ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 16327.720302/2012-05

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

Processo nº	16327.720302/2012-05
Recurso nº	Especial do Contribuinte
Acórdão nº	**9101-003.536 – 1ª Turma**
Sessão de	4 de abril de 2018
Matéria	DESMUTUALIZAÇÃO
Recorrente	HAITONG SECURITIES DO BRASIL CORRETORA DE CÂMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS S/A
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

DESMUTUALIZAÇÃO CETIP. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO DE ASSOCIAÇÃO. CISÃO COM VERSÃO DO PATRIMÔNIO PARA SOCIEDADE ANÔNIMA. IMPOSSIBILIDADE.

Não se pode admitir a tese defensiva que sustenta a realização de cisão com a versão de parte do patrimônio da associação para uma sociedade anônima. Vale considerar que a finalidade institucional, sempre de índole não lucrativa, justifica os benefícios e as vantagens concedidos pelo Poder Público e por particulares, que acabam redundando em aumento do patrimônio das associações. Por isso, o Direito não admite a distribuição do patrimônio da associação aos associados, já que as contribuições destes, bem como os privilégios, regalias e benesses proporcionados por terceiros objetivam, em última instância, a realização dos fins almejados pela associação. Coerentemente com tal concepção, o artigo 61, *caput*, do Código Civil de 2002 prevê que, "em caso de dissolução da associação, o remanescente do patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais do patrimônio relativas aos associados contribuintes, 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."

DESMUTUALIZAÇÃO CETIP. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO DE ASSOCIAÇÃO. CISÃO COM VERSÃO DO PATRIMÔNIO PARA SOCIEDADE ANÔNIMA. TRIBUTAÇÃO DO GANHO DE CAPITAL.

Não se pode cogitar de aplicação do MEP aos títulos patrimoniais das associações, porque sequer inexiste investimento do associado. Este contribuiu para formar o capital da associação sem qualquer interesse econômico. Porém, ao fim e ao cabo, essa associação isenta acumulou superávits ao longo dos anos. Posteriormente, em decorrência da extinção

dessa entidade sem fins lucrativos, uma vez convertida em sociedade anônima, os associados tornaram-se acionistas, auferindo um acréscimo de seu patrimônio em razão da aquisição do direito aos resultados não tributados da entidade isenta, obtidos antes de se transformar em sociedade anônima. Esses resultados foram adicionados ao valor patrimonial dos títulos de cada associado, refletindo-se no valor das ações recebidas da pessoa jurídica com fins lucrativos então criada, o que não é compatível com a pretensão do recorrente de se livrar do crédito tributário correspondente ao ganho auferido.

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. TRIBUTAÇÃO O GANHO DE CAPITAL.

Os negócios jurídicos que se integram na incorporação de ações ocorrem em razão de manifesta deliberação dos sócios ou acionistas das sociedades envolvidas mediante assembléias, nos termos do artigo 252 da Lei n° 6.404/76; portanto, são os acionistas que determinam os valores pelas quais as operações serão realizadas (observadas as prescrições legais tendentes a proteger acionistas minoritários) de modo que se a operação de subscrição realizar-se por valor superior ao valor contábil, haverá apuração de ganho de capital tributável.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2008

RECEITA DA VENDA DE AÇÕES DA BOVESPA HOLDING E BM&F. INCIDÊNCIA.

O relevante para as normas de incidência da COFINS é a identidade entre a receita bruta e a atividade mercantil desenvolvida nos termos do objeto social da pessoa jurídica. Por tal perspectiva, compreende-se que a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998, não alterou o critério definidor da base de incidência da COFINS como o resultado da atividade econômica vinculada aos objetivos sociais do contribuinte**.** Firmou-se, pelo contrário, a noção de que não é qualquer receita que pode ser considerada faturamento para fins de incidência dessa contribuição social, mas apenas aquelas vinculadas à atividade mercantil típica da pessoa jurídica.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2008

RECEITA DA VENDA DE AÇÕES DA BOVESPA HOLDING E DA BM&F. INCIDÊNCIA.

O relevante para as normas de incidência do PIS/PASEP é a identidade entre a receita bruta e a atividade mercantil desenvolvida nos termos do objeto social da pessoa jurídica. Por tal perspectiva, compreende-se que a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998, não alterou o critério definidor da base de incidência do PIS/PASEP como o resultado da atividade econômica vinculada aos objetivos sociais do contribuinte**.** Firmou-se, pelo contrário, a noção de que não é qualquer receita que pode ser considerada faturamento para fins de

incidência dessa contribuição social, mas apenas aquelas vinculadas à atividade mercantil típica da pessoa jurídica.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em conhecer do Recurso Especial. Ainda, por unanimidade de votos, em não conhecer as preliminares erro na apuração de fato gerador e da base de cálculo do PIS e da COFINS por ausência de paradigma demonstrando a divergência na interpretação da legislação tributária. No mérito, (i) quanto à natureza jurídica da desmutualização da CETIP, com as consequências relacionadas ao IRPJ e à CSLL, por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto (relator), Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento e (ii) quanto à incidência de PIS e COFINS sobre as operações de alienação de ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A, por voto de qualidade, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto (relator), Cristiane Silva Costa, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Flávio Franco Corrêa.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rego – Presidente

(assinado digitalmente)

Luís Flávio Neto – Relator

(assinado digitalmente)

Flávio Franco Corrêa – Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luís Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto por **BES SECURITIES DO BRASIL S/A CORRETORA DE CÂMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS (HAITONG SECURITIES DO BRASIL CORRETORA DE CAMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS S/A)** (doravante "**contribuinte**" ou "**recorrente**") em face do acórdão n. **1402-002.288** (doravante "acórdão *a quo*" ou "acórdão recorrido"), proferido pela então 2ª Turma Ordinária, 4ª Câmara, 1ª Seção (doravante "Turma *a quo*").

O acórdão recorrido rejeitou a preliminar de nulidade e negou provimento ao recurso voluntário, restando assim ementado:

> ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ
> Ano-calendário: 2008

DESMUTUALIZAÇÃO DA CETIP. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO DE ASSOCIAÇÃO. SUJEIÇÃO À TRIBUTAÇÃO. AVALIAÇÃO PELO CUSTO DE AQUISIÇÃO.

