



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

Processo n° 16327.720075/2012-18
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3403-003.153 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de agosto de 2014
Matéria COFINS
Recorrente BANCO ITAU-BBA S/A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2007

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.

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 caracteriza a permanência do mesmo ativo, devendo ser admitida sua manutenção na conta de ativo permanente, tal como procedeu ao 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 Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, dar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Alexandre Kern, Rosaldo Trevisan e Luiz Rogério

Sawaya Batista. Os Conselheiros Antonio Carlos Atulim e Alexandre Kern apresentaram declarações de voto. Esteve presente ao julgamento a Dra. Marise Ferreira de Oliveira. OAB/SP nº225.008.

Antonio Carlos Atulim - Presidente.

Domingos de Sá Filho - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Antonio Carlos Atulim, Alexandre Kern, Domingos de Sá Filho, Rosaldo Trevisan, Luiz Rogério Sawaya Batista e Ivan allegretti.

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário Interposto pelo Banco Itaú BBA S/A visando modificar a decisão de piso que lhe foi totalmente desfavorável, mantendo o lançamento.

Insurge o Banco Itaú contra o lançamento que incluiu à base de cálculo da determinação da COFINS o ingresso de recurso financeiro proveniente da venda de ações oriundas de processo de desmutualização contra o entendimento do Fisco de que os títulos recebidos deveriam ter sido classificados em conta de Ativo Circulante, direito realizável no curso do exercício social subsequente por ser atividade típica de banco múltiplo que opere carteira de investimento.

A discussão se refere à incidência das Contribuições para o Programa de Integração Social e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social sobre receitas oriundas de venda de ações BM&F recebidas pela Recorrente oriunda do processo denominado “desmutualização” das associações Bovespa e BM&F em substituição aos antigos títulos patrimoniais que possuía das entidades.

O entendimento expressado no Acórdão recorrido é de que as ações recebidas teriam que ser contabilizadas em conta de Ativo Circulante, em razão de configurar uma operação típica de “mercado de Balcão”

Contrapondo, argumenta a empresa recorrente, que a natureza jurídica do negócio implicou na extinção das entidades, de modo que a ação das sociedades anônimas recebidas pelos associados se apresentaria como novo bem a integrar o patrimônio da pessoa jurídica adquirente dessas ações. Além do que, seja qual for a classificação contábil não o fato gerador do tributo por não se adequar ao conceito de faturamento, incerto no artigo 3º da Lei nº 9.718/98, motivo pelo qual não pode compor a base de cálculo das contribuições para o PIS e COFINS.

Acrescenta que alienação das ações não foi realizada na exploração do objeto social da sociedade, acresce segundo o Recorrente, a revogação do parágrafo primeiro do art. 3º da Lei nº 9718/98 pela Lei nº 11.941/2009, restringiu à incidência das contribuições ao faturamento.

Em síntese afirma ter ocorrido cisão seguida de incorporação, tudo isso autorizado nos artigos 2.033 e 2116 do Código Civil Brasileiro e o art. 225 da Lei Societária.

“A Bovespa associação (Bovespa), por meio de cisão parcial, verteu parte de seu patrimônio para duas Sociedades já existentes, no caso, para a Bovespa Serviços e Participações S.A (Bovespa Serviços), e Bovespa Holding S.A (Bovespa Holding)”.

Por derradeiro sustenta em suas razões a impossibilidade de incidir juros de mora sobre o valor da Multa de ofício.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Domingos de Sá Filho, Relator.

Cuida-se de recurso tempestivo e atende os demais pressupostos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

O cerne da questão colocada reside em saber se as ações recebidas e negociadas deveriam ter sido contabilizadas em Circulante ou no Permanente, o esse fato não ser relevante à incidência tributária que exige a Fazenda Federal.

Em sendo assim, a controvérsia trazida neste caderno processual administrativo centra na exigência de contribuição para o PIS e COFINS incidentes sobre operação denominadas “desmutualização” com alienação de ações resultante.

Tem-se em conta como contribuintes da COFINS e do PIS/Pasep na modalidade não cumulativa as pessoas jurídicas que auferirem receitas, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. Compreendem a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Assim, basicamente, estão sujeitas a COFINS e à contribuição para o PIS/PASEP na modalidade não cumulativa as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, com algumas exceções, como as instituições financeiras e as receitas decorrentes de prestação de serviços com transporte coletivo com observância do Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 23/2008, de acordo com o disposto no inciso XII do art. 10 da Lei nº 10.833/2003, hospitalares e educação, independentemente da forma de tributação adotada.

As pessoas jurídicas de que trata a Lei nº 9.718/98 correspondem: bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamentos e investimento, sociedade de créditos imobiliários, sociedade corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil e cooperativa de crédito, empresas de seguros privados, entidades de previdência privada, abertas e fechadas, empresas de capitalização, pessoas jurídicas que tenham por objeto a securitização de créditos imobiliários e financeiros e as operadoras de planos de assistência à

saúde. Estende também as empresas de que trata a Lei nº 7.102/1983 ao dispor sobre segurança para estabelecimento financeiro e estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores.

Em sendo assim, as corretoras para os fins tributários encontram encartadas no rol das pessoas jurídicas sujeitas à modalidade cumulativa, permanecendo às normas da legislação vigente anteriormente às Leis nºs 10.833/2003 e 10.637/2002, alteradas pelas Leis nºs 10.865/2004 e 10.925/2004.

Feitas essas considerações, passo ao exame do caso concreto.

As ações negociadas decorrem das modificações advindas do tipo de sociedade civil para sociedade anônima, cujos títulos patrimoniais ao tempo estavam contabilizados no Ativo Permanente, grupo Investimento.

