dos dispositivos não aprovados pelo Congresso determinava que o planejamento tributário, implicando redução tributária, só seria legítimo se fundamentado num propósito negocial. Estava assim redigido, o artigo 14 da MP 66/02:

36. *Luciano da Silva Amaro e eu, em estudo preparado para homenagear Rafael Bielsa, escrevemos “Distribucion encubierta de beneficios”, em revista dedicada exclusivamente, foram 4 volumes, a estudos de juristas de toda a América para a figura do grande administrativista argentino. Nele aprofundamos a natureza jurídica desta imposição (Revista de la Universidad de Buenos Aires, edição especial (1979) em homenagem a Rafael Bielsa).*

37. *Escrevi sobre a tentativa frustrada do governo artigo vinculado pela Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, vol. 77, maio/jun. de 2006, p. 99/127, o estudo “Norma antielisão e segurança jurídica”. Mostrei nele a impossibilidade de, à luz da Constituição, ser possível a adoção da teoria desconsiderativa, sem expressa definição de fatos geradores precisos, como na DDL.*

Art. 14. São passíveis de desconideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º Para a desconideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

I - falta de propósito negocial; ou

II - abuso de forma.

§ 2º Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado (grifos meus).

No entanto, tal figura NÃO EXISTE, NO DIREITO BRASILEIRO, PORQUE A TENTATIVA GOVERNAMENTAL DE INSTITUÍ-LA FOI REJEITADA, EM 2002, pelo Parlamento brasileiro, e a MP 627/13, válida apenas a partir de fins do ano passado, ainda deverá ser interpretada, agora que já convertida em lei, para definir se teria ou não introduzido tal tipo de imposição.

Resta, pois, o § único do art. 116 do CTN, cuja redação imposta pela referida LC 104/01, é a seguinte:

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária (grifos meus).

SEM VIGÊNCIA, EFICÁCIA OU VALIDADE, à falta de lei ordinária regulatória³⁸.

Não há, pois, no direito tributário brasileiro, regido pelo princípio da estrita legalidade, tipicidade fechada e reserva absoluta da lei tributária, a figura desconsiderativa, nos termos mencionados nos autos de infração lavrados contra a consulente, nem o princípio de que, à falta de propósito negocial, o planejamento fiscal, que apenas objetive reduzir a carga tributária, UTILIZANDO-SE DO INSTRUMENTAL LEGAL EXISTENTE, seja ilegal. Tal interpretação fere direitos fundamentais do contribuinte. Viola o inciso I, do artigo 150, da CF. Desfigura a moral impositiva e produz desconfiança de que, para gerar “superávits primários” - cada vez mais difíceis, em face da esclerosada máquina burocrática, que consome 37% de tributos em relação ao PIB -, hoje é mais importante arrecadar do que cumprir a lei³⁹.

Em outras palavras, apesar da rejeição dos artigos 13 a 19 da MP 66/02 – que não foram convertidos em lei - o Fisco aplicou contra a consulente o princípio de que, sem propósito negocial, a lei pode ser desconsiderada, se do planejamento fiscal resultou redução do tributo.

Konrad Hesse, notável jusfilósofo e magistrado alemão, para situações como esta, que implicam a aplicação de legislação rejeitada e inexistente, define-as com gráfica frase “A necessidade não conhece princípios”⁴⁰. E a dificuldade de o governo federal obter “superávits primários” para

38. *Não se pode confundir a norma antielisão com a elusão tributária, esta permitida, nos planejamentos tributários, pois nada é escondido do Poder Impositivo. Sobre o princípio do planejamento tributário elusivo e o artigo 116 do CTN escreveu André Elali: “A norma em tela, no entanto, não inibe o planejamento tributário, que é aquilo que não ofende as leis vigentes, o ordenamento. O planejamento, ou melhor, a elusão tributária, continua válida no país” (Comentários ao Código Tributário Nacional, volume 2, 7ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2013, p. 189).*

39. *No meu artigo “O Brasil na encruzilhada” (O ESTADO DE SÃO PAULO - 14/ Dez/2012 - A2 - Espaço Aberto) retratei o quadro desorganizado de nossas finanças públicas.*

40. *Konrad Hesse, autor de “Força normativa da Constituição”, Ed. Sergio A. Fabris, Porto Alegre, 1998.*

sustentar a amorfa máquina burocrática, leva-o a hospedar o cínico princípio do notável pensador alemão, que foi magistrado da Suprema Corte daquele país.

Embora no caso da consulta tenha havido um propósito negocial de reorganização societária, à luz da mutualização das Bolsas, MESMO QUE NÃO HOUVESSE TAL PROPÓSITO - O QUE SE ADMITE APENAS PARA EFEITOS DE ARGUMENTAÇÃO - AS OPERAÇÕES REALIZADAS PELA CONSULENTE, legais e homologadas, sem restrições, pelo Banco Central, com protocolos anteriores de todas elas para aprovação, desde o momento em que foram realizadas, não poderiam ser atingidas pela aplicação do “princípio” constante dos arts. 13 a 19 da MP 66/02, que foi rejeitado pelo Congresso Nacional, embora tenha sido apenas mencionado pelo Fisco, no auto de infração, sem referir-se a sua base legal.

O segundo aspecto a ser brevemente considerado, é que não pode o Fisco sobrepor-se à legislação privada, alterando-a em causa própria.

Todas as operações supervisionadas pela CVM e aprovadas pelo Banco Central “ex tunc”, são operações cuja homologação está na competência destas entidades e não da Receita Federal⁴¹.

Os artigos 109 e 110 do CTN são claros a respeito, tendo a seguinte dicção:

41. *A autonomia outorgada em matéria monetária no Banco Central é de tal ordem, que na ADIN 4/1988, seu Relator Min. Sydney Sanches ao não aceitar a auto-aplicação do princípio constitucional de juros de 12%, colocou no seu voto a observação de que: “Na medida em que o Banco Central fica impedido de modificar as taxas de juros além do limite estipulado, por motivos legais ou operacionais, a política monetária passa a ser totalmente passiva. Nesse caso, duas alternativas extremas de política econômica poderiam ser vislumbradas: ajuste fiscal ortodoxo e recessivo ou expansão monetária hiperinflacionária” (Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas n. 12, ano 3, jul/set 1995, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 274). E transcrevendo longos pareceres de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Arnaldo Wald, Geraldo Vidigal, Caio Tácito e de minha lavra, rejeitou a auto-aplicabilidade, acompanhado por seus pares, de juros de 12% para o mercado financeiro.*

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias⁴².

Tais artigos proíbem que o Fisco altere os conceitos próprios do direito privado, que decorrem da Constituição e se espraiam pela ordem jurídica em geral, sendo utilizados, inclusive, para definir a atribuição de competências tributárias. Todos os princípios de direito privado regulados pela legislação infraconstitucional são, automaticamente, protegidos contra alteração pelo Fisco. Este pode dar efeitos tributários aos institutos de direito privado, mas nunca mudar o seu conteúdo, conceitos, formas e natureza jurídica. Não pode, por exemplo, transformar um comodato em locação, da mesma forma que não pode desconsiderar, “pro domo

42. *Kiyoshi Harada interpreta-os dizendo:*

“Em outras palavras, a faculdade de modificação para efeitos tributários, reconhecida no art. 109, só não poderá ser exercitada em se tratando de definição ou de limitação de competência tributária. Realmente, essa matéria é própria da Lei Maior, não podendo uma lei de natureza infraconstitucional estabelecer qualquer modificação por vias oblíquas, representadas por alterações conceituais. Do contrário, a rígida discriminação constitucional de impostos (arts. 153, 155 e 156 da CF), que representa, ao mesmo tempo, uma outorga de competência impositiva e uma limitação ao poder de tributação, perderia sua finalidade. Pudesse o legislador ordinário alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos de direito privado, utilizados pela Carta Magna para definição de competências tributárias, não só surgiriam inevitáveis conflitos de competência impositiva entre as entidades componentes da Federação Brasileira, como também o contribuinte perderia a sua garantia maior de se ver tributado tão só com os impostos discriminados na Carta Magna. Esse art. 110 é mais uma proibição dirigida aos legisladores ordinários das três esferas impositivas do que uma regra de interpretação” (Direito Financeiro e Tributário, 23ª Ed., Atlas, São Paulo, 2014, p. 536).

sua”, uma operação do mercado de ações, regular, legal e homologada pelo Banco Central, a pretexto de que não teria propósitos negociais.

Em outras palavras, a vinculação clara entre os artigos 109 e 110 do CTN, que tem eficácia de lei complementar e obriga toda a produção normativa inferior – para mim, por impor critérios e limites, a lei complementar tem status de lei intermediária entre a norma constitucional e a lei ordinária – ⁴³ não poderia ser desconhecida pelas autoridades fiscalizadoras, que, utilizando disposições rejeitadas pelo Congresso, a saber, os artigos 13 a 19 da MP 66/02 – embora, obviamente, sem indicá-las expressamente na fundamentação do ato administrativo – e sustentando uma peculiar interpretação das operações homologadas pelo Banco Central, montaram fantásticos autos de infração, capazes de inviabilizar a própria continuidade das atividades empresariais da consulente.

Finalmente, em rápida digressão, lembro que fui advogado e sustentei oralmente perante o STF, o primeiro caso em que foi declarada a inconstitucionalidade da Lei 9718/98, que, ao arripio do art. 195 da CF, ampliara a base de cálculo das contribuições sociais, para alcançar, além do faturamento, “receitas”, antes do advento da E.C. 20/98.

Na época, sustentei, perante o Pretório Excelso, que uma lei nascida inconstitucional –antes, a base de cálculo era somente o “faturamento”,

43. *Escrevi: “Em direito tributário, como, de resto, na grande maioria das hipóteses em que a lei complementar é exigida pela Constituição, tal veículo legislativo é explicitador da Carta Magna. Não inova, porque senão seria inconstitucional, mas complementa, esclarecendo, tornando clara a intenção do constituinte, assim como o produto de seu trabalho, que é o princípio plasmado no Texto Supremo.*

É, portanto, a lei complementar norma de integração entre os princípios gerais da Constituição e os comandos de aplicação da legislação ordinária, razão pela qual, na hierarquia das leis, posta-se acima destes e abaixo daqueles. Nada obstante alguns autores entendam que tenha campo próprio de atuação - no que têm razão -, tal esfera própria de atuação não pode, à evidência, nivelar-se àquela outra pertinente à legislação ordinária. A lei complementar é superior à lei ordinária, servindo de teto naquilo que é de sua particular área mandamental” (Comentários à Constituição do Brasil, vol. 6, tomo I, Celso Bastos e Ives Gandra Martins, Ed. Saraiva, 2001, 2ª. ed., p. 79).

que gerava receita “operacional”— não poderia constitucionalizar-se, pela promulgação posterior de Emenda, tornando a receita “não operacional” também base de cálculo de contribuições sociais. Por 6 votos a 4, prevaleceu a nossa inteligência, posteriormente seguida, sem contestação, nos diversos julgamentos sobre a matéria⁴⁴.

Ora, a pretendida incidência de PIS e COFINS sobre receitas “não operacionais” - admitindo-se como válida, para efeitos de mera argumen-

44. “PLENÁRIO - EXTRATO DE ATA
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 390.840-5

PROCED.: MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE.(S): UNIMED BELO HORIZONTE COOPERATIVA DE TRABALHO
MÉDICO LTDA

ADV.(A/S): FERNANDA GUIMARÃES HERNANDES

RECDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): PFN - CLÁUDIA REGINA A. M. PEREIRA

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator), Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, conhecendo do recurso e provendo-o, em parte, e dos votos dos Senhores Ministros Cesar Peluso e Celso de Mello, provendo-o, integralmente, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Falaram, pela recorrente, o Dr. Ives Gandra da Silva Martins e, pela recorrida, o Dr. Fabrício da Soller, Procurador da Fazenda Nacional. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente). Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente). Plenário, 18.05.2005.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Eros Grau, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução no 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 15.06.2005.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário e, por maioria, deu-lhe provimento, em parte, para declarar a inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei no 9.718, de 27 de novembro de 1998, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Cesar Peluso e Celso de Mello, que declaravam também a inconstitucionalidade do artigo 8º e, ainda, os Senhores Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e o Presidente (Ministro Nelson Jobim), que negavam provimento ao recurso. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 09.11.2005.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cesar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu (Secretário)” (grifos meus).

ração, a tese desconsiderativa do Fisco, por mero exercício de raciocínio pelo absurdo - não poderia prevalecer para as exigências impostas em autos de infração, mormente estando a consulente protegida por mandado de segurança. Todas as empresas financeiras têm receitas operacionais e não operacionais, afastando-se a tese de que tais empresas só teriam receitas operacionais.

Passo, agora, a responder a consulta formulada.

Apesar de aparentemente complexa, a questão apresentada, resume-se, de rigor, às duas figuras sobre as quais, no preâmbulo deste parecer, teci considerações⁴⁵.

Operações de aumentos e reduções do capital da empresa consulente, realizadas e consideradas corretas, tanto que homologadas pelo Banco Central, após terem sido protocoladas nessa entidade e enquanto estavam à espera de aprovação, foram desconsideradas pela fiscalização. À luz de uma incorreta percepção da legislação civil e financeira, foi-lhes emprestado outro tipo de configuração, diferente da atribuída nas diversas assembleias, para o fim de, por decorrência, dispensar-lhes “tratamento fiscal-privado” DIVERSO DO QUE EFETIVAMENTE OSTENTARAM QUANDO DE SUA REALIZAÇÃO.