A operação de desmutualização sob a forma de cisão parcial seguida de incorporação, não se faz possível, em razão do disposto no art. 61 do Código Civil de 2002, que veda a destinação de qualquer parcela do patrimônio de associações a entes com finalidade lucrativa.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

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, recebidas em virtude da operação chamada desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo Bovespa e BM&F, que foram negociadas dentro do mesmo ano, poucos meses após o seu recebimento ou até o encerramento do período seguinte, devem ser registradas no Ativo Circulante e sua alienação configura fato gerador da COFINS.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS - PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL - MODALIDADE FATURAMENTO 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, recebidas em virtude da operação chamada desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo Bovespa e BM&F, que foram negociadas dentro do mesmo ano, poucos meses após o seu recebimento ou até o encerramento do período seguinte, devem ser registradas no Ativo Circulante e sua alienação configura fato gerador do PIS.

PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA OPERACIONAL. CORRETORA DE VALORES MOBILIÁRIOS. VENDA DE AÇÕES. DESMUTUALIZAÇÃO

Nas pessoas jurídicas que exercem atividade de corretora de valores mobiliários que tem por objeto a subscrição e a compra e venda de ações, por conta própria e de terceiros, a base de cálculo das contribuições sociais é o faturamento, ou seja, a Receita Bruta Operacional.

Este conceito abrange as receitas oriundas do exercício das atividades empresariais típicas da sociedade corretora de valores mobiliários como a compra e venda de ações da BM&F S.A. e da Bovespa Holding S.A. recebidas em decorrência das operações societárias denominadas "desmutualização".

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL.

Na medida em que as exigências reflexas têm por base os mesmos fatos que ensejaram o lançamento do imposto de renda, a decisão de mérito prolatada naquele constitui prejulgado na decisão do auto de infração da CSLL decorrente.

Em face do aludido acórdão, o contribuinte opôs embargos de declaração (**e-fls. 1458 e seg**.), os quais não foram admitidos por despacho (**e-fls. 1468 e seg**.).

O contribuinte interpôs, então, recurso especial (**e-fls. 1487 e seg**.), requerendo a reforma do acórdão *a quo* quanto às questões da **(i)** natureza jurídica da desmututualização da CETIP, com as consequências relacionadas ao IRPJ e à CSLL (TVF n. 1, **e-fls. 968 e seg.**), bem como **(ii)** incidência de PIS e COFINS sobre as operações de alienação de ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A (Termo de Fiscalização n. 2, **e-fls. 974 e seg.**). O referido recurso foi admitido por despacho (**e-fls. 1616 e seg**.).

Vale observar que outras matérias que foram objeto de autuação fiscal neste processo administrativo não foram objeto de recurso especial pelo contribuinte, com a adesão a programas de parcelamento. Ademais, observa-se que o contribuinte requer seja acolhida preliminar de nulidade do despacho que deixou de conhecer os embargos de declaração apresentados em face do acórdão do recurso voluntário, bem como que, superada esta preliminar, seja analisada, como matéria de ordem pública, questão pertinente a suposto erro na apuração de fato gerador e da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A PFN apresentou contrarrazões ao recurso especial, nas quais, embora não se oponha ao seu conhecimento, requer lhe seja negado provimento (**e-fls. 1624 e seg**.).

Conclui-se, com isso, o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Luís Flávio Neto, Relator

Compreendo que o despacho de admissibilidade bem analisou os requisitos para a admissibilidade do recurso especial, razão pela qual não merece reparos, adotando os seus fundamentos para conhecer do recurso.

Ademais, deixo de conhecer questões argüidas pelo contribuinte quanto à preliminar de nulidade, bem como atinente ao suposto erro na apuração de fato gerador e da base de cálculo do PIS e da COFINS, por não haver sido demonstrada divergência interpretativa requerida pelo art. 67 do RICARF.

(1) Natureza jurídica da desmututualização da CETIP, com as consequências relacionadas ao IRPJ e à CSLL

A primeira matéria a ser analisada diz respeito à natureza jurídica da desmututualização da CETIP, com as consequências relacionadas ao IRPJ e à CSLL.

O acórdão recorrido compreendeu válida a referida exigência. Contudo, compreendo que o acórdão recorrido deve ser reformado. A operação de desmutualização das bolsas de valores, sob a forma de cisão parcial seguida de incorporação, encontra pleno respaldo no sistema jurídico brasileiro. Não há, em especial, vedação no art. 61 do Código Civil de 2002.

Ocorre que, com o processo de desmutualização, o que houve foi a transformação das associações em sociedades por ações. Não houve propriamente extinção das associações e devolução do patrimônio aos associados, mas substituição de títulos da CETIP por ações das companhias resultantes das reorganizações.

Essa troca dos títulos da CETIP por ações não dá ensejo a qualquer ganho de capital a ser tributado. Com a mera alteração das posições patrimoniais (substituição de uma posição patrimonial por outra juridicamente equivalente), não se configura a materialidade do imposto sobre a renda, por ausência de acréscimo patrimonial, requisito essencial prescrito pelo art. 43 do CTN.

O acórdão n. 1103-001.047, indicado como paradigma, bem expôs as razões jurídicas para o cancelamento do auto de infração, de forma que adoto os seus fundamentos como razão de decidir para o presente julgamento (Lei nº 9.784/99, art. 50, § 1º):