Celeuma se exacerba em razão do objetivo social da Recorrente incluir transações de títulos em bolsa e mercado de balcão. Por isso entende o Fisco tratar-se de receita pertinente ao objetivo social, e, sendo assim, deveria submeter-se à incidência das contribuições para o PIS e a COFINS, além do que, as ações deveriam ter sido contabilizadas em Ativo Circulante.

A operação realizada consistiu em recebimento de ações em decorrência da cisão parcial, vertendo parte de seu patrimônio para duas sociedades já existentes, e, a título de pagamento do patrimônio vertido recebeu ações, posteriormente permutadas por ações da Holding. Mantendo desse modo a participação da Interessada no novel empreendimento, Bovespa Holding.

Conforme se depreende dos autos os títulos patrimoniais foram substituídos por ações da Bovespa Holding.

Em síntese ocorreu uma troca dos ativos, quanto a isso não resta dúvida. A meu ver essa operação jamais pode ser considerada devolução de patrimônio aos associados da extinta associação.

Também, tenho como certo a contabilização das ações no grupo de Investimento em razão do caráter permanente, o fato de alienação de parte desses títulos no futuro não descaracteriza a intenção de manter a participação na sociedade constituída com parte do patrimônio da empresa cindida.

A participação permanente em outras sociedades é tradicionais investimentos em outras empresas, tanto na forma de ações quanto de quotas, configura aplicação de capital não de forma temporária ou especulativa, demonstra o interesse e intenção de usufruir os frutos (rendimentos) na proporção do montante investido.

Vislumbro nesse caso a natureza voluntária, como sendo uma espécie da extensão da atividade econômica como sendo a pessoa encarregada de efetivar os negócios e os interesses da investidora. De modo que, o investidor espera são valores significativos desse empreendimento, entre esses, rentabilidade que seja direta ou indireta, isso é o que importa.

A classificação contábil é atribuição da empresa investidora, só ela sabe da sua própria intenção, daí cabe tão-só a ela essa tarefa. Esse fato leva ao passado recente quando existia inflação absurdamente insuportável e destruidora da economia nacional, nesse tempo a correção monetária dos ativos permanente era obrigatória, isso é, até 1995.

Naquele tempo era inaceitável a reclassificação de ativos contabilizados no grupo investimento permanente para o circulante. Prevalencia o entendimento das autoridades fiscais de que a legislação relativa ao Imposto de Renda vedava reclassificação de elementos registrados no Ativo Permanente para o Ativo Circulante, que deveria continuar integrando o Permanente até a efetivação da alienação.

Como é de conhecimento geral que a contrapartida do acréscimo do Ativo Permanente decorrente da correção monetária era contabilizada a crédito em conta de Resultado, cujo resultado era tributado pela legislação do Imposto de Renda, facultado ao diferimento.

Essa matéria em voto recente da lavra do Conselheiro e relator Ivan Alegre, bem como, em declaração de voto do Conselheiro Marcos Tranchesi Ortiz, foi esmiuçada e restou bem fundamentada, na qual busco socorro como fundamento de decidir:

“Conselheiro Ivan Allegretti, Relator.

O recurso é tempestivo, motivo pelo qual dele conheço.

A exigência de PIS/COFINS está lastreada no entendimento da Fiscalização de que o resultado da vendas, da contribuinte para terceiros, de ações da Bovespa Holding SA e da BM&F SA deveria receber o tratamento de receita operacional, e não de venda de ativo imobilizado.

A Fiscalização entende que, por força do art. 61, § 1º, do Código Civil vigente, as associações sem fins lucrativos – que era a modalidade na qual se encontravam formatadas as bolsas de valores antes da desmutualização – apenas poderiam destinar o seu patrimônio para entidades congêneres ou, quando muito, restituir aos seus associados o valor atualizado das contribuições que prestaram ao patrimônio da associação.

Baseada neste dispositivo, a Fiscalização entende que a venda das ações pela contribuinte teria sido o desfecho de uma seqüência de operações, as quais teriam começado com o ato de devolução de patrimônio da associação para os seus quotistas, seguido da aquisição das ações e a sua subsequente venda, de modo que tal venda revelaria a prática de atividade operacional típica da atuação econômica da contribuinte, de negociação de títulos no mercado financeiro.

É isto o que transparece do seguinte trecho do Termo de Verificação Fiscal (fl. 224):

Como se vê, o dispositivo é claro ao exigir que o estatuto de associação só possa destinar seu patrimônio em caso de dissolução, mesmo parcial, para outra entidade de fins não lucrativos. Porém, permite que os associados recebam em restituição, as contribuições prestadas no passado.

Resta irrefutável a necessidade de que sejam observadas as limitações impostas pelo Código Civil. Assim, as contribuições prestadas no passado pelas corretoras, convertidas em títulos

patrimoniais, não podiam ser destinadas a uma sociedade empresarial com fins lucrativos.

Entretanto, a norma jurídica permite a DEVOLUÇÃO DO PATRIMÔNIO aos associados, referente às contribuições prestadas no passado, no caso, o valor dos títulos patrimoniais.

Diante do acima exposto, conclui-se que houve uma Devolução de Patrimônio, seguida da aquisição das ações subscritas, apesar de a Bolsa denominar a operação de "cisão parcial", seguida de "incorporação". Não se trata, pois, de mera SUBSTITUIÇÃO de títulos por ações.

A Fiscalização, como visto, não concorda com os fatos: discorda da possibilidade de incorporação, com fundamento na qual procedeu-se a substituição dos títulos patrimoniais por ações, tal como concretamente foi realizado.