Utilizou, o fisco, a norma antielisão - ainda sem regulamentação e cuja validade encontra-se pendente de julgamento, em ação direta de

45. *No auto de infração consta:*

Mas o cerne da questão é a tributação do ganho obtido na alienação das ações. Se tributado na pessoa jurídica, incidiria diversos tributos, entre os quais o IRPJ pela alíquota de 15%, mais o adicional de 10%, a CSLL pela alíquota de 9%, e, ainda, o PIS e a COFINS. Se, na pessoa física, incidiria apenas o IR pela alíquota de 15%.

Dessa forma, a transferência da corretora para o sócio controlador (detentor de 99,99% de participação), das ações de emissão das companhias, nos momentos em que antecederam o início das ofertas públicas das referidas ações, mediante a realização de três reduções de capital resultaria em contornar uma tributação na sociedade para uma menos gravosa, na pessoa física.

Depreende-se, portanto, pelo exposto, que a conduta da corretora foi eminentemente fiscal, sem nenhuma motivação extratributária” (grifos meus) .

inconstitucionalidade perante a Suprema Corte⁴⁶ -, embora sem a ela referir-se expressamente, para DAR NOVAS FORMAS JURÍDICAS ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS PELA CONSULENTE. Assim, embora à luz do direito privado a Consulente tenha realizado efetivamente aquelas operações homologadas pelo Banco Central com eficácia “ex tunc”, perante a visão impositiva do Fisco, a homologação teria tido eficácia “ex nunc”. Vale dizer, nas autuações lavradas, a Fiscalização pretendeu configurar tributação adicional àquela efetivamente incidente sobre as operações e que foi paga pelo principal acionista da Consulente, como ganho de capital nas alienações das ações recebidas - operações homologadas, repito, com eficácia “ex tunc” pelo Banco Central⁴⁷.

Não reproduzirei, na resposta, os fatos tão bem narrados na consulta e excelentemente examinados e contestados, na bem elaborada impugnação da consulente, pois sobejamente conhecidos nos autos do processo que examinei. Permito-me, apenas, focar --o que é relevante para a minha inteligência da questão— nos efeitos jurídicos que pretende a fiscalização ofertar-lhes, DIFERENTEMENTE DO QUE FOI HOMOLOGADO PELO BANCO CENTRAL, única instituição com o direito e o poder de desconsiderar os atos jurídicos de sua competência, conforme determina a legislação de regência do sistema financeiro.

A própria Circular n. 2750 do Banco Central, de um lado, reconhece a existência dos atos, dando eficácia plena, após a aprovação, a todos os atos realizados de forma provisória, validando-os, mas apenas condicionando o pagamento após a sua homologação. Em outras palavras, reconheço a existência dos atos sob condição, o que não implica sua in-

46. ADIN (Medida Liminar) n. 2446-DF/2001.

47. Consta do auto de infração:

“Com todos esses procedimentos, a corretora teria, portanto, reduzido a carga tributária por meio de um suposto planejamento fiscal, contornando a incidência tributária mais onerosa na pessoa jurídica (34% de IRPJ e CSLL, mais PIS e COFINS) para fazê-la incidir na pessoa física do sócio (15% de IR), bastando, para tanto, simples alterações contratuais”.

validade jurídica, mas apenas o ganho de eficácia plena “ab initio”, após a aprovação. Não há aprovação prévia, mas homologação posterior de atos condicionantes, mas com validade, vigência e eficácia, na pendência da homologação⁴⁸.

O certo, todavia, é que a primeira redução de capital decorreu da desnecessidade de a consulente possuir sete títulos patrimoniais para atuação na Bovespa —bastariam seis— o que levou à entrega deste título ao sócio majoritário. O aumento de capital posterior realizou-se com reservas livres. A redução de capital realizada após, fez-se com a entrega dos seis títulos patrimoniais da Bovespa aos sócios, sem valor definido, PELA DESNECESSIDADE DE SUA ATUAL DETENÇÃO PARA A OPERAÇÃO NO MERCADO, em face da desmutualização, com definição de valor a ser feita posteriormente. É de se realçar que todas estas operações, com vigência, validade e eficácia provisória imediata, foram realizadas SOB CONDIÇÃO, que se realizou, definitivamente, com a aprovação do Banco Central de todos os atos, sem exceção. Por serem atos condicionados, atuou a consulente devidamente instrumentalizada por procuração do sócio beneficiário da redução junto ao Bovespa, para as operações de recepção e alienação de ações. E agiu como comissária, nos termos do artigo 693 do C.Civil, assim redigido:

Art. 693. O contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente,

com procuração escrita e levada ao conhecimento do Banco Central.

48. O artigo 5º, § 1º da CIRCULAR N. 2750 está assim redigido:

“Parágrafo 1º Os recursos referentes ao resgate de ações ou quotas somente podem ser pagos aos beneficiários após a aprovação por este órgão da ata da assembléia de acionistas ou reunião de quotistas que deliberou a redução do capital social, na forma por essa definida”. E os pagamentos foram posteriores, conforme todos os protocolos para homologação de todos os atos junto ao Banco Central.

As mesmas operações repetiram-se na desmutualização da BM&F. Todas elas foram supervisionadas pela CVM e homologadas posteriormente pelo Banco Central, inclusive nas ofertas públicas iniciais (IPOS) para alienação das ações recebidas pela desmutualização da Bolsa.

Desta forma, tanto a redução de capital para entrega de títulos patrimoniais aos acionistas – na medida que não eram mais necessários para que a consulente pudesse atuar nas Bolsas, no concernente a duas instituições –, quanto os aumentos de capital ocorridos com reservas de capital e de forma legal, todos estes atos foram praticados rigorosamente de acordo com a legislação, tendo o beneficiário pago o imposto de renda sobre ganhos de capital, conforme mencionado nos autos, quando da alienação das ações.

Tais operações - em que os títulos patrimoniais foram entregues, nas reduções de capitais, a seu acionista, sempre sob condição, por deliberação assemblear registrada nos registros comerciais e homologadas pelo Banco Central, após supervisão das operações pela CVM - FORAM DESCONSIDERADAS PELA RECEITA FEDERAL SOB A ALEGAÇÃO DE QUE

- 1) As deliberações assembleares não tinham validade, senão após a homologação do Banco Central⁴⁹;
- 2) Que o lucro na recepção e venda das ações recebidas fora da consulente;
- 3) Que o IRPJ e a CSSL seriam devidos pela consulente, seja na recepção das ações substitutivas dos títulos patrimoniais, seja na sua alienação;

49. *Maria Helena Diniz lembra de forma gráfica sobre as facetas da eficácia jurídica que: "A eficácia jurídica indica tão-somente, a mera possibilidade da aplicação da norma. Do ponto de vista semiológico, a norma será sintaticamente eficaz se apresentar condições técnicas de sua atuação, ou de aplicabilidade, por estarem presentes os elementos normativos idôneos nela contidos ou em outra norma, para adequá-la à produção de efeitos jurídicos concretos, sem qualquer relação de dependência de sua observância, ou não, pelos seus destinatários" (Dicionário Jurídico, vol. 2, Ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 275).*

- 4) Que o ganho auferido estaria sujeito a PIS e COFINS com base no artigo 1º da Lei 9.718/98⁵⁰.

À luz da desconsideração dos atos realizados (redução de capital, entrega dos títulos a seu acionista), o fisco aplicou a legislação do imposto sobre a renda e a inconstitucional Lei 9718/98 – cuja invalidade, no tocante à ampliação da base de cálculo das contribuições sociais, teve oportunidade de sustentar com êxito, pela primeira vez, perante o STF –, como se as operações jurídicas celebradas fossem outras e como se as reduções de capital não tivessem ocorrido.

Partindo de falsa premissa, numa interpretação do artigo 1084 do Código Civil, assim redigido:

Art. 1.084. No caso do inciso II do art. 1.082, a redução do capital será feita restituindo-se parte do valor das quotas aos sócios, ou dispensando-se as prestações ainda devidas, com diminuição proporcional, em ambos os casos, do valor nominal das quotas.

§ 1º No prazo de noventa dias, contado da data da publicação da ata da assembléia que aprovar a redução, o credor quirografário, por título líquido anterior a essa data, poderá opor-se ao deliberado.

§ 2º A redução somente se tornará eficaz se, no prazo estabelecido no parágrafo antecedente, não for impugnada, ou se provado o pagamento da dívida ou o depósito judicial do respectivo valor.

§ 3º Satisfeitas as condições estabelecidas no parágrafo antecedente, proceder-se-á à averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata que tenha aprovado a redução,

50. “A constitucionalidade de certo diploma legal deve se fazer presente de acordo com a ordem jurídica em vigor, da jurisprudência, não cabendo reverter a ordem natural das coisas. Daí a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9718/98. Nessa parte, provejo o recurso extraordinário e com isso acolho o segundo pedido formulado na inicial, ou seja, para assentar como receita bruta ou faturamento o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de serviços ou de mercadorias e serviços, não se considerando receita de natureza diversa. Deixo de acolher o pleito de compensação de valores, porque não compôs o pedido inicial” (trecho do voto do Min. Relator Marco Aurélio de Mello, no RE 390.840-5/MG).

cujos objetivos são a preservação do direito de terceiros, os agentes fiscais concluíram que a eficácia da deliberação seria “ex nunc” e não “ex tunc”. E, a partir desta conclusão, os agentes fiscais desconsideraram as operações de redução de capital realizadas, considerando-as inexistentes⁵¹.

Nitidamente, o dispositivo do artigo 1084 objetiva preservar o direito de terceiros. Não considera inexistente a deliberação, como se ela não tivesse ocorrido. Considera-a VÁLIDA, VIGENTE, MAS SEM EFICÁCIA, EXCLUSIVAMENTE CONTRA EVENTUAIS INTERESSADOS que com ela não concordassem –o que não ocorreu⁵².

A norma tem claramente a intenção de não considerá-la nem inválida, nem não vigente, nem mesmo ineficaz, pois sua eficácia só não é plena, em relação a eventuais interessados discordantes⁵³.

É um dispositivo de proteção a terceiros, e não de invalidação da deliberação assemblear, como se não tivesse existido. Em outras palavras,

51. *Marcelo Fortes Barbosa Filho mostra que o prazo de 90 dias tem como destinatário apenas terceiros que pudessem não concordar. Não o Fisco. Por isto fala em consolidação da redução, demonstrando que a redução já tinha sua eficácia provisória:*

“A referida publicação da Ata inaugura o prazo para a dedução de oposição para credores, estabelecido em 90 dias, exigindo-se, como requisito de legitimidade, sua condição de quirografários e que seu direito de crédito seja anterior, isto é, tenha nascido antes da própria publicação. O texto legal não esclarece qual a forma de exteriorização do inconformismo do terceiro, mas, diante de uma manifestação de natureza receptícia e cuja função é a de impedir a consolidação da redução do capital por meio de um ato registrário, pode-se promover, conjuntamente, notificação judicial ou extrajudicial dirigida à própria sociedade limitada e dirigir uma simples comunicação ao Oficial de Registro ou à Junta Comercial competente” (grifos meus) (Código Civil comentado, 6ª. Ed. Manole, São Paulo, 2012, p. 1069).

52. *O artigo 1082 do CC tem a seguinte dicção:*

“Art. 1.082. Pode a sociedade reduzir o capital, mediante a correspondente modificação do contrato:

I - depois de integralizado, se houver perdas irreparáveis;

II - se excessivo em relação ao objeto da sociedade.”

53. *É ainda Marcelo Fortes Barbosa Filho que mostra sua eficácia provisória ao dizer:*

“Tomada a decisão de redução do capital, deve-se dar, por meio da publicidade registral, ampla divulgação à nova situação patrimonial da sociedade limitada, em sua inscrição originária” (grifos meus) (Código Civil comentado, 6ª Ed., Manole, São Paulo, p. 1068).

ultrapassado o prazo protetor de terceiros, vale a decisão, DESDE O MOMENTO EM QUE FOI PROFERIDA, ou seja, desde a decisão assemblear - adjetivo criado pelo saudoso Tullio Ascarelli⁵⁴.

É por esta razão que o Código Civil fez menção aos negócios sob condição.

Está o artigo 121 do CC assim redigido:

Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto⁵⁵ [...]

dispondo os artigos 125, 126 e 130 como se lê abaixo:

Art. 125. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.

Art. 126. Se alguém dispuser de uma coisa sob condição suspensiva, e, pendente esta, fizer quanto àquela novas disposições, estas não terão valor, realizada a condição, se com ela forem incompatíveis.

[...]

Art. 130. Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.

54. *O artigo 1083 assim redigido:*

“Art. 1.083. No caso do inciso I do artigo antecedente, a redução do capital será realizada com a diminuição proporcional do valor nominal das quotas, tornando-se efetiva a partir da averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata da assembléia que a tenha aprovado”, reconhece sua eficácia “ex tunc” a partir da Assembléia e efetividade plena a partir do Registro SEM IMPUGNAÇÕES. No caso da consulente não houve impugnação.

55. *Ensinam Nelson e Rosa Nery sobre o artigo 121:*

“4. Natureza jurídica. Condição é elemento acidental (accidentalia negotii) do negócio jurídico, que subordina a eficácia do mesmo negócio à ocorrência de evento futuro e incerto. Sem ela o negócio existe e é válido, mas ineficaz. Implementada a condição, o negócio torna-se eficaz” (grifos meus) (Código Civil Anotado e legislação extravagante, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª. Ed., 2003, São Paulo, p. 210).

Pelo primeiro, admite-se a validade e vigência de cláusulas suspensivas ou resolutivas de atos praticados numa determinada data, na dependência de evento futuro a dar-lhes eficácia “ex tunc”, com as explicitações constantes dos dispositivos seguintes.

Pelo segundo, admite-se que o negócio jurídico acordado, enquanto não houver a implementação da condição, SERÁ UM DIREITO CONDICIONADO; mas, implementada a condição, será considerado um direito definitivamente adquirido “ex tunc”, ou seja, desde o momento em que acordado.⁵⁶.

