



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

Processo n° 16327.000638/2010-88
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9303-004.561 – 3ª Turma
Sessão de 08 de dezembro de 2016
Matéria DESMUTUALIZAÇÃO
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado DEUTSCHE BANK S/A BANCO ALEMÃO

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/10/2007 a 31/12/2007

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 31/12/2007

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 maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, em dar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Tatiana Midori Migiyama, Erika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello, que não conheceram do recurso e lhe negaram provimento.

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício.

Júlio César Alves Ramos - Relator.

EDITADO EM: 24/02/2017

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

Relatório

Transcrevo parte do relatório da decisão recorrida que bem descreve o processo:

Segundo o Termo de Verificação Fiscal (fls. 17/25) a Recorrente auferiu receitas derivadas da venda de ações que deveria ter submetido à incidência das contribuições, mas não o fez, por ter entendido que se tratava de venda de ativo permanente, não sujeito, portanto, ao PIS e à COFINS.

De acordo com informações constantes no próprio TVF a em virtude de processo de reorganização societária sofrido pela BOVESPA (desmutualização), mormente sua transformação de associação sem fins lucrativos em sociedade anônima, os títulos patrimoniais anteriormente detidos por suas associadas - dentre elas, a Recorrente foram convertidos em ações da empresa (BOVESPA Holding S/A).

O mesmo ocorreu em relação à BM&F (desmutualização), que em processo similar foi transformada de associação sem fins lucrativos em sociedade anônima e converteu os antigos títulos patrimoniais em ações da empresa (BM&F S/A).

A Recorrente possuía títulos patrimoniais nas duas associações e, por consequência, recebeu diversas ações das companhias transformadas, em substituição aos títulos patrimoniais (que com a transformação das associações em S/A, deixaram de existir).

A Recorrente efetuou vendas das ações em comento, nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2007, parte em razão de ter se comprometido com a alienação da participação societária, quando da realização do IPO, e parte sem prévio compromisso. Na ocasião ofereceu à tributação do IRPJ e da CSLL o lucro auferido na alienação das referidas ações, contudo, deixou de recolher o PIS e a COFINS por entender que se tratava de venda de ativo permanente (excluindo as receitas auferidas da base de incidência das referidas contribuições).

A fiscalização discordou neste ponto, por entender que a desmutualização alterou a natureza das participações acionárias em questão (que teriam deixado de se qualificar como ativo permanente) o que gerou o lançamento.

Destaca a existência de medidas judiciais, ajuizadas pela Recorrente, visando a declaração de inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS (mandado de segurança n.º 2005.61.00.0113164), e da COFINS (mandado de segurança n.º 2005.61.00.0106354), promovido pelo artigo 3.º, §1.º da Lei n.º 9.718/98. Em razão das medidas judiciais o crédito foi constituído com suspensão de sua exigibilidade.

Ademais, em relação à incidência do PIS e da COFINS, o TVF concluiu que as receitas derivadas da alienação das participações societárias sob análise são receitas derivadas do objeto social da Recorrente e, por isso são tributáveis pelas contribuições.

As peças dos processos judiciais que foram anexadas aos autos demonstram que foi concedida a segurança no processo que trata da COFINS, para afastar o alargamento da base de cálculo da contribuição, aplicando-se o conceito de “faturamento mensal” cunhado pela Lei Complementar n.º 70/91 (fls. 268/273). No processo do PIS também foi concedida a segurança, para afastar a aplicação das disposições contidas na Lei n.º 9.718/98 (fls. 264/265).

Em ambos os processos foram apresentados Recursos de Apelação.

A decisão, favorável ao sujeito passivo, foi resumida na seguinte ementa:

DESMUTUALIZAÇÃO OPERAÇÃO DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES IMPOSSIBILIDADE DE SIMPLES DESCONSIDERAÇÃO DE OPERAÇÃO SOCIETÁRIA

A operação decorrente de documentos societários devidamente registrados na Junta Comercial e de acordo com o objetivo pretendido pelos associados só pode ser desconsiderado, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, se o propósito comercial não for verdadeiro, o que não ocorreu. Outra hipótese seria se a fiscalização comprovasse que o meio escolhido para a desmutualização foi equivocado, nulo ou ilegal e nestes termos revisse o próprio ato societário realizado pela BOVESPA (art. 116, CTN), pois se não for revisto, o ato societário torna-se negócio jurídico perfeito, e não pode ser desconsiderado enquanto válido.

VENDA DE ATIVOS NÃO INCIDÊNCIA DE PIS E COFINS

A receita decorrente da venda de ativos está fora do campo de incidências das contribuições do PIS e COFINS. Bens adquiridos com a intenção de permanência devem ser registrados no ativo permanente.

A decisão foi tomada por maioria, valendo, desde logo, transcrever os motivos que levaram o presidente a acompanhar o voto da relatora:

Declaração de Voto

Conselheiro Walber José da Silva

No presente recurso voluntário votei no sentido de desconstituir o lançamento porque a empresa Recorrente é um banco comercial e não é atividade própria dos bancos comerciais a compra em nome próprio, para posterior revenda, de títulos e valores mobiliários, a exemplo de ações.

Eventual operação desta natureza, como a que aconteceu no presente caso, a receita auferida com a venda das ações não é receita da atividade própria do banco recorrente.

Não sendo receita da atividade do contribuinte, não integrava a base de cálculo do PIS e da Cofins antes da alteração promovida pela Lei n^o 9.718/98, que restou declarada inconstitucional pelo STF.