Entende que apenas seria possível a devolução do patrimônio pela associação aos seus associados, na forma do art. 61, § 1º do Código Civil vigente.

Ocorre que, concretamente, não houve um ato de restituição do patrimônio pela associação aos seus associados.

O que houve, de fato, foi a troca dos títulos por ações, em concretização das operações de cisão e incorporação do patrimônio da associação, resultando em sua extinção.

Não parece possível dizer que as ações teriam sido dadas em pagamento pelas sociedades anônimas, pois concretamente não houve a compra dos títulos patrimoniais pelas sociedades anônimas. Não houve mudança de titularidade dos títulos patrimoniais para si.

Também não parece possível dizer que teriam sido dados em pagamento pela associação, como forma de pagamento em restituição do patrimônio, pois a associação nunca foi titular das ações. Não foi a associação quem teria utilizado as ações, pois as ações não lhe pertenciam. Nem houve concretamente, repise-se, uma restituição do patrimônio pela associação, em resgate de seus próprios títulos.

A restituição prevista no art. 61, § 1º, do CC possivelmente teria acontecido se, diante da finalidade de extinguir a associação, não fossem aplicáveis a cisão e a incorporação.

O que se percebe, pois, é que a aplicação destes institutos societários no caso concreto suprimiu o ato de restituição do patrimônio aos associados.

Neste ponto, aliás, o recorrente argúi a aplicação do art. 2.033 do CC para sustentar a possibilidade jurídica de aplicarem-se os fenômenos societários da mutação, incorporação, cisão e fusão às associações.

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

Código”, sendo que, dentre as pessoas jurídicas listadas no art. 44, logo no inciso I, figuram as associações.

Não parece que a ressalva inicial seja capaz de eliminar todo o conteúdo que se segue, no sentido de que as entidades sem fins lucrativos estariam excluídas do envolvimento nestes fenômenos societários.

De fato, não parece possível extrair outra interpretação do dispositivo, senão de que permite tais operações em relação às associações, nada obstante se possa lamentar a falta de detalhamentos normativos mais precisos para a sua aplicação em relação às entidades sem fins lucrativos.

Este caso, aliás, é sintomático das dificuldades geradas pela falta de um balizamento mais detalhado e devidamente contextualizado com as características próprias das entidades sem fins lucrativos, em especial quando estão envolvidas entidades com fins lucrativos.

De outro lado, chama atenção o fato de que não houve qualquer notícia de questionamentos na época, colocando em dúvida a legalidade ou acusando de algum tipo de falta de ortodoxia os atos concretos praticados para levar a efeito a desmutualização das bolsas.

Dentre os atos praticados não houve, pois, uma restituição de patrimônio da associação para os seus associados. Também não houve uma aquisição propriamente dita das ações. Houve, em concretização das operações societárias, a substituição dos títulos patrimoniais por ações.

Interpretar como quer a Fiscalização exigiria desconstituir a operação concreta, por ilegalidade, ante a convicção de que não poderia ter acontecido pelo itinerário jurídico adotado, pois apenas outro caminho seria possível: o qual passaria necessariamente pelo ato específico de restituição, pela associação aos seus associados, das suas contribuições ao patrimônio da entidade.

Ocorre que, respeitada a competência deste Tribunal Administrativo, torna-se necessário presumir a legalidade das operações que concretizaram a “desmutualização”, mesmo porque ocorridas sob a tutela e autorização do Conselho Monetário Nacional e da Comissão de Valores Mobiliários.

Baseado, pois, na convicção de que de fato não houve uma devolução pela associação aos associados, do patrimônio da associação, seguida da aquisição e venda das ações, mas que concretamente houve a troca dos títulos patrimoniais pelas ações, entendo que a posterior venda destas ações não configura receita operacional da contribuinte, mas venda de seu ativo imobilizado.

Na DRJ-São Paulo/SP, prevaleceu por maioria de votos o entendimento de que se estaria tratando de receita operacional,

pelo argumento central de que os ativos em questão teriam natureza distinta.

Ou seja, porque os títulos patrimoniais não teriam a mesma natureza das ações, estaria justificada a desclassificação destes últimos da conta de ativo permanente, devendo ser reclassificados na conta de ativo circulante, diante da natureza operacional da negociação que teria envolvido seu ingresso e sua saída.

O raciocínio é linear, mas apenas formalmente.

Esbarra no mesmo problema anterior, na mesma complexidade dos atos que envolveram a cisão e a incorporação, dando causa ao deslocamento do patrimônio da associação para patrimônio de sociedade anônima, à mutação da condição de associado em acionista, e da substituição de títulos por ações.

Embora juridicamente sejam distintas as qualidades de um título e de uma ação, no conjunto de direitos e deveres que encerram, os dados da operação concreta demonstram que significam substancialmente o mesmo conteúdo patrimonial.

Pode-se dizer, com efeito, que se trata da mesma participação e do mesmo conteúdo econômico-patrimonial, relativas a uma pessoa jurídica que manteve a mesma atividade e finalidade, mas agora atuando com um estatuto diferente, sob um regime jurídico diferente.

Frise-se que a situação aqui tratada é bastante peculiar, pois não se está tratando de uma troca genérica de ativos diferentes, mas da troca de um título de uma participação societária que deixou de existir, por extinção da própria associação, por um título de participação societária de uma sociedade anônima que passou a existir, sucedendo o patrimônio da pessoa jurídica extinta.