Pelo terceiro -, para o presente caso, relevantíssimo - NENHUMA NOVA DELIBERAÇÃO PODERÁ SER TOMADA, PELO QUE OUTORGOU O DIREITO CONDICIONADO, CONTRÁRIA AO DELIBERADO. Tal dispositivo é de particular relevância para demonstrar a absoluta inconsistência da tese fazendária, que desconsiderou “ato jurídico” que já não mais poderia ser modificado, desde sua confirmação, a não ser por eventual contestação vitoriosa de um terceiro interessado, o que não ocorreu, no caso.

Em outras palavras, o entendimento da Fiscalização contraria o disposto no artigo 126, pois anula a deliberação da Assembleia homologada pelo Banco Central, como se não tivesse existido, criando cláusula incompatível com a decisão. Ou seja, considera tal deliberação assemblear INEXISTENTE À ÉPOCA EM QUE EFETIVAMENTE OCOR-

56. *Maria Helena Diniz ao comentar o dispositivo, claramente, dá-lhe eficácia “ex tunc”. Leia-se:*

“Efeito da condição suspensiva pendente. Pendente a condição suspensiva não se terá direito adquirido, mas expectativa de direito ou direito eventual. Só se adquire o direito após o implemento da condição. A eficácia do ato negocial ficará suspensa até que se realize o evento futuro e incerto. A condição se diz realizada quando o acontecimento previsto se verificar. Ter-se-á, então, o aperfeiçoamento do ato negocial, operando-se “ex tunc”, ou seja, desde o dia de sua celebração, se “inter vivos”, e à data da abertura da sucessão, se “causa mortis”, daí ser retroativo” (grifos meus) (Código Civil comentado, Ed. Saraiva, 7^a. Ed., São Paulo, 2010, p.112).

REU, gerando, pois, situação jurídica incompatível com a realidade decorrente daquela Assembleia.

Na visão do fisco, se houvesse qualquer operação, após a deliberação, que pudesse alterá-la, ela NÃO TERIA QUALQUER VALOR, POIS AFETARIA A PRÓPRIA DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR, a partir da decisão sobre redução do capital. Não mais poderia ter havido outra operação que contrariasse aquela deliberação, pois com ela incompatível, quando viesse a pretendida eficácia definitiva. Em outras palavras, a aprovação pelo Banco Central DE TODOS OS ATOS seria impossível, pois, inexistindo o primeiro, outros não poderiam ser decorrentes.

Tem, pois, eficácia condicionada a deliberação assemblear perante todos, só podendo ser anulada, no caso da Consulente, se terceiros interessados se opusessem à redução do capital, algo que, no caso, não ocorreu⁵⁷.

Por fim, o artigo 130 estabelece que O TITULAR DO DIREITO EVENTUAL pode exercer os direitos destinados a conservá-lo, o que vale dizer, pode exercer o direito de impedir condutas da Fiscalização tendentes a considerar inexistente o referido direito, ASSEGURADO SOB CONDIÇÃO, DESDE A DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR.

Tanto é assim que o registro comercial, a CVM e o BANCO CENTRAL CONSIDERARAM TODAS AS OPERAÇÕES LEGAIS, LEGÍTIMAS, CORRETAS, DESDE OS PRIMEIROS ATOS ASSEMBLARES, ao exercitarem seu poder homologatório⁵⁸.

57. *É ainda Maria Helena Diniz que ensina:*

“A norma não veda a possibilidade de, na pendência de uma condição suspensiva, fazer novas disposições, que, todavia, não terão validade se, realizada a condição, forem com ela incompatíveis” (grifos meus) (Código Civil Comentado, 7ª. Ed., Ed. Saraiva, 2010, São Paulo, p. 113).

58. *Nelson e Rosa Nery comentam:*

“O negócio condicional existe e é válido. Apenas sua eficácia depende do implemento da condição. Portanto, desde que celebrado já vincula as partes contratantes, motivo pelo qual não pode ser unilateralmente desfeito, sob pretexto de que sobre ele pende condição.

Não tendo havido qualquer impugnação de eventual interessado contra as reduções de capital, de rigor, todos os atos tiveram vigência, validade e eficácia desde a deliberação assemblear, “ex tunc”.

A desconsideração pretendida pelo Fisco, dando efeitos inexistentes aos institutos da lei civil, para fins de imposição tributária, e considerando que uma condição apenas oponível a terceiros contrários à operação transformasse os atos realizados com vigência, validade e eficácia “ex nunc”, como se não existissem anteriormente, macula os artigos 109 e 110 do CTN que, como expliquei no início do parecer, não permitem que se possa alterar o perfil dos institutos, normas ou princípios de direito privado - visto que todos os institutos, princípios e normas que não forem inconstitucionais SÃO, DE RIGOR, ALBERGADOS pela Lei Suprema.

Repito a transcrição dos artigos 109 e 110 do CTN, para deixar claro que nem a lei tributária, nem as autoridades fazendárias podem alterar, “pro domo sua”, O CONTEÚDO, ALCANCE, CONCEITO E FORMA de institutos de DIREITO PRIVADO,

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias⁵⁹.

Neste sentido: Torquato, Situação Jurídica, p. 34” (Código Civil Anotado, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª. Ed., 2003, p. 214).

59. Aliomar Baleeiro comenta:

“PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PRIVADO. — O artigo 109 pretende fornecer em forma geral e sintética a diretriz para extremar-se a fronteira entre o Direito Privado e o Tributário, resguardando a autonomia deste.

E aqui chegamos ao ponto crucial da questão.

De rigor, o procedimento adotado pelo fisco objetiva, exclusivamente, desconsiderar operação, que a própria autoridade definiu como sem propósito comercial.

Vejam os que diz o § único do artigo 116 do CTN:

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela LC n. 104, de 10.1.2001).

Esse dispositivo, cuja redação foi atribuída pela LC 104/2001, como já referi acima, tem sua validade objeto de questionamento em ação direta de inconstitucionalidade (ADIN - Medida Liminar n. 2446-DF/2001), por suspeita de ferir os princípios da estrita legalidade, tipicidade fechada e reserva absoluta da lei fiscal.

De qualquer forma, conforme se vê da letra do dispositivo, a conduta desconsiderativa depende de regulamentação pela legislação ordinária.

Repito, o Governo Federal tentou instituir essa regulamentação pelos artigos 13 a 19 da MP 66/02⁶⁰. Leia-se em especial o artigo 14, que reitero:

O legislador reconhece o império das normas de Direito Civil e Comercial quanto à definição, conteúdo e alcance dos institutos, conceitos e formas consagradas no campo desses dois ramos jurídicos opulentados por 20 séculos de lenta estratificação. A prescrição, a quitação etc. conservam no Direito Financeiro, quando neste não houver norma expressa em contrário, a mesma conceituação clássica do Direito Comum. O mesmo ocorre em relação aos contratos e às obrigações em geral” (Direito Tributário Brasileiro, Ed. Forense, p. 443).

60. Escrevi:

“Detecto, nos dois dispositivos, três inconstitucionalidades materiais e uma formal.

Art. 14. São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato ge-

A inconstitucionalidade formal reside no fato de que os artigos 13 e 14 foram dedicados a alargar as hipóteses de simulação previstas na lei complementar 104/01, na redação que ofertou ao § único do artigo 116 do CTN, a saber:

“§ único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária” (grifos meus).

Ora, tal matéria é, inequivocamente, matéria reservada à lei complementar e jamais à lei ordinária. É de se realçar que o artigo 116, § único, declara que a lei ordinária APENAS CUIDARÁ DE ASPECTOS PROCEDIMENTAIS, o que, à evidência, não ocorreu. E, nos aspectos materiais de que cuidou, violou a Constituição, assim como o próprio comando do artigo 116 do CTN.

Neste aspecto, a lei suprema é claríssima ao declarar que apenas a lei complementar pode definir as normas gerais em matéria de legislação tributária”, continuando: “A primeira inconstitucionalidade material reside no § único, que excluiu os casos de “simulação” previstos no artigo 116 e introduziu a “simulação” sem dolo, fraude ou má-fé!!! Nitidamente, substitui o princípio da legalidade pelo princípio do “palpite fiscal”.

Se um contribuinte agir sem dolo, fraude ou má-fé e, entre duas leis, escolher aquela que lhe for mais favorável, não há o que contestar, cabendo ao Fisco, se não lhe agrada o caminho escolhido, revogar o diploma produzido pelo Poder Legislativo que lhe deu fundamento, pelos meios legislativos constitucionais expostos nos artigos 59 a 69 da Carta Magna. Jamais por uma mera opinião do fiscal.

A segunda inconstitucionalidade está em que a desconsideração apenas surtirá efeitos “para fins tributários” —como previsto no “caput” do artigo 13—, continuando a solução jurídica adotada a valer para os demais campos do direito”, concluindo: “Isso admite que, por exemplo, uma doação continue sendo tributada pelo imposto de transmissão estadual (pois no plano civil é essa a natureza do negócio jurídico) embora possa vir a ser tributada simultaneamente pelo Município, se com base no artigo 13, vier a ser considerada como compra e venda pelo fisco municipal ou federal.

A terceira inconstitucionalidade está nas hipóteses do § 1º, que enuncia duas hipóteses de desconsideração entre outras, vale dizer, qualquer outra idealizada pelo Fiscal para desconsiderar o ato jurídico, poderá ser utilizada. Os princípios da tipicidade fechada, estrita legalidade e reserva formal da lei são implodidos, valendo, além das hipóteses enunciadas, qualquer outra que os humores da Fiscalização desejarem. Há nítida maculação dos princípios da legalidade e da segurança jurídica expostos nos artigos 5º “caput” e 150, inciso I, da Constituição Federal” (Norma antielisão e segurança jurídica, Revista do TRF 3ª. Região, separata, n. 77, maio/jun. 2006, São Paulo, Thomson/IOB, p. 111/3).

rador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º Para a desconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

I - falta de propósito negocial; ou

II - abuso de forma.

§ 2º Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

§ 3º Para o efeito do disposto no inciso II do § 1º, considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado⁶¹.

Ora, nesse dispositivo, pela primeira vez, a legislação fala em utilizar a forma legal para economizar tributos SEM OBJETO NEGOCIAL. Prevê situação em que o contribuinte se utiliza das leis existentes para alcançar a redução de tributos.

Não houve sequer necessidade de contestação de tais dispositivos perante a Justiça, pois, o próprio Congresso Nacional rejeitou a MP 66/02, no concernente aos seis dispositivos. Tiveram eficácia por apenas 120 dias e nada mais. Foram extirpados do ordenamento jurídico brasileiro. Não mais existem⁶².

61. Henry Tilbery fulmina a possibilidade de aplicação da teoria desconsiderativa por elaboração jurisprudencial, ao dizer: “Manifestamos nossa opinião categórica de que, dentro do princípio da estrita legalidade tributária, a doutrina alienígena da desconsideração da pessoa jurídica não pode ser aplicada no Direito Tributário Brasileiro sem base em norma legal” (*Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, Integração entre sociedade e sócios*, Ed. Atlas, 1985, p. 96).

62. O § 3º do artigo 62 da Constituição Federal tem a seguinte dicação:

“§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)”.

Como se percebe, NENHUMA OPERAÇÃO que obedeça rigorosamente a legislação vigente — no caso, com a aprovação inequívoca de sua legitimidade pelo registro comercial, CVM e Banco Central — poderia ser contestada SOB A ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL, pois, a tentativa governamental para implantar tal prática — a meu ver, de manifesta inconstitucionalidade — foi rejeitada pelos parlamentares no Congresso Nacional, único poder que representa a totalidade da nação (situação e oposição), e não apenas a maioria (Executivo) ou um poder técnico (Judiciário).

Poder-se-ia dizer que, com a MP 627/13, há uma tentativa governamental de restabelecer o princípio rejeitado quando da MP 66/02:

Art. 19. Nos casos de incorporação, fusão ou cisão, o saldo existente na contabilidade, na data do evento, referente à mais-valia de que trata o inciso II do caput do art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes, poderá ser considerado como integrante do custo do bem ou direito que lhe deu causa para efeito de determinação de ganho ou perda de capital e do cômputo da depreciação, amortização ou exaustão. (Vigência)

[...]

§ 4º O laudo de que trata o inciso I do § 3º será desconsiderado na hipótese em que os dados nele constantes estiverem incorretos ou não mereçam fé.

Art. 20 [...]

§ 4º O laudo de que trata o inciso I do § 3º será desconsiderado na hipótese em que os dados nele constantes estiverem incorretos ou não mereçam fé.

Art. 21. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com ágio por rentabilidade futura (goodwill) decorrente da aquisição de participação societária entre partes não dependentes, apurado segundo o disposto no inciso III do caput do art. 20 do Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, poderá excluir para fins de apuração do lucro real dos períodos de apuração subseqüentes o

saldo do referido ágio existente na contabilidade na data do evento, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração. (Vigência)

§ 1º O contribuinte não poderá utilizar o disposto neste artigo, quando:

[...]

III - o valor do ágio por rentabilidade futura (goodwill), relativo à participação societária extinta em decorrência da incorporação, fusão ou cisão, tiver sido apurado em operação de substituição de ações ou quotas de participação societária.

Art. 24. Para fins do disposto nos artigos 19 e 21, consideram-se partes dependentes quando: (Vigência)

[...]

V - em decorrência de outras relações não descritas nos incisos I a IV, que permitam inferir dependência entre as pessoas jurídicas envolvidas, ainda que de forma indireta.