Mais ainda, a referida receita não decorre da prestação de serviços ou da revenda de mercadorias, como sustentam alguns. No caso dos autos, o banco comercial recorrente adquiriu ações em nome próprio (com ou sem compromisso de revender), que passou a integrar o seu patrimônio, e as contabilizou (no ativo circulante ou no ativo imobilizado, conforme o caso) como tal. Posteriormente vendeu essas ações (a totalidade ou parte, não faz diferença), auferindo uma receita de mesma natureza (receita de alienação de patrimônio), que não é tributada pelo PIS e pela Cofins no regime cumulativo.

Estão são as razões, em apertada síntese, que me levam a concluir pela improcedência do lançamento e, portanto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário.

Em seu recurso, a Fazenda Nacional aponta decisões divergentes, cujas ementas, transcritas no próprio corpo do recurso, consignaram:

Matéria PIS COFINS BASE DE CÁLCULO

Recorrente FATOR SA

Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Data do fato gerador: 31/10/2007, 30/11/2007, 31/12/2007

DESMUTUALIZAÇÃO. BOVESPA. BM&F. SOCIEDADE CORRETORA. AÇÕES RECEBIDAS. VENDA. TRIBUTAÇÃO.

Nas sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, que têm por objeto social a subscrição de emissões de ações e/ou a compra e a venda de ações, por conta própria e de terceiros, a base de cálculo da Cofins é o faturamento / receita bruta operacional, o que inclui, necessariamente, as receitas típicas da empresa auferidas com a venda de ações da Bovespa Holding S.A. e da BM&F Holding S.A., recebidas em decorrência das operações societárias denominadas “desmutualização” .

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 31/10/2007, 30/11/2007, 31/12/2007

BOVESPA. BM&F. DESMUTUALIZAÇÃO. AÇÕES RECEBIDAS. VENDA. SOCIEDADE CORRETORA. TRIBUTAÇÃO.

Nas sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, que têm por objeto social a subscrição de emissões de ações e/ou a compra e a venda de ações, por conta própria e de terceiros, a base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep corresponde a sua receita bruta operacional, o que inclui, necessariamente, as receitas típicas da empresa auferidas com a venda de ações da Bovespa Holding S.A. e da BM&F Holding S.A., recebidas em decorrência das operações societárias denominadas desmutualização”. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Matéria PIS/COFINS DESMUTUALIZAÇÃO DA BOLSA Recorrente MORGAN STANLEY CORRETORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A Recorrida FAZENDA NACIONAL ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Data do fato gerador: 31/10/2007/

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE. *Classificam-se no Ativo Circulante as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente. As ações da Bovespa Holding S/A recebidas em decorrência da operação denominada desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo BOVESPA, negociadas dentro do mesmo ano, poucos meses após o seu recebimento, devem ser registradas no Ativo Circulante.*

COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA OPERACIONAL. OBJETO SOCIAL. VENDA DE AÇÕES.

Nas sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, que têm por objeto social a subscrição de emissões de ações e/ou a compra e a venda de ações, por conta própria e de terceiros, a base de cálculo das contribuições sociais é o faturamento / receita bruta operacional, o que inclui, necessariamente, as receitas típicas da empresa auferidas com a venda de ações da Bovespa Holding S.A., recebidas em decorrência das operações societárias denominadas “desmutualização”.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 31/10/2007

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE. *Classificam-se no Ativo Circulante as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente. As ações da Bovespa Holding S/A recebidas em decorrência da operação denominada desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo BOVESPA, negociadas dentro do mesmo ano, poucos*

meses após o seu recebimento, devem ser registradas no Ativo Circulante.

PIS/PASEP. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA OPERACIONAL. OBJETO SOCIAL. VENDA DE AÇÕES.

Nas sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, que têm por objeto social a subscrição de emissões de ações e/ou a compra e a venda de ações, por conta própria e de terceiros, a base de cálculo das contribuições sociais é o faturamento / receita bruta operacional, o que inclui, necessariamente, as receitas típicas da empresa auferidas com a venda de ações da Bovespa Holding S.A., recebidas em decorrência das operações societárias denominadas “desmutualização”. Recurso Voluntário negado.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Júlio César Alves Ramos. Relator

A afirmação do conselheiro Walber de que se tratava aqui de um banco comercial levaria ao não conhecimento do recurso, dado que os paradigmas versam sobre autuações contra corretoras de títulos e valores mobiliários. Constatado nos autos, entretanto, que a instituição é, em verdade, banco múltiplo. Com efeito, colho do termo de verificação fiscal lavrado pela autoridade responsável pelos trabalhos de auditorias o art. 3º do estatuto social da entidade (fls. 22 dos autos):

Art. 3º A sociedade tem por objeto a prática de operações ativas, passivas e acessórias, inclusive nos mercados de câmbio e ouro, inerentes às respectivas carteiras autorizadas, nomeadamente comercial e de investimento, bem como o exercício da administração de carteiras de valores mobiliários, tudo de acordo com as disposições legais e regulamentares em vigor.

Em sendo assim, já firmamos o entendimento pela admissibilidade de recursos que tragam como paradigmas decisões contra corretoras de títulos e valores mobiliários, como no presente, dado que aos bancos de investimento também é permitido operar com títulos e valores mobiliários em nome próprio.

Dele conheço, pois, passando ao exame do 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.

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, enfrenta todos os pontos acatados pela decisão recorrida para afastar a tributação. 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, incluiu-se também no processo a troca de ações da CBLC 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 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.

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.

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).

Corrobora 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:

“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

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

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 despuadoradamente 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 inoocorrência 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, § 1º, 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 irretroatável", 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 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.

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.

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, entidades sem fins lucrativos que detinham títulos patrimoniais que sequer podiam ser negociados e que, portanto, só eram mantidos por obrigação legal, passaram a deter 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 de 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, mesmo essa questão parece resolvida no âmbito do Judiciário.

Com essas considerações, voto pelo provimento do recurso da Fazenda Nacional.

É como voto.

Conselheiro Júlio César Alves Ramos