



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

Processo nº 16327.000681/2010-43
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3202-000.713 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de abril de 2013
Matéria PIS/COFINS - DESMUTUALIZAÇÃO DA BOLSA
Recorrente ALFA CORRETORA DE CâMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS S/A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

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 e da BM&F S/A recebidas em decorrência da operação denominada desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA - e da Bolsa de Mercadorias & Futuros de São Paulo - BM&F, que foram 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 BM&F S.A. e 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, 30/11/2007

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 e da BM&F S/A recebidas em decorrência da operação denominada desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo -

BOVESPA - e da Bolsa de Mercadorias & Futuros de São Paulo - BM&F, que foram 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 BM&F S.A. e da Bovespa Holding S.A., recebidas em decorrência das operações societárias denominadas “desmutualização”.

Recurso Voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao Recurso Voluntário. Vencidos os Conselheiros Gilberto de Castro Moreira Júnior, Thiago Moura de Albuquerque Alves e Rodrigo Cardozo Miranda. O Conselheiro Gilberto de Castro Moreira Júnior apresentará declaração de voto.

Irene Souza da Trindade Torres – Presidente

Luís Eduardo Garrossino Barbieri – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Irene Souza da Trindade Torres, Rodrigo Cardozo Miranda, Luís Eduardo Garrossino Barbieri, Gilberto de Castro Moreira Junior, Charles Mayer de Castro Souza e Thiago Moura de Albuquerque Alves.

Relatório

O presente litígio decorre de lançamentos de ofício formalizados através de autos de infração (e-fls. 152/178), lavrados e com ciência em 30/06/2010, para a cobrança do PIS, multa de ofício e juros de mora (no montante de R\$ 2.664.548,28 – e-fl. 165) e da COFINS, multa de ofício e juros de mora (no montante de R\$ 16.397.220,42 – e-fl. 172), em decorrência da incidência dos tributos no processo denominado de “desmutualização” da Bovespa e da BM&F, mais especificamente sobre as receitas de venda de ações em operações de “oferta pública de ações” (IPO) e para a *General Atlantic* Fundo de Investimento em Participações (fundo de investimento estrangeiro vinculado a Bolsa de Mercadoria de Chicago).

Neste passo, com vistas a melhor elucidar os fatos e destacar os argumentos trazidos pelas partes transcreve-se o **relatório** constante da decisão de primeira instância administrativa, *verbis*:

Relatório:

Em consequência de procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias foram lavrados, em 30/06/2010, contra a contribuinte acima identificada:

a) o Auto de Infração relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins para formalização e cobrança do crédito tributário nele estipulado no valor total de R\$ 16.397.220,42 (sendo R\$ 8.187.158,07 a título da contribuição, R\$ 2.069.693,80, a título de juros de mora - calculados até 31/05/2010 - e R\$ 6.140.368,55, a título de multa de ofício - 75%), referente aos fatos geradores ocorridos em 31/10/2007 e 30/11/2007 (fls. 165 a 169). A exigência está fundamentada nos arts. 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/2002; e no art. 18 da Lei nº 10.684/2003;

b) o Auto de Infração relativo à Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS para formalização e cobrança do crédito tributário nele estipulado no valor total de R\$2.664.548,28 (sendo R\$ 1.330.413,18 a título da contribuição, R\$ 336.325,23, a título de juros de mora -calculados até 31/05/2010- e R\$ 997.809,87, a título de multa de ofício - 75%), referente aos fatos geradores ocorridos em 31/10/2007 e 30/11/2007 (fls. 158 a 162). A exigência está fundamentada nos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718/1998; art. 1º da Medida provisória nº 2.158/2001 e no art.179 da Lei nº 6.404/1976.

1.1. A ciência da autuação ocorreu na mesma data da lavratura, 30/06/2010, conforme consignado às fls. 161 e 168.

2. De acordo com o disposto nas folhas de Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fls. 162 e 169), a infração apurada refere-se a "FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO" das contribuições para o PIS e COFINS.

2.1. No Termo de Verificação Fiscal (fls. 147/157), a autoridade fiscal inicialmente informa a respeito dos termos lavrados e das respostas recebidas pela fiscalização. Ao descrever os fatos, o autuante expõe que:

- em decorrência do processo de desmutualização das Bolsas, a Corretora interessada passou a deter a quantidade de 12.363.876 ações da Bovespa Holding S/A e 9.869.625 ações de emissão da BM&F S/A, conforme demonstrativo da posição de ações (fls.82/86);

*- através de Oferta Pública (IPO), alienou 6.163.876 ações de emissão da Bovespa Holding S/A, correspondente a **49,85% das ações** que passou a ser titular após o processo de desmutualização efetuado pela BOVESPA, pelo preço de R\$. 23,00 por ação. Também alienou (IPO) para General Atlantic Fundo de Investimento em Participações de 4.441.625 ações de*

emissão da BM&F S/A, correspondente a 45% das ações que passou a ser titular após o processo de desmutualização efetuado pela BM&F, pelo preço médio de R\$ 18,02 por ação, conforme consta das notas explicativas às demonstrações financeiras dos exercícios findos em 31 de dezembro de 2007 e 2006, publicada no Diário Oficial Empresarial de 06/03/2008 (fls. 140/141);

- a contribuinte incluiu na apuração das estimativas dos meses de outubro e de 2007, o IRPJ e CSLL incidentes sobre ganho de capital obtido em alienação de ações acima referidas:

<i>Emissor</i>	<i>Mês da Operação</i>	<i>Evento</i>	<i>Valor</i>
BOVESPA	10/2007	Venda de 6.163.876 ações ON (-) Custo de Aquisição (=) Ganho de Capital	141.769.148,00 (12.685.256,81) 129.083.891,19
BM&F	11/2007	Venda de 4.441.625 ações ON (-) Custo de Aquisição (=) Ganho de Capital	80.036.685,75 (4.441.625,00) 75.595.060,75
		TOTAL GANHO DE CAPITAL	204.678.951,94

- também lançou o valor do ganho de capital na ficha 06-B-Demonstrativo do Resultado PJ - linha 52 da DIPJ/2008 (fls. 144 - Linha 52 - Receitas de Alienações de Bens e Direitos do Ativo Permanente: R\$ 221.805.833,75; Linha 55 - (-) Valor contábil dos Bens e direitos Alienados: R\$ 17.126.881,81 = Ganho de Capital Apurado: R\$ 204.678.951,94);

- Foram contabilizados na conta COSIF: 7311 0006-Lucros na Alienação de Investimentos os valores de R\$. 129.083.891,19, em 30/10/2007, e de R\$ 75.594.841,42, em 30/11/2007, conforme consta do Extrato de Contas à fl. 105;

- Na conta COSIF: 21510108 - De Empr.Liquid.Cust.Vinc.Bolsa, foram contabilizados os custos dos investimentos nos valores de R\$ 12.685.256,81 e R\$ 4.441.625,00, respectivamente em 30/10/2007 e 30/11/2007, conforme consta do extrato da conta às fls. 80/81;

- Além da tributação do IRPJ e da CSLL incidentes sobre o ganho de capital em questão, a contribuinte, por exercer as atividades típicas de sociedade corretora, conforme prescrito no art. 2º do Regulamento Anexo à Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 1.655, de 26.10.1989, sujeita-se também, a tributação do PIS e da COFINS nos moldes da Lei nº 9.718/1998 (art. 8º, I, da Lei nº 10.637/2002 e art. 10, I, da Lei nº 10.833/2003);

- Conforme Demonstrativo da Base de Cálculo do PIS/COFINS apresentado pela contribuinte (fls. 111/114), os valores de ganho de capital em questão não integraram a base de cálculo das referidas contribuições nos períodos de outubro e novembro de 2007.

*2.2. Quanto ao "Enquadramento Legal e Valor Tributável", o autuante informa que a interessada está sujeita à contribuição para o PIS e à COFINS, nos termos da **Lei nº 9.718, de 1998, que em seus artigos 2º e 3º estabelece que a base de cálculo das referidas contribuições é o faturamento correspondente à receita bruta. Assinala ainda que, dentre as exclusões na base de cálculo previstas no § 2º do artigo 3º da referida lei, encontra-se***

"IV- a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente", sobre a qual foca interesse, tendo em vista a venda das ações da BOVESPA HOLDING e BM&F S.A., pertencentes à ALFA, nos processos de IPO e para a General Atlantic. No entender da Fiscalização, a classificação correta para as ações alienadas, de acordo com o plano de contas COSIF, é 1.3.1.20.10-4 - Ações de Companhias Abertas, conta do Ativo Circulante, consoante art. 179, incisos I e III, da Lei nº 6.404, de 1976, no Parecer Normativo CST nº 108/1978 e na doutrina. Ressalta que as ações direcionadas aos processos de IPO foram registradas no ativo da interessada no mesmo exercício social da sua venda (data de registro: 28/09/2007 e 31/10/2007; data da venda: 30/10/2007 e 30/11/2007, respectivamente).

2.2.1. Consigna ainda o autuante que, além de ser atividade expressamente permitida às sociedades corretoras, conforme art. 2º, inciso IV, da Resolução do CMN nº 1.655, de 26/10/2009, "**comprar e vender títulos mobiliários por conta própria**" é uma das atividades que constituem o objeto social da ALFA previstas no art. 4º, alínea "d", de seu Estatuto social (fl. 72). Conclui, assim, que a compra e venda de ações de carteira própria constitui objeto social da ALFA e, por conseguinte, **compõe seu Resultado Operacional** e que a legislação tributária não autoriza a exclusão do resultado obtido com a venda das ações da BOVESPA HOLDING e da BM&F nos IPO e para General Atlantic da base de cálculo do PIS/COFINS.