Tenho dúvidas sobre a constitucionalidade do dispositivo, mas, de qualquer forma, seria impossível sua aplicação de forma retroativa a fatos ocorridos em 2007, por força do inciso XXXVI do artigo 5º da CF, assim redigido:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [...]⁶³

63. Celso Bastos lembra que:

“A Constituição arrola como outra das garantias do cidadão em matéria de direito intertemporal o ato jurídico perfeito.

A rigor, o ato jurídico perfeito está compreendido no direito adquirido. Em outras palavras, não se pode conceber um direito adquirido que não advenha de um ato jurídico perfeito.

Parece que o constituinte teve mais em mira, ao cogitar dessa matéria, seus aspectos formais, isto é, ato jurídico perfeito é aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários à sua formação, debaixo da lei velha.

Isso não quer dizer que ele encerre no seu bojo um direito adquirido. O que o constituinte quis foi imunizar o portador do ato jurídico perfeito contra as oscilações de forma aportadas pela lei.

A lei só pode retroagir para beneficiar o sujeito passivo da obrigação tributária, e não para prejudicá-lo, nos termos do artigo 106 do CTN⁶⁴.

Por todo o exposto até este ponto, percebe-se que todos os autos de infração residem na desconsideração de atos jurídicos perfeitos e homologados pelo Banco Central, sob a supervisão, no seu processamento, da CVM e em que a consulente, durante o prazo de eventual impugnação de terceiros quanto à redução de capital, atuou e agiu como mandatária, como procuradora em comissão, de seu acionista beneficiário, junto à BOVESPA e à BM&F. Não se pode, pois, aplicar o art. 14 da MP 66/02, dispositivo, que vigeu e teve eficácia no direito brasileiro por apenas 120 dias⁶⁵.

Em outras palavras, todos os atos objeto da pretendida desconsideração tiveram VIGÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA, COM A HOMOLOGAÇÃO, que validou-os DESDE A SUA REALIZAÇÃO, POR FORÇA DA EFICÁCIA 'EX TUNC' DO REFERIDO ATO HOMOLOGATÓRIO.

Assim, se alguém desfruta de um direito por força de um ato que cumpriu integralmente as etapas da sua formação abaixo da lei velha, não pode ter esse direito negado só porque a lei nova exige outra exteriorização do ato” (grifos meus) (Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol., Ed. Saraiva, 3ª. ed., 2004, São Paulo, p. 215).

64. Repito a dicção: “Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

65. O § 11 do artigo 62 da CF tem a seguinte redação:

“§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001)”.

E ao negar os efeitos de validade, vigência e eficácia plena a disposições que, nos termos do Código Civil, são apenas aplicáveis a terceiros eventualmente prejudicados na relação negocial, o fisco alterou o conteúdo e alcance das normas e institutos de direito privado, “pro domo sua”, numa inequívoca violação dos artigos 109 e 110 do CTN, sobre PRETENDER DAR EFICÁCIA ‘EX NUNC’, E NÃO ‘EX TUNC’, como previsto na Lei Civil, à aprovação do Banco Central.

Ao agredir o Código Civil, a autoridade fiscal atuou ilegalmente e, ao ferir a Constituição, no que diz respeito a desconsiderar operações sem lei autorizadora, maculou o artigo 150, inciso I, da CF:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

[...] ⁶⁶.

Tal como sustentado por ocasião da ação direta de que resultou o reconhecimento da invalidade de dispositivos da lei 9718/98, (RE 390.840-5), uma lei nascida inconstitucional não pode ser constitucionalizada por emenda constitucional que venha a ser promulgada após sua edição. O Congresso, como constituinte derivado, não corrige a inconstitucionalidade anterior. Por 6 x 4 e, depois, por unanimidade -- uma vez definida uma orientação jurisprudencial, os Ministros do STF

66. *Alexandre de Moraes lembra que:*

“A importância histórica desse princípio, em defesa da propriedade individual, vem ressaltada pela previsão no item 12 da Magna Charta Libertatum, outorgada por João Sem Terra em 15 de junho de 1215, nos seguintes termos: “não lançaremos taxas ou tributos sem o consentimento do conselho geral do reino (commue concilium regni), a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro o nosso filho mais velho e para celebrar, mas uma única vez, o casamento da nossa filha mais velha; e esses tributos não excederão limites razoáveis. De igual maneira se procederá quanto aos impostos da cidade de Londres” (Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, 9ª. Ed., Atlas, São Paulo, 2013, p. 1771).

derrotados curvam-se à decisão da maioria— prevaleceu a tese de que antes da EC n. 20/98 apenas as receitas “operacionais” e não “as não operacionais” poderiam integrar a base de cálculo de contribuições sociais⁶⁷.

Feitas estas considerações, passo a responder às diversas questões formuladas pela consulente:

*1 - O artigo 2º da Lei 7689/88, com redação dada pelo artigo 2º da Lei 8034/90 em conjunto com os demais fundamentos da CSLL, remete a apuração da base de cálculo da contribuição para o resultado apurado segundo as normas da Legislação Comercial, regra idêntica à definição das bases de cálculo do IRPJ conforme previsto no parágrafo 1º do artigo 247 do RIR/99, e artigo 250 inciso II RIR/99. Por sua vez os artigos 277, 278, 279 e 280 do RIR/99 fazem referência aos artigos 11 e 12 do Decreto-Lei 1598/77, destas as que importam no caso concreto são o parágrafo segundo do artigo 11, o caput do artigo 12.; a primeira determina que será classificado como lucro operacional as **operações que constituam objeto da pessoa jurídica** a segunda define que **receita bruta é o produto das operações em conta própria**. Por fim o inciso II do artigo 249 e o artigo 288, ambos do RIR/99, respectivamente versam sobre o tratamento nas hipóteses de infração às normas da legislação comercial e às normas tributárias⁶⁸. A par desta fundamentação legal, que foi a utilizada na autuação do IRPJ,*

67. O Ministro Marco Aurélio, no referido julgamento, assim sintetizou a questão:

“Descabe, também, partir para o que seria a repriminção, a constitucionalização de diploma que, ao nascer, mostrou-se em conflito com a Constituição Federal. Admita-se a inconstitucionalidade progressiva. No entanto, a constitucionalidade posterior contraria a ordem natural das coisas. A hierarquia das fontes legais, a rigidez da Carta, a revelá-la documento supremo, conduz à necessidade de as leis hierarquicamente inferiores observarem-na, sob pena de transmudá-la, com nefasta inversão de valores. Ou bem a lei surge no cenário jurídico em harmonia com a Constituição Federal, ou com ela conflita, e aí afigura-se írrita, não sendo possível o aproveitamento, considerado texto constitucional posterior e que, portanto, à época não existia. Está consagrado que o vício da constitucionalidade há de ser assinalado em face dos parâmetros maiores, dos parâmetros da Lei Fundamental existentes no momento em que aperfeiçoado o ato normativo” (RE 390.840-MG).

68. Estão os dispositivos citados assim redigidos:

Lei 7689/88 – art. 2º:

a Consulente entende, que sem olvidar as deliberações de entrega das

“Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;
b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;

c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: (Redação dada pela Lei n. 8.034, de 1990)

1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei n. 8.034, de 1990)

2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base; (Redação dada pela Lei n. 8.034, de 1990)

3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; (Redação dada pela Lei n. 8.034, de 1990)

4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei n. 8.034, de 1990)

5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; (Incluído pela Lei n. 8.034, de 1990)

6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base. (Incluído pela Lei n. 8.034, de 1990)

§ 2º No caso de pessoa jurídica desobrigada de escrituração contábil, a base de cálculo da contribuição corresponderá a dez por cento da receita bruta auferida no período de 1º janeiro a 31 de dezembro de cada ano, ressalvado o disposto na alínea b do parágrafo anterior.”;

Decreto 3.000/99 (RIR/99):

Art. 247. [...]

§ 1º A determinação do lucro real será precedida da apuração do lucro líquido de cada período de apuração com observância das disposições das leis comerciais (Lei n. 8.981, de 1995, art. 37, § 1º).

Art. 249. Na determinação do lucro real, serão adicionados ao lucro líquido do período de apuração (Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, art. 6º, § 2º):

[...]

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.

Art. 250. Na determinação do lucro real, poderão ser excluídos do lucro líquido do período de apuração (Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, art. 6º, § 3º):

[...]

II - os resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores incluídos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Decreto, não sejam computados no lucro real;

*ações Bovespa e BM&F, **que a reclassificação fiscal** destas operações, já demonstradas contabilmente como separadas do objeto social conforme as normas atendidas do Bacen pelo registro em conta de Outros Bens Não de Uso – que identifica os bens não utilizados no cumprimento do objeto social, **não tem amparo legal**; a uma porque não é compatível com as deliberações da sociedade que as excluíram do objeto social; a duas porque trataram-se de operações realizadas por conta e ordem do*

Art. 277. Será classificado como lucro operacional o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica (Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, art. 11).

Parágrafo único. A escrituração do contribuinte, cujas atividades compreendam a venda de bens ou serviços, deve discriminar o lucro bruto, as despesas operacionais e os demais resultados operacionais (Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, art. 11, § 1º).

Art. 278. Será classificado como lucro bruto o resultado da atividade de venda de bens ou serviços que constitua objeto da pessoa jurídica (Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, art. 11, § 2º).

Parágrafo único. O lucro bruto corresponde à diferença entre a receita líquida das vendas e serviços (art. 280) e o custo dos bens e serviços vendidos - Subseção III (Lei n. 6.404, de 1976, art. 187, inciso II).

Art. 279. A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia (Lei n. 4.506, de 1964, art. 44, e Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, art. 12).

Parágrafo único. Na receita bruta não se incluem os impostos não cumulativos cobrados, destacadamente, do comprador ou contratante, dos quais o vendedor dos bens ou o prestador dos serviços seja mero depositário.

Art. 280. A receita líquida de vendas e serviços será a receita bruta diminuída das vendas canceladas, dos descontos concedidos incondicionalmente e dos impostos incidentes sobre vendas (Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, art. 12, § 1º).

Art. 288. Verificada a omissão de receita, a autoridade determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período de apuração a que corresponder a omissão (Lei n. 9.249, de 1995, art. 24).

Decreto-lei 1598/77:

Art. 11 - Será classificado como lucro operacional o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica.

[...]

§ 2º - Será classificado como lucro bruto o resultado da atividade de venda de bens ou serviços que constitua objeto da pessoa jurídica.

Art. 12 - A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados. (Vide Medida Provisória n. 627, de 2013) (Vigência)

[...].

*sócio, a três porque foram realizadas sob os auspícios, demonstrado pelo fisco federal, do Banco Central do Brasil dentro de sua competência legal e cujos atos confirmam a regularidade contábil da corretora, a quatro porque não se pode falar em postergação dos efeitos, para a data da aprovação do Bacen, dos regulares registros contábeis no tempo, para o qual não tem competência legal o fisco federal, e a cinco porque a não aceitação da escrituração contábil da corretora realizadas de acordo com a legislação comercial e consistentes com os critérios contábeis determinados às instituições financeiras representaria perversão das determinações legais. **Sendo forçoso concluir**, em face de não ter ocorrido qualquer das hipóteses de aplicação do tratamento tributário fundamentado pela fiscalização, **que não houve infração fiscal nenhuma**, por isso pugnou pela falta de tipificação e nulidade da autuação. **Está correta a percepção legal da instituição?***

Agiu corretamente a instituição. A SRFB, ao pretender desconsiderar as operações, tornando “receita” o que receita não foi da consulente, à evidência aplicou, sem declará-lo, a norma antielisão para fazer incidir, na sua forma de contabilização, dispositivos inaplicáveis à hipótese. Os cinco argumentos fáticos apresentados pela consulente fulminam a hipótese de imposição CRIADA pelo Fisco, contra o artigo 150, inciso I, da CF, 109 e 110 do CTN, contra os registros de todos os atos nos Registros de Comércio, contra a supervisão da CVM, e a homologação dos atos pelo Banco Central, com efeitos “ex tunc”. Tais atos valerem sempre, “ab initio”, desde a primeira deliberação assemblear.

1b - É correta, a par das normas tributárias, o lançamento desta autuação sem a ocorrência e fundamentação de qualquer das hipóteses em abstrato, sobretudo considerando o perfeito atendimento às normas contábeis emanadas pelo Bacen?

Já respondida na anterior. A norma antielisão desconsiderativa, rejeitada pelo Congresso, mas aplicada pela Fiscalização, mencionando o motivo (falta de objeto negocial) sem mencionar o fundamento, não se

aplica ao caso presente. Com todo o respeito que a fiscalização merece, criar nova hipótese não prevista em lei, contra o princípio da estrita legalidade, tipicidade fechada, reserva absoluta da lei, e aqueles do direito privado - artigos 121, 125, 126 e 130 do Código Civil - e contra as homologações DE TODAS AS OPERAÇÕES COM EFICÁCIA “EX TUNC” desde as declarações assembleares, pelos registros mercantis e Banco Central, sob a supervisão da CVM, é criar hipótese de incidência fiscal imaginária. Incorretíssimo, ilegítimo, ilegal e inconstitucional o lançamento.