Na perspectiva da contribuinte, portanto, legitima-se dizer que onde antes havia os títulos patrimoniais – que deixaram de existir – passou a haver as ações – que tomaram o lugar dos títulos extintos –, uma substituindo o lugar da outra na mesma conta de ativo permanente.

Se tal operação societária não seria possível de acordo com a legislação civil, este Tribunal não tem como questionar, mas tendo assim ocorrido, é de acordo com estes atos concretos que levaram a cabo tais operações que deve ser aplicada a legislação.

A substituição das quotas pelas ações, portanto, caracterizam a sucessão de um título – que deixou de existir – por outro – que passou a existir em seu lugar –, representativos da sucessão ocorrida entre as pessoas jurídicas envolvidas – a que deixou de existir e a que passou a existir em seu lugar –, 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. Voto pelo provimento do recurso. Ivan Allegretti.”

Ortiz: No mesmo sentido é a declaração de voto do Conselheiro Marcos Tranchesi

“O recurso voluntário ora em debate controverte autos de infração de COFINS e da contribuição ao PIS lavrados na pressuposição de que a recorrente haveria de ter espontaneamente exposto à tributação receitas por ela auferidas da alienação de ações ocorrida em 2007.

Em suma, discute-se se tratava da alienação de itens legitimamente classificados no “ativo permanente” – e, portanto, da obtenção de receitas insujeitas às exações, nos termos do artigo 3º, § 2º, inciso IV, da Lei nº 9.718/98 – ou se, ao contrário, referidos direitos deveriam compor o “ativo circulante” da pessoa jurídica e, nesta condição, ao serem cedidos a terceiros, proporcionar receitas passíveis de incidência.

Pois bem. Corretora de títulos e valores mobiliários, a recorrente deteve títulos representativos do patrimônio da Bolsa de Valores de São Paulo, enquanto a investida revestiu a forma de associação civil (a “Associação Bovespa”). Neste período, aliás, todo e qualquer operador do mercado de ações mantinha vínculo associativo com a Bovespa, uma vez que somente assim, ostentando título de associado, era admitido a atuar junto à entidade.

Em agosto de 2007, entretanto, a Associação Bovespa se submeteu a uma operação societária que resultou em versão de boa parte de seu patrimônio para uma pessoa jurídica com fins lucrativos. Inicialmente, a instituição sujeitou-se a uma cisão parcial, com alocação dos ativos e passivos cindidos em duas sociedades, a Bovespa Holding S.A. e a Bovespa Serviços e Participações S.A., ambas constituídas imediatamente antes da operação. Em seguida, as ações emitidas por esta última sociedade foram incorporadas pela primeira, daí decorrendo a formação de uma subsidiária integral.

Concluídos os atos societários, portanto, parte dos títulos patrimoniais emitidos pela Associação Bovespa foi extinta e substituída por ações representativas do capital social da incorporadora, a Bovespa Holding S.A., a significar que, no ativo da recorrente e dos demais associados, as novas ações passaram a ocupar a posição dos antigos títulos (a “Desmutualização”).

O Fisco não questiona, entenda-se bem, a classificação adotada pela recorrente na ativação dos títulos emitidos pela Associação Bovespa. Reconhece-lhes a condição de “ativos permanentes”, inclusive porque, como mencionado, o próprio exercício das atividades de corretagem pressupõe à época a aquisição e a manutenção da propriedade destes direitos. Quem quer que pretendesse intermediar valores mobiliários negociados na Bovespa haveria de previamente se associar à entidade.

O Fisco constrói os lançamentos em debate sustentando que, embora os títulos patrimoniais estivessem acertadamente contabilizados no ativo permanente, as ações que os substituíram não poderiam ter sido validamente escrituradas ali. Acusa a recorrente, em síntese, de não ter realizado uma supostamente obrigatória reclassificação dos novos ativos, por ocasião da operação societária a que se submeteu a investida.

Numa palavra: dada a natureza dos atos societários levados a efeito pela Associação Bovespa em agosto de 2007, era exigível que a recorrente alterasse a classificação contábil que validamente adotara com relação aos títulos patrimoniais substituídos? É disso que se trata.

Para dar consistência à sua tese, a autoridade lançadora argumenta que a operação societária em questão percorreu as seguintes etapas: (i) extinção da associação até então existente; (II) devolução de seu acervo patrimonial aos associados; e, finalmente (iii) reaplicação deste acervo, pelos associados, na integralização do preço devido pela subscrição, por cada qual, das ações emitidas pela Bovespa Holding S.A.

E digo que a narrativa se presta a dar consistência aos autos de infração porque é a partir desta sequência de supostas fases em que se desdobraria a operação societária que o Fisco constrói seu argumento quanto à obrigatoriedade da reclassificação dos ativos. É que de acordo com o Parecer Normativo CST nº 108, de 1978, editado a propósito do advento da Lei nº 6.404/76, a classificação das participações societárias no ativo permanente ou no circulante é presidida pela intenção manifestada pelo investidor no momento da aquisição. Veja-se:

“Investimentos:

(...)

*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 controle acionário, 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 circulante não for alienado até a data do balanço do exercício seguinte àquele em que tiver sido adquirido.**” (grifamos)*

De acordo com a orientação fixada no normativo acima, a intenção presente por ocasião da aquisição do ativo é a que, em princípio, deve orientar a classificação contábil, a significar que direitos escriturados no permanente quando da respectiva aquisição devem permanecer como tais mesmo depois de sobrevinda a decisão de aliená-los. Nesse sentido, aliás, dispõe o Parecer Normativo CST nº 3/1980, segundo o qual:

“8. (...) 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.”