3. Irresignada com os lançamentos, a interessada, por seu advogado e procurador (doe. de fls. 216/217), apresentou em 29/07/2010, a **impugnação** de fls. 174 a 212, acompanhada dos documentos de fls. 213 a 272.

3.1. Na peça de defesa, a interessada, quanto aos fatos, explica que, para a realização de suas atividades sociais próprias, estava obrigada a deter títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F, os quais estavam registrados, em seu ativo permanente, pelos respectivos valores de aquisição ou de integralização, atualizados pela Correção Monetária do Balanço e, por complemento, ajustados ao valor do patrimônio social das correspondentes bolsas. Em 2007, por ocasião da desmutualização, a impugnante registrou as operações de substituição dos títulos patrimoniais da BOVESPA e da BM&F pelas ações recebidas da Bovespa Holding S/A. e da BM&F S/A, contabilizando em contas distintas do Grupo de Investimentos em seu **Ativo Permanente**. Quanto à Oferta Pública de Ações, consigna que parte das ações recebidas foram posteriormente negociadas em Mercado de Balcão com Intermediação, por oferta pública, devidamente homologada pela CVM e que o ganho de capital, do Investimento alienado, foi **devidamente apurado e tributado como determina a legislação do IRPJ e da CSLL**.

3.2. Quanto ao Direito, discorre, inicialmente, sobre as Bases de Cálculo do PIS e da COFINS das Instituições Financeiras, expondo que:

• *As bases de Cálculo do PIS e da COFINS estão postas pela Lei nº 9.718/98 que teve sua redação alterada pela Lei nº 11.941 de 2.007, ato legal este que afastou do mundo jurídico o §1º do art. 3º da Lei nº 9.718 em razão da inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal;*

• *Não resta dúvida de que a receita auferida na venda de **bens do ativo permanente** deve, por força de imposição legal, ser excluída da receita bruta para fins de apuração do que for devido a título de PIS e de COFINS (art. 3º, §2º, inciso IV, da Lei n. 9.718, de 1998);*

• *o §2º, inciso IV, do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, não se trata, apenas, de uma ordem legal de exclusão de certa receita, mas sim, de uma norma de natureza técnica para a perfeita determinação de base de cálculo. Como norma técnica que é, a correta compreensão de seu alcance exige do hermenêuta o domínio de todo o sistema normativo tributário e não apenas das normas atinentes a estas específicas contribuições sociais;*

• *Ao usar a expressão "bens do ativo permanente" o legislador ordinário estava remetendo o destinatário da norma aos domínios da contabilidade comercial e da legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas. Somente nestes campos normativos pode-se encontrar o verdadeiro significado da expressão;*

• *a lei não teria prestigiado a classificação contábil dada pelos contribuintes aos seus bens, mas pretendia alcançar as operações conhecidas como "operações de capital", hábeis na formação do Resultado Não Operacional (ganho de capital);*

• *em se tratando de Instituições Financeiras a lei ainda estabelece, em caráter facultativo, certas deduções, arroladas no §6º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, para alcançar apenas o resultado financeiro destas atividades e não propriamente a receita. E a própria norma restringindo o conceito de receita bruta para estes contribuintes;*

• *quando a lei diz que a base de cálculo é o faturamento, não se pode tributar a venda de um bem do ativo permanente porque o contribuinte o adquiriu e o revendeu de imediato. Importa saber, no exemplo, se a operação se insere no universo conceitual de faturamento, tendo como parâmetro, para tal, todo o contexto da ocorrência, inclusive, o objeto social da empresa envolvida, para se saber se a operação acontecida foi ordinária ou extraordinária;*

• *as instituições estão sujeitas às normas específicas de tributação das operações financeiras e do mercado de capitais. A tributação no mercado financeiro e de capitais envolve outros conceitos e por isso estão agrupadas em capítulo próprio de nossa legislação do Imposto de Renda;*

• *E do objeto social das instituições financeiras atuarem no mercado financeiro ou de capitais por sua conta e ordem ou como mandatários de seus clientes. Portanto, nada impede que um Banco assuma o papel de Investidor especulador. Pelo contrário, é próprio do Sistema Financeiro que todas as instituições devam envidar esforços para a manutenção da **integralidade de seu patrimônio e de terceiros sob sua guarda.***

Assim, os lucros gerados em operações de renda fixa ou de renda variável assumem a qualificação de faturamento e estão insertos no campo de incidência do PIS e da COFINS por se tratarem de operações recorrentes destas instituições;

• O mesmo não ocorre com as operações não recorrentes de um Banco. Não é uma atividade típica de um Banco comprar um imóvel para, de imediato, revendê-lo. Quando isto ocorre, ocorre de forma esporádica e se houver lucro este será classificado como um Ganho Não Recorrente. E a boa técnica do direito exige de seu operador o pleno domínio do conceito legal de GANHOS OU PERDAS DE CAPITAL.

3.2.1. Sobre "Ganhos ou Perdas de Capital", a interessada reporta-se à doutrina de José Luiz Bulhões Pedreira, em que classifica as fontes de resultados da sociedade empresária (exercício da função empresarial, fornecimento de serviços de recursos, titularidade dos bens do patrimônio, participação societária e uso de capital de terceiro); a partir dessa classificação, o autor termina por definir as espécies do resultado da sociedade empresarial, como sendo: Lucro Bruto que dispensa comentários; Rendimento Líquido que é a diferença entre o Lucro Bruto e as despesas suportadas para ganhá-lo; e Ganhos ou Perdas de Capital que são os resultados idos nas vendas ou liquidação de bens objeto de aplicação de capital fixo.

Assinala ainda que o referido autor estratifica o resultado do exercício social em Resultado Operacional e Resultado Não Operacional para indicar a renda proveniente das atividades ordinárias e das atividades extraordinárias da sociedade empresarial. Tanto é assim, que as grandes companhias passaram a adotar, em suas demonstrações financeiras as expressões ("Lucros Recorrentes" e "Lucros Não Recorrentes").

3.2.1.1. Consigna a impugnante que "Os ganhos e perdas de capital constituem a principal espécie de resultados não operacionais" e que tais pressupostos socioeconômicos foram há muito tempo incorporados no nosso ordenamento jurídico pelo Decreto-lei nº 1.598, de 1977, cujo artigo 31 destaca. Assinala que o legislador tributário, seguindo a mesma trilha da Lei Comercial, impôs uma classificação obrigatória de certos e precisos resultados da sociedade empresarial, alcançados nas operações que tivessem por objeto bens do ativo permanente em sentido amplo, ou seja, todos aqueles bens e direitos que não fossem insumos, materiais intermediários ou mercadorias destinadas às atividades ordinárias da sociedade empresarial.

3.2.1.2. Pondera que, dentre as formas jurídicas empregadas nos negócios dos bens do ativo permanente destacadas pela legislação tributária (como a alienação, a desapropriação, a extinção, o desgaste, a obsolescência,...), está indicada a liquidação de bens do ativo permanente, que veio posta na lei para alcançar aqueles negócios em que não estão presentes o fluxo financeiro ou a necessidade de representação gráfica de fenômeno físico material como o da exaustão, por exemplo. Entende a impugnante que, nesta "liquidação" estariam incluídas as operações que resultam da mera substituição de um bem por

outro, onde a sociedade sai da titularidade do bem A, para ingressar na titularidade do bem B, sem que ocorra fluxo financeiro de qualquer espécie, sendo que, nas operações em que a valoração dos bens seja a mesma, nulo será o resultado. Neste contexto, destaca a figura das participações societárias em que o resultado auferido será considerado não recorrente e aponta que as figuras jurídicas de reorganização societária (fusão, incorporação, cisão e transformação) estão entre os eventos que culminam na liquidação de participações societárias. Apresentando um exemplo a ilustrar o pensamento exposto, conclui que a realização de uma aplicação de capital fixo, segundo a melhor doutrina, ocorre quando se altera o grau de liquidez de certa riqueza. E por isso mesmo que o intérprete não pode ter apego à questão temporal ou ao fluxo financeiro. Relevante na identificação da natureza jurídica do resultado da operação é a classificação primária da riqueza adquirida (capital fixo ou capital circulante).

3.2.2. Também argumenta que a adoção de Normas Internacionais de Contabilidade (IRFS), preconizada na Lei n 11.638/2007, pode ofuscar a leitura tributária dos fenômenos listados nas novas Demonstrações Financeiras das sociedades empresariais como acontece com a disposição contábil permissiva de se alocar uma aplicação de capital fixo no ativo circulante quando há intenção de pronta realização. Assim, se um Banco Estrangeiro pode adquirir no País, o controle de uma sociedade empresarial e de pronto registrá-lo no Ativo Circulante para explicitar sua intenção de venda. Todavia esta nova forma de registro contábil em nada altera a leitura do fenômeno tributário. A intenção de venda é posta a descoberto em razão da exigência de se demonstrar aos capitalistas investidores a liquidez da companhia (o fluxo financeiro ou capacidade de geração de caixa), não sendo relevante para resolver a questão inerente ao faturamento da entidade. Não é uma atividade típica de um Banco Comercial comprar e vender controles acionários de empresas. A aquisição do controle acionário continua sendo definida como Investimento do ativo permanente.