> "Entende-se por "desmutualização" o processo de reorganização da estrutura societária das bolsas, alterando-as de associações civis sem fins lucrativos para sociedades anônimas.
> Discute-se a incidência de IRPJ e CSLL sobre as operações decorrentes da desmutualização da Bovespa, entidade extinta em decorrência do processo de reorganização, segundo a interpretação do Fisco, acarretando devolução de patrimônio aos associados, entre eles a autuada, na forma de ações de pessoas jurídicas com fins lucrativos, resultantes da desmutualização.
> Segundo a descrição no TVF com base nas atas de assembléias, a desmutualização teve início com a cisão parcial da da Bovespa e versão de parte do patrimônio para a Bovespa Serviços e Participações S/A (Bovespa Serviços) e para a Bovespa Holding S/A (Bovespa Holding). A denominação social da Bovespa foi alterada para Associação Bovespa.
> A Bovespa Serviços absorveu as atividades desempenhadas pela Associação Bovespa e teve a sua denominação mudada para Bolsa de Valores de São Paulo S/A (BVSP), reservando-se à Associação atribuições "acessórias", tais como estímulo a atividades do mercado mobiliário, promoção do contato e do intercâmbio entre associados, etc.
> A Bovespa Serviços (BVSP) e a Bovespa Holding emitiram ações ON em favor dos detentores de títulos patrimoniais da Associação Bovespa.
> A segunda etapa foi chamada de "incorporação de ações", na qual a Bovespa Holding adquiriu a totalidade das ações emitidas pela Bovespa Serviços e pela Câmara Brasileira de Liquidação e Custódia (CBLC). Em seguida, as antigas titulares das ações da Bovespa Serviços e da CBLC receberam em troca mais ações da Bovespa Holding.
> A incorporação das ações da Bovespa Serviços aumentou o capital da Bovespa Holding. Em contrapartida, Bovespa Holding emitiu ações em favor das corretoras acionistas da Bovespa Serviços, à razão de 136.227 ações da Bovespa Holding para cada lote de 64.661 da Bovespa Serviços em poder das corretoras. Operação do mesmo tipo ocorreu no caso das ações da CBLC.
> O processo da BM&F aconteceu de maneira semelhante. Entretanto, não será detalhado neste voto dada a sua irrelevância para o julgamento do item 001 do AI/IRPJ, cuja infração é relativa a alienação de títulos patrimoniais realizada antes da desmutualização.
> A Portaria MF n° 785/1977, considerando que os acréscimos de valor dos títulos patrimoniais decorrentes de valorização do patrimônio social das associações não constituem receita nem ganho de capital das sociedades corretoras associadas, autorizou a exclusão desses acréscimos na apuração do lucro real desde que não sejam distribuídos e formem reserva para oportuna e compulsória incorporação ao capital.
> No entendimento da fiscalização, a autorização dada pela Portaria seria apenas para postergar o oferecimento à tributação, incidindo o IRPJ nos casos de extinção da associação ou de devolução do patrimônio aos associados.
> O lançamento teve por fundamentação legal o art. 17, §3º, da Lei n. 9.532/1997, matriz legal do art. 239 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto 3.000/1999 (RIR/1999), que assim dispõe:
>
> > "Art. 17. Sujeita-se à incidência do imposto de renda à alíquota de quinze por cento a diferença entre o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, por pessoa física, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver entregue para a formação do referido patrimônio.

> § 1o. Aos valores entregues até o final do ano de 1995 aplicam-se as normas do inciso I do art. 17 da Lei no 9.249, de 1995.
> § 2o. O imposto de que trata este artigo será:
> a) considerado tributação exclusiva;
> b) pago pelo beneficiário até o último dia útil do mês subseqüente ao recebimento dos valores.
> § 3o. Quando a destinatária dos valores em dinheiro ou dos bens e direitos devolvidos for pessoa jurídica, a diferença a que se refere o caput será computada na determinação do lucro real ou adicionada ao lucro presumido ou arbitrado, conforme seja a forma de tributação a que estiver sujeita.
> § 4o. Na hipótese do parágrafo anterior, para a determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido a pessoa jurídica deverá computar:
> a) a diferença a que se refere o caput, se sujeita ao pagamento do imposto de renda com base no lucro real;
> b) o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos, se tributada com base no lucro presumido ou arbitrado." (destaque acrescido)

Aspectos relevantes da matéria foram examinados por ocasião de consulta formulada pela Comissão Nacional de Bolsa de Valores no Processo no 10768.002443/2007- 00, no qual foi expedida a Solução de Consulta no 10/2007 (SC 10/2007), pela Cosit – Coordenação de Tributação, órgão interno da Receita Federal encarregado de interpretar a legislação tributária federal.

A SC 10/2007 tomou por ponto de partida as conclusões expostas na SC 13/1997, assim indicadas:

> "7. Inicialmente, analisemos o teor da SC 13/97, cuja parte dispositiva trazia três conclusões:
> a) primeiro, que não constituem fatos capazes de excluir a BOVESPA do gozo do benefício da isenção do imposto de renda de que é titular:
> a.1) a destinação de parte de seu patrimônio para a integralização do capital social de empresa comercial que desempenhará atividades auxiliares (informática e telefonia) ; e
> a.2) a sua cisão, com destinação parcial de seu patrimônio para a constituição da empresa comercial que terá atividade correlata (câmara de compensação e custódia de títulos – CLEARING); e
> b) por último, que, na apuração de ganho ou perda de capital na alienação, pelas corretoras-membros, das ações que receberem em substituição à parte do valor do título patrimonial da associação, considerar-se-á como custo de aquisição das referidas ações o seu valor contábil, que deverá ser proporcional à parcela do valor contábil do título patrimonial que for por elas substituída."

Após detalhado arrazoado, no qual se procurou destacar o "desacerto" da SC 13/1997, concluiu a Cosit:

> "i) a operação de 'desmutualização' das bolsas de valores, conforme descrita pela consulente, encontra obstáculo insuperável na norma do art. 61 do Código Civil (Lei no 10.406, de 2002), a qual veda a destinação de qualquer parcela do patrimônio de associações a entes com finalidade lucrativa, dessa forma prejudicadas as indagações da consulente dos itens 'i' e 'ii';
> ii) o art. 16 da Lei no 9.532, de 1997, não se aplica à operação de 'desmutualização', pois, nessa, a transferência de bens das bolsas de valores para outras pessoas jurídicas não tornará aquelas sócias dessas, mas, sim, os seus associados (as sociedades corretoras), o que configura

> uma devolução de capital, ao qual se aplica o art. 17 do mesmo diploma legal;
>
> iii) ao contrário do que sugere a consulente no item 'iii', os títulos patrimoniais das bolsas de valores devem ser avaliados por seu custo de aquisição, pois nunca estiveram as sociedades corretoras autorizadas a avaliar tais cotas ou frações ideais pelo MEP, mas, sim, autorizadas pela Portaria no 785, de 1977, a postergar a tributação sobre o valor dos acréscimos efetuados ao valor nominal das cotas ou frações ideais recebidos em virtude de aumento do capital social das bolsas de valores para o momento em que houvesse a redução do capital ou até mesmo a extinção dessas associações;
>
> iv) o fato de a operação de 'desmutualização' de associações não encontrar amparo no ordenamento jurídico não obsta a incidência do imposto de renda sobre a diferença entre o valor nominal das ações (da sociedade) recebidas pelos associados (sociedades corretoras) e o custo de aquisição das cotas ou frações ideais representativo do patrimônio segregado das bolsas de valores, logo improcedentes as conclusões da consulente nos itens 'iv' e 'v'."