Só por isso, aliás, é que se cogita da alienação de bens integrantes do ativo permanente da pessoa jurídica. Se a só cessação da intenção de permanência bastasse para compelir a sociedade a reclassificar direitos anteriormente escriturados em “investimentos” ou em “imobilizado”, somente itens do ativo circulante seriam passíveis de alienação. Sim, porque se a intenção subsequente de venda importasse a obrigatoriedade da prévia realocação, os negócios de alienação teriam por objeto, sempre e por princípio, elementos tão só do próprio circulante.

Desta forma, se a classificação pauta-se pela vontade exteriorizada no momento da aquisição, a subsistência dos autos de infração aqui recorridos pressupõe que se possa divisar, na operação societária por que passou a investida, um negócio jurídico de aquisição de ações praticado por seus associados. É o que sustenta a autoridade lançadora, para quem a recorrente obteve as ações em suposto ato de integralização do capital social da Bovespa Holding S.A., depois de ter recebido em devolução parcela do patrimônio pertencente à Associação Bovespa.

No raciocínio trilhado pelo Fisco, como visto acima, a Desmutualização da entidade se consumou, primeiro, através da partilha do patrimônio então existente entre seus associados e, na sequência, por meio de atos individuais de reaplicação deste mesmo patrimônio na sociedade anônima sucessora, mediante subscrição de capital. E é nesta última etapa que a fiscalização se permite enxergar o ato volitivo de aquisição a que alude o PN CST nº 108/78 para demandar da recorrente a reclassificação do ativo.

Sucedede que a reestruturação por que passou a associação se deu por meio de cisão. Nas cisões, a pessoa jurídica cindida delibera segregar direitos e obrigações que integram seu patrimônio e vertê-los para uma entidade já existente – caso da operação realizada pela Associação Bovespa – ou então para uma cuja constituição é deliberada na própria ocasião.

De acordo com a Lei nº 6.404/76, no que dela não difere a disciplina do atual Código Civil, a transferência do patrimônio cindido para a pessoa jurídica que o absorver dá-se a título de integralização de capital social. Pelo ato de cisão, portanto, a cindida subscreve a benefício de seus próprios acionistas a formação ou o aumento do capital social da sucessora e o integraliza com o patrimônio líquido segregado. Como consequência, o capital da cindida se divide e parte dos títulos

que o representam é automaticamente extinta e substituída por papéis emitidos pela receptora, em decorrência da própria subscrição.

A cisão não envolve devolução de patrimônio aos detentores de títulos emitidos pela cindida pela singela razão de que o ato implica transferência direta de patrimônio de uma pessoa jurídica à outra, sem intermediação. Direitos e obrigações objeto da operação passam da cindida imediatamente à incorporadora, sem transitarem pelo patrimônio dos investidores. É o que se lê do contido nos artigos 223, §2º, 227, §2º e 229, §§3º e 5º, todos da Lei nº 6.404/76 e, de resto, dito e repetido em doutrina.

Nesse sentido, confira-se em Modesto Carvalhosa as seguintes relevantes passagens:

“Subscreeve o aumento a incorporada e não seus acionistas, embora o produto dessa subscrição, ou seja, as ações ou quotas dela decorrentes, seja-lhes entregue. Temos assim que o pagamento da subscrição é feito pela incorporada, em benefício de seus sócios ou acionistas, e não em benefício próprio.”¹

“Ocorre que a incorporação, que se efetiva com a subscrição do capital da incorporadora com o patrimônio líquido da incorporada, não constitui nem compra e venda, nem alienação sui generis. Isto porque a transferência do patrimônio de uma para outra sociedade dá-se a título de pagamento das ações subscritas pela incorporada a favor de seus sócios ou acionistas. E, com efeito, a vontade da sociedade que será incorporada não é de alienar, permutar ou vender seu patrimônio, mas de subscrever com ele o capital de outra sociedade. Assim, a subscrição, que é obrigação da incorporada, cumpre-se com a integralização em bens e direitos que constituem o seu patrimônio, fazendo-o pelo valor líquido deste. A entrega desse patrimônio como forma de pagamento tem como efeito a transferência de propriedade sobre o mesmo, no valor correspondente ao da subscrição. Temos, assim, que a transferência do patrimônio da incorporada para a incorporadora se dá a título de pagamento da dívida contraída com a subscrição.”²

“Dessa forma, diretamente, o patrimônio da sociedade cindida transfere-se às novas ou já existentes sociedades, que se tornam suas sucessoras universais, na exata medida da parcela do patrimônio que lhes é transferida.”³

Ainda nesse sentido, advogar a tese do Fisco, no sentido de que a operação em análise envolveu devolução de patrimônio aos associados da Bovespa, exigiria reconhecer que, por um átimo de tempo ao menos, referidos associados detiveram a disponibilidade destes direitos. Por coerência, exigiria admitir que, tendo obtido a propriedade do patrimônio partilhado, os associados pudessem individualmente decidir por não reaplicá-

¹ *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas.* São Paulo: Saraiva, v. 4, 4ª. ed., p. 266.

² *Ob. cit.*, p. 275.

³ *Ob. cit.*, p. 308.

lo na Bovespa Holding S.A. ou, então, por investi-lo apenas em parte nesta sociedade.

Ocorre que, numa operação de cisão, os sócios da pessoa jurídica cindida não põem as mãos no patrimônio segregado. E os títulos (quotas ou ações) que lhes são entregues em substituição aos extintos jamais integrarão o patrimônio da sociedade submetida à cisão. Tais participações são emitidas pela incorporadora ou pela entidade constituída pelo ato de cisão e, sem transitar pela propriedade da cindida, são diretamente destinadas a seus sócios. Na hipótese dos autos, portanto, as ações emitidas pela Bovespa Holding S.A. por ocasião da cisão parcial não chegaram a pertencer à Associação Bovespa antes de serem entregues aos associados. Também por isso é incabível falar, aqui, em devolução de capital ou de patrimônio.