3.2.3. No tópico "Alienação de Participações Societárias que foram adquiridas pela liquidação de títulos patrimoniais emitidos por associações Cívis sem fins Lucrativos - Bolsa de Valores de São Paulo e Bolsa de Mercadoria e Futuros", a impugnante relembra que não poderia perseguir seu objeto social sem que fosse titular dos títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F, então sociedades sem finalidade lucrativa, discorrendo, ainda, sobre a desmutualização e sobre o entendimento da Receita Federal exarado na Solução de Consulta Cosit nº 10, de 2007, que critica nos seguintes termos:

• a autoridade tributária federal deixou de reconhecer os efeitos típicos dos institutos jurídicos da cisão e incorporação, empregados na desmutualização de sociedades civis, para afirmar a incidência do imposto de renda nos eventuais ganhos auferidos na operação. Prosseguiu manifestando seu entendimento que o ocorrido no mundo das coisas se ajustava a figura da Restituição de Patrimônio Social de Associação Civil nos termos descritos no § 1º do art. 61 do Código Civil Brasileiro;

•• *frente ao disposto no § 1º do art. 61 do Código Civil Brasileiro, diz a autoridade tributária para a então Consulente que o Ganho, auferido na desmutualização, será determinado atribuindo-se aos Títulos Patrimoniais liquidados o valor correspondente ao custo de aquisição. Esta é manifestação central de todo o arrazoado expendido na Solução de Consulta;*

•• *a Consulente não questionou, e a Receita Federal do Brasil, também, não expendeu interpretação "extra petita" no sentido de que as ações derivadas dos atos de desmutualização não fossem consideradas bens do Ativo Permanente;*

•• *Na seara tributária a distinção entre os institutos da reorganização societária e a figura da restituição de patrimônio associativo só se fazia presente para assentar a ocorrência, ou não, de um evento a ser qualificado como realização de bens do permanente (ganhos ou perdas de capital) e vincular a esta ocorrência outras regras de valoração para fins de apuração do resultado, no âmbito do imposto de renda das pessoas jurídicas e da contribuição social sobre o lucro;*

•• *Quanto às ações recebidas por Bancos Múltiplos, Corretoras e Distribuidora de Valores impunham-se as mesmas regras que já comentados, ou seja, a classificação contábil destas novas Participações Societárias passaria pelo crivo geral de se conhecer a classificação primária da riqueza que fora liquidada na desmutualização, eis que não houve fluxo financeiro na operação ou o curso de ativos outros equiparáveis a moeda corrente. Pelo contrário, se **recebeu pela liquidação dos Títulos Patrimoniais outros títulos representativos do capital social de sociedades empresariais vinculadas**, nos termos da Lei nº 11.638/2.007, às Instituições Financeiras. Assim, era **irrelevante** para tal classificação contábil dos ativos recebidos, **a intenção da Instituição Financeira de mantê-los em seu patrimônio empresarial ou aliená-los a curtíssimo prazo.***

3.2.3. *Passa então a impugnante a fazer uma análise da Classificação Contábil dos Títulos Patrimoniais, sob a ótica da Lei nº 6.404, de 1976, e da Circular BACEN nº 1.273- COSIF, concluindo pela imposição de tais títulos serem classificados no ativo permanente, e, ponderando que, "Talvez, o mais correto fosse classificar tais Títulos, no sub grupo "Imobilizado" no sentido de que tal aplicação de capital era produtora de renda operacional. Em outras palavras, cuidava-se de uma operação de capital não de custeio da atividade". Reportando-se aos artigos 11, 17 e 31 do Decreto nº 1.598, de 1977, a impugnante argumenta que:*

••• *A literalidade do disposto no art. 11 poderia levar o intérprete a concluir que a lei ordinária estaria impondo a classificação como lucro operacional dos resultados auferidos naquelas atividades declaradas como objeto social da empresa em seus atos constitutivos comerciais. Não é bem assim. Na verdade, o que deve ser considerado resultado operacional é o resultado auferido em qualquer atividade em que a empresa busca auferir lucro em seu ciclo temporal de operações e*

passíveis de serem renovados ou repetidos com os recursos do seu capital circulante (Capital de Giro);

... Também vão compor o resultado operacional, outras atividades meio (as acessórias) que são necessárias na vida de qualquer empresa como é o caso dos resultados auferidos em operações financeiras. De qualquer forma o resultado operacional deve espelhar o sucesso ou insucesso da atividade empresarial proposta formalmente pelos empresários (o objeto social declarado incorpora sempre as atividades principais e por decorrência as acessórias);

... Em se tratando de instituições financeiras, a questão ganha maior relevo. Isto porque o mercado financeiro é monopólio do Estado/ União e qualquer atividade deve ser autorizada pelo Poder Público Federal. Ninguém ingressa no mercado financeiro, como empresário do setor, se não for autorizado. Por sua vez, a autoridade monetária define a segmentação ou especialização das instituições impondo normas próprias de operação para cada atividade pretendida;

... Assim existem os Bancos Múltiplos, os Bancos de Investimentos, as Distribuidoras de Valores Mobiliários, as Corretoras de Valores Mobiliários e assim por diante. O que importa é que o objeto social da atividade deve ser especializado e autorizado, sendo vedado o desvio da finalidade empresarial;

... Segundo a regra constante do art. 31 do DL nº 1.598/77 os negócios que envolvam direitos e bens do ativo não circulante resultam em GANHOS OU PERDAS DE CAPITAL. Como visto os Títulos Patrimoniais das Bolsas eram classificados como Investimentos no Ativo Não Circulante por imposição do Banco Central

3.2.4. Prossegue na análise da tributação da mais valia havida na devolução do Patrimônio Social (art. 17 da Lei nº 9.532, de 1997), assevera que: a mais valia nada teria a ver com a classificação contábil do resultado obtido (operacional ou não operacional) e registra não ter havido rigor jurídico quando o autuante estabeleceu que as ações recebidas pelas Instituições Financeiras, por se amoldarem ao descrito no §3º, do artigo 17 da Lei nº 9.532/97, teriam sofrido metamorfose jurídica, transformando-se, por consequência, em bens do ativo circulante, por que alienadas em curto prazo após a aquisição. Também alega que, mesmo a presunção legal de permanência constante da letra "a" do inciso III do art. 774 do RIR/99 não socorre ao lançamento. Com base nos artigos 109, 114 e 118, conclui que:

Nos casos do PIS e da COFINS o fato gerador é o faturamento e todos sabem disso. Todavia o próprio legislador excluiu dos campos de incidência destas contribuições sociais os GANHOS DE CAPITAL, assim definidos como instituto do Direito Privado reproduzido no Direito Tributário. Portanto a aplicação da exclusão normativa depende da configuração do fato no direito privado e no sistema normativo tributário como um todo. Seja qual for a forma de aquisição das ações geradas na desmutualização - substituição dos TP ou integralização de capital social em bens- estar-se-ia frente a um investimento em Participações Societárias - classificado no Ativo Não Circulante,

porque há uma tutela normativa nesta APLICAÇÃO DE CAPITAL, por excelência, estando claro que a negócio jurídico não se amoldava à inversão de recursos em créditos realizáveis até o final do exercício seguinte (Lei nº 6.404/76, artigo 179 inciso I), eis que houve efetiva subscrição de capital social de sociedades empresariais. Subjaz na subscrição de capital social a intenção de ser titular de capital social e como tal colher os frutos inerentes a esta condição. De longe esta operação se coaduna com os pressupostos legais de uma operação de custeio ou de renda variável.

3.2.5. Quanto à **Oferta Pública Secundária de Ações**, a interessada argui que as próprias Bolsas empreenderam uma série de atos preparatórios para a venda das ações tendo sido levado ao conhecimento da CVM os prospectos de venda e firmado contratos bilaterais devidamente homologados pela CVM, seguindo-se o processo de leilão, frisando que as ações não foram negociadas em pregão, foram negociadas em mercado de balcão sem intermediação. Concluindo que a venda das ações deve ser classificada como ganho de capital.

3.2.6. Sob o tópico "Renda Variável versus ganhos e perda de capital", reportando-se aos incisos I a III do § 7º do art 10 da IN SRF nº 487, de 2004, (que descrevem as possibilidades de compensação do IR Fonte) e aos artigos 23, 25 e 30 da IN SRF nº 25, de 2001, conclui que o mencionado no ato interpretativo destaca "vendas de participações societárias por parte das pessoas jurídicas, fora da bolsa" quando a situação fática estiver vinculada ao CONCEITO DE GANHO LÍQUIDO EM RENDA VARIAVEL, como impõe o texto constante do caput do artigo ao qual está vinculado o inciso (art. 23 da IN SRF 25 de 2001). Cuida-se, então, de compra e venda de ações no papel de ente especulador, empregando recursos do seu capital circulante como ocorre com as outras modalidades de operações financeiras de renda variável ou de renda fixa. Em outras palavras quando não presentes as características intrínsecas de uma APLICAÇÃO DE CAPITAL.

3.2.7. A respeito "da controvérsia dos Autos", a impugnante alega haver equívoco do autor do lançamento quando invoca o disposto no inciso I do art. 179 da Lei nº 6.404, de 1976 e salienta que Ações emitidas por outras companhias somente seriam classificadas no Ativo Circulante de uma Instituição Financeira, se as mesmas fossem adquiridas com recursos do próprio ativo circulante em razão da prática de uma operação ordinária, ou recorrente, da instituição; jamais no caso de uma aplicação de capital, como operação extraordinária. Também argumenta que o exator insiste em afirmar que fez prova do erro de classificação contábil incorrido pela ora Impugnante. Pois bem, não se pode provar erro de classificação contábil; poder-se-ia demonstrar valoração jurídica do fato em desconformidade com o direito posto. Não se prova erro de direito, pelo contrário se demonstra o erro expondo o critério jurídico eleito. Acusa ainda que o auditor confundiu "venda de bens do ativo permanente" (expressão da lei) com venda de bens classificados

3.2.8. *Arremata suas conclusões expostas às fls. 209 a 211, afirmando que: resultado auferido na venda de ações originadas nos processos de desmutualização por todo exposto, **qualifica-se como GANHO DE CAPITAL e como tal não com a Receita Bruta das Instituições Financeiras.** No caso de Instituições Financeiras somente as receitas típicas podem ser tributadas pelo PIS e pela COFINS. Nem sequer a receita de aluguel de imóveis destas Instituições sofrem tais imposições por não se ajustar ao conceito de faturamento, como vem se posicionando a própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.*

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

Devem ser classificados no Ativo Circulante as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente. Correta a classificação, no Ativo Circulante, das ações da BOVESPA HOLDING S/A e da BM&F S/A que foram recebidas pela contribuinte em decorrência de processo de desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA, e da Bolsa de Mercadorias & Futuros de São Paulo - BM&F e

que foram negociadas logo após o seu recebimento, no caso, dentro de poucos meses de seu ingresso nos registros contábeis da impugnante.

