



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

Processo n° 16327.000237/2010-28
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9303-004.604 – 3ª Turma
Sessão de 25 de janeiro de 2017
Matéria DESMUTUALIZAÇÃO
Recorrente ISOLDI S/A CORRETORA DE VALORES MOBILIÁRIOS
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/10/2007 a 30/11/2007

RECEITA DE VENDA DE AÇÕES ADQUIRIDAS PARA REVENDA. TRIBUTAÇÃO.

Constitui receita própria da atividade da Recorrente a decorrente da venda de ações, adquiridas para esse fim, compondo seu resultado a base de cálculo da contribuição.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 31/10/2007 a 30/11/2007

RECEITA DE VENDA DE AÇÕES ADQUIRIDAS PARA REVENDA. TRIBUTAÇÃO.

Constitui receita própria da atividade da Recorrente a decorrente da venda de ações, adquiridas para esse fim, compondo seu resultado a base de cálculo da contribuição.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Tatiana Midori Migiyama, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Ceconello, que lhe deram provimento.

Rodrigo Da Costa Pôssas - Presidente. em exercício

Júlio César Alves Ramos - Relator.

EDITADO EM: 23/02/2017

Participaram da sessão de julgamento as Conselheiras Tatiana Midori Migiyama, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello e os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Andrada Márcio Canuto Natal, Demes Brito, Charles Mayer de Castro Souza e Rodrigo da Costa Pôssas.

Relatório

Trata-se de recurso especial manejado pela sociedade empresária acima indicada, uma corretora de títulos e valores mobiliários, contra decisão que entendeu tributáveis pela COFINS e pelo PIS as receitas obtidas com a venda das ações da Bovespa e da BM&F, realizadas no contexto das operações que se costumou designar como desmutualização das bolsas. A decisão mereceu a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Data do fato gerador: 31/10/2007, 30/11/2007

RECEITA DE VENDA DE AÇÕES ADQUIRIDAS PARA REVENDA. TRIBUTAÇÃO.

Constitui receita própria da atividade da Recorrente a decorrente da venda de ação, adquiridas para esse fim, compondo seu resultado a base de cálculo da contribuição.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 31/10/2007, 30/11/2007

RECEITA DE VENDA DE AÇÕES ADQUIRIDAS PARA REVENDA. TRIBUTAÇÃO.

Constitui receita própria da atividade da Recorrente a decorrente da venda de ação, adquiridas para esse fim, compondo seu resultado a base de cálculo da contribuição.

Recurso Voluntário Negado

Embora não explicitamente contemplada na ementa elaborada, capítulo próprio da decisão referiu-se aos efeitos da ação por ela impetrada contra o alargamento da base de cálculo, assim tratado no voto vencedor:

Ainda assim, quanto à incidência das contribuições, restaria saber qual a natureza específica das receitas decorrentes da alienação das ações.

Alega a Interessada que não representaria faturamento, conceituado como receita bruta da venda de produtos e serviços,

à vista da inconstitucionalidade parcial do art. 3º da Lei n. 9.718, de 1998.

De fato, a tributação das referidas operações ou é efetuada de acordo com o que foi acima exposto ou de acordo com os §§ 5º e 6º do art. 3º da Lei n. 9.718, de 1998, uma vez que o caput do referido artigo não foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Segundo os referidos §§, as exclusões seriam as mesmas do PIS, definidas na Lei n. 9.701, de 1998, que define a base de cálculo como sendo a “receita bruta operacional auferida no mês.

Portanto, para as instituições financeiras, a base de cálculo é a receita bruta operacional, o que inclui, necessariamente, a venda das referidas ações, conforme já exposto anteriormente, ainda que não represente tal venda, estritamente, faturamento de venda de mercadorias e serviços.

Como se vê, o relator afirma que as receitas não são, estritamente, venda de mercadorias nem prestação de serviços, que é a base de cálculo definida em sentença prolatada a favor da empresa, mas, mesmo assim, manteve o lançamento. Nada se diz especificamente sobre a decisão obtida na ação judicial.

Ainda assim, a decisão recorrida não foi objeto de embargos, e no recurso especial pretende o sujeito passivo discutir essa matéria.

Ele foi instruído com decisões que as entenderam não tributadas, entre as quais, uma envolvendo uma corretora, e foi, por isso, admitido.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões pugnando pela manutenção do julgado.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Júlio César Alves Ramos, Relator

Procurei demonstrar já no relatório, como de praxe, os motivos pelos quais entendo deva o apelo ser conhecido apenas parcialmente. Deveras, o relatório da decisão recorrida deixa claro estarmos diante de caso padrão: a instituição financeira recorreu ao Poder Judiciário para ver afastados os efeitos do § 1º do art. 3º da Lei 9.718, obteve decisão favorável vigente quando do início da ação fiscal e ainda assim foi autuada, inclusive com a imposição de multa, porque se entendeu que as receitas lançadas não estavam afastadas pela decisão judicial proferida.

Esses fatos são reconhecidos pelo colegiado recorrido, como prova o relatório da decisão ali prolatada, mas nada há no voto vencedor sobre os efeitos daquela decisão sobre os valores lançados.

Do mesmo modo, nada há também nos acórdãos apresentados como paradigma, nos quais, aparentemente, a situação era diversa.

Entendo, pois, que tal matéria não pode ser apreciada nesta instância especial. E por dois motivos: primeiro, a falta de prequestionamento; segundo, a ausência de comprovação de divergência sobre ela. Naturalmente, só se chega ao segundo caso se entenda que a menção à matéria no relatório da decisão recorrida bastaria.

Passo, nesses termos, ao mérito.

A matéria novamente em discussão não é nova e já foi tratada em brilhantes votos tanto no sentido preconizado pelos contribuintes como aceitando a tese da Fazenda Nacional.

Os recursos apresentados pelas corretoras de títulos e valores mobiliários, em geral, e este em particular, se dividem em quatro grandes capítulos que, sucessivamente, lastreiam sua conclusão pelo não cabimento da tributação pelas contribuições aqui discutidas.

Os três primeiros, sucintamente, dizem com

a) a natureza das operações que constituíram o processo de transformação das antigas bolsas em sociedades empresárias de capital aberto, que as autuadas pretendem sejam típicas operações de cisão seguida de incorporação;

b) a inaplicabilidade da obrigação de reclassificar contabilmente os títulos, dado não ter havido sua "aquisição" pelas entidades outrora associadas;

c) o caráter não operacional da receita obtida com a venda de tais ações.

Com respeito a eles, peço vênias para transcrever na sequência, a íntegra de um daqueles brilhantes votos a que me referi mais acima. Trata-se de declaração de voto proferida pelo douto Conselheiro Alexandre Kern que, a meu sentir, os esgota. Com as necessárias homenagens, transcrevo:

Conselheiro Alexandre Kern

A controvérsia em discussão refere-se aos efeitos jurídico-tributários advindos do conjunto de operações societárias denominada “desmutualização” da Bovespa e da BM&F, especificamente quanto a incidência das contribuições sociais sobre as receitas de alienações das ações recebidas quando da transferência das atividades, até então desempenhadas pelas associações sem fins lucrativos, para as sociedades anônimas (BM&F S/A e Bovespa Holding S/A). A autoridade fiscal alega que os referidos direitos sobre as ações deveriam compor o “ativo circulante”, por obra do Ofício Circular nº 225/2007-DG, de 18/09/2007 e quando da venda haveria a incidência das contribuições; a Recorrente entende que deveriam ser classificados no “ativo permanente”, portanto, as receitas decorrentes da venda não sofreriam a incidência das contribuições.

A BM&F e a BOVESPA eram entidades estabelecidas na forma de associações civis sem fins lucrativos, que se enquadravam no

artigo 15 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e que, portanto, eram isentas do pagamento do IRPJ e CSLL.

Para que pudessem operar no mercado de capitais por meio das aludidas Bolsas, as sociedades corretoras e distribuidoras de valores mobiliários deveriam deter títulos representativos do patrimônio daquelas entidades (art. 3º, §2º, do Regulamento Anexo à Resolução BACEN nº 1.655, de 26 de outubro de 1989). A forma de contabilização desses títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F estava prevista no capítulo 1, item 11, subitem 3, do Plano Contábil do Sistema Financeiro Nacional - Cosif, criado pela Circular BACEN nº 1.273, de 29 de dezembro de 1987, e a conta prevista para registro dos títulos patrimoniais de bolsas de valores e bolsas de mercadorias e futuros está classificada no Ativo Permanente - Investimentos, código Cosif 2.1.4.10.208.

No ano de 1997, houve a primeira operação de reestruturação da BOVESPA, pela qual foram criadas duas empresas distintas, a Clearing S.A. ("Clearing") - posteriormente denominada Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia ("CLBC") - e a Bovespa Serviços e Participações S.A. ("Bovespa Serviços"). A CLBC foi criada mediante cisão de parte do patrimônio da BOVESPA e ficou incumbida de atuar como câmara de compensação e custodiar ações e títulos. Por sua vez, a Bovespa Serviços, subsidiária integral da BOVESPA, ficou com as funções de dar suporte aos serviços de informática e telefonia da BOVESPA, portanto responsável por exercer atividades relacionadas com negociação, controle, fiscalização e difusão de informações.

Em 2007, visando à unificação de suas operações e à obtenção de lucro com as suas atividades, as Bolsas iniciaram mais uma reestruturação societária, que se deu mediante cisão das associações e incorporação da parcela cindida por sociedades anônimas de capital aberto. Nessa medida, os títulos detidos pelas sociedades corretoras na BM&F e na BOVESPA foram trocados por ações das novas companhias - BM&F S.A. e BOVESPA HOLDING S.A., respectivamente.

A desmutualização da Bovespa e da BM&F transformou as estruturas societárias de ambas, que passaram de associações civis sem fins lucrativos para sociedades empresárias na forma de sociedades anônimas, com fins lucrativos. No caso da Bovespa, inclui-se também no processo a troca de ações da CLBC por ações da Bovespa Holding S/A. Em 28/08/2007, conforme Ofício Circular BACEN nº 225/2007, de 18 de setembro de 2007, o patrimônio da Bovespa era representado por títulos de valor unitário de R\$1.568.890,19, tendo como referência o valor apurado nas demonstrações financeiras (balanço patrimonial) da associação, efetuado naquela data (28/08/2007). Segundo referido ofício, cada título patrimonial da Bovespa passou a representar 706.762 ações da nova empresa Bovespa Holding S/A totalizando R\$1.568.803,71 pelo total de

ações mais R\$86,46 de valor residual que deveriam ser registrados no Ativo Permanente da Bovespa Holding S/A. E cada lote de 25 ações de emissão da CBLC passaria a equivaler a 46.223 ações da Bovespa Holding S/A.

O valor unitário de cada ação da Bovespa Holding S/A passou a ser R\$2,23, em 28/08/2007. Na mesma data, houve a entrega de 706.762 ações da Bovespa Holding S/A como devolução de capital para os detentores de cada título patrimonial da antiga associação Bovespa.

Após a devolução de capital, houve a IPO no qual foram negociadas 288.066.125 ações da Bovespa Holding S/A, ao valor unitário de R\$23,00 por ação, alcançando o montante de R\$6.625.520.000,00. As despesas com a IPO foram custeadas pela Bovespa Holding S/A.

Em relação à BM&F, conforme Comunicado Externo 082/2007, de 19/09/2007, o patrimônio em 31/08/2007 era representado por:

- a) Membro de compensação: R\$4.961.610,00 por título, transformado em 4.961.610 ações da BM&F S/A;
- b) Corretora de mercadorias: R\$4.898.015,00 por título, transformado em 4.898.015 ações da BM&F S/A;
- c) Operador especial: R\$1.335.141,00 por título, transformado em 1.335.141 ações da BM&F;
- d) Sócio efetivo: R\$10.000,00 por título, transformado em 10.000 ações da BM&F S/A.

Em 01/10/2007 houve a entrega de ações da BM&F S/A como devolução de capital dos detentores dos títulos da antiga associação BM&F. Após a devolução de capital da BM&F, houve a IPO da BM&F S/A, no curso da qual foram negociadas 299.184.846 ações ao valor unitário de R\$20,00, alcançando o montante de R\$5.983.696.920,00¹.

O argumento recursal fundamental é o de que a cisão seguida de incorporação levou à sucessão universal, transferindo-se os direitos e obrigações da cindida para a incorporadora, e de que não ocorreu dissolução de sociedades, nem devolução de capital, apenas a transferência do patrimônio da ex-associação para a nova sociedade, substituindo-se o investimento em títulos por ações.

Não há como aceitar a tese de que houve uma singela “transformação” dos títulos patrimoniais detidos por ações das novas companhias, uma vez que se trata de direitos de naturezas jurídicas absolutamente distintas. Ao fim e ao cabo, a Recorrente recebeu novas ações, até então inexistentes, emitidas

¹ Para um relato histórico minudente das operações societárias realizadas, ver "A Desmutualização das Bolsas de Valores e seus Efeitos Fiscais para IS/COFINS", de Cassio Sztokfisz e Igor Nascimento de Souza (publicado no livro "PIS e Cofins à luz da jurisprudência do CARF – volume 2" – coordenadores Marcelo Magalhães Peixoto e Gilberto de Castro Moreira Junior. São Paulo: MP Editora, 2013.

por pessoas jurídicas constituídas sob a forma de sociedade anônima (BM&F S.A. e Bovespa Holding S.A.).

As bolsas de valores, nos termos da Lei nº 6.385, de 1976, integram o sistema de distribuição de valores mobiliários. Voltam-se à realização do interesse geral do mercado. Conquanto pessoas jurídicas de direito privado, são órgãos auxiliares da CVM, para o desempenho de tarefas de serviço público, que a própria lei atribuiu à CVM, entre os quais se destaca o exercício do poder de polícia no mercado de capitais, não apenas no recinto do pregão durante a sua realização, mas também fora dele, fiscalizando as instituições financeiras associadas e exigindo esclarecimentos públicos às companhias abertas emissoras de títulos e valores mobiliários.

Não se pode deixar de levar em consideração que os expressivos patrimônios da BMF e da Bovespa foram constituídos com forte incentivo estatal e, por conseqüência, com utilização de recursos que foram extraídos de toda a sociedade. Durante décadas, para incentivo de uma atividade que não poderia buscar o lucro individual, mas o benefício de toda a sociedade (incentivo à capitalização das empresas), deixou-se de tributar o enriquecimento daqueles órgãos. Quando, por iniciativa de seus participantes decidem alterar seu funcionamento, seguindo tendência do mercado e não orientação estatal, não se mostra admissível que todo o recurso estatal (subtraído da sociedade) possa ser revertido em benefício de alguns poucos privilegiados, sem ao menos submeter-se à tributação, por sinal bastante módica.

As então associações sem fins lucrativos realizaram uma operação societária que entendo inadequada às associações, que foi a cisão parcial, no intuito de dar aparência de que não houve a dissolução e, por conseqüência, não teria havido a devolução de patrimônio aos associados, o que poderia evitar a tributação.

Os institutos da fusão, cisão e incorporação não são de utilização permitida pelas associações por força do disposto no artigo 1.113 e seguintes do Código Civil, cuja localização topográfica indica sua aplicação somente às sociedades empresárias (Livro II - Do Direito de Empresa; Título II - Da Sociedade; Subtítulo II - Da Sociedade Personificada; Capítulo X - Da Transformação, Da Incorporação, Da Fusão e Da Cisão das Sociedades).

Corroborando esse entendimento, ou seja, de aplicação daqueles institutos jurídicos somente às sociedades mercantis, a Instrução Normativa DNRC nº 88, de 2 de agosto de 2001², que, em pleno vigor, dispõe sobre o arquivamento dos atos de transformação, incorporação, fusão e cisão de sociedades mercantis.

A referida IN assim dispõe:

² Disponível em <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=75025>, acesso em 07/08/2014.

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

Admitir a utilização da denominada “cisão”, além de contrariar a legislação de regência, pois este instituto foi previsto para as sociedades com finalidades lucrativas, viria a frustrar totalmente o objetivo do arcabouço legal que rege as associações sem fins lucrativos de impedir que seu patrimônio, formado às custas de benefícios fiscais, recursos extraídos de toda a sociedade, pudessem ser transferidos a particulares de maneira gratuita, sem qualquer contraprestação àqueles que contribuíram para a sua formação, a sociedade brasileira.

Entendo que, no caso concreto, retirado o “véu” da cisão, o que fica transparente é a situação inicial, quando a recorrente pertencia a uma associação sem fins lucrativos, que gozava de vultuosos incentivos fiscais custeados pela sociedade e, logo após o processo de desmutualização, aparece como sócia de uma lucrativa sociedade com fins lucrativos e sua participação societária foi adquirida com os recursos oriundos daquela associação, via devolução de seu capital, capital esse formado com forte incentivo estatal. No momento em que são conferidas ações da Bovespa e da BM&F, em substituição aos antigos títulos patrimoniais, a recorrente já não ostenta mais a condição de “associada” à bolsa, até então entidade sem fins lucrativos, agora figura como sócia de empresas com finalidades lucrativas.

Sabidamente o legislador impede que as entidades constituídas como associação sem fins lucrativos venham a distribuir os “ganhos obtidos”, pelo menos em parte graças a benefícios concedidos pelo Estado aos seus associados, evitando o enriquecimento sem causa destes. Assim sendo, dissolvida a associação o destino do seu patrimônio deve ser aquele previsto no Código Civil não se podendo admitir destinação diversa.

O Código Civil, no art. 61, prescreve que, em caso de dissolução da associação o seu patrimônio remanescente será destinado à outra “entidade de fins não econômicos designada no estatuto”, ou, em caso de omissão estatutária, por deliberação dos associados o patrimônio deverá ser destinado à instituição municipal, estadual ou federal. O §1º possibilita, ainda, que por cláusula estatutária, ou no seu silêncio, por deliberação dos associados, antes da destinação do patrimônio como previsto no caput, seja restituída a parcela das contribuições que os associados tiverem prestado ao patrimônio da associação.

Não há como reverter o patrimônio de uma associação sem fins lucrativos a uma sociedade por ações. A conversão dos títulos patrimoniais de associação sem fins lucrativos para uma sociedade por ações, após a cisão das associações e incorporação da parcela cindida por sociedades anônimas de capital aberto, como pretende justificar a Recorrente, afronta despidoradamente o artigo 61 do Código Civil.

Também me parece certo que houve a devolução de capital pelas extintas bolsas à recorrente embora não devolvidos em espécie,

mas utilizados na obtenção/subscrição de ações das novas sociedades (Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A). E esses direitos recebidos foram utilizados para compor o capital das novas empresas. Este fato é evidente, muito embora todas as operações societárias tenham sido conduzidas para tentar contornar o negócio jurídico efetivamente ocorrido, estruturadas com a aparência de “cisão seguida de incorporação”. Entendo que, uma vez qualificada como associação, sua transformação para sociedade anônima, requer necessariamente a devolução do patrimônio aos seus respectivos sócios, na forma da lei civil, sob pena de macular os comandos legais da associação civil sem fins lucrativos, então concebida pela lei.

De outro lado, o artigo 1.113 do Código Civil não socorre a Recorrente, uma vez que se refere especificamente ao ato de transformação das sociedades (dentro do Livro II - Do Direito de Empresa; Título II - Da Sociedade: artigos 981/1.141), não se aplicando às associações sem fins lucrativos (tratadas nos artigos 53 a 61). Reforça este entendimento a distinção feita no artigo 44 do mesmo Código, ao relacionar (e, portanto, distinguir) as pessoas jurídicas de direito privado.

Também é relevante esclarecer que a citação do instituto da cisão no art. 2033 do Código Civil não tem o condão de permitir que esse instituto seja aplicado às associações, mas somente determinar que, caso aplicável a qualquer das pessoas jurídicas elencada no art. 44 que estejam no âmbito da permissão legal para tal instituto, deve se aplicar o Código Civil.

A concepção original delineada para as bolsas era de associação sem fins lucrativos, regida por normas do Direito Civil, de sorte que resta inaplicável a sua sucessão a forma da legislação comercial, próprio das sociedades mercantis, ex vi o tratamento distinto da associação e da sociedade, concebido em capítulos e normativas inteiramente distintas na legislação civil e tributária. Tanto que o Código Civil, em sintonia com a tradição legislativa secular dispôs separadamente seus preceitos legais, princípios, órgãos, e a sua própria dissolução, conforme se constata do Livro I do Código Civil que rege os preceitos das associações, ao passo que o Livro II rege a sociedade empresarial, consoante explicita a cabal distinção de uma e de outra.

Não se trata de desconsideração de negócio jurídico pelo fisco, mas sim de analisar quais os efeitos fiscais de cada negócio jurídico. Da mesma forma que em casos de certos “planejamentos tributários”, como casa-separa, incorporação às avessas e outros, quando o fisco não tem a necessidade de “desconstruir o negócio jurídico mas simplesmente analisar seu efeito fiscal, ou seja, é analisada a situação jurídica do contribuinte antes e depois do “negócio” e abstrai-se dos atos e fatos intermediários, que apenas buscam “benefício fiscal” indevido.

Esse entendimento está em linha com o que já decidiu o TRF-3ª Região, embora tratando da incidência do IRPJ e da CSLL. Transcreve-se a ementa constante da Apelação Cível nº 000870605.2008.4.03.6100/SP:

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

*1. Nos termos da decisão já proferida no dia três do corrente, mantenho meu entendimento no sentido de que a matéria dos autos **não se insere na competência da CVM, visto que esta não tem função de fiscalizar e exigir o pagamento de tributos**, ainda que incidente sobre operações gestadas nas suas atividades típicas, pelo que deve ser indeferido o pedido de retirada do processo de pauta e o seu sobrestamento para manifestação da CVM.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

13. Apelação improvida.

No mesmo sentido, os seguintes julgados do TRF3 ^a Região: Apelação Cível N^o 000812150.2008.4.03.6100/ SP; Apelação Cível N^o 000238466.2008.4.03.6100/ SP e Apelação Cível N^o 000852215.2009.4.03.6100/ SP.

Portanto, o que de fato ocorreu, ainda que outra tenha sido outra a denominação dada pela recorrente, foi a dissolução parcial das bolsas, com a respectiva restituição do seu patrimônio, tal como expresso no artigo 61, § 1^o, na forma de ações, a seus associados, e a constituição de duas novas sociedades: a BM&F S.A. e a Associação BM&F.

Interpretação diversa implicaria fraude a sucessão legal das associações, e burla ao Fisco.

Se os títulos patrimoniais eram necessários para que as corretoras pudessem exercer sua atividade de operar nas bolsas, o que impunha sua contabilização no Ativo Permanente em função do princípio da continuidade, o mesmo não acontece com as ações recebidas na desmutualização, que são valores mobiliários ordinários com características distintas dos títulos patrimoniais, deixando de ser condição para operar nas bolsas a sua posse. Essas ações representam papéis negociáveis e justamente por isso puderam ser vendidas pela Recorrente.

As desmutualizações contemplavam a necessidade de que fossem promovidas ofertas públicas iniciais, destinadas à colocação das novas ações no mercado. Antes mesmo de receber as ações da Bovespa Holding S.A. e da Bolsa de Mercadorias & Futuros BM&F S.A., os então associados já tinham ciência de tal fato. Os compromissos formais de cada associado, no sentido de participar das IPOs, eram de caráter "irrevogável e irreatável", indicando o número de ações e/ou o percentual das ações a receber que seriam ofertados.

O Termo de Verificação Fiscal, fls. 20, dá conta de que, em decorrência de sua participação no processo de desmutualização da Bovespa, por meio da Procuração nº 151/07, de 27/09/2007, outorgou à Bovespa S/A a autorização para ofertar 8.723.798 ações ordinárias de sua emissão e da titularidade da recorrente. Na mesma data, subscreveu o "Instrumento Particular de Contrato e Outras Avenças", em cuja cláusula 2.1 ratifica sua intenção de alienar 8.723.798 ações, com compromisso de não alterar essa quantidade (TVF, fls. 21). Da mesma forma, em decorrência de sua participação na desmutualização da BM&F, a recorrente manifestou sua adesão à oferta pública secundária de ações ordinária de emissão da BM&F S.A., para vender 1.500.483 ações (TVF, fls. 25). Adicionalmente, por meio da "RE-ratificação do acordo de acionistas da BM&F S.A., concordou expressamente com a alteração do compromisso de venda de apenas 25% das ações, estabelecida em cláusula do Acordo de Acionistas, de modo a permitir a si e aos demais a alienação de parcela superior àquela originalmente estabelecida.

Em atendimento ao compromisso assumido, a Recorrente alienou 8.823.798 ações da Bovespa S.A., em 25/10/2007, e de 2.000.644 ações da BM&F, em 21/11/2007 e 30/11/2007, auferindo ganhos de capital da ordem de R\$ 181.201.662,47 e R\$ 33.000.122,62, respectivamente.

Fica evidente que, em decorrência da própria formatação das operações negociais efetuadas, a Recorrente obteve, com a desmutualização, ações de terceiros com a intenção (ou compromisso) de posterior alienação e que, efetivamente, como compromissado, vendeu as ações no mesmo exercício de sua aquisição (ano 2007). Enquanto direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente, tais ações recebidas deveriam ter sido classificadas no Ativo Circulante, na esteira, aliás, da orientação emanada do Parecer Normativo CST nº 108/78 e a doutrina mais abalizada.³

Assim, em atendimento ao artigo 179, inciso I, da Lei nº 6.404/1976 a Recorrente deveria ter contabilizado esses direitos sobre as ações no Ativo Circulante, uma vez que em decorrência da modificação da natureza jurídica dos direitos possuídos, caracterizada pela devolução dos títulos patrimoniais e o recebimento das ações, o momento da criação das sociedades anônimas é que deve ser considerado como marco inicial para se averiguar a intenção de alienar aquele determinado ativo, com

³ IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens; Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações. 6ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2006, pag. 147/148.

vistas a classificá-lo no Ativo Circulante ou no Ativo Permanente.

A recorrente atua como banco múltiplo, conforme o art.2º de seu Estatuto Social, possuindo como objeto social, entre outros, a operação de carteira de investimentos. Nesse contexto, a venda de ações constitui uma das receitas obtidas com operações usuais típicas de uma instituição bancária que opera com carteira de investimentos, constituindo o seu faturamento. A receita da venda de ações é reconhecida como operacional pelo próprio Cosif (conta 7.1.5.20.00-3 Rendas de Títulos de Renda Variável, do grupo 7.1 – Receitas Operacionais), que estabelece também que as rendas obtidas tanto com as operações ativas, como com a prestação de serviços, ambas referentes a atividades típicas, regulares e habituais da instituição financeira, são classificadas como operacionais.

Desse modo, as receitas auferidas pela alienação das ações da BM&F S.A e Bovespa Holding S.A. de sua titularidade (venda de ações de terceiros que deveriam estar escrituradas no ativo circulante), decorrentes de atividade típica da Recorrente (subscrever, comprar e vender ações) devem ser enquadradas como receitas brutas operacionais e por isso estão sujeitas à incidência do PIS e da Cofins, tanto pela caracterização destas operações como “vendas de mercadorias”, que compõem o seu faturamento, conforme dispõem o caput, dos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 1998, como pelo fato de comporem a receita bruta operacional das instituições financeiras, nos termos dos parágrafos 5º e 6º do artigo 3º dessa Lei.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

A elas apenas ousou acrescentar que, a meu sentir, a necessidade de definir a correspondente classificação contábil do ativo no **momento da entrada no patrimônio da entidade** não está atrelada a que tal entrada se dê "por aquisição" em sentido estrito. Não ignoro que essa é a expressão que consta dos atos normativos que a pretenderam disciplinar, mas tampouco olvido que tais atos foram editados tendo em conta operações típicas, certo que é pela aquisição que os ativos **tipicamente** ingressam no patrimônio de alguém. Mas, desnecessário até dizer, tipicidade é tudo o de que não tratamos no que tange à desmutualização.

Com efeito, por meio dela, ao fim e ao cabo, títulos patrimoniais de entidades sem fins lucrativos que sequer podiam ser negociados e que, portanto, só eram mantidos por obrigação legal, "passaram a ser" um ativo totalmente diverso, a começar pela possibilidade de venda - e por valor expressivamente superior ao do seu custo - e que não tinha de ser mantido para que a instituição pudesse continuar operando no mercado.

Ou seja, para mim, é totalmente despicienda - no que tange ao PIS e à COFINS - a discussão sobre a aplicação ou não da regra do art. 61 do Código Civil e, conseqüentemente, se a pretendida cisão seguida de incorporação poderia ter sido praticada.

O que importa é que há um novo título que está sendo integrado ao patrimônio e ele não "herda" necessariamente a classificação contábil que se aplicava ao seu antecessor. Isso apenas dá se dele não diferir essencialmente, que é a regra numa cisão "normal" ou típica.

Ademais, o Parecer Cosit nº 3/80, frequentemente citado pelos contribuintes, não trata de mudança de ativo, mas apenas da venda de um ativo que estava classificado (corretamente) no permanente. Aplicar-se-ia se estivéssemos cogitando da venda dos próprios títulos patrimoniais originais, o que, como se sabe, não é, nem poderia ser, o caso.

De todo modo, como demonstra o dr. Alexandre, essa questão parece resolvida no âmbito do Judiciário.

Já o quarto argumento - relativo à não inclusão no conceito de faturamento restrito à receita de venda de mercadorias e/ou prestação de serviços - não é tão genérico, mas alcança aquelas instituições financeiras detentoras de decisões judiciais que aplicam tal conceito restrito, como é o caso aqui. Como já dito, entendo que dele não se pode conhecer.

Voto, pois, por negar provimento ao recurso do sujeito passivo.

É como voto.

Conselheiro Júlio César Alves Ramos

Júlio César Alves Ramos - Relator