Vou além. De uma operação de cisão participam somente a própria cindida e a sociedade que houver de absorver a parte destacada de seu patrimônio (em se tratando de incorporação por sociedade pré-existente). Nem mesmo os sócios da cindida são parte do negócio jurídico de cisão, muito embora o ato repercuta diretamente em suas esferas de direito. Quem decide pela cisão e define todos os seus termos são unicamente as pessoas jurídicas envolvidas, através de seus respectivos órgãos deliberativos. Nesse sentido, vide os §§ 1º e 2º do artigo 227, da Lei das S.A.

Isso é relevante na medida em que, não participando diretamente da operação, os detentores de títulos emitidos pela cindida nada podem opor individualmente ao ato ou à própria substituição de suas participações por papéis emitidos pela incorporadora. Podem, sim, comparecer à assembléia convocada para deliberar a operação e manifestar sua eventual contrariedade mas, vencidos na votação, os efeitos da deliberação lhe são impostos. Daí porque, como a substituição de títulos, quotas ou ações prescinde, numa cisão, da aquiescência dos respectivos proprietários, não é possível equiparar a operação a um ato volitivo de aquisição, para fins de reclassificação contábil dos ativos.

Dado que a cisão parcial em debate produziu a extinção de parte dos títulos representativos do patrimônio da associação e, em lugar deles, entregou aos respectivos detentores ações emitidas pela sociedade incorporadora, não observo impropriedade na conduta praticada pela ora recorrente, no que alocou os direitos substitutos na mesma posição onde mantivera, até então, os direitos substituídos.

Sequer o argumento de que a operação em tela resultou na prática de ilícitos civis ou tributários justificaria a preservação dos autos de infração de PIS e de COFINS aqui recorridos. Nos debates que precederam a colheita dos votos no julgamento deste recurso voluntário, discutiu-se a própria higidez jurídica da cisão a que se submeteu a Associação Bovespa,

particularmente em razão da destinação de seu patrimônio – patrimônio esse amealhado sob regime jurídico-tributário de isenção – a entidade de propósitos lucrativos.

Cogitou-se de violação ao artigo 61, do Código Civil, no que obriga a destinação do patrimônio remanescente das associações a entidades de fins igualmente não lucrativos, na hipótese de dissolução. Aventou-se também eventual infração aos artigos 15 e 12, §§2º, 'b' e 3º da Lei nº 9.532/97, segundo os quais a isenção relativa ao IRPJ e à CSL depende da permanente reaplicação do patrimônio social na consecução dos fins a que se dedica a entidade.

De minha parte, penso que o destino dos autos de infração em julgamento dispense o prévio enfrentamento destas questões. Se a operação não poderia ter sido ultimada nestes termos, não quer dizer que não tenha sido. É dizer: não se pode concluir que a Bovespa não verteu patrimônio diretamente para entidade vocacionada a fins lucrativos apenas porque fazê-lo seria supostamente ilícito. Não é aceitável, do ponto de vista exegético, tratar a operação societária em causa como se fora de devolução de patrimônio com posterior reaplicação somente porque, da forma como efetivamente praticada, perpetraria um ilícito.

Fato é que, se a obtenção das ações em substituição aos extintos títulos patrimoniais não teve, para a recorrente, o sentido de uma aquisição (com a significação do PN CST nº 108/78), nada exigia uma reclassificação.

Com estes fundamentos, voto no sentido de dar provimento integral ao recurso voluntário, cancelando-se, por conseguinte, os autos de infração constantes dos autos. Marcos Tranchesi Ortiz”.

De modo que, penso no caso deste caderno administrativo que o fato das recebidas em substituição aos extintos títulos não configura aquisição, independentemente da intenção inicial ou por possível acordo prévio.

A meu sentir alienação das ações configura receita não operacional essencialmente em razão da origem. Tenho como certo que o fato do objeto social permitir aquisições e vendas de ações próprias e de terceiros não interfere neste caso a transmudar para receita operacional, não vislumbro essa possibilidade.

Forte nesses argumentos, e, o fato da Recorrente encontrar encartada no rol das pessoas jurídicas de que trata a Lei nº 9.718/98, sociedade corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários e empresas de arrendamento mercantil, concluo pelo desacerto do lançamento.

Ante o exposto, conheço do recurso e voto no sentido de dar-lhe provimento para cancelar o lançamento.

É como voto.

Domingos de Sá Filho

Declaração de Voto

Conselheiro Antonio Carlos Atulim

A questão posta para deslinde por parte deste colegiado não é nova. Trata-se mais uma vez de analisar a incidência do PIS e da Cofins sobre as receitas provenientes da venda das ações que resultaram da transformação da Bolsa de Valores de São Paulo e da Bolsa Mercantil e de Futuros em sociedades por ações.

É incontroverso que o contribuinte ora autuado possuía na conta do Ativo Permanente/Investimentos títulos patrimoniais das antigas Bovespa e BM&F, os quais foram recebidos em virtude da redução do capital social da corretora de títulos e valores mobiliários da qual era o único proprietário.

Com a transformação societária daquelas entidades em sociedades por ações (a denominada desmutualização das bolsas), os títulos sociais então existentes no Ativo Permanente/Investimentos do Banco foram transformados em ações em quantidade monetariamente equivalente ao valor dos aludidos títulos.