A autoridade fiscal adotou as conclusões da SC 10/2007 para fundamentar o lançamento ora examinado.

A matéria discutida nestes autos não é nova neste Conselho. A jurisprudência administrativa tem seguido orientação favorável à tributação das referidas operações, ratificando a interpretação da Receita Federal na SC 10/2007, como demonstram os acórdãos adiante indicados, de turmas desta Primeira Seção de Julgamento (1aSJ):

(...)

As associações são pessoas jurídicas de direito privado constituídas pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos, segundo dispõem os art. 44 e 53 do CC – Código Civil (Lei 10.406/2002).

O art. 2.033 do CC remete para as disposições do próprio Código a regência das modificações das associações:

> "Art. 2.033. Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código." (destaque acrescido)

O art. 44 classifica as associações entre as pessoas jurídicas de direito privado.

Vê-se, portanto, que a figura da cisão também é própria das associações, tratada expressamente no vigente Código Civil, o que afasta a conclusão da fiscalização de instituto exclusivo das pessoas jurídicas reguladas especificamente pela Lei Societária.

A Resolução CMN 2.690/2000 tratou expressamente da possibilidade de constituição das bolsas como associações civis ou sociedades anônimas e das hipóteses de incorporação, fusão e cisão. O regulamento anexo à Resolução assim dispôs nos art. 1o e 5o, VII:

> "Art. 1º. As bolsas de valores poderão ser constituídas como associações civis ou sociedades anônimas, tendo por objeto social:
>
> (...)
>
> Parágrafo único. As bolsas de valores que se constituírem como associações civis, sem finalidade lucrativa, não podem distribuir a sociedades membros parcela
>
> de patrimônio ou resultado, exceto se houver expressa autorização da Comissão de Valores Mobiliários.
>
> (...)

> Art. 5º. O estatuto social das bolsas de valores deve estabelecer, além do que for exigido pela legislação aplicável, regras básicas relativas à adoção de estrutura administrativa e operacional que permitam assegurar o pleno atendimento do seu objeto social e dos requisitos inerentes à sua condição de instituição auxiliar da Comissão de Valores Mobiliários enquanto entidade reguladora e fiscalizadora do mercado, dispondo, ainda, sobre:
> (...)
> VII - incorporação, fusão, cisão e dissolução da bolsa de valores;" (destaque acrescido)

Na Parte Especial, Livro II, Título II, Subtítulo II, Capítulo X, nos art. 1.113 a 1.122, o CC trata da "Transformação, da Incorporação, da Fusão e da Cisão das Sociedades", disposições aplicáveis às associações por disposição expressa do art. 2.033, já comentado neste voto.

Muito embora o capítulo mencionado contenha no seu título referência expressa a cisão, nenhum dos artigos que o integram trata do tema, o que remete a regulação da matéria para a Lei Societária, disciplinadora do instituto.

O art. 229 da Lei 6.404/19762 define a cisão como "a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão". As ações integralizadas com parcelas de patrimônio da companhia cindida serão atribuídas a seus titulares, em substituição às extintas, na proporção das que possuíam, segundo o texto do §5º.

A fiscalização alegou violação do art. 61 do CC, que impõe, no caput, a destinação do patrimônio líquido da associação, no caso de dissolução, para "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."

Não se trata de dissolução no caso concreto. Viu-se acima que ocorreu efetivamente cisão parcial.

Ademais, no âmbito tributário, houve revogação pelo art. 18, IV, da Lei 9.718/1999, do §4º do art. 15 da Lei 9.532/1997, que determinava às entidades isentas, como condição para o gozo da isenção, a destinação de seu patrimônio a outra instituição que atendesse às condições para gozo de imunidade ou isenção, no caso de incorporação, fusão, cisão ou de encerramento de suas atividades, ou a órgão público.

A própria referência expressa à hipótese de cisão no texto da Lei 9.532/1997 vem extirpar qualquer dúvida acerca da sua aplicabilidade às associações, ratificando o que já fora afirmado neste voto.

Sendo, então, caso de cisão parcial, há de se examinar o efeito tributário sob tal enfoque, afastando-se as hipóteses de extinção da associação e de devolução de participação às corretoras associadas. Nessa linha, os títulos patrimoniais são substituídos por outros da entidade surgida com o evento, proporcionalmente ao patrimônio vertido, pelo valor contábil com base no patrimônio líquido (PL).

Nas duas situações indicadas no auto de infração, alienação e substituição por ações, a fiscalização considerou como custo o valor de aquisição dos títulos patrimoniais enquanto a contribuinte computou na apuração o valor contábil.

Segundo o art. 1.275 do CC, alienação é forma de perda da propriedade. É o ato pelo qual o titular transfere sua propriedade a outrem, o que efetivamente ocorreu por ocasião da entrega dos títulos patrimoniais dados em integralização pelo aumento de capital na Prosper Gestão, quando deixaram de integrar o ativo permanente da autuada e passaram a compor o patrimônio da sociedade capitalizada.

A contribuinte atualizava os valores dos seus títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F e excluía os acréscimos de valor na determinação do lucro real, procedimento expressamene autorizado pela Portaria MF n° 785/1977. Por ocasião da integralização do aumento de capital na Prosper Gestão, considerou os títulos patrimoniais pelo valor contábil atualizado pelo PL da bolsa, inexistindo, dessa forma, ganho a tributar.

A autoridade fiscal, com suporte na interpretação dada pela SC Cosit 10/2007, concluiu que os títulos deveriam ser considerados pelo custo de aquisição (valor histórico) e não não pelo valor contábil determinado à semelhança do método da equivalência patrimonial (MEP), tendo em vista constar da Portaria autorização apenas para postergação da tributação sobre o valor dos acréscimos efetuados ao valor nominal das cotas ou frações ideais recebidos em virtude de aumento do capital social das bolsas de valores para o momento em que houvesse a redução do capital ou até mesmo a extinção dessas associações.