PIS. BASE DE CALCULO. RECEITA BRUTA (OPERACIONAL). OBJETO SOCIAL. VENDA DE AÇÕES.

Tendo a interessada como objeto social a exploração de atividades de negociação e intermediação com títulos e valores mobiliários e mercadorias negociáveis em bolsas de valores e bolsas de mercadorias e futuros, considera-se como receita bruta (operacional) aquela proveniente da venda das ações da BOVESPA HOLDING S/A e da BM&F S/A que foram recebidas pela contribuinte em decorrência de processo de desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA, e da Bolsa de Mercadorias & Futuros de São Paulo - BM&F.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

A interessada cientificada do Acórdão da DRJ – São Paulo, em 30/03/2011 (e-folhas 313/315), interpôs Recurso Voluntário, em 25/04/2011 (e-folhas 316/ss), onde repisa os argumentos trazidos em sua impugnação.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional apresentou “**Contrarrazões**” (fls. 503/ss), onde em síntese aduz que:

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

- no processo de desmutualização houve devolução do patrimônio das associações civis sem fins lucrativos para as corretoras a elas associadas, na forma de ações das novas sociedades anônimas constituídas. Posteriormente, houve a subscrição das ações emitidas pela Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A. Deste modo, ao serem alienadas as ações subscritas, foi gerada receita passível de tributação pelo PIS e pela COFINS, e que não foram oferecidas à tributação;

- a subscrição e aquisição de tais ações não implicaram a singela troca de nomes dos títulos/ações, já que o Recorrente recebeu novas ações até então inéditas no seu acervo patrimonial, emitidas por pessoas jurídicas juridicamente distintas (Bovespa Holding S/A e BM&F S/A) das anteriores que expediram originalmente os ativos (Bovespa e BM&F);

- a aquisição dos títulos patrimoniais e sua manutenção no patrimônio do Recorrente se faziam imperativas para que ele pudesse exercer suas atividades junto às bolsas no momento em que adquiriu os títulos das associações civis. Posteriormente, perante a transformação da Bovespa e da BM&F (entidades sem fins lucrativos) em sociedades anônimas, deixou-se de existir a necessidade;

- os documentos analisados e a forma como ocorreram as transações entre o contribuinte e as emitentes das ações – BM&F S.A e a BOVESPA HOLDING S.A. – demonstram que sua intenção nunca foi de manter as ações em seu patrimônio como Ativo Permanente. Basta visualizar todo o conjunto de operações realizadas para se compreender o

objetivo do negócio realizado era realmente a alienação das ações, e não a sua manutenção no patrimônio da empresa.

- a decisão do STF que julgou inconstitucional o §1º do art. 3º da Lei n. 9.718/98 se fiou na indevida ampliação da base de cálculo faturamento. Para o STF, até a EC n. 20/98, a COFINS somente poderia incidir sobre os ingressos patrimoniais oriundos de sua atividade empresarial típica; isto é, as demais receitas atípicas (não operacionais) estariam fora da hipótese de incidência da COFINS, posto que nesse caso, não é faturamento da empresa, nos moldes da jurisprudência do STF. Partindo-se da premissa de que as ações recebidas pelo Recorrente devem ser classificadas como Ativo Circulante da empresa, fica patente o acerto da Fiscalização ao tributar – por meio do PIS e da COFINS – os valores obtidos com a alienação de tais ações.

- os art. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 1998, preveem que a receita bruta, auferida pela pessoa jurídica, será objeto de tributação das mencionadas contribuições. Isto porque o montante recebido pelo contribuinte – em decorrência da alienação das ações emitidas pela BM&F S.A e pela BOVESPA HOLDING S.A. – integra a sua receita bruta operacional, visto que são oriundas da atividade típica, regular e habitual do contribuinte;

- por fim, a Fazenda Nacional requer que seja negado provimento ao recurso voluntário interposto pelo contribuinte.

O processo digitalizado foi distribuído e, posteriormente, encaminhado a este Conselheiro Relator na forma regimental.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luís Eduardo G. Barbieri, Relator.

Da admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende os requisitos de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

Do objeto da controvérsia

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 do PIS e da Cofins 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” 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.

Três questões precisam ser analisadas para definirmos quais os efeitos jurídico-tributários decorrem da desmutualização das bolsas:

1ª Se a formatação adotada nessas operações societárias encontra abrigo no ordenamento jurídico brasileiro;

2ª Se os títulos patrimoniais tem a mesma natureza jurídica das ações recebidas pelas corretoras no processo de desmutualização e, por conseguinte em qual grupo contábil as ações deveriam ser classificadas: Ativo Circulante ou Ativo Permanente?

3ª. E por fim, se a receita de vendas das ações recebidas pelas corretoras está sujeita a incidência do PIS e da Cofins ?

Antes de posicionarmo-nos quanto aos efeitos jurídicos da “desmutualização” da Bovespa e da BM&F mostra-se necessário compreender no que exatamente consistiu esse conjunto de operações societárias que culminou com a unificação da Bovespa com a BM&F para, ao final, restarem fundidas na BM&F Bovespa S/A.

Da operação denominada “desmutualização” das bolsas

Inicialmente, para uma melhor elucidação dos fatos ocorridos transcrevemos trechos do detalhado relato histórico constante do artigo “A Desmutualização das Bolsas de Valores e seus Efeitos Fiscais para PIS/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), muito embora já adiantamos não concordar com as conclusões nele trazidas quanto ao efeito jurídico-tributário da operação:

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 n. 9.532/97. Assim, entendidos os requisitos dessa Lei, as associações 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 n. 1.655/1989).*

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 CBLC 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.

Em relação à BM&F, tal associação sofreu cisão parcial pela qual foi criada a sociedade anônima BM&F, em operação formalizada por meio do “Instrumento de Protocolo e Justificativa da Operação de Cisão Parcial da Bolsa de Mercadorias & Futuros BM&F, datado de 17 de setembro de 2007, e da “Ata de Assembleia Geral Extraordinária da BM&F S.A.”, de 20 de setembro de 2007, que aprovou a incorporação da parcela cindida do patrimônio da BM&F.

Nos termos do Protocolo, a BM&F S.A. sucedeu a BM&F em todos os direitos e obrigações, bem como recebeu parcela de seu patrimônio. Por sua vez, a BM&F passou a exercer atividades de natureza assistencial, educacional e desportiva e ficou com um patrimônio residual.

Em decorrência dessa operação, houve emissão de ações ordinárias da BM&F S.A., atribuídas aos detentores de títulos patrimoniais da BM&F, com base no balanço patrimonial da BM&F apurado no balancete de 31 de agosto de 2007.

É importante salientar que, nos termos do item 7.1 do aludido Protocolo, a operação em discussão não deu direito de retirada aos detentores de títulos patrimoniais da BM&F.

A BOVESPA, por sua vez, teve sua cisão aprovada por Assembleias Gerais Extraordinárias (“AGE”) realizadas em 28 de agosto de 2007, aprovando versão de parte de seu patrimônio à Bovespa Serviços e à BOVESPA HOLDING S.A.

Por essa operação os direitos e obrigações da BOVESPA foram transmitidos para a Bovespa Serviços e para a BOVESPA HOLDING S.A., restando a BOVESPA (associação) com capital social residual.

Na ata de AGE da BOVESPA HOLDING S.A., datada de 28 de agosto de 2007, foi aprovada a incorporação da parcela cindida da BOVESPA, nos termos do “Protocolo e Justificação da Cisão Parcial da Bolsa de Valores de São Paulo com Incorporação das Parcelas Cindidas pela Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (“CLBC”), Bovespa Serviços e Participações S.A e Bovespa Holdinda S.A.”, celebrado em 17 de agosto de 2007.

Em outra ata de AGE, da mesma empresa e com mesma data, foi aprovada a incorporação da totalidade de ações da Bolsa de Valores de São Paulo S.A. (atual denominação da Bovespa Serviços e Participações S.A.) e da CLBC.

Cumpre mencionar que, nesse interregno, em relação às ações detidas junto à BM&F S.A., muitas sociedades corretoras se comprometeram, por meio da assinatura de “Termo de Adesão ao Instrumento Particular de Assunção de Obrigações Celebrado no âmbito da Bolsa de Mercadorias & Futuros BM&F”, a alienar 35% das ações a elas atribuídas no processo de desmutualização na Oferta Pública Inicial (“IPO”).

Além disso, grande parte das sociedades corretoras firmou, conforme “Instrumento de Aceitação de Venda de Ações Ordinárias da Bolsa de Mercadorias & Futuros BM&F S.A.”, a alienação de um percentual de cerca de 10% de suas ações ordinárias da BM&F S.A. para um fundo de investimento integrante do grupo de Private Equity General Atlantic (“General Atlantic”).

Em 14 de dezembro de 2007, foi constituída uma sociedade sob a denominação social de T.U.T.S.P.E. Empreendimentos e Participações S.A., com o objetivo social de participar em outras sociedades, como sócia ou acionista, no país ou no exterior (holding). Em 08 de abril de 2008, os acionistas dessa companhia aprovaram a alteração da sua denominação social, que passou a ser “Nova Bolsa S.A.”.