2 - A Consulente entende que as hipóteses “omissão de receitas”, estão descritas nos artigos 281 a 287 do RIR/99 – curiosamente não insertos na fundamentação legal da autuação – eis que não infringidos. Por sua vez o artigo 288 do RIR/99, seguindo função fim de norma penalizadora que primeiro tipifica a infração em abstrato depois determina/autoriza o tratamento aplicável, é apenas o tratamento previsto para ocorrência em concreto de qualquer das hipóteses elencadas. Não houve infração nenhuma, por isso a pugnou pela falta de tipificação e nulidade do ato. Está correta esta percepção legal!⁶⁹

Não houve omissão de receitas, como explicado no corpo do parecer. Toda a questão reside em ter a Fiscalização dado eficácia “ex nunc” a operações com eficácia “ex tunc”. As receitas auferidas nas alienações dos títulos patrimoniais, por desnecessários, pela consulente a seu sócio, transformados em ações e alienadas posteriormente, foram receitas deste, não tributadas na redução, e tributadas pelo ganho de capital da pessoa física, nas operações subseqüentes. Tributo o Fisco uma “omissão de receita” inexistente. A homologação do Banco Central, com eficácia “ex

69. Repito a dicção do artigo 288 do RIR/99:

“Art. 288. Verificada a omissão de receita, a autoridade determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período de apuração a que corresponder a omissão (Lei n. 9.249, de 1995, art. 24).”

tunc”, demonstrou que não entendeu que as operações que resultaram em reduções, foram operações ilegais.

*3 – A Consulente entende que mérito das autuações cingiu-se à interpretação dos efeitos da aprovação do Banco Central do Brasil e a questão da eficácia dos atos societários e não a quaisquer defeitos existentes demonstrações contábeis preparadas segundo as regras da Legislação Comercial, somadas às determinações do Banco Central do Brasil, em que não foi apontado nenhum óbice. **A que critérios objetivos é subordinada a autoridade fiscalizadora para apuração das bases de cálculo do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS?***

Como demonstrado, no curso do presente parecer, todas as operações realizadas pela consulente foram legais, assim reconhecidas pelos registros mercantis e pelo Banco Central.

A ideia de que a homologação –e uso propositalmente este termo, pois os efeitos do ato de aprovação do Banco Central são “ex tunc”, ou seja, validam as operações “ab initio”— SÓ PASSARIA A DAR VALIDADE AOS ATOS a partir do momento em que exarada, não resiste, pois implicaria concluir que a sucessão de atos que levaram a conformação jurídica final de todas as operações (ato homologatório), não teria existido.

É que se um ato final só tem validade e eficácia no momento de sua realização, todos os outros atos que o geraram, com autonomia decisória, seriam inexistentes. Ora, o ato final não poderia existir, se inexistentes os atos anteriores, que concorreram para sua conformação. Não se constrói um prédio de vinte andares, sem que tenham sido construídos os dezoito andares anteriores. Se estes não existirem, também não existirá o vigésimo andar.

Ao concluir, o Fisco, ter eficácia “ ex nunc” a aprovação da radiografia final da operação pelo BACEN, todos os atos condicionados para aprovação definitiva resultam provados. Um ato inexistente anteriormente não poderia gerar um ato que se torna existente, para efeitos do Banco

Central, no momento de sua homologação. Ao homologar a sucessão de operações de que resultou a configuração final, considerou, o Banco Central, válidos no tempo todos os atos contestados pelo Fisco e que produziram a aprovação da entidade monetária⁷⁰.

É de se indagar: como atos com validade, vigência e eficácia “*ex tunc*” homologados pelo Banco Central poderiam ser desconsiderados por norma antielisão REJEITADA PELO CONGRESSO NACIONAL (artigos 13 a 19 da MP 66/02), para gerar tributação impossível sobre pretendidas receitas inexistentes, e não reconhecidas pelo Banco Central e nem contabilizados pela consulente, nos termos do que pretende o Fisco? Os critérios utilizados pela Receita foram, sem tê-lo expressamente dito, os do art. 14, §§ 1º e 2º, da rejeitada MP 66/02, que repito:

Art. 14. São passíveis de desconsideração os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

§ 1º Para a desconsideração de ato ou negócio jurídico dever-se-á levar em conta, entre outras, a ocorrência de:

I - falta de propósito negocial; ou

II - abuso de forma.

§ 2º Considera-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa, para os envolvidos, entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato.

[...] (grifos meus),

70. *Leia-se o artigo 696 do CC sobre os negócios em comissão:*

“Art. 696. No desempenho das suas incumbências o comissário é obrigado a agir com cuidado e diligência, não só para evitar qualquer prejuízo ao comitente, mas ainda para lhe proporcionar o lucro que razoavelmente se podia esperar do negócio.

Parágrafo único. Responderá o comissário, salvo motivo de força maior, por qualquer prejuízo que, por ação ou omissão, ocasionar ao comitente.”

dispositivo que foi banido do cenário jurídico nacional.

3.1 - Para os fins fiscais a autoridade fiscal pode simplesmente desconsiderar as demonstrações contábeis efetuadas conforme procedimentos fiscalizados e aprovados pelo Bacen?

A resposta é simplesmente NÃO. O Secretário da Receita Federal não é o Banco Central, única entidade hábil para definir o que pode ou não ser aprovado, numa alteração societária sob seu controle e fiscalização. Ao substituir o Banco Central, CVM e registros comerciais, a autoridade fiscal pretendeu incinerar a vigência, eficácia e validade dos artigos 109 e 110 do CTN e 121, 125, 126 e 130 do Código Civil, sobre ressuscitar, sem poderes legislativos próprios, os artigos 13 a 19 da MP 66/02.

4 – É basilar que as normas do código civil acerca da eficácia nas reduções de capital destinam-se à proteção aos “terceiros” diretamente relacionados ao ato jurídico. É correto fundar autuações fiscais em suposta falta de eficácia de atos não apostos ao fisco?

Como na resposta anterior, a eficácia provisória dos atos praticados tornou-se definitiva pela inexistência de terceiros CONTRÁRIOS À SUA REALIZAÇÃO. A lei civil, quando se refere a valer para “terceiros” a partir do momento em que estes tenham conhecimento, ofertando-lhes prazo para impugnação, objetivou, “à evidência mais evidente” proteger aqueles que tenham interesse nas operações, sem terem conhecimento direto delas. Por isto é que APENAS A ESTES É DESTINADA A NORMA CIVIL DE PROTEÇÃO. Em relação a todos os demais, os atos deliberativos têm eficácia provisória. Como não houve qualquer “terceiro” interessado em desfazer as operações, a eficácia provisória tornou-se plena, mediante as homologações dos órgãos do sistema mercantil e de aprovação pelo Banco Central, atribuindo-lhes, portanto, vigência, validade e eficácia “ex tunc”.

4.1 - O fisco insere-se entre estes “terceiros”?

O Fisco não se insere entre estes terceiros, pois seu único interesse é receber tributos sobre fatos geradores instituídos por leis, e não interferir, - se as operações são legítimas e legais e ganharam eficácia definitiva com homologação “ex tunc” dos atos praticados— na conformação dos atos mercantis. Não ao Fisco foi dirigida a lei civil, mas aos atos privados das relações negociais. É de se lembrar que as operações ocorreram, tendo a homologação —que, repito, à exaustão-- “ex tunc”, lhes dado eficácia definitiva “ab initio”.

5 – Um dos pilares da atuação é que às ações alienadas nos IPOs eram disponibilidade jurídica da corretora, tese que implicaria aceitar que houve perda do objeto das reduções de capital aprovadas pelo Banco Central do Brasil. É legal o fundamento de atuação fiscal vinculada ao suposto desatendimento de norma não fiscal, ao revés da posição do próprio órgão competente?

Com a aprovação pelo Banco Central, com eficácia “ex tunc” de todas as operações realizadas (reduções e aumentos de capital) claro e definitivo ficou o retrato contábil da consulente. Não houve qualquer perda de objeto, nas reduções e aumentos de capital.

Como nas respostas anteriores, a competência para dizer se as operações foram válidas ou não é exclusivamente do Banco Central e não da Receita Federal. Por outro lado, a Receita Federal não pode desconsiderar operações aprovadas pelo Banco Central, tendo-as por não existentes, com base no artigo 14 da MP 66/02— embora não citado expressamente--, pois essa norma foi rejeitada. Houve propósito comercial, na medida em que a Consulente deixou de precisar detê-los, no momento em que os títulos patrimoniais se tornaram desnecessários para atuação no mercado. Mesmo que não houvesse, entretanto, a falta de propósito comercial não invalidaria a operação, por força de o artigo que autorizaria a exigên-

cia desse requisito (14 da MP 66/02) ter sido rejeitado pelo Congresso, vigendo por 60 dias apenas.

Prevalece a forma jurídica aceita e homologada pelo Banco Central, e não aquela criada pela Receita Federal. A eficácia da aprovação do BACEN é “ex tunc”.

6 – Entendemos que pela falta de permissivo legal para a descon sideração jurídica de atos societários realizados, o fisco efetuou descon sideração jurídica indireta destes atos ao simplesmente ignorar os efeitos jurídicos destes atos. Este entendimento da consulente está correto? Existe dispositivo legal infringido pelo fisco?

Já respondido no corpo do parecer e na resposta anterior. Ao desconsiderar as operações, criou “novas operações”, que não foram aquelas aprovadas pelo Banco Central “ex tunc”.

A descon sideração seguiu a sinalização da MP 66/02, rejeitada pelo Congresso, não havendo norma que até hoje regulamentasse o parágrafo único do artigo 116 do CTN, na redação da LC. 104/01. Em alguns aspectos da LC 104/01, a regulamentação pode ter ocorrido apenas agora (MP 627/13), vale dizer, posteriormente à autuação.

Correto, portanto, o entendimento da consulente. À falta de fundamentação legal para descon siderar as operações, feriu, o Fisco, o mais relevante dos princípios estabelecidos na Constituição Federal, ou seja, o inciso I do artigo 150, a saber: o princípio da legalidade, que reitero:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; [...].

Lembro que esse princípio abrange os princípios da estrita legalidade, tipicidade fechada e reserva absoluta da lei fiscal.

*7 – Entre os argumentos e fundamentos da autuação não existe qualquer apontamento de ilegalidade nas alterações societárias. **Reputando-se atos jurídicos perfeitos, existe norma tributária que autorize o Fisco a dissociar os efeitos fiscais dos próprios atos?***

Na mesma linha do exposto no corpo das respostas anteriores, tendo sido os atos – todos eles, sem exceção – homologados “ex tunc” pelo BACEN e pelos registros comerciais, sobre terem sido praticados sobre a supervisão da CVM, não poderiam ser desconsiderados pela Fiscalização. Como o foram, foram-no SEM QUALQUER DISPOSIÇÃO LEGAL A AUTORIZAR A AÇÃO DO FISCO, não só pela rejeição da MP 66/02 (artigos 13 a 19), mas principalmente porque a LC 104/01 (art. 116 § único do CTN) ainda carece de regulamentação e os aspectos dela positivados pela MP 627/13 são posteriores, não havendo como fazê-los retroagir.

A própria retroatividade pretendida pela referida MP 627/13, no concernente às disponibilizações de resultados no exterior, são inconstitucionais, por violarem o artigo 5º inciso XXXV da Lei Suprema. Mas não dizem respeito às operações analisadas neste parecer.

Fere, a autuação, portanto, o princípio da legalidade, em face de imposição sem base legal para o lançamento realizado. Pretender dar eficácia “ex nunc” ao ato homologatório, seria eliminar todos os aumentos e reduções, o que vale dizer, tornar inexistentes operações sob condição, que se aperfeiçoaram definitivamente e “ab initio” com a homologação.

*8 – No recolhimento do IR sobre o ganho de capital nas alienações por conta e ordem a corretora atuou como responsável tributário da operação, efetuando retenção e recolhimento do imposto incidente. **Este procedimento tem amparo legal?***

Sim. De rigor, agia a consultante como mandatária, após a deliberação assemblear de redução do capital, na forma de comissária do acionista beneficiário da parcela do capital devolvida. Desta forma, foi reconhecida a deliberação assemblear que permitiu a redução, pelo Banco

Central, razão pela qual ao atuar como atuou, em relação ao ganho de capital obtido por seu acionista, em seu nome e por sua conta e ordem, recolheu o tributo devido (IR por ganho de capital). Pelo exame dos documentos, das atas e decisões tomadas pela empresa e os documentos representativos da atuação em nome e por conta e ordem de acionista nas respectivas alienações, é de se entender que agiu corretamente.

9 – Entre as razões elencadas para a reclassificação do resultado das IPO para a corretora, da pessoa física para a jurídica a inexistência de motivações extratributárias. Considerando os fatos e documentos a alegação tem amparo legal?

Não. Como já, à saciedade, referido no corpo do presente parecer, as motivações extratributárias são irrelevantes, para definir a relação jurídico-tributária. As operações realizadas, mesmo que impliquem redução de tributo, mas correspondendo aos ditames legais, não podem ser desconsiderados⁷¹. Os artigos 13 a 19 da MP 66/02, que permitiam a desconsideração, foram rejeitados pelo Congresso Nacional. Lembro que, no direito tributário, a figura da desconsideração somente é admitida por imputação normativa (ex-distribuição disfarçada de lucros) e nunca por conformação jurisprudencial ou por decorrência de interpretação da

71. *Leia-se a conclusão do 13º Simpósio Nacional de Direito Tributário:*

“3ª PERGUNTA: *A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica é contemplada pela legislação e jurisprudência tributárias?*

PLENÁRIO: *Não existe, na legislação tributária brasileira, dispositivo expresso algum que preveja a aplicação genérica da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica.*

Embora algumas decisões em matéria tributária façam referência à doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, a jurisprudência não é conclusiva quanto à sua aplicabilidade neste campo.

Entende-se impossível a adoção da doutrina pela jurisprudência sem expressa autorização legal específica.

Aprovado por maioria.” (Capacidade contributiva, Caderno de Pesquisas Tributárias – vol. 14, coed. Ed. Resenha Tributária/Centro de Extensão Universitária, São Paulo 1989, p. 494).

autoridade administrativa. Ao contrário do direito privado, que permite as duas hipóteses, o princípio da “estrita legalidade” impede seja desconsiderada, sem tipo legal definido, uma operação que segue os ditames da lei. Em direito tributário, a interpretação da lei implica tê-la como “scrita” e aplicá-la de forma “stricta”, como expliquei no início do parecer.