Tendo em vista que o Banco já sabia de antemão que iria alienar parte das ações de sua propriedade, entendeu a fiscalização que os títulos deveriam ter sido reclassificados para o circulante e o produto da venda tributado pelo PIS e COFINS.

Basicamente a fiscalização e a decisão de primeira instância entenderam que as ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F recebidas pelo Banco, em razão da desmutualização, constituíam um outro ativo diferente dos títulos patrimoniais da antiga Bovespa e da BM&F.

Assim, o momento do recebimento desse novo ativo seria aquele em que se deveria averiguar a intenção (ou não) de a pessoa jurídica o alienar, classificando-o em conta do circulante ou do permanente, conforme o caso.

No caso, entendeu a DRJ que como a intenção do contribuinte era a de vender as ações, a classificação deveria ter ocorrido no circulante. Tratando-se de receita proveniente da venda de ações que deveriam ter sido classificadas no ativo circulante, e estando essa atividade incluída no objeto social da pessoa jurídica, tratar-se-ia de receita operacional passível de inclusão nas bases de cálculo do PIS e da COFINS.

O entendimento da fiscalização e da DRJ está calcado no art. 61 do Código Civil, que determina a devolução de patrimônio aos sócios quando da dissolução das associações.

Ora, o art. 61 do Código Civil é inaplicável ao caso concreto, pois a BOVESPA ASSOCIAÇÃO CIVIL e a BM&F não foram dissolvidas e nem tiveram seus patrimônios devolvidos aos seus antigos sócios.

É de conhecimento público e notório que as duas entidades desapareceram do cenário jurídico no processo denominado desmutualização das bolsas. Mas desaparecer por dissolução e desaparecer por cisão são coisas totalmente diferentes sob o ponto de vista jurídico. O que houve no caso da desmutualização foi uma cisão seguida de incorporação. Na cisão o patrimônio da entidade cindida não retorna para os seus sócios, ele é transferido diretamente para a nova entidade que se originou. O que houve no caso da “desmutualização” foi a transformação de um tipo de sociedade em outra e não a dissolução tratada no art. 61 do Código Civil. Não se olvide que o art. 1.113 do Código Civil estabelece que o ato de transformação da sociedade independe de dissolução ou liquidação e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai se converter, enquanto que o art. 2.033, do mesmo Código, autoriza as associações a sofrerem cisão, fusão e incorporação.

Assim, se o Código Civil não impede a transformação de uma associação em uma sociedade anônima e se o estatuto da S/A foi regularmente registrado na Junta Comercial, não há que se cogitar de ilegalidade na operação.

Não tendo ocorrido a dissolução das antigas entidades, não há como sustentar as premissas adotadas pela DRJ, no sentido de que houve devolução de patrimônio e, assim, que as ações recebidas constituem um ativo novo e diferente dos títulos patrimoniais até então existentes.

O que de fato ocorreu foi a troca dos antigos títulos patrimoniais das associações civis pelas ações das novas companhias, como resultado das operações societárias de cisão seguida de incorporação sofridas pela antiga Bovespa e BM&F. Os títulos patrimoniais foram sucedidos por ações, as quais foram emitidas em quantidades que possuíam valor monetário equivalente aos dos títulos substituídos.

Tanto os antigos títulos patrimoniais, quanto as ações em que foram transformados, são papéis representativos de frações do mesmo patrimônio. Assim, mostra-se temerária a premissa de que as ações emitidas constituem um ativo diferente dos antigos títulos patrimoniais.

Se as ações são representativas do mesmo patrimônio que era representado pelos títulos patrimoniais que estavam no permanente, então é evidente que a reclassificação para o ativo circulante não retira das ações a condição de ser um investimento, uma participação do Banco no patrimônio de terceiros.

A obrigatoriedade de efetuar essa reclassificação consta do art. 179 e incisos da Lei nº 6.404/76, mas segundo orientação da própria Receita Federal a venda dessas ações poderia (ou deveria) ter sido feita sem essa reclassificação. Não se olvide que nos longínquos tempos em que os contribuintes estavam obrigados à correção monetária das demonstrações financeiras, a própria Receita Federal vedou a reclassificação de bens do ativo permanente para o ativo circulante a pretexto de serem alienados (Parecer Normativo CST nº 3/80).

Desse modo, como houve uma continuidade, ou seja, os antigos títulos patrimoniais contabilizados no permanente foram sucedidos pelas ações alienadas, o faturamento decorrente dessa alienação se enquadra como venda de um investimento classificado no ativo permanente, ou seja, venda de ativo próprio, e está expressamente

excluído da incidência das contribuições, por força do art. 3º, § 2º, inciso IV, da Lei nº 9.718/98.

Para aqueles que preferem a linguagem contábil, a receita proveniente da venda dessas ações constitui receita não operacional, pois a venda de patrimônio próprio não constitui objeto social de nenhuma empresa.

Tributar a venda dessas ações por meio do PIS e da Cofins seria o mesmo que obrigar uma montadora de veículos a tributar a venda dos veículos pertencentes à sua frota. Ou então obrigar uma construtora a tributar a eventual venda do edifício que constitui sua sede própria.

Com essas considerações, voto no sentido de dar provimento ao recurso.

(Assinado com certificado digital)

Antonio Carlos Atulim

Conselheiro Alexandre Kern

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

A BM&F e a BOVESPA eram entidades estabelecidas na forma de associações civis sem fins lucrativos, que se enquadravam no artigo 15 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e que, portanto, eram isentas do pagamento do IRPJ e CSLL.

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

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

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

A desmutualização da Bovespa e da BM&F transformou as estruturas societárias de ambas, que passaram de associações civis sem fins lucrativos para sociedades empresárias na forma de sociedades anônimas, com fins lucrativos. No caso da Bovespa, inclui-se também no processo a troca de ações da CLBC por ações da Bovespa Holding S/A. Em 28/08/2007, conforme Ofício Circular BACEN nº 225/2007, de 18 de setembro de 2007, o patrimônio da Bovespa era representado por títulos de valor unitário de R\$1.568.890,19, tendo como referência o valor apurado nas demonstrações financeiras (balanço patrimonial) da associação, efetuado naquela data (28/08/2007). Segundo referido ofício, cada título patrimonial da Bovespa passou a representar 706.762 ações da nova empresa Bovespa Holding S/A totalizando R\$1.568.803,71 pelo total de ações mais R\$86,46 de valor residual que deveriam ser registrados no Ativo Permanente da Bovespa Holding S/A. E cada lote de 25 ações de emissão da CLBC passaria a equivaler a 46.223 ações da Bovespa Holding S/A.

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

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

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

Membro de compensação: R\$4.961.610,00 por título, transformado em 4.961.610 ações da BM&F S/A ;

Corretora de mercadorias: R\$4.898.015,00 por título, transformado em 4.898.015 ações da BM&F S/A ;

Operador especial: R\$1.335.141,00 por título, transformado em 1.335.141 ações da BM&F ;

Sócio efetivo: R\$10.000,00 por título, transformado em 10.000 ações da BM&F S/A.

Em 01/10/2007 houve a entrega de ações da BM&F S/A como devolução de capital dos detentores dos títulos da antiga associação BM&F. Após a devolução de capital da BM&F, houve a IPO da BM&F S/A, no curso da qual foram negociadas 299.184.846 ações ao valor unitário de R\$20,00, alcançando o montante de R\$5.983.696.920,00⁴.

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

Não há como aceitar a tese de que houve uma singela “transformação” dos títulos patrimoniais detidos por ações das novas companhias, uma vez que se trata de direitos de naturezas jurídicas absolutamente distintas. Ao fim e ao cabo, a Recorrente recebeu novas ações, até então inexistentes, emitidas por pessoas jurídicas constituídas sob a forma de sociedade anônima (BM&F S.A. e Bovespa Holding S.A.).

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

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

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

Os institutos da fusão, cisão e incorporação não são de utilização permitida pelas associações por força do disposto no artigo 1.113 e seguintes do Código Civil, cuja localização topográfica indica sua aplicação somente às sociedades empresárias (Livro II – Do Direito de Empresa; Título II – Da Sociedade; Subtítulo II – Da Sociedade

⁴ Para um relato histórico minudente das operações societárias realizadas, ver "A Desmutualização das Bolsas de Valores e seus Efeitos Fiscais para IS/COFINS", de Cassio Sztokfisz e Igor Nascimento de Souza (publicado no livro "PIS e Cofins à luz da jurisprudência do CARF – volume 2" – coordenadores Marcelo Magalhães Peixoto e Gilberto de Castro Moreira Junior, São Paulo: MP Editora, 2013).

Personificada; Capítulo X – Da Transformação, Da Incorporação, Da Fusão e Da Cisão das Sociedades).

Corroborando esse entendimento, ou seja, de aplicação daqueles institutos jurídicos somente às sociedades mercantis, a Instrução Normativa DNRC nº 88, de 2 de agosto de 2001⁵, que, em pleno vigor, dispõe sobre o arquivamento dos atos de transformação, incorporação, fusão e cisão de sociedades mercantis.

A referida IN assim dispõe:

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

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

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

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

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

Não há como reverter o patrimônio de uma associação sem fins lucrativos a uma sociedade por ações. A conversão dos títulos patrimoniais de associação sem fins lucrativos para uma sociedade por ações, após a cisão das associações e incorporação da

⁵ Disponível em <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=75025>, acesso em 07/08/2014.

parcela cindida por sociedades anônimas de capital aberto, como pretende justificar a Recorrente, afronta despidoradamente o artigo 61 do Código Civil.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. A 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 abrogados pela nova legislação, que cuida especificamente do tema em discussão.

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

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

13. Apelação improvida.

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

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

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

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

As desmutualizações contemplavam a necessidade de que fossem promovidas ofertas públicas iniciais, destinadas à colocação das novas ações no mercado. Antes mesmo de receber as ações da Bovespa Holding S.A. e da Bolsa de Mercadorias &

Futuros BM&F S.A., os então associados já tinham ciência de tal fato. Os compromissos formais de cada associado, no sentido de participar das IPOs, eram de caráter "irrevogável e irretroatável", indicando o número de ações e/ou o percentual das ações a receber que seriam ofertados.

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

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

Fica evidente que, em decorrência da própria formatação das operações negociais efetuadas, a Recorrente obteve, com a desmutualização, ações de terceiros com a intenção (ou compromisso) de posterior alienação e que, efetivamente, como compromissado, vendeu as ações no mesmo exercício de sua aquisição (ano 2007). Enquanto direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente, tais ações recebidas deveriam ter sido classificadas no Ativo Circulante, na esteira, aliás, da orientação emanada do Parecer Normativo CST nº 108/78 e a doutrina mais abalizada.⁶

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

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

⁶ 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.

Processo nº 16327.720075/2012-18
Acórdão n.º 3403-003.153

S3-C4T3
Fl. 27

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

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Sala de sessões, em 19 de agosto de 2014


Alexandre Kern