Os Protocolos e Justificação de Incorporação celebrados em 17 de abril de 2008 entre a BM&F S.A. e a Nova Bolsa S.A. e a BOVESPA HOLDING S.A. e a Nova Bolsa S.A. resumiram a reorganização societária envolvendo a BM&F S.A. e a BOVESPA HOLDING S.A. da seguinte forma:

- i) incorporação da BM&F S.A. pela Nova Bolsa S.A., mediante versão à companhia do patrimônio líquido da BM&F; e*
- ii) emissão de novas ações ordinárias, observando a proporção de 1 (uma) ação ordinária da Nova Bolsa S.A., para cada ação ordinária da BM&F S.A. O restante foi alocado como reserva de capital, de reavaliação, de lucros e estatutárias;*

Os acionistas da BM&F S.A, já na qualidade de acionistas da Nova Bolsa S.A., deliberaram sobre a incorporação das ações da BOVESPA HOLDING S.A. da seguinte forma:

- iii) incorporação das ações da BOVESPA HOLDING S.A. pela Nova Bolsa S.A., a valor de mercado, sendo parte destinada ao capital social e o restante à formação de reserva de capital; e*
- iv) emissão de novas ações ordinárias, na proporção de 1,42485643 ação ordinária da Nova Bolsa S.A. para cada ação ordinária da BOVESPA HOLDING S.A., correspondendo a 50% das ações ordinárias da Nova Bolsa S.A. (permanecendo os outros 50% sob titularidade da BM&F S.A.) e novas ações preferenciais que foram entregues aos acionistas da BOVESPA HOLDING S.A. As ações preferenciais foram*

resgatadas contra reserva de capital sem redução social da Companhia.

Por fim, em assembleias realizadas na data de 08 de maio de 2008 foram aprovadas as incorporações, pela Nova Bolsa S.A., da BM&F S.A. e das ações da BOVESPA HOLDING S.A., unificando-se as operações das bolsas de valores e de mercadorias e futuros na Nova Bolsa S.A., que passou a se denominar BM&F BOVESPA S.A.

(negritamos)

Muito bem. Elucidadas as operações societárias ocorridas, passemos a análise e compreensão de seus efeitos à luz do nosso ordenamento jurídico.

De antemão ressaltamos o nosso entendimento de que com a operação de desmutualização não houve uma “mera sucessão” da associação sem fins lucrativos pelas sociedades anônimas de capital aberto, **por expressa vedação legal.**

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.)

Vejamos o dispositivo legal prescrito pelo artigo 61 do Código Civil que trata da dissolução das Associações para fins não econômicos:

*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, **omisso este**, 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.

O artigo supramencionado 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. Assim sendo, dissolvida a associação o destino do seu patrimônio deve ser aquele previsto no Código Civil, conforme dispositivo supratranscrito, **não se podendo admitir destinação diversa.**

Não há, portanto, 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, vai frontalmente de encontro ao que dispõe o artigo 61 do Código Civil.

De outro lado, o artigo 1.113 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), *verbis*:

*Art. 1.113. O ato de transformação independe de **dissolução ou liquidação da sociedade**, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se. (grifamos)*

Reforça este entendimento a distinção feita no artigo 44 do mesmo Código, ao relacionar (e, portanto, distinguir) as pessoas jurídicas de direito privado, *verbis*:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas;

V - os partidos políticos.

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada

Quanto ao artigo 2.033 do Código Civil presta-se apenas a reforçar o comando de que as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas de direito privado (inclusive as associações e sociedades), bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, serão regidas pelo Código, cada uma delas por normas específicas. Como já asseverado, a dissolução de Associação sem fins lucrativos é regida pelos dispositivos legais contidos no artigo 61.

Portanto, as operações societárias conduzidas com base em convenções particulares não encontram respaldo, a meu ver, nem mesmo em normas do direito civil.

E mais. Não há como acatar o argumento de que se a CVM – Comissão de Valores Mobiliários aceitou tais operações societárias, também devemos convalidá-las na esfera tributária. Os efeitos jurídico-tributários dessas operações não se inserem na esfera de competência da CVM.

Não há como negar que a alegada “transformação” pretendida – de Associação sem fins lucrativos para sociedade anônima – implica em **modificação da natureza jurídica dos direitos possuídos**: não são equivalentes os títulos patrimoniais das associações e as ações da pessoa jurídica resultantes. Houve substancial alteração no direito em questão, uma vez que a Recorrente não era, anteriormente, detentora de ações das novas sociedades (BM&F S/A e Bovespa Holding S/A)

Com isso, resta evidenciado que houve, sob a ótica de nosso ordenamento jurídico, **devolução** à Recorrente dos valores que correspondiam aos títulos patrimoniais que detinha, 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). 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”.

Desde modo, não procede a argumentação de que a escrituração das ações recebidas deveria, necessariamente, continuar sendo feita no Ativo Permanente, assim como eram escriturados os títulos patrimoniais (as associações sem fins lucrativos).

Esse entendimento restou assentado em diversos julgados proferidos pelo TRF da 3ª Região, embora todos tratando da incidência do IRPJ e da CSLL. Transcreve-se a emenda constante da Apelação Cível nº 0008706-05.2008.4.03.6100/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 inocorrência de dissolução ou extinção da associação que se transformou em sociedade por ações (art. 1.113 e 2.033 do Código Civil) tem relevância apenas para a preservação da titularidade dos direitos e obrigações da própria sociedade, que não terá solução de continuidade e manter-se-á íntegra.

6. Todavia, é inegável que a transformação implica em modificação da natureza jurídica das participações societárias

ou dos títulos de natureza similar que forem convertidos em ações da neonata pessoa jurídica.

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

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

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

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

11. Rejeitada a alegação de decadência, haja vista que o fato gerador do IRPJ e da CSLL (devolução dos títulos) ocorreu somente depois que houve a deliberação, em Assembleia 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 TRF-3ª Região: Apelação Civil Nº 0008121-50.2008.4.03.6100/SP; Apelação Civil Nº 0002384-66.2008.4.03.6100/SP e Apelação Civil Nº 0008522-15.2009.4.03.6100/SP.

Da natureza da escrituração das ações recebidas em decorrência da desmutualização

Passemos a questão referente à escrituração das ações recebidas pelas sociedades corretoras em decorrência das operações societárias acima explanadas.

Se os títulos patrimoniais eram necessários para que as corretoras pudessem exercer sua atividade de operar nas bolsas, correta está sua caracterização como Ativo Permanente em função do princípio da continuidade. Entretanto, o mesmo não acontece com as ações recebidas na desmutualização, que são valores mobiliários ordinários, possuindo

características distintas dos títulos patrimoniais, não sendo necessário deter a posse dessas ações para que a empresa opere em bolsa. Essas ações representam papéis negociáveis, e justamente por isso puderam ser vendidas pela Recorrente.

Neste sentido, vejamos o que dispõe o artigo 179 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A), que trata da matéria:

Art. 179. As contas serão classificadas do seguinte modo:

I - no ativo circulante: as disponibilidades, os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente e as aplicações de recursos em despesas do exercício seguinte;

II - no ativo realizável a longo prazo: os direitos realizáveis após o término do exercício seguinte, assim como os derivados de vendas, adiantamentos ou empréstimos a sociedades coligadas ou controladas (artigo 243), diretores, acionistas ou participantes no lucro da companhia, que não constituírem negócios usuais na exploração do objeto da companhia;

III - em investimentos: as participações permanentes em outras sociedades e os direitos de qualquer natureza, não classificáveis no ativo circulante, e que não se destinem à manutenção da atividade da companhia ou da empresa;

IV - no ativo imobilizado: os direitos que tenham por objeto bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da companhia ou da empresa ou exercidos com essa finalidade, inclusive os decorrentes de operações que transfiram à companhia os benefícios, riscos e controle desses bens;

Assim, tais ações recebidas deveriam ter sido classificadas no Ativo Circulante, uma vez que se referiam a direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente, como passamos a demonstrar.

Como relatado pela autoridade fiscal, a Recorrente através de Oferta Pública (IPO) alienou 6.163.876 ações de emissão da Bovespa Holding S/A, correspondente a 49,85% das ações que passou a ser titular após o processo de desmutualização efetuado pela BOVESPA, pelo preço de R\$ 23,00 por ação. E também alienou para *General Atlantic* Fundo de Investimento em Participações 4.441.625 ações de emissão da BM&F S/A, correspondente a 45% das ações que passou a ser titular após o processo de desmutualização efetuado pela BM&F, pelo preço médio de R\$ 18,02 por ação, conforme consta das notas explicativas às demonstrações financeiras dos exercícios findos em 31 de dezembro de 2007 e 2006, **publicada no Diário Oficial Empresarial de 06/03/2008** (fls. 140/141).

A venda destas ações pode ser corroborada, ainda, pelos seguintes documentos: “Extrato de Contas” (e-folhas 82/83), “Demonstrativo da Posição de ações” (e-folha 84/87), “Ordem de Transferência de Ações Escriturais” (e-folha 88), “Demonstrativo do Ganho de Capital Auferido na Alienação das Ações da Bovespa e BM&F” (e-fl. 89), onde consta a movimentação e escrituração dos valores referentes à venda das ações.

Destaca-se, dentre os documentos acima citados, o “Demonstrativo do Ganho de Capital Auferido na Alienação das Ações da Bovespa e BM&F” (e-fl. 89) de onde se podem extrair as seguintes informações:

i. Ações de emissão da Bovespa, alienadas em **outubro de 2007**:

. Venda de 6.163.876 ações ON: R\$ 141.769.148,80

. Custo de aquisição R\$ 12.685.256,81

- . Lucro na venda: R\$ 129.083.891,19
- ii. Ações de emissão da BM&F, alienadas em **novembro de 2007**:
 - . Venda de 4.441.625 ações ON: R\$ 80.036.685,75
 - . Custo de aquisição R\$ 4.441.625,00
 - . Lucro na venda: R\$ 75.595.625,75

A Bovespa Holding S.A. foi criada em agosto de 2007 e uma parcela das ações recebidas pela Recorrente foi alienada em outubro de 2007; do mesmo modo, a BM&F S.A foi criada em setembro de 2007 e parte das ações recebidas foi alienada em outubro de 2007. Não há, portanto, como acatar a tese da Recorrente de que as ações recebidas deveriam ser classificadas no Ativo Permanente.