No procedimento adotado pela Consulente, há, entretanto, nítidas motivações, entre elas, a desnecessidade de detenção dos títulos patrimoniais para operar no mercado. Mesmo que não houvesse, a operação seria legal, como o próprio BACEN reconheceu, com a aprovação “ex tunc” de todas as operações.

*10 – Os atos societários realizados na pendência da aprovação do Banco Central estavam a esta vinculados. Com a aprovação, considerando as atribuições e competências do órgão, os efeitos alcançaram os atos desde a origem. **Está correto este entendimento?***

Como explicitado no corpo do parecer, a homologação ou aprovação do BACEN tem eficácia “ex tunc”, pois, caso contrário, haveria dois tipos simultâneos e conflitantes de operações de redução e aumento de capital, antes e depois da aprovação. Em outras palavras, se os efeitos da homologação fossem “ex nunc”, as reduções e aumentos não existiriam e tampouco suas conseqüências formais, com o que a aprovação faria conviverem em conflito permanente soluções jurídicas diferentes para a mesma operação. Por esta razão é que o exame do Banco Central poderia ser de dupla natureza: ou a) negativa de reconhecimento das operações, por oposição de terceiros contrários à redução do capital, com o que invalidaria todas as operações e teria o Fisco razão; ou b) a aprovação de todas as operações “ex tunc” e “ab initio”, desde o momento das assembleias redutoras e de aumento de capital, com o que o Fisco não teria qualquer razão, porque matéria da competência exclusiva do BACEN e não da SRFB.

Como houve a aprovação, o entendimento da consulente é correto.

10-1 A aprovação percluiu pretensão fiscal?

A aprovação pelo BACEN, de rigor, autêntica homologação da juridicidade de todos os atos mercantis e fiscais, gerou a preclusão de qualquer pretensão fazendária. A matéria não é apenas de direito processual, mas aplicável ao direito administrativo⁷².

11 – A instituição recebeu instruções formais do sócio beneficiário das ações objeto das reduções de capital. O documento formulado preenche os requisitos para o caso? Era dispensável? Caracterizou a operação por conta e ordem? Este fato é oponível ao fisco?

O documento é suficiente. A meu ver, seria dispensável, pois a ata da Assembleia Geral já o estaria, tacitamente, admitindo até a homologação –prefiro este termo-- dos atos assembleares pelo BACEN.

A cautela da consulente, todavia, de providenciar a procuração, para mostrar que estava agindo por “conta e ordem” do sócio beneficiário, conformou, definitivamente, que a transferência dera-se, embora de forma provisória até a eliminação de qualquer eventual impugnação de terceiro interessado quanto à redução, pela decisão da assembleia.

Não sendo mais detentora das ações objeto da redução de capital, só poderia agir, a consulente, por conta e ordem do sócio beneficiário.

Tal fato é oponível ao Fisco, no sentido de que a operação realizada, nos termos da legislação civil, não poderia ser transformada em “opção diversa”, exclusivamente para efeitos de gerar tributação. Ou valeria a operação reconhecida pelo BACEN, que torna a atuação da consulente atuação por conta e ordem, ou operação diversa, pretendida pelo Fisco,

72. Maria Helena Diniz ensina:

“PERCLUSÃO. Direito processual. Preclusão, ou seja, impossibilidade de praticar ato que não se efetivou no momento oportuno ou dentro do prazo devido.” (Dicionário jurídico, Ed. Saraiva, volume 3, São Paulo, 1998, p. 566).

como de não redução de capital, analisando-se a decisão assemblear, O QUE NÃO FOI RECONHECIDO PELO BACEN. Em outras palavras, em face da verdade material dos fatos, a atuação da consulente por conta e ordem do sócio beneficiário é oponível ao Fisco, proibido de alterá-la “pro domo sua”, em decorrência das vedações dos artigos 109 e 110 do CTN.

12 – No caso concreto, quem é o sujeito passivo direto das obrigações tributárias sobre o ganho nas alienações nos IPO, conforme preceitua o CTN?

Por tudo o que foi atrás dito, sendo o sócio beneficiário o detentor das ações decorrentes de redução do capital e negociadas pela consulente por conta e ordem dele, é ele o sujeito passivo da relação tributária, por força do artigo 121 do CTN, e pois deveria, como o fez, pagar o imposto de renda sobre ganho de capital⁷³.

13 – É possível apontar na ação da fiscalização e nos autos de infração violação a ditames constitucionais? Quais?

O CTN é uma lei com eficácia de lei complementar, que explicita a Constituição Federal. Diversos dispositivos dela foram atingidos pela atuação fiscal, principalmente no que concerne a violação dos princípios vedadores (normas gerais) de alteração de institutos, princípios e normas

73. O artigo 121 do CTN está assim redigido:

“Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.”

de direito privado. Finalmente, o principal princípio atingido pela autuação fiscal é o da legalidade, exposto no artigo 150 inciso I da CF.

Pelo volume da autuação, desconsiderando as operações realizadas, houve o efeito confisco, vedado pelo inciso IV do artigo 150 da CF, e ofensa à capacidade contributiva da consulente, Tanto que, se prosperar a autuação – o que se admite por exclusivo raciocínio pelo absurdo – eliminada estaria a própria empresa, pois o valor exigido pelo fisco é superior ao seu patrimônio e capacidade de atuar.

Sobre a vedação ao efeito confisco já escrevi:

Não é fácil definir o que seja confisco, entendendo eu que sempre que a tributação agregada retire a capacidade de o contribuinte se sustentar e se desenvolver (ganhos para suas necessidades essenciais e ganhos superiores ao atendimento destas necessidades para reinvestimento ou desenvolvimento) estar-se-á perante o confisco.

Na minha especial maneira de ver o confisco, não posso examiná-lo a partir de cada tributo, mas da universalidade de toda a carga tributária incidente sobre um único contribuinte.

Se a soma dos diversos tributos incidentes representa carga que impeça o pagador de tributos de viver e se desenvolver, estar-se-á perante carga geral confiscatória, razão pela qual todo o sistema terá que ser revisto, mas principalmente aquele tributo que, quando criado, ultrapasse o limite da capacidade contributiva do cidadão.

Há, pois, um tributo confiscatório e um sistema confiscatório decorrencial. A meu ver, a Constituição proibiu a ocorrência dos dois, como proteção ao cidadão⁷⁴.

Creio que apenas estes dois dispositivos são suficientes para demonstrar a leviandade do lançamento realizado, embora outros pudessem ser

74. *O sistema tributário na Constituição*, 6ª. Ed., Ed. Saraiva, 2007, p. 281/2.

elencados, como, por exemplo, da ampla defesa (LV do artigo 5º)⁷⁵, na eventualidade de ser obrigada, para discussão judicial, a depositar o que não tem ou aportar patrimônio que não possui, para contestar ação de execução fiscal —algo que se admite exclusivamente, como disse, por mero espírito de argumentação pelo absurdo.

Com relação à incidência de PIS/COFINS.

14 – Conforme o entendimento da Consulente expresso nos quesitos 1 e 2 desta consulta, está correta a autuação Fiscal para o PIS e a COFINS? Pode-se afirmar que a autuação padece do vício de nulidade?

Entendo que não. À evidência, a receita não foi auferida pela empresa, como, por várias vezes, repeti neste parecer.

Se fosse, todavia, seria receita não operacional, não passível de tributação, com base na lei 9781/98, que foi considerada inconstitucional, pois aprovada antes da E.C. n. 20/98. Como já mencionei, ao sustentar essa tese perante o STF, ela restou vencedora, ficando claro que, à época em que a referida lei foi promulgada, a base de cálculo, nos termos da Constituição então vigente, era apenas o faturamento e o faturamento, na interpretação da Suprema Corte, referia-se apenas às receitas operacionais.

75. O artigo 5º, inciso LV. Tem a seguinte dicção:

“LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; ...”, tendo Celso Ribeiro Bastos escrito sobre ele: “Com efeito, além de tornar certo que o preceptivo se volta aos litigantes em processo judicial, conferiu igual destinação aos envolvidos em processos administrativos. Essa inclusão foi extremamente oportuna porque veio consagrar uma tendência que já se materializava em nosso direito, qual seja: a de não dispensar essas garantias aos indiciados em processos administrativos. Embora saibamos que as decisões proferidas no âmbito administrativo não se revestem do caráter de coisa julgada, sendo passíveis portanto de uma revisão pelo Poder Judiciário, não é menos certo, por outro lado, que já dentro da instância administrativa podem perpetrar-se graves lesões a direitos individuais, cuja reparação é muitas vezes de difícil operacionalização perante o Judiciário” (grifos meus) (Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol., Ed. Saraiva, 2004, p. 289).

Por outro lado, alienar parte do capital não constitui receita, pois seria a troca de bem da empresa por outro bem, no caso, dinheiro, da mesma forma que não é receita o aumento de capital com a integralização de novos valores. Desta forma, a troca de bens (ações por dinheiro), vale dizer, o próprio ativo permanente, ou seja, bens não de uso, SE AS AÇÕES AINDA PERTENCESSEM À EMPRESA – que não pertenciam, por decorrência da redução de capital – não geraria receita operacional, com o que seria afastada a imposição com base no RE 390.840-5-MG, já atrás mencionado, em que se lê, em parte da Ementa, o seguinte:

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PIS – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI N. 9718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional n. 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei n. 9718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada⁷⁶.

*15– O fisco alega que o resultado das alienações ocorridas trata-se de receita operacional típica da atividade da corretora. As ações foram; i) recebidas em substituição aos anteriores títulos patrimoniais registrados a longa data no ativo permanente da sociedade, ii) estavam registradas em conta de Bens Não de Uso, destinada ao registro dos bens não utilizados para o objeto social, em virtude das reduções de capital, e iii) eventual receita seria decorrente de “reclassificação” fiscal da operação da pessoa física para a pessoa jurídica. **Sem questionar o mérito da titularidade das ações, estas receitas caracterizam-se como típicas da atividades e são sujeitas à incidência do PIS e da Cofins?***

76. Tribunal Pleno, Coord. De Análise de Jurisprudência, DJ. 15/08/2006, Emendatário 2242-3, 09/11/2005.

A resposta já foi dada na questão anterior. Não são receitas operacionais, pois não estavam entre bens de uso, mas constituíam o próprio ativo permanente, antes da redução de capital. Acrescento que a lei elencada pela fiscalização (9781/98) foi considerada inconstitucional pela Suprema Corte, tendo, na ementa, transcrita na parte que interessa na resposta 15, caracterizado tais receitas como não operacionais. A função da corretora – se válida fosse a tese fazendária que desconsiderou as reduções de capital – não é vender seu próprio patrimônio, mas negociar com patrimônio de terceiros.

Com relação à Desmutualização

*16 – O artigo 2033 do cc e incisos dispõe que o instituto da cisão, salvo legislação especial, aplica-se às associações. Por sua vez, o artigo 61 do cc veda a destinação do patrimônio de entidade isenta, na **dissolução**, para entidades lucrativas. Considerando que o instituto da dissolução difere do instituto da cisão e ainda que a cisão foi aprovada⁷⁷ da CVM, **ocorreu devolução tributável de capital de entidade isenta, conforme previsto nos artigos 16 e 17 da Lei 9532/97, como alega o fisco?***

A matéria correspondente à desmutualização é neutra, para a consultante, na medida em que, ao receber, o sócio beneficiário, a devolução do capital pelo valor histórico, e ao aliená-lo, pagou o imposto de renda sobre o respectivo ganho de capital sobre o valor da alienação a terceiros. É de se lembrar que o § único, do artigo 16 claramente permite, na cisão, seja a operação feita pelo valor de aquisição, visto que se divide a instituição⁷⁸. Por outro lado, a cisão é permitida para as associações⁷⁹.

77. *Importante citar que as peças impugnatórias não tomaram esta linha de argumento, apesar de reiterar que a cisão foi legal justamente nos termos do entendimento integrado do artigo 2033 do CC.*

78. *O § único do art. 16 da Lei 9532/97 tem a seguinte dicção:*

“§ 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.”

79. *“Art. 2.033 do CC. 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.”*

Acresce-se que todo o capítulo das associações civis tem sido reestudado, não sendo aplicado, sem exceções exegéticas, a toda e qualquer associação.

Assim é que a exigência de deliberação de Assembleia Geral, do art. 59 do Código Civil – cujo texto não admite exceções – foi afastada para os clubes de futebol, onde o número de associados é tão grande, que nunca haveria a possibilidade de tais assembleias realizarem-se como consta do artigo mencionado⁸⁰.

Assim é que os dois únicos autores vivos, à época em que o problema foi posto (Ministro Moreira Alves e Miguel Reale) e eu mesmo, para o São Paulo Futebol Clube, elaboramos pareceres, em que mostramos que nem todos os dispositivos da lei poderiam ser aplicados a esse tipo de associação. A tese prevaleceu de tal forma, que cabe ao Conselho Deliberativo e não a todos os associados, eleger a diretoria, sendo confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo⁸¹.

80. *O artigo 59 do CC tem a seguinte dicção:*

“Art. 59. Compete privativamente à assembléia geral: (Redação dada pela Lei n. 11.127, de 2005)

I – destituir os administradores; (Redação dada pela Lei n. 11.127, de 2005)

II – alterar o estatuto. (Redação dada pela Lei n. 11.127, de 2005)

Parágrafo único. Para as deliberações a que se referem os incisos I e II deste artigo é exigida 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 n. 11.127, de 2005)”,

e a sua redação anterior estava assim disposta:

“Art. 59. Compete privativamente à assembléia geral:

I- eleger os administradores; II - destituir os administradores;

III - aprovar as contas; IV - alterar o estatuto. Parágrafo único. Para as deliberações a que se referem os incisos II e IV é exigido o voto concorde de dois terços dos presentes à assembléia especialmente convocada para esse fim, não podendo ela deliberar, em primeira convocação, sem a maioria absoluta dos associados, ou com menos de um terço nas convocações seguintes”.