A turma recorrida adotou entendimento contrário ao da fiscalização:

> "Na apuração do ganho de capital, a autuante computou, como custo de aquisição, somente o valor pago pelos títulos da BM&F corrigido monetariamente até o início de 1996; deixou de computar na apuração, portanto, a sua valorização, que, segundo o entendimento exposto pela COSIT na Solução de Consulta no 13, de 1997 ('Processo de Consulta – Decisão Cosit 13, de 10.11.1997: Na apuração de ganho ou perda de capital na alienação pelas corretoras-membros, das ações [da 'clearing'], por receberem em substituição a parte do valor do título patrimonial da Bovespa, considerar-se-á como custo de aquisição das referidas ações o seu valor contábil, que deverá ser proporcional à parcela do valor contábil do título patrimonial que for por ela substituída.'), poderia ser considerada no seu custo de aquisição. Esse entendimento brotou, sem dúvida, da norma fixada na Portaria MF no 785, de 1977, segundo a qual o acréscimo do valor nominal dos títulos patrimoniais das bolsas de valores, em decorrência de alteração do seu patrimônio social, não constitui receita nem ganho de capital das sociedades corretoras associadas e, por isso, pode ser excluído do lucro real destas desde que não seja distribuído e constitua reserva para oportuna e compulsória incorporação ao capital.
>
> É evidente, portanto, que, sem a comprovação de que a valorização dos títulos foi distribuída e que, assim, não se teria constituído em reserva para incorporação ao capital, não é possível a sua tributação.
>
> A autuante, ao exigir da interessada tributos sobre a valorização dos títulos patrimoniais das bolsas de valores mesmo sem acusá-la de distribuir a valorização ou de deixar de constituir, com ela, reserva para oportuna e compulsória incorporação ao capital, fez tábula rasa da referida portaria, procedimento inconcebível, pois não se pode admitir que a própria Administração Pública descumpra ato administrativo que estabeleça direito do administrado sob a alegação de ele ser infundado; tal conduta, além de afrontar o art. 100 do CTN, induziria o administrado a erro.
>
> Diante disso, na operação descrita, somente se alguma importância excedesse o valor contábil do título patrimonial da BM&F poderia ela ser considerada ganho de capital da interessada e, por conseguinte, tributada. Portanto, somente se houvesse, nos autos, comprovação de que os R$ 4.959.805,03 excederam tal valor é que eu poderia admitir a sua tributação a título de ganho de capital. À míngua dessa comprovação, faz-se mister rejeição da autuação." (destaque em negrito consta do original).

Prescreve a Portaria MF n° 785/1977:

> "O Ministro de Estado da Fazenda, no uso de suas atribuições, e, com fundamento no que dispõe o art. 223, "m" do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto no 76.186/75,
>
> RESOLVE
>
> I. O acréscimo do valor nominal dos títulos patrimoniais das Bolsas de Valores, em decorrência de alteração do seu patrimônio social, não constitui receita nem ganho de capital das sociedades corretoras associadas e, por isso, pode ser excluído do lucro real destas desde que não seja distribuído e constitua reserva para oportuna e compulsória incorporação ao capital.
>
> II. Aos aumentos de capital assim procedidos aplica-se o disposto no Decreto- lei no 1.109/70, art. 3o , § 3o (RIR, art. 237.)."

Com efeito, constata-se clara semelhança entre o procedimento autorizado pela Portaria e o MEP, muito embora inexista no ato ministerial qualquer referência expressa ao método.

O MEP, tratado no art. 248 da Lei 6.404/1976, é definido no Pronunciamento Técnico CPC 18 como método de contabilização por meio do qual o investimento é inicialmente registrado pelo custo de aquisição e posteriormente ajustado pelo reconhecimento da participação atribuída ao investidor nas alterações dos ativos líquidos da investida.

No âmbito tributário, o art. 22 do DL 1.598/1977 determina o registro contábil do ajuste decorrente da aplicação do MEP diretamente na conta de investimento, a débito ou a crédito conforme o caso, e o art. 23 prescreve que a sua contrapartida, aumento ou redução, não será computada na determinação do lucro real (art. 388 e 389 do RIR/1999).

Os lucros ou dividendos distribuídos pela coligada ou controlada são registrados pelo contribuinte como diminuição do valor de patrimônio líquido do investimento, sem influenciar o resultado do período (art. 22).

O valor contábil para fins de apuração de ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento avaliado com base no patrimônio líquido da investida

deverá considerar o valor do patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade da contribuinte, segundo determinação do art. 33 do DL 1.598/1977 (art. 426 do RIR/1999).

Alegou-se na impugnação que a norma do art. 223, "m" do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto no 76.186/1975 (RIR/1975), utilizada pelo Excelentíssimo Ministro da Fazenda como fundamento legal para expedição da Portaria 785/1977, estaria baseada em princípio constante de vários dispositivos legais reveladores de isenção de imposto de renda quando os acréscimos de valor das participações societárias não sejam distribuídos aos seus titulares, mas sim mantidos no patrimônio líquido. A Portaria teria aplicado o referido princípio sem alterar o alcance e a inteligência da norma legal, o art. 223, "m" do RIR/1975.

Prescreve o art. 223, "m", do RIR/19753 aprovado pelo Decreto 76.186/1975, tomado por fundamento para expedição da Portaria MF 785/1977:

> "Art. 223- Serão excluídos do lucro real para os efeitos de tributação:
>
> (...)
>
> m) valor das ações, quotas ou quinhões de capital, recebido em decorrência dos aumentos de capital efetuados nos termos e condições dos artigos 197, §§ 6o e 9o, 223, alínea I, 223, § 31, 236, 243, alínea d, 250, 254, § 3o, 283, 297, 577, 578, e 583 (Decreto-lei no 1.096/70, art. 1o, §§ 6o e 7o, Lei no 4.862/65, art. 49, Decreto-lei no 1.260/73, art. 4o, Decreto-lei número 1.109/70, art. 3o e § 1o, Lei no 4.357/64, art.