A meu sentir, não há dúvidas que havia a **intenção de negociar** parte das ações recebidas no curso do ano subsequente, na verdade **no curso do próprio ano de 2007**, desde a data da criação da BM&F S.A, em **setembro de 2007**, e da Bovespa Holding S.A., em **agosto de 2007**.

Aliás, esse foi o intuito dessa genial operação, sob o aspecto financeiro, ao “substituir” títulos patrimoniais de associação sem fins lucrativos em ações negociáveis por valores substancialmente superiores, como vimos nos demonstrativos acima transcritos. Toda a moldagem das operações societárias que culminaram com a chamada desmutualização visava à obtenção de lucro com a receita da venda de parcela das ações recebidas. E não há nada de errado nisso, ao contrário é salutar, desde que se recolham os tributos devidos decorrentes da obtenção das receitas auferidas.

A própria Recorrente confirma que havia a intenção de alienar as ações quando da operação de desmutualização, vejamos suas palavras (vide e-folhas 206/207):

Ocorridas as respectivas desmutualizações - BOVESPA e BM&F, as próprias Bolsas encadearam uma série de atos preparatórios para venda de ações de propriedade das corretoras- antigas associadas das entidades civis.

*A prática destes atos ocorreu pelo mecanismo de **procuração outorgada pelas associadas**. Depois de levado a conhecimento da CVM os respectivos prospectos de venda, as Bolsas firmaram **contratos de colocação de ações junto a certas contrapartes**, instituições financeiras habilitadas à operação financeira conhecida como "underwriting".*

(...)

*Assim foram firmados contratos bilaterais devidamente homologados pela CVM. Seguiu-se então no processo até o **LEILÃO DESTAS AÇÕES** que veio a acontecer pelo mecanismo da **Oferta Pública Secundária de Ações**. Processadas as liquidações financeiras pelas corretoras ou bancos as ações foram levadas aos respectivos agentes de custódia já em nome dos adquirentes do público em geral.*

*As ações não foram negociadas em **PREGÃO**. Foram negociadas em **MERCADO DE BALCÃO COM INTERMEDIACÃO**. No caso particular da Bolsa de Mercadorias & Futuros ainda houve a formalização de contrato **de promessa de compra e venda de ações**, em que, figuraram*

*como cedentes as sociedades corretoras e como cessionária, investidora institucional não residente - General Atlantic, fundo | de investimento estrangeiro vinculado à Bolsa de Mercadorias de Chicago. **Este compromisso de alienação de parte das ações a serem recebidas aconteceu antes mesmo da própria desmutualização.***

Ademais, são fatos notórios (artigo 334, inciso I, CPC), amplamente divulgados ao público em geral, a criação da Bovespa Holding S.A. em agosto de 2007 e a Oferta Pública Inicial das ações em outubro de 2007, conforme pode ser atestado, a título ilustrativo, no informativo publicado na “Revista Bovespa” (site www.bmfbovespa.com.br/InstSites/RevistaBovespa/104/Capa.shtml, consulta efetuada em 20/04/2013), em trechos abaixo transcritos:

Com o IPO, a Bolsa é a notícia.

*Seguindo à risca um cronograma rígido, a Bolsa de Valores de São Paulo **transformou-se em sociedade anônima em 28 de agosto de 2007**, com o nome de Bovespa Holding S.A., tornou-se uma empresa de capital aberto em **23 de outubro**, incluída no Novo Mercado da própria Bolsa e **três dias depois seus papéis** – todos eles ordinários e nominativos – **começaram a ser negociados**. Foi uma estreia e tanto: mais de 50% de valorização no primeiro pregão, reflexo do interesse de investidores locais e internacionais. Mais do que a maior emissão do ano e recorde histórico no País, no montante de R\$ 6,625 bilhões, a oferta pública inicial – também chamada de IPO (Initial Public Offering) – pode desde já ser batizada de a mais importante mudança nos 117 anos de história da instituição.*

(...)

Assim, um ano e meio depois de começar efetivamente a desenvolver o projeto, dois meses após o pedido de registro na Comissão de Valores Mobiliários (CVM), e encerrado um frenético road-show de 16 dias pelo mundo, a Bovespa concluiu o processo de abertura de seu capital. A Bovespa Holding estreou no pregão exibindo conquistas que fazem justiça a todos os obstáculos dessa caminhada, permeada de minuciosos estudos, intensas negociações e acurada vigilância dos cenários macros, locais e globais.

***O IPO da Bolsa** – como foi apelidado pela imprensa – não poderia ter sido mais bem-sucedido. Foram colocadas no mercado 288 milhões de ações a um preço de emissão de R\$ 23,00, o que propiciou uma captação de R\$ 6,625 bilhões (cerca de US\$ 3,7 bilhões), a maior da história no Brasil e a quinta do mundo, em 2007 (no topo do ranking global do ano, está a Petrochina, que levantou US\$ 8,5 bilhões e estreou no começo de novembro em Xangai). A operação da Bovespa Holding representou mais que o dobro da captação da Ali Baba, empresa de internet chinesa, que ocorreu no mesmo período – equipes de ambas, por sinal, cruzaram-se em Nova York, por conta dos road-shows simultâneos. Mas teve para a Bovespa ingredientes ainda mais saborosos: **colocou 40,8% do capital no mercado**, despertou o interesse de quase 70.000 investidores pessoas físicas (objeto de atenção especial), que ficaram com 10% do total ofertado, ao lado dos investidores institucionais brasileiros (20%) e estrangeiros (70% **porcentual em linha com os IPOs precedentes**); a Bolsa de Nova York, por exemplo, levou 1%*

Mais ainda, desconcentrou o capital: o maior acionista ficou com apenas 4,3% do capital da Bovespa.

*No dia da estreia em pregão, a ação da Bovespa Holding fechou cotada a R\$ 34,99, uma alta de 52,13%. Foi “um dia de glória, sucesso e realização”, resumiu Magliano Filho, presidente da Bovespa conduzido à presidência do Conselho de Administração da nova empresa. **O IPO representou um momento culminante da estratégia de ampliação da base acionária** – combinada com a popularização do mercado que democratiza o capital – iniciada no começo da década, quando Magliano assumiu o comando da entidade.*

(...)

Já em meados deste ano, depois de dezenas de estudos, projeções, reuniões e conversações, ficou pronta a proposta. No dia 28 de agosto passado, realizou-se a assembleia que aprovou por unanimidade a desmutualização e a consequente abertura de capital, incluídas todas as condições para a oferta pública e seu respectivo prospecto. Foram 3 horas e meia de uma reunião faticosa, na verdade, em sete assembleias, dada a agenda específica a ser cumprida. No dia seguinte, 29, a Bolsa apresentava à CVM o pedido de registro de companhia aberta para a Bovespa Holding acompanhado da solicitação da oferta pública (IPO).

(...)

No mesmo sentido, os prospectos e documentos da oferta da Bovespa Holding S.A e da BM&F S.A. (Anúncio de encerramento, prospecto definitivo, comunicado ao mercado, aviso ao mercado) que estão disponíveis para consulta pública no site da própria BM&F Bovespa S.A. (www.bmfbovespa.com.br/pt-br/mercados/acoes/ofertas-publicas/bovespa-holding-sa-9112007). Abaixo transcrevemos a informação constante do citado site sobre o resultado das ofertas:

Resultado da Oferta (Bovespa Holding S.A.):

O processo de bookbuilding da oferta de ações da Bovespa Holding S.A., realizado em 24/10/2007, fixou o preço em R\$ 23,00 por ação. Os pedidos de reserva de investidores de varejo considerados prioritários foram atendidos integralmente até o valor de R\$ 12.098,00 que correspondem a 526 ações. Os pedidos de reserva de investidores de varejo considerados não prioritários não foram atendidos. As “Pessoas Vinculadas” foram excluídas da oferta de acordo com o Comunicado ao Mercado publicado no dia 23/10/2007. A liquidação ocorrerá no dia 30/10/2007.

Resultado da Oferta (BM&F):

O processo de bookbuilding da oferta de ações da Bolsa Mercadorias & Futuros S.A., realizado em 28/11/2007, fixou o preço em R\$ 20,00 por ação. Os pedidos de reserva dos empregados que não são pessoas vinculadas foram atendidos integralmente até o valor de R\$5.000,00, que corresponde a 250 ações. Sobre o restante foi aplicado um rateio de 40,347 %. A parcela do pedido de reserva não atendida na oferta prioritária

característica de permanente, ou seja, incluem-se aqui somente investimentos em outras sociedades que tenham a característica de aplicação de capital, não de forma temporária ou especulativa, existindo efetiva intenção de usufruir dos rendimentos proporcionados por esses investimentos."

(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.)

Destarte, 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.

Dos efeitos jurídico-tributários da operação de “desmutualização” das bolsas

Como relatado, as operações societárias foram conduzidas de modo a resultar na criação, cisão, incorporação e extinção de empresas, de acordo suas conveniências negociais. Entretanto, as convenções e os contratos particulares não têm o condão de vincular os efeitos tributários decorrentes dessas operações, em homenagem ao princípio da legalidade.