81. *“Por fim lembro, na mesma linha de raciocínio deste parecer, ementa de decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de relatoria do Desembargador José Roberto Bedran, no Agravo de Instrumento n. 293.980-4/0, cujos termos são os seguintes:*

“Antecipação de tutela. Anulação de eleições de sociedade esportiva. Pedido de suspensão, com designação de novas e nomeação de administrador provisório. Indeferimento. Ausência dos requisitos legais, em especial a verossimilhança. Decisão mantida. Agravo não provido. “O art. 59

Por fim, não houve dissolução das Bolsas, mas cisão supervisionada pela CVM, razão pela qual não houve devolução tributável, mas mera reestruturação dos mesmos ativos, por força da cisão.

No caso do artigo 61 do CC, cuja dicção é a seguinte:

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.

destinada fundamentalmente às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos de benemerência, prevê a destinação do patrimônio para entidades semelhantes, sem impedir, entretanto, que naquelas com finalidade distinta, como a Bolsa de Valores e BM&F, haja a aplicação da cisão, conforme permitido pelo art. 2033, cuja dicção repito:

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.

do novo Código Civil não leva à convicção certa e incontestável de que a eleição dos dirigentes de associações e clubes desportivos, em assembleia geral, respeitados os princípios constitucionais da autonomia de organização e funcionamento (art. 217, I, C.F.) e da liberdade de associação (art. 5º, XVII, C.F.), só possa ser a direta, pelos próprios sócios, e não a indireta, em dois ou mais pleitos” (grifos meus)” (Boletim Doutrina Adcoas, n. 9, mai/2004. p. 175-180).

Com efeito, este artigo é claro em permitir a cisão a todas as pessoas jurídicas nomeadas no artigo 44, cujo discurso é que se segue:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003)

V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei n. 10.825, de 22.12.2003)

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. (Incluído pela Lei n. 12.441, de 2011) (Vigência).

O art. 2033 SÓ PROÍBE A CISÃO SE HOUVER LEI ESPECIAL dizendo em contrário e o Código Civil NÃO É LEI ESPECIAL, mas geral.

Desta forma, nada impede que a cisão ocorra, por força do próprio comando normativo do Código Civil, que o permite.

Poderia, portanto, haver a cisão, que houve, no concernente à Bolsa de Valores e BM&F, pois permitida pela lei civil geral. Mais do que isto, supervisionada pela CVM e aprovada pelo Banco Central, no concernente às operações de seus participantes.

Quanto ao § 1º do artigo 61, que admite a devolução reatualizada da inversão do associado, seria legítimo entender que, se cisão não fosse possível – o que foi –, a expressão “reatualizada”, sem menção a expressão monetária, não excluiria a reatualização em valor em mercado.

Quando, com Gilberto de Ulhôa Canto e Van Hoorn escrevemos, para a International Fiscal Association, o livro “Monetary Indexation in Brazil”, Gilberto, Van Hoorn e eu discutimos longamente o título do livro. Van Hoorn não queria a expressão “correction” de pouca compreensão para os outros países, que corresponderia à nossa “correção monetária”. Queria apenas indexação. Argumentamos com ele que a indexação poderia ter diversos aspectos (a moeda, o custo de vida, o valor de

mercado e outros). Assim sendo, haveria a necessidade de um adjetivo para acrescentar-se à indexação. Tínhamos consciência de que a própria moeda não se corrige, nem se desvaloriza, mas que, para captar a desvalorização do valor intrínseco da moeda o adjetivo “monetária” seria a melhor formulação. Assim, o livro não teve como título nem o que desejávamos “Monetary Correction”, como era admitido, à época, no Brasil, nem simplesmente “Indexation”, como Van Hoorn desejava, sendo veiculada pelo mundo inteiro a experiência brasileira – considerada a mais sofisticada no cenário de então, entre mais de uma centena de países filiados a IFA – sob o título “Monetary Indexation in Brazil”⁸².

Esta linha de raciocínio é que levou o Fisco a entender que houve devolução, que não houve, pelo valor de mercado e que, por esta razão, aplicar-se-ia os artigos 16 e 17 da Lei 9532/97, tendo o STF, por segurança jurídica, considerado ter havido cisão, em que se trocou a forma de ativos da entidade cindida.

Ora, se o raciocínio do Fisco estivesse correto, à evidência, o § 1º, do art. 61 perderia sentido, pois os títulos, numa devolução, representariam o valor da instituição, E NÃO HAVERIA VALOR REMANESCENTE A SER DESTINADO A OUTRAS INSTITUIÇÕES.

E se apenas pelo valor reatualizado desta forma poderia ser feita a devolução dos títulos, o que, repito, não ocorreu pois houve cisão, à evidência, a operação teria que ser desfeita e não existiria.

Ora, se, pelo § único do art. 61, a atualização só poderia ser monetária, pois, caso contrário, não haveria valor remanescente, como faz menção a lei, e se o valor de mercado foi o adotado pela fiscalização para tributar, o que a lei proibia, à nitidez, toda a operação estaria invalidada perante o

82. *Monetary Indexation in Brazil*, coordenação Gilberto de Ulhôa Canto, Ives Gandra Martins e J. van Hoorn Jr, autores: Roberto de Oliveira Campos, Gilberto de Ulhôa Canto, Raphael Bernardo d’Almeida Jr., Ives Gandra Martins, Henry Tilbery, Bernardo Ribeiro de Moraes, Geraldo de Camargo Vidigal, Cássio Mesquita Barros Jr., Ada Pellegrini Grinover e Mauro Brandão Lopes, Ed. International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 1983.

direito e perante o Banco Central, não só para a consulente, mas para todas as empresas que atuavam na Bolsa e participaram da desmutualização.

Fica, portanto, claro que, sendo a operação de desmutualização legal e sendo inaplicável a teoria da devolução por valor de mercado, para efeitos de tributação, o que efetivamente houve foi uma cisão permitida pela lei civil para as associações, e considerada impossível, sem base legal, pelo Fisco. A resposta, portanto, é negativa.

17 – Admitindo-se a suposta devolução de capital e o respectivo ganho de capital como verdadeiros, é fato que as desmutualizações não geraram qualquer disponibilidade financeira para a instituição, ao contrário, o pagamento do imposto representaria redução do capital circulante prejudicial ao objeto social. Neste contexto é legal a definição do fato gerador na data desta desmutualização?

As perguntas deste bloco têm sido apresentadas adotando-se a hipótese de que as operações aprovadas pelo Banco Central não existiram à época em que foram realizadas (reduções, aumentos de capitais e alienações de ações). Como demonstrei no bojo do parecer, tais operações foram legítimas e diante da homologação (aprovação) pelo Banco Central, tiveram validade, vigência e eficácia “ex tunc”, assim como todos os atos ocorridos até então. São respostas, à evidência, tecidas com argumentação por absurdo.

No caso concreto, as desmutualizações não geraram qualquer disponibilidade financeira, para os detentores dos títulos transformados em ações, a saber: para o sócio beneficiário, assim considerado pelo Banco Central, pelo Registro de comércio e pela CVM, supervisora das operações, ou, na visão do Fisco maculadora dos artigos 109 e 110 do CTN, para a consulente.

A devolução, portanto, do capital (títulos patrimoniais transformados em ações) não gerou qualquer disponibilidade financeira para a consulente – repito, já não mais detentora dos títulos patrimoniais –, prevalecendo para a hipótese a Portaria de 1977, cujo texto segue:

Port. MF 785/77 - Port. - Portaria MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA - MF n. 785 de 20.12.1977 - D.O.U.: 23.12.1977

(Dispõe sobre 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.)

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 n. 76.186/75,
RESOLVE

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 n. 1.109/70, art. 3º , § 3º (RIR, art. 237.).

MÁRIO HENRIQUE SIMONSEN.

Por esta razão, NÃO HÁ INCIDÊNCIA DO I.R.P.Q.N.

A solução de Consulta Conta n. 10/07, cuja dicção é a seguinte:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

OPERAÇÃO DE DESMUTUALIZAÇÃO DAS BOLSAS DE VALORES.

O instituto da cisão, disciplinado nos arts. 229 e segs. da Lei n. 6.404, de 1976, e no art. 1.122 da Lei n. 10.406, de 2002, só é aplicável às pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob a forma de sociedade. Às bolsas de valores constituídas sob a forma de associações se aplica o regime jurídico estatuído nos arts. 53 a 61 da Lei n. 10.406, de 2002 (Código Civil de 2002).

O art. 61 da Lei n. 10.406, de 2002, veda a destinação de qualquer parcela do patrimônio das bolsas de valores, constituídas sob a forma de associações, a entes com finalidade lucrativa.

As sociedades corretoras devem avaliar as cotas ou frações ideais das bolsas de valores pelo custo de aquisição.

O fato de a operação de “desmutualização” de associações não encontrar amparo no ordenamento jurídico não obsta a incidência do imposto de renda sobre a diferença entre o valor nominal das ações (da sociedade) recebidas pelos associados (sociedades corretoras) e o custo de aquisição das cotas ou frações ideais representativo do patrimônio segregado das bolsas de valores.

Dispositivos Legais: Lei n. 10,406, de 2002, art. 61; Lei n. 9.532, de 1997, arts. 16 e 17 [...],

alterou ato de maior hierarquia normativa (Portaria).

Ocorre que toda a solução da consulta não examina o Código Civil em todas as suas disposições, como no parecer, e, à luz de sua incorreta exegese, MODIFICOU, POR INTEIRO, A OPERAÇÃO DE DESMUTUALIZAÇÃO, NO CLARO INTUITO DE GERAR “RECEITA TRIBUTÁRIA”. SÓ QUE A SOLUÇÃO DE CONSULTA DA COSIT 10/07 conflita com os atos do Banco Central, homologatórios do parecer da consulente e de outras empresas, tornando-a pois, violadora do CTN (arts. 109 e 110).

Não é, pois, legal, não se aplicando à hipótese os artigos 16 e 17, destinados a outro contexto.

*18 – Para as atualizações dos títulos patrimoniais adotavam-se critérios da Portaria MF n. 785/77 e outros dispositivos que determinavam tratamento diferenciado às atualizações patrimoniais, sem que fossem tributados e sem previsão de controles de saldos no LALUR, para fins de ajustes no período ou no futuro, de forma equivalente aos resultados de equivalência Patrimonial. A solução de consulta RFB COSIT 10/07, além de expressar o entendimento fiscal para a desmutualização, definiu serem tributáveis pelo custo de aquisição os respectivos títulos, na ocorrência de realização, (aí incluído suposto ato de devolução de capital). **Está correto este entendimento fiscal? Mesmo para os saldos de atualizações já incorporados ao capital da sociedade?***

A resposta já está contida na resposta anterior.

Claramente, a Portaria MF n. 785/77 oferta tratamento diferencial, NÃO MODIFICADO PELA LEGISLAÇÃO POSTERIOR, visto que os artigos 16 e 17 da Lei 9532/97 não são aplicáveis, como atrás comentei, à hipótese apresentada pela solução de consulta COSIT 10/07. A alteração é, portanto, ilegal. Tal solução de consulta é, a meu ver ilegal, por ferir ato administrativo superior, que interpreta a legislação do imposto de renda de regência, incluindo a hipótese em questão. A pálida justificativa do novo ato fiscal é que a mudança do C.Civil justificaria a mudança de tratamento. Ocorre, todavia, que a exegese fiscal fere, por parcial e segmentada, o conjunto das normas de direito civil sobre a matéria, tanto assim que o Banco Central entendeu ter havido cisão e não devolução em dissolução dos ativos da Bolsa.

A própria defesa apresentada pela consulente reabre com nitidez o tratamento correto (Portaria de 1977) e as ilegalidades da solução de consulta, entendimento este que hospedo, visto que o que ocorreu, na desmutualização, não foi devolução por extinção da entidade, mas cisão, não havendo, pois, disponibilização financeira adquirida, mas apenas troca de papéis (títulos por ações), sem fato gerador do imposto sobre a renda.

É de se lembrar que todas estas respostas estão sendo dadas, partindo-se do pressuposto de QUE TERIA O FISCO O DIREITO DE DESCONSIDERAR AS OPERAÇÕES APROVADAS PELO BACEN, com eficácia “ex nunc”, sendo a consulente a receptora dos títulos na cisão e não o sócio beneficiário – o que efetivamente não foi o que ocorreu.

E a atualização (saldos), já incorporada ao capital da sociedade, de rigor, com muito mais razão, estaria fora de qualquer exigência.

Repito: quem recebeu as ações resultantes da transformação dos títulos na CVM foi o sócio beneficiário, conforme homologação do BACEN e, NA SUA ALIENAÇÃO A TERCEIROS, o tributo incidente sobre o ganho de capital (valor recebido x valor vendido) foi recolhido pela pessoa física aos cofres do Tesouro. Só neste momento, passou a ser devido o tributo.

Aspectos Gerais

1 - Qual a natureza jurídica e efeitos desta inserta disposição contratual acerca da eficácia, sobre os sócios e sociedade?

A cláusula contratual da eficácia do ato após 90 dias de publicidade, deram vigência e validade à transferência, como expus no bojo do parecer, e eficácia apenas provisória.

A decisão tomada retirou do patrimônio da consulente os respectivos títulos, embora só os devesse entregar após 90 dias de publicidade. Vale dizer, vigeu a partir da deliberação e teve validade, pois não foi anulada por contestação de terceiros não interessados nas reduções.