3o, § 6o, Decreto-lei no 756/69, art. 25, Decreto-lei no 1.338/74, art. 15, § 4o, Decreto- lei no 1.191/71, art. 9o, § único, Decreto-lei no 221/67, art. 80, § 4o, Lei no 5.508/68, art. 36, Decreto-lei no 756/69, art. 24, § 4o, Decreto-lei no 1.346/74, arts. 6o, § 3o, e 11, e Decreto-lei no 1.370/74, art. 2o, § 3o);
(...)"

Segundo afirmação da autoridade fiscal no TVF, a Portaria teria ultrapassado o seu limite na condição de ato administrativo, concedendo isenção não prevista em lei, o que teria violado o art. 176 do CTN – Código Tributário Nacional (Lei 5.176/1966):

"Sendo a isenção sempre decorrente de lei, é inegável que a mesma não pode ser concedida por meio de atos administrativos. Enunciando situações não previstas na lei para concessão da isenção, o ato administrativo na verdade burla o dispositivo legal, invadindo a competência do legislador."

A Portaria não concede isenção, ela fixa critério de avaliação do investimento das corretoras, representado pelos títulos patrimoniais, com base no PL das bolsas de valores, matéria perfeitamente cabível no âmbito de competência da Administração, e dá interpretação para tratamento contábil e fiscal adequado nas corretoras dos acréscimos dos títulos patrimoniais das bolsas de valores organizadas sob a forma de associações, cujos PL devem ser obrigatoriamente atualizados segundo as normas do Conselho Monetário Nacional (CMN), da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e do Banco Central do Brasil (Bacen), garantindo neutralidade tributária.

2.690/2000:

Como exemplo, tome-se novamente o regulamento anexo à Resolução CMN

"Art. 9º. Ao término de cada exercício social, o valor do patrimônio social deve ser apurado com base nas demonstrações financeiras correspondentes, feitas de acordo com os procedimentos e critérios adotados pelas sociedades anônimas."

O exercício social das bolsas de valores compreende o período de 1o de janeiro a 31 de dezembro de cada ano, segundo o art. 10 do regulamento citado.

Nas corretoras associadas, as atualizações de títulos patrimoniais informadas pelas bolsas são valorizadas em cada levantamento de balanço de exercício para efeito de registro de ajustes, de acordo com o Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (Cosif)4 anexo à Circular do Banco Central no 1.273/1987, criado para unificar os diversos planos contábeis existentes à época e uniformizar os procedimentos de registro e elaboração de demonstrações financeiras das instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

Não se deve esquecer que o valor contábil de um investimento integrante do ativo permanente pode ser expressado, a depender da situação específica, tanto pelo custo de aquisição quanto pela sua correspondência no PL da investida.

No caso das corretoras associadas das bolsas de valores, optou-se pela avaliação com base no PL também para fins fiscais, nos termos da tão citada Portaria MF n° 785/1977, incorporando ao âmbito tributário o modelo da Cosif.

O art. 233, "m", do RIR/1975 disciplina o tratamento tributário no caso de participações societárias recebidas – de exclusão no lucro real da recebedora – em decorrência de incorporações ao capital da emitente consideradas isentas. O dispositivo legal equipara o tratamento nas duas pessoas jurídicas, emitente e recebedora, isentando as participações societárias recebidas como conseqüência de emissão resultante de incorporação de reserva ao capital isenta, a exemplo daquela formada sob aprovação da Cofie – Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas, do art. 577 do mesmo regulamento e indicada no citado art. 223, "m".

A Portaria reconhece o mesmo tratamento na corretora associada da reserva resultante do ajuste obrigatório decorrente da valorização do PL das bolsas constituídas sob a forma de associação. Como a valorização do PL das bolsas é isento para elas, também o é a contrapartida nas corretoras, representada pelos acréscimos dos títulos patrimoniais nos termos da Portaria.

Descabe falar-se em isenção concedida pela Portaria na existência de eventual ganho na alienação dos títulos patrimoniais. Consideram-se especificamente para fins da apuração as disposições do art. 33 do DL 1.598/1977 (art. 426 do RIR/1999), computando- se como custo de aquisição o valor contábil dos títulos avaliados segundo o PL das bolsas. Na hipótese de alienação por valor acima do contábil atualizado, incidirão IRPJ e CSLL nos termos do art. 31 do DL 1.598/1977 (art. 418 do RIR/1999).

Observe-se o texto do art. 426 do RIR/1999:

> "Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei no1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei no1.730, de 1979, art. 1o, inciso V):
>
> I-valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;
>
> II-ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;
>
> III-provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior."

No caso concreto, não há isenção. Trata-se de inexistência de ganho na alienação.

Conclui-se, pois, que as associações podem sim, legalmente, ser objeto de cisão e que os títulos patrimoniais das bolsas de valores constituídas como associações devem ser avaliados para fins de registro contábil nas corretoras associadas pelo valor do patrimônio líquido das bolsas, da mesma forma que o são os investimentos avaliados segundo o método da equivalência patrimonial (MEP), conforme critério determinado por disposição expressa da Portaria MF 785/1977.

Sendo certo que ocorreu cisão na etapa inicial do processo de desmutualização, afasta-se a aplicação do art. 239 do RIR/1999, que trata de hipótese de devolução de patrimônio, distinta do fato examinado nestes autos.

Ainda que se cogitasse atribuir a natureza de reserva de reavaliação à diferença entre o custo de aquisição e o valor com base no PL, tal montante permaneceria livre de tributação ao menos no momento da cisão, por disposição expressa do art. 37 do DL 1.598/1977, matriz legal do art. 440 do RIR/1999.

(...)

Pede-se permissão para repetir a observação mencionada no início deste voto, de inexistência de qualificação da multa e de qualquer referência a ato simulado no relatório dos fatos da fiscalização, além de não se tratar de exigência tributária contra bolsas de valores, entidades que passaram pelo processo de desmutualização.

O processo também inclui lançamento tributário do tipo conexo, decorrente ou reflexo, aplicando-se a decisão relativa ao auto de infração matriz (IRPJ) igualmente ao julgamento do auto de infração conexo, decorrente ou reflexo (CSLL), conforme entendimento amplamente consolidado na jurisprudência

> deste colegiado, uma vez que ambos os lançamentos, matriz e reflexo, estão apoiados nos mesmos elementos de convicção."

Nesse seguir, voto para dar provimento a essa parcela do recurso especial.

2) Incidência de PIS e COFINS sobre as operações de alienação de ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A

A segunda matéria a ser analisada diz respeito à incidência de PIS e de COFINS sobre a alienação de ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A, conforme descrito às e-fls. 974 e seg. do TVF.

A questão central, neste tópico, inclui a qualificação das referidas ações, detidas pela recorrente, como ***(i)*** ativo circulante do recorrente, cuja alienação daria ensejo a receita de atividade própria (faturamento) capaz de ensejar a incidência de PIS e de COFINS, ou ***(ii)*** ativo não circulante, cuja alienação não ensejaria a incidência de PIS e de COFINS.

Compreendo que assiste razão ao contribuinte quando sustenta a impossibilidade de incidência das referidas contribuições sobre as aludidas contribuições. O acórdão n. 3403-003.373, indicado como paradigma, bem expôs as razões jurídicas para o cancelamento do auto de infração, de forma que adoto os seus fundamentos como razão de decidir para o presente julgamento (Lei nº 9.784/99, art. 50, § 1º):

> "No mérito, a questão posta para deslinde por parte deste colegiado não é nova. Trata-se de mais uma vez 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 nas contas do Ativo Permanente/Investimentos 1.500 ações da CBLC e um título patrimonial da BM&F.
> Na fl. 329 se pode constatar que as ações da antiga CBLC foram adquiridas em 31/08/98. E na fl. 330 se pode comprovar que o título da antiga BM&F foi adquirido em 31/10/2001. As contas indicam que estavam classificados no ativo permanente/investimentos.
> Com a transformação societária da antiga BM&F na sociedade por ações BM&F S/A e com a incorporação da CBLC pela BOVESPA HOLDING, ocorridas em 2007, o contribuinte recebeu 3.883.732 de ações da BOVESPA HOLDING em conversão das antigas ações da CBLC e 4.971.610 de ações da BM&F S/A em conversão do título da antiga BM&F.
> Também é incontroverso que o título social e as ações, então existentes no Ativo Permanente/Investimentos do Banco, foram convertidos em quantidade de ações monetariamente equivalente à participação do Banco em cada uma das antigas sociedades.
> São pontos controversos nos autos (i) se houve ou não devolução de capital com aquisição de um novo patrimônio no momento da desmutualização e (ii) se havia ou não intenção do Banco vender as ações recebidas em conversão. A intenção ou não de venda seria determinante para classificar os ativos no circulante ou no permanente.
> Basicamente a fiscalização e a decisão de primeira instância entenderam que

as ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A recebidas pelo Banco, em razão da desmutualização, constituíam um outro ativo diferente do título patrimonial da antiga BM&F e das ações da antiga CBLC.

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.

No caso, entendeu a DRJ que como a intenção do contribuinte era a de vender as ações no curto prazo, elas deveriam ter sido classificadas no circulante. Tratando-se de receita proveniente da venda de ações 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.

Embora não tenha sido explicitamente citado, 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 CBLC 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 ou incorporação 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, pela antiga BM&F e pela CBLC. Os antigos títulos patrimoniais e as ações da CBLC foram sucedidos por ações das novas entidades que surgiram no processo de desmutualização. Essas novas ações 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 (e pelas ações da CBLC) que estavam no permanente, então é evidente que não houve aquisição de novo ativo no momento da desmutualização, não havendo que se cogitar da intenção do contribuinte neste

> momento para obrigá-lo a fazer a reclassificação para o ativo circulante. E ainda que essa reclassificação tivesse sido feita, tal fato não retiraria das ações a condição de ser um investimento, ou seja, uma participação do Banco no patrimônio de terceiros.
> Não se olvide que nos longínquos tempos em que os contribuintes estavam obrigados à correção monetária das demonstrações financeiras, a própria Receita Federal vedava a reclassificação de bens do ativo permanente para o ativo circulante a pretexto de serem alienados (Parecer Normativo CST nº 3/801).
> Desse modo, como houve uma continuidade, ou seja, os antigos títulos classificados no permanente/investimentos foram sucedidos pelas ações alienadas, o faturamento decorrente dessa alienação se enquadra como venda de um investimento classificado no ativo permanente e está expressamente excluído da incidência das contribuições, por força do art. 3º, § 2º, inciso IV, da Lei nº 9.718/98.
> E isto é assim, por força do art. 418 do RIR/99 (art. 31 do DL nº 1.598/77) que trata o resultado da venda de bens do ativo permanente como ganho ou perda de capital, ou seja, como resultado não operacional.
> 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 a sua frota. Ou então obrigar uma construtora a tributar a eventual venda do edifício que constitui sua sede própria."

Nesse seguir, voto no sentido de também dar provimento sobre essa parcela do recurso especial.

Voto, assim, para CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso especial.

(assinado digitalmente)

Luís Flávio Neto.

Voto Vencedor

Conselheiro Flávio Franco Corrêa, Redator designado.

Coube-me o voto vencedor, com as devidas vênias ao ilustre Relator.

De início, a desmutualização.

Tal é o relato da Fiscalização, no Termo de Verificação Fiscal nº 01:

"No exercício das funções de Auditor Fiscal da Receita Federal, de acordo com o disposto nos artigos 904 a 918 do Decreto n. ° 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda) e no artigo 6º. da lei 7.689/88, em cumprimento às determinações previstas no Mandado de Procedimento Fiscal nº 08.1.66.00-2010-00567, procedemos a fiscalização junto ao contribuinte acima identificado, tendo como escopo o não recolhimento do Imposto de Renda e CSLL incidentes sobre os ganhos obtidos através do processo de desmutualização dos Títulos Patrimoniais da CETIP de propriedades do mesmo ocorridos no ano-calendário de 2008, sabendo que:

O contribuinte é empresa referida no **artigo 14, inciso II da Lei nº 9.718/98,** e no **artigo 22, parágrafo 1º da Lei n° 8.212/91** regularmente constituída, **sujeitando-se às regras da legislação do imposto de renda, recolhimento com base no lucro real.**

Além disso, está sujeito, também, ao **recolhimento da Contribuição Social sobre o Lucro, instituída pela Lei n.° 7.689/88 com as modificações posteriores.**

1. DESCRIÇÃO DOS FATOS

1.1 BREVE RELATO SOBRE A DESMUTUALIZAÇÃO DA CETIP

O chamado processo de "desmutualização" da CETIP - Câmara de Custódia e Liquidação (CETIP Associação) nada mais foi que a transformação da sua estrutura societária, que deixou de ser uma associação civil sem fins lucrativos e tornou-se uma sociedade empresarial na forma de sociedade anônima, com fins lucrativos.

Apenas como informação, a palavra é um aportuguesamento do termo "desmutualization", que foi como ficou conhecida a transformação de outras bolsas internacionais, nos mesmos moldes.

Em 29/05/2008, foi aprovada em Assembléia Geral Extraordinária a desmutualização da CETIP e como conseqüência de um processo de reestruturação, houve uma série de alterações na estrutura societária da CETIP Associação, denominada desmutualização, que por meio de cisão parcial, entre outras alterações, transformou a CETIP Associação (associação sem fins lucrativos) em CETIP S/A - Balcão Organizado de Ativos e Derivativos (sociedade com finalidade lucrativa), que recebeu 99,84% do patrimônio cindido. De acordo com o Instrumento de Protocolo e Justificativa de Operação de Cisão Parcial da CETIP, as decisões só produziram efeitos a partir de 1º de julho de 2008.

Quando foi feito o Protocolo de Justificação, em 14/04/2008, tomou-se por base o balanço levantado em 31/03/2008 no qual foi apurado o valor da cisão como

sendo R$ 201.698.400,00 que, dividido pela quantidade de títulos emitidos (496) resultou no valor da devolução por título de R$ 406.650,00.

Como conseqüência do processo de desmutualização o detentor de cada título patrimonial recebeu o equivalente a 406.650 (quatrocentos e seis mil, seiscentos e cinqüenta) ações da CETIP S/A.

Ocorre que entre a data do balanço do Protocolo e efetivação da cisão (01/07/2008) a Associação continuou suas atividades normais, tendo o patrimônio sofrido variação positiva nesse período.

O Instrumento de Protocolo e Justificativa da Operação de Cisão Parcial da CETIP - Câmara de Custódia e Liquidação, em seu itens 3.1.1 e 3.1.2 (transcritos abaixo), já havia esclarecido que a variação positiva no período entre a aprovação e a efetiva cisão seria objeto de repartição no mesmo percentual da cisão entre as parcelas cindida e a cindenda

3.1.1. Os resultados das variações patrimoniais ocorridas na **CETIP ASSOCIAÇÃO** a partir de 1º de abril de 2008 até 30 de junho de 2008, em . relação a parcela não cindida, nela permanecerão.

3.1.2. A partir de 1º de julho de 2008, as variações patrimoniais correspondentes à parcela cindida da **CETIP ASSOCIAÇÃO** ocorridas desde 01 de abril de 2008 serão registradas integralmente na **CETIP.**

Conforme demonstrativos anexos (CETIP ASSOCIAÇÃO - KPMG Demonstrações Financeiras 30.06.08 e 2007. Pdf - ver último parágrafo e CETIP S.A. KPMG Demonstrações Financeiras 01.07.08.pdf - ver pág. 4), verifica-se que a devolução de capital que coincide com o patrimônio inicial da CETIP S.A foi de R$ 221.451.393,00, que por sua vez dá um valor individual por associado de R$ 446.474,58

Portanto, com a desmutualização houve a devolução de capital, por meio da entrega de 406.650 ações da CETIP S/A, para cada detentor de título patrimonial da CETIP Associação, pelo montante de R$ 446.474,58.

[...]

A partir de 01/08/2008, o contribuinte passou a contabilizar as 406.650 ações da CETIP, recebidas no processo de desmutualização, na conta 2.1.5.10.20.000011-1 - CETIP S/A, pelo valor de R$ 406.650,00.

Observamos que o contribuinte não contabilizou os resultados das variações patrimoniais ocorridas na CETIP entre as datas de 31/03/2008 e 30/06/2008, conforme previsto no Instrumento de Protocolo e Justificativa da Operação de Cisão Parcial da CETIP - Câmara de Custódia e Liquidação, pois, considerando estas variações, o valor correto a ser contabilizado seria de R$ 446.474,58.

As 406.650 ações da CETIP permaneceram contabilizadas no ativo permanente do contribuinte pelo valor de R$ 406.650,00, até o dia 31/12/2008, final do período analisado por esta fiscalização.

2. DA ANÁLISE DOS FATOS E DO DIREITO

Aplicam-se, à matéria fiscal em questão, as seguintes determinações legais:

Lei nº 9.532/97 - Definiu qual o procedimento tributário a ser aplicado nos casos de devolução de patrimônio:

[...]

Por determinação do Banco Central a contabilização dos títulos patrimoniais da CETIP estavam sujeitos a uma atualização, fundamentada na alteração do patrimônio social da mesma, cuja contrapartida seria uma conta de reserva de capital denominada de Reserva de Títulos Patrimoniais.

Os resultados da CETIP alteravam o seu patrimônio social e, por conseguinte os valores dos seus títulos patrimoniais, que refletiam na contabilidade de seus detentores através das suas atualizações.

Este ganho obtido pela atualização dos Títulos Patrimoniais estava sujeito à tributação conforme definido pelo parágrafo único do artigo 219 do RIR/99 (Lei n° 7.450, de 1985, art. 51, combinada com a Lei n° 8.981, de 1995, art. 76, § 2º, e com a Lei n° 9.430, de 1996, arts. 25, inciso II, e 27, inciso II).

Porém a Portaria MF n° 785/77 diferiu a incidência da tributação sobre estas atualizações, nas condições nela estabelecidas:

[...]

A conclusão acima deriva da leitura da referida Portaria que não menciona qual o procedimento a ser adotado no caso de alienação ou devolução dos Títulos Patrimoniais, pois a mesma apenas trata da tributação da atualização dos referidos Títulos e da reserva constituída com estas atualizações.

A devolução dos Títulos Patrimoniais foi tratada especificamente pela Lei n° 9.532/97, artigo 17, enquanto a alienação caracteriza ganho de capital sendo regida pelo Decreto-Lei n° 1.598, de 1977, art. 31, § 3º.

Com efeito, a Portaria MF n° 785/77 provocou um diferimento no momento da tributação do Imposto de Renda devido, mas jamais afastou por definitivo a tributação do ganho