Muito embora as operações societárias que resultaram na desmutualização das Bolsas tenham sido engendradas pelos partícipes das referidas entidades com a finalidade de maximizar a obtenção de lucro decorrente das receitas auferidas com as vendas das ações recebidas, como já argumentado, foram feitas em descompasso com prescrito no Código Civil, mais especificamente o artigo 61, não podendo, portanto, produzir os efeitos jurídico-tributários almejados, qual seja a não incidência das contribuições para o PIS e para a Cofins.

Ressalte-se que não se está aqui pretendendo desconsiderar os negócios jurídicos, apenas se está aplicando os efeitos jurídico-tributários previstos na legislação de regência.

A autoridade fiscal fez o enquadramento legal das receitas auferidas nos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98 (e-folhas 157 e 162), que têm a seguinte redação:

*Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu **faturamento**, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.*

*Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à **receita bruta da pessoa jurídica**.*

§ 1º (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

*§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, **excluem-se da receita bruta:***

(...)

IV - a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente.

(...)

§ 5º Na hipótese das pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, serão admitidas, para os efeitos da COFINS, as mesmas exclusões e deduções facultadas para fins de determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP.

6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no §1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir: (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

(...)

As ações recebidas pela Recorrente devem ser classificadas no Ativo Circulante, como já demonstrado linhas atrás, deste modo, as receitas obtidas com a alienação destas ações constituem **receita bruta operacional** auferida pela pessoa jurídica, sujeita à incidência do PIS e da Cofins, como passamos a demonstrar.

Em nosso ordenamento jurídico encontramos os termos “faturamento” e “receita bruta” bem delineados nos seguintes dispositivos legais:

Decreto-Lei nº 1.598/77:

*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*

Lei Complementar nº 70/91:

*Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o **faturamento** mensal, **assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.***

Lei nº 9.715/98:

*Art. 3º Para os efeitos do inciso I do artigo anterior considera-se **faturamento a receita bruta**, como definida pela legislação do imposto de renda, proveniente da **venda de bens** nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia.*

Também restou assentado no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF pelo STF que o faturamento refere-se a “*receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza*” (trecho do voto do Ministro Moreira Alves).

Pois bem. As ações, no caso das corretoras, são os bens/mercadorias objeto das operações de compra e venda, portanto, a receita de venda destes bens/mercadorias enquadra-se perfeitamente nas definições dos dispositivos supramencionados, devendo ser considerada como receita bruta/faturamento destas empresas.

A Recorrente é uma corretora de títulos e valores mobiliários que tem como objeto social “**subscrever**, isoladamente ou em consórcio com outras sociedades autorizadas, emissões de títulos e valores mobiliários para revenda” e “**comprar e vender** títulos mobiliários por conta própria e de terceiros, observada a regulamentação baixada pela Comissão de Valores Mobiliários e Banco Central do Brasil nas suas respectivas áreas de competência” (vide artigo 4º do estatuto social da Recorrente, juntado aos autos a e-folha 74).

Esta característica das corretoras, inclusive, está prevista expressamente no artigo 2º da Resolução nº 1.655/89 do Conselho Monetário Nacional, *verbis*:

“Art. 2º - A sociedade corretora tem por objeto social:

(...)

II – subscrever, isoladamente ou em consórcio com outras sociedade autorizadas, emissões de títulos e valores mobiliários para revenda.

Deste modo, as receitas auferidas pela **alienação** das ações da BM&F S.A e Bovespa Holding S.A. de sua titularidade, 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 9.718/98, como pelo fato de comporem a receita bruta operacional das instituições financeiras, nos termos dos parágrafos 5º e 6º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. Os mencionados §§ 5º e 6º dispõem que as exclusões seriam as mesmas do PIS, previstas na Lei nº 9.701, de 1998, que define a base de cálculo como sendo a “receita bruta operacional auferida no mês”.

Da discussão judicial quanto à base de cálculo das contribuições sociais

Como amplamente divulgado, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 357.950/RS, 390.840/MG, 358.273/RS e 346.084/PR o STF decidiu que o faturamento das empresas compõe-se, apenas, de suas receitas operacionais (receita bruta da venda de mercadorias ou da prestação de serviços), ligadas a sua atividade principal, não devendo integrá-lo as demais receitas não operacionais. Deste modo, foi decretada a inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

Ao declarar inconstitucional o §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 restou assentado pelo STF que era indevida a ampliação da base de cálculo da contribuição, até a edição da EC nº 20/98 e, assim sendo, a Cofins somente poderia incidir sobre os ingressos patrimoniais oriundos de sua atividade empresarial típica.

Entretanto, a decisão do STF não tem repercussão no presente litígio, uma vez que o enquadramento legal constante da autuação fiscal refere-se ao *caput* dos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98 (estes artigos preveem que as contribuições serão calculadas com base no seu faturamento, corresponde à receita bruta da pessoa jurídica) que não foram declarados inconstitucionais pela Suprema Corte.

Conclusão

Deste modo, para as sociedades corretoras de câmbio e valores mobiliários, a base de cálculo é o faturamento / receita bruta operacional, o que inclui, necessariamente, as receitas auferidas com a venda das referidas ações de terceiros (BM&F S.A. e da Bovespa Holding S.A.), receitas estas decorrentes de atividade típica de empresa.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

Luís Eduardo Garrossino Barbieri

Declaração de Voto

Conselheiro Gilberto de Castro Moreira Junior

Em primeiro lugar, gostaria de saudar o ilustre relator, Conselheiro Luís Eduardo Garrossino Barbieri, pelo seu voto bastante abrangente e profundo a respeito do tema da desmutualização da Bovespa e da BM&F. Entretanto, ousou discordar do relator em suas premissas relativas à operação de desmutualização das bolsas, o que ensejará na impossibilidade de tributação das operações em questão pelo PIS e COFINS.

A fiscalização, referendada pela DRJ, entendeu que: (i) as ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A não se confundiriam com os títulos patrimoniais das Associações Bovespa e BM&F anteriormente registrados no ativo permanente; (ii) a desmutualização teria consistido na devolução do patrimônio investido nas associações civis e posterior subscrição de ações das sociedades anônimas; e (iii) no momento em que os títulos detidos pela Recorrente foram transformados em ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A, estas representariam direitos novos e deveriam ser classificados no ativo circulante.

Não concordo, como lançado pelo relator, que *“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, vai frontalmente de encontro ao que dispõe o artigo 61 do Código Civil”*.

A respeito do tema já escrevi que:

Estabelece o artigo 1.113 do atual Código Civil, ao tratar da transformação das sociedades, que:

"Artigo 1.113. O ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrições próprios do tipo em que vai converter-se."

Vê-se, portanto, que o artigo supra foi totalmente inspirado no artigo 220 da Lei das Sociedades Anônimas, cujo conteúdo é o seguinte:

"Artigo 220. A transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro."

Parágrafo único. A transformação obedecerá aos preceitos que regulam a constituição e o registro do tipo a ser adotado pela sociedade."

José Eduardo Tavares Borba é categórico ao afirmar que:

"Não se verifica, na transformação, a extinção da sociedade para a criação de outra, porquanto a sociedade transformada representa a continuidade da pessoa jurídica preexistente, apenas com uma roupagem jurídica diversa.

Não ocorre, por conseguinte, o fenômeno da sucessão, pois que ninguém pode ser sucessor de si próprio; a sociedade permanece com todos os créditos e débitos anteriores exatamente porque eram e continuam sendo de sua responsabilidade. Os bens que constituem o patrimônio social não serão objeto de transmissão, uma vez que não mudaram de titular, cumprindo promover, nos registros de propriedade, uma mera averbação do novo nome da sociedade.

Os preceitos da lei das sociedades anônimas sobre transformação (arts. 220 e 222) aplicavam-se a todas as espécies de societárias, não apenas à S.A. Com o novo Código Civil (arts. 1.113 a 1.115), as demais sociedades passam a contar com uma regulação própria, semelhante à da sociedade anônima." (11)

No mesmo sentido é a lição de Modesto Carvalhosa destacando jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo acerca do tema:

"A doutrina e a jurisprudência são, atualmente, pacíficas no sentido de que não há constituição de nova sociedade, seja na transformação simples, seja na constitutiva, mas tão-somente alteração da forma adotada anteriormente. Essa tendência é expressa no artigo ora comentado, que não faz, com efeito, qualquer distinção entre transformação simples e constitutiva, que em ambos os casos implicam sempre a permanência da mesma pessoa jurídica. Nesse sentido, Cunha Peixoto entende tratar-se de simples modificação contratual. E Bulgarelli lembra que 'a doutrina brasileira mais atual propende, considerando a transformação como mera alteração contratual, em reconhecer a continuidade da sociedade que se modificou, mantendo a mesma personalidade jurídica adquirida'.

...

Nesse sentido o acórdão na Apelação Civil n. 101.142-2 (TJSP, 24-6-1985), em votação unânime: '(...) Prevalece, contudo, o entendimento de que a transformação, prescindindo da dissolução e liquidação da sociedade que vai se transformar, não faz surgir nova sociedade, não se havendo falar em sucessão. É a antiga sociedade mantendo a mesma personalidade jurídica, porém com outras vestes." (12)

Modesto Carvalhosa também deixa claro que, sob a égide do Código Civil anterior, as sociedades civis podiam ser transformadas em sociedades comerciais:

"Pergunta-se se também as sociedades civis (arts. 18 a 23 do C.C) podem transformar-se em sociedades comerciais. No sistema jurídico brasileiro todas as sociedades com personalidade jurídica previstas no Código Civil e no Código Comercial, e ainda nas leis especiais mencionadas (Dec. N. 3.708, de 1919, e lei societária em vigor), podem transformar-se nos tipos societários comerciais acima mencionados. Podem transformar-se, assim, tanto as sociedades civis com fins lucrativos, desde que o contrato social assim o preveja ou não impeça. Também poderão ser transformadas as

sociedades sem fins lucrativos, como ocorre hoje em todo o mundo com os clubes e associações esportivas." (13)

*Com a edição do novo **Código Civil**, a situação não se alterou em relação às associações, sociedades simples e empresárias, havendo agora inclusive dispositivo específico regulamentando o assunto (**artigo 1.113**).*

Destaque-se, outrossim, o seguinte trecho do voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros, no REsp 242.721-SC, que tratou não incidência de ICMS na transformação de sociedades:

"... As sociedades comerciais podem sofrer várias metamorfoses, a saber: a) transformação strictu sensu - em que a sociedade passa de um tipo a outro (L. 6.404/76, Art. 220);

b) incorporação - operação pela qual a sociedade é absorvida por outra, desaparecendo como pessoa jurídica (Art. 227);

c) fusão - união com outra sociedade, com o aparecimento de uma nova pessoa jurídica (Art. 228);

d) cisão - transferência, total ou parcial do patrimônio para outra pessoa jurídica. Em sendo total, a cisão faz desaparecer a sociedade cindida (Art. 229).

Estes quatro fenômenos constituem várias facetas de um só instituto: a transformação das sociedades comerciais. Todos eles guardam um atributo comum: a natureza civil. Todos eles se consumam envolvendo as sociedades objeto da metamorfose e os titulares (pessoas físicas ou jurídicas) das respectivas cotas ou ações. Em todo o encadeamento de negócios não ocorre qualquer operação comercial. Os bens permanecem no círculo patrimonial da corporação..." (14)

É de se concluir, portanto, que a transformação de sociedade não implica na sua extinção, dissolução ou liquidação. A sociedade transformada representa a continuidade da pessoa jurídica preexistente com uma roupagem jurídica diversa. Não há transmissão do patrimônio social da sociedade, havendo apenas a necessidade de observação dos preceitos reguladores da constituição e inscrição do tipo societário em que a sociedade transformada irá converter-se. (Aspectos tributários da transformação de Associação sem fins lucrativos em Sociedade Simples ou Empresária. In http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=/index.php?PID=217174&key=4415884)

Entendo, ademais, que o artigo 2033 do Código Civil também corrobora o que dito acima, já que ele estabelece que *"as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no artigo 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código"*.

Ora, se verificarmos o artigo 44 do Código Civil¹, temos que no rol das pessoas jurídicas de direito privado ali previsto encontram-se as associações. Vê-se, portanto, que as associações podem ser objeto de transformação, incorporação, cisão ou fusão.

¹ Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;
Documento assinado digitalmente em 24/08/2001
Autenticado em 28/05/2013 por LUIS EDUARDO GARROSSINO BARBIERI, Assinado digitalmente e
m 28/05/2013 por LUIS EDUARDO GARROSSINO BARBIERI, Assinado digitalmente em 28/05/2013 por GILBERTO
DE CASTRO MOREIRA JUNIOR, Assinado digitalmente em 29/05/2013 por IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES
Impresso em 04/06/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O artigo 61 do Código Civil² apenas prevê o destino do patrimônio das associações em caso de dissolução. No entanto, não foi isso que efetivamente aconteceu na operação de desmutualização da Bovespa e da BM&F.

As Associações Bovespa e a BM&F foram parcialmente cindidas com incorporação da parcela cindida pela Bovespa Holding S/A e pela BM&F S/A, sendo que as Associações Bovespa e BM&F continuaram existindo.

Houve, a meu ver, a mera substituição dos títulos patrimoniais por ações, decorrentes da operação societária de cisão e posterior incorporação da parcela do patrimônio cindido das Associações Bovespa e BM&F pela Bovespa Holding S/A e pela BM&F S/A. Tais operações encontram, ademais, guarida nos dispositivos do Código Civil mencionados anteriormente.

Discordo, portanto, do entendimento da fiscalização no sentido de que houve a extinção das Associações Bovespa e BM&F, já que elas continuaram a existir apenas com uma mudança em seus objetos sociais.

Nesse sentido, inclusive destaco os acórdãos 3404-001.734 e 3403-001.757 proferidos pela 3ª Turma, da 4ª Câmara, da 3ª Seção do CARF, de relatoria do Conselheiro Ivan Allegretti, senão vejamos:

INCIDÊNCIA. ALIENAÇÃO DE AÇÕES. PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ATIVO PERMANENTE. SISTEMÁTICA DA LEI 9.718/98.

Ações recebidas a título de pagamento de parte do patrimônio vertido para sociedade nova ou existente proveniente de cisão, configura uma troca de ativos. Permanecendo contabilizados em grupo de investimento do Ativo Permanente, não configura receita operacional razão pela qual deixa de incidir contribuições para o PIS/Pasep e Cofins.

Recurso Provido. (Acórdão 3404-001.734)

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

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas;

V - os partidos políticos.

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada...

² 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.

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

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

A substituição dos títulos patrimoniais pelas ações caracterizam a permanência do mesmo ativo, devendo ser admitida sua manutenção na conta de ativo permanente, tal como procedeu o contribuinte, de modo que sua alienação configura receita da venda de ativo permanente, a qual não compõe a base de cálculo de PIS/Cofins.

Recurso provido. (Acórdão 3403-001.757)

Sendo assim, com a continuidade das pessoas jurídicas com as mesmas atividades, mesmos associados alçados à condição de sócios, mas apenas com alteração da forma societária para Sociedades Anônimas, entendo que a contabilização de ativos em conta do permanente baseia-se na intenção de permanecer com eles no momento de sua aquisição, ou seja, em momento muito anterior à operação de desmutualização das bolsas quando os títulos patrimoniais foram “adquiridos”.

Este entendimento é corroborado pelos Pareceres Normativos CST 108/78 e 3/80, que trataram, respectivamente, da classificação de determinadas contas, na escrituração comercial, para os efeitos da correção monetária de que trata o Decreto-lei nº 1.598/77, e dos ganhos de capital, tratamento tributário - correção monetária do balanço, *verbis*:

Parecer Normativo CST 108/78

7. Classificam-se como investimentos, segundo a nova Lei das S.A., "as participações permanentes em outras sociedades e os direitos de qualquer natureza, não classificáveis no ativo circulante, e que não se destinem à manutenção da atividade da companhia ou da empresa" (art. 179. III). Com relação ao dispositivo transcrito, dois pontos demandam interpretação: (1) o que se deve entender por "participações permanentes" e (2) quais seriam os "direitos de qualquer natureza".

*7.1 - Por participações permanentes em outras sociedades, se entendem as importâncias aplicadas na aquisição de ações e outros títulos de participação societária, com a intenção de mantê-las em caráter permanente, seja para obter o controle societário, seja por interesses econômicos, como, por exemplo, a constituição de fonte permanente de renda. **Essa intenção será manifestada no momento em que se adquire a participação**, mediante a sua inclusão no subgrupo de investimentos - caso haja interesse de permanência - ou registro no ativo circulante, não havendo esse interesse. Será, no entanto, presumida a intenção de permanência sempre que o valor registrado no ativo circulante não for alienado até a data do balanço do exercício seguinte àquele em que tiver sido adquirido; neste caso, deverá o*

valor da aplicação ser transferido para o subgrupo de investimentos e procedida a sua correção monetária, considerando como data de aquisição a do balanço do exercício social anterior. (grifamos)

Parecer Normativo CST 3/80

8. Em face do exposto, impõe-se a conclusão lógica de que a simples pretensão da pessoa jurídica no sentido de alienar bens destinados à utilização na exploração do objeto social ou na manutenção das atividades da empresa não autoriza, para os efeitos da legislação do imposto de renda, a exclusão dos elementos correspondentes registrados em contas do ativo permanente, devendo a cifra respectiva continuar integrando aquele agrupamento até a alienação, baixa ou liquidação do bem. (grifamos)

E não se diga que referidos Pareceres Normativos seriam aplicáveis somente ao IRPJ, já que os conceitos ali utilizados são aplicáveis a todos os tributos federais. Não há como dizer que os conceitos de investimentos e ativo permanente, por exemplo, são distintos para o IRPJ, PIS e COFINS, IPI e CSLL.

Por fim, destaco que, em recente parecer do Professor Eliseu Martins a que tive acesso tratando da questão da desmutualização das bolsas, é de se destacar o seguinte trecho acerca da classificação contábil dos ativos que muito se coaduna com o entendimento por mim defendido nesta declaração de voto:

Quando analisamos a movimentação subsequente desses ativos e identificamos uma situação de alienação de ações em curto prazo, a primeira interpretação é a de que a classificação contábil não estava adequada. Porém essa interpretação, baseada unicamente no momento das alienações, deve ser considerada com certa restrição; afinal, a decisão de venda de um ativo pode surgir a partir de eventos isolados, e que nem sempre não previsíveis.

Pode então ser comentado que a empresa já assinara compromisso de venda de parte dessas ações. Mas, de fato em nada muda a caracterização de que se tratava de um ativo adquirido, na sua origem, para poder operar nas bolsas, portanto, um ativo permanente à época, que agora fica disponibilizado para venda. Classificado no permanente ou classificado no circulante ou mesmo, à época, no realizável a longo prazo, em nada muda: tratava-se de um investimento adquirido para servir como permanente que agora poderia, sim, ser colocado à venda.

Nunca fora o investimento original feito com o fim de ganho por venda. Era um ativo permanente porque adquirido originariamente com o objetivo de permitir à entidade o desenvolvimento de suas atividades; e que foi trocado por outro ativo que podia agora ter sua classificação mantida, ou não, mas

que, se colocado à venda, não perdia a característica de um ativo permanente colocado à venda e, por isso, passível de reclassificação.

Entendo, portanto, que a isenção prevista no inciso IV, do § 2º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98 é plenamente aplicável ao caso concreto, motivo pelo qual não prospera a presente autuação fiscal.

Diante do exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto pela Recorrente.

Gilberto de Castro Moreira Junior