Desta forma, a deliberação contratual, como esclarecido no bojo do parecer, não retirou a eficácia provisória, de resto respeitada pela consulente, ao representar o sócio beneficiário por sua conta e ordem nos atos de desmutualização.

2 - Considerando estes efeitos, na data da desmutualização as ações/objeto das deliberações eram disponibilidade jurídica de quem?

A disponibilidade jurídica, no dia da desmutualização, como explicado ao longo do parecer, era do sócio beneficiário, pois as assembleias que decidiram as reduções de capital eram já válidas e sua definitividade dependia apenas na ausência de eventual contestação por parte de terceiros não interessados na redução. Como esta contestação não ocorreu, foram eficazes “ex tunc” após a homologação definitiva do Bacen.

É de se lembrar que o Fisco NÃO É O TERCEIRO A QUE SE REFERE A LEI CIVIL, pois obrigado a respeitar as decisões por força dos comandos dos artigos 109 e 110 do CTN. Os terceiros a que se refere a lei civil nos artigos atrás citados, são eventuais clientes credores ou sócios, que não concordem com a redução.

3 – Na pendência da aprovação e da eficácia societária, o sócio beneficiário das reduções de capital poderia solicitar a alienação dos bens objeto por conta e ordem? Sob qual(ais) fundamento(s) legal(ais) e condição(ões)?

Sim. Sendo o beneficiário da redução de capital, mas não podendo ainda receber as ações, que já lhe pertenciam, tinha o poder de solicitar a alienação de tais ações por sua conta e ordem, para tanto habilitando até a homologação “ex tunc” das operações pelo Banco Central.

Não se deve esquecer que mesmo as eventuais contestações de terceiros, aqueles que poderiam reverter a operação, na alienação por conta e ordem das ações, não seriam matéria inviabilizadora da operação, na medida em que, se tivessem ocorrido –o que não aconteceu--, por força da higidez das finanças da consulente, a responsabilidade de ressarcimento de perdas seria do sócio beneficiário.

Em outras palavras, o sócio beneficiário poderia solicitar, como o fez, por conta e ordem, a atuação da consulente, e os fundamentos, como já apresentado no início do parecer, estão no instituto da comissão. Está o comissário autorizado por procuração a proceder a operação, instituto este, de resto, referido no processo que me foi apresentado. Leia-se o disposto no artigo 693 do Código Civil, que repito:

Art. 693. O contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente⁸³.

4 – O implemento das condições societárias, a aprovação do Banco Central e o regular registro dos atos, produzem efeitos jurídicos, (ex-tunc), que retroagem à data de origem dos atos?

83. O artigo 694 tem o seguinte discurso:

“Art. 694. O comissário fica diretamente obrigado para com as pessoas com quem contratar, sem que estas tenham ação contra o comitente, nem este contra elas, salvo se o comissário ceder seus direitos a qualquer das partes.”

A aprovação do BACEN é sempre “ex tunc”. Longamente, discorri sobre a matéria, ao longo deste trabalho. A homologação da instituição monetária, convalidou, definitivamente, todos os efeitos de todas as operações desde a primeira redução de capitais. A ação fiscal, portanto, pretendeu sobrepor-se, sem ter legitimidade para tanto, à decisão DA ÚNICA INSTITUIÇÃO COM PODERES EXPRESSOS PARA HOMOLOGAR OU NÃO TAL TIPO DE OPERAÇÕES.

5 – As operações realizadas por conta e ordem e a transformação dos títulos em ações, ocorridas em momento posterior na pendência das condições, podem ser entendidas como naturalmente vinculadas às alterações societárias? O implemento das condições produz efeitos jurídicos sobre o conjunto dos atos?

Já respondida anteriormente. As operações realizadas foram por conta e ordem do sócio beneficiário, pois TODAS AS OPERAÇÕES DECORRENTES DAS DELIBERAÇÕES ASSEMBLEARES ANTERIORES FORAM HOMOLOGADAS “EX TUNC” pelo Banco Central. As operações por conta e ordem, portanto, não alteraram em nada as deliberações assembleares. É típico contrato de Comissão. Como tais deliberações foram reconhecidas “ex tunc”, as condições suspensivas implantadas “ab initio”, quando afastadas, conformaram, definitivamente, todos os atos realizados pela consulente no desempenho do mandato recebido. Não agiu em nenhum momento, a consulente, em nome próprio, mas nos termos do artigo 693 do Código Civil, em nome do sócio beneficiário.

6 – A primeira alteração contratual citada deliberou a entrega do título patrimonial da Bovespa ao sócio pela redução de capital. Entretanto, em data posterior, na pendência de condições, adveio a desmutualização da Bovespa e o título foi substituído por ações. De acordo com a legislação comercial e societária houve perda do objeto da alteração societária? Estas ações passaram, independente de qualquer outro procedimento, a ser o objeto daquela deliberação? Estes efeitos são oponíveis ao Fisco?

Na mesma linha das respostas anteriores, tendo o sócio beneficiário recebido o título, embora sob uma única condição de remota e eventual oposição de terceiros --que não ocorreria, na convicção dos acionistas que deliberaram a redução, o que, efetivamente, não ocorreu--, passou a ser o detentor real daquele título e posteriormente, com a desmutualização das ações em que o título se transformou, CONFORME DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR, lastreada na motivação de que não mais seria necessária a detenção pela consulente de tal participação, para poder operar na bolsa.

Não houve, portanto, a) perda de objeto de alteração societária; b) tais ações seguiram o regime jurídico daquela deliberação, passando a pertencer ao acionista beneficiário; c) tais efeitos provisórios, reconhecidos pelo registro comercial e pela autoridade máxima em matéria monetária, com eficácia “ex tunc”, mediante sua homologação, é oponível ao Fisco, que agiu em manifesta maculção aos artigos 109 e 110 do CTN, alterando a conformação dos institutos privados, para gerar tributação indevida.

7 – É previsão da legislação comercial que as reduções de capital deliberadas produzam efeitos imediatos no patrimônio da entidade em contrapartida à conta passiva pelas obrigações com o sócio. Este procedimento contábil previsto pela legislação comercial, e inserto nas normas do Bacen, é afirmação legal que os atos societários produzem efeitos jurídicos e contábeis desde a origem? Existe compatibilidade entre a afirmação de que “os atos societários das instituições financeiras só produzem efeitos após a aprovação do Banco Central e a Legislação comercial?”

As deliberações assembleares das sociedades anônimas passam a ter validade imediata, independente de sua homologação, que necessariamente é feita em momento posterior.

Assim, deve a contabilidade retratar tais atos nos seus efeitos patrimoniais, como o fez a consulente e como homologou o Banco Central, a única instituição com poder para aprovar ou não os atos realizados. A razão da homologação, cuja eficácia É SEMPRE “EX TUNC”, é atribuir a certeza de que

operações de reduções ou aumentos de capital não afetariam a saúde financeira da entidade sob sua supervisão, o que, no caso, claramente ficou comprovado.

Assim sendo, o procedimento contábil adotado pela consulente preencheu todos os registros da legislação comercial e do Banco Central, desde a origem. NÃO HÁ NA LEGISLAÇÃO E NA PRÁTICA DO DIREITO COMERCIAL E MONETÁRIO, NENHUM DISPOSITIVO QUE AUTORIZA A DECLARAR, QUE TAIS ATOS SERIAM INEXISTENTES, SEM QUALQUER VALIDADE VIGÊNCIA OU EFICÁCIA, ANTES DA HOMOLOGAÇÃO, como pretende a Fiscalização.

Ao reconhecer, o Banco, a contabilização correta e todas as operações realizadas desde a primeira deliberação assemblear de redução de capital, homologou-as todas –repto à exaustão-- desde aquele momento, com efeito “ex tunc”, “ab initio”, tão logo aprovada pela Assembleia da consulente.

8 – Em matéria de Direito Administrativo em relação às Instituições Financeiras, quem tem competência legal para fiscalizar a escrituração contábil e apontar eventuais inconsistências? Pode a Receita Federal do Brasil, no exercício de suas funções de fiscalização, exercer esta competência em relação a aspectos contábeis já tidos como corretos pelo Banco Central do Brasil e materialmente perfeitos em relação às normas aplicáveis às instituições financeiras?

A resposta é óbvia. Quem pode fiscalizar se as operações nesta matéria são ou não legais, é o Banco Central, os registros comerciais, a CVM, em nível de supervisão. Tudo isto foi feito. Por envolver matéria DE EXCLUSIVA COMPETÊNCIA FISCALIZATÓRIA DO BACEN, apenas esta entidade e nenhuma outra, poderia dar a palavra final sobre a legalidade das operações.

Nitidamente, a Receita Federal está vedada, proibida, interdita de decidir de forma diversa do que foi decidido pelo Banco Central sob a legitimidade de sua atuação, em relação às sociedades a ela submetidas. Ao fazer, como o fez, a SRFB invadiu área fora de sua competência institucional, agindo ilegalmente.

9 – Analisadas sob a ótica do Direito Comercial e Societário, podem ser consideradas como operações que constituam o objeto da pessoa jurídica, conforme preceitua o caput do artigo 11 da Lei 1598/77, a alienação de ativos destinados ao sócio em deliberações de redução de capital na forma dos artigos 1082 a 1084 do Cc, registrados em conta de Bens Não de Uso – Destinado ao registro de bens não destinados ao cumprimento do objeto social, conforme normas COSIF? Isto mesmo durante a pendência de implemento de condição legal ou societária sobre a deliberação?

Reproduzo os três artigos já retrocitados:

Art. 1.082. Pode a sociedade reduzir o capital, mediante a correspondente modificação do contrato:

I - depois de integralizado, se houver perdas irreparáveis;

II - se excessivo em relação ao objeto da sociedade.

Art. 1.083. No caso do inciso I do artigo antecedente, a redução do capital será realizada com a diminuição proporcional do valor nominal das quotas, tornando-se efetiva a partir da averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata da assembléia que a tenha aprovado.

Art. 1.084. No caso do inciso II do art. 1.082, a redução do capital será feita restituindo-se parte do valor das quotas aos sócios, ou dispensando-se as prestações ainda devidas, com diminuição proporcional, em ambos os casos, do valor nominal das quotas.

§ 1º No prazo de noventa dias, contado da data da publicação da ata da assembléia que aprovar a redução, o credor quirografário, por título líquido anterior a essa data, poderá opor-se ao deliberado.

§ 2º A redução somente se tornará eficaz se, no prazo estabelecido no parágrafo antecedente, não for impugnada, ou se provado o pagamento da dívida ou o depósito judicial do respectivo valor.

§ 3º Satisfeitas as condições estabelecidas no parágrafo antecedente, proceder-se-á à averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata que tenha aprovado a redução.

Com nitidez, os artigos admitem a redução, que é sempre válida “ex tunc” depois de averbação, mas tendo uma eficácia provisória, vale dizer, não podendo mais ser alterada, senão por contestação ou nova Assembleia, mesmo antes do registro comercial.

Nada impede, pois, que a consulente tenha agido da forma como agiu. Antes, tais dispositivos autorizavam-na a atuar, como o fez, aliando-se tais dispositivos aos artigos 121, 125, 126, 129 e 130 do CC retrocomentados, que justificaram os diversos atos praticados.

O fato de haver ainda condições a serem implementadas — condições estas que não diziam respeito às operações realizadas, MAS REMOTA E EXCLUSIVAMENTE VINCULADAS A EVENTUAL OPOSIÇÃO DE TERCEIROS (inexistentes credores não satisfeitos e sócios dissidentes)— nitidamente, não impediram que as operações fossem realizadas, pois, se alguma destas condições viesse a inviabilizá-las, argumentando pelo absurdo, as próprias operações poderiam ser desfeitas, sem prejuízo de eventuais adquirentes das ações, com o singelo retorno das ações ao poder da consulente.

Ocorre que tal possibilidade foi examinada, nas diversas deliberações assembleares, não havendo matéria fática que justificasse —MESMO REMOTAMENTE— eventual oposição de terceiros. O que, de resto, efetivamente não ocorreu. Essa realidade jurídica, contábil e mercantil é que levou o Banco Central a homologar “ex tunc” a operação.

Desta forma, a resposta à questão é afirmativa, no sentido de que as operações poderiam ter sido realizadas, como foram, na pendência de condições --no plano fático, de impossível ocorrência— tanto assim que resultou ao final na homologação, por parte do BACEN, de todas elas.

10 – Afinal, segundo as normas tributárias comerciais e societárias, para o caso concreto, está correta a reclassificação das operações da pessoa física para a pessoa jurídica?

Decididamente, não. Não há como justificar os lançamentos com a aplicação da norma antielisão (os artigos 13 a 19 da MP 66/02 foram rejeitados pelo Congresso). Aplicaram-na, tentando alterar princípios, conceitos, normas e regimes pertinentes ao direito privado. Incorreram, os agentes fiscais, em séria maculação da legislação tributária, ao alterarem dispositivos pertinentes ao direito tributário e dar-lhes efeitos que as mencionadas normas impediam.

Em outras palavras, a pretendida norma antielisão, ainda sem formas de legalidade no direito brasileiro, não pode ser aplicada a pretexto de falta de motivação negocial (havia motivação ou seja, a desnecessidade na fase da pré-desmutualização de manter-se títulos patrimoniais para atuação na Bolsa), que foi o verdadeiro mote da autuação. Para poder autuar, incorreu a fiscalização em outra nítida violação, qual seja, moldar o direito privado e monetário, aos seus intentos arrecadatórios, utilizando-os, “pro domo sua”, a fim de dar-lhes contornos não hospedados pelos princípios, institutos, normas e regimes do direito comum.

É o parecer,
S.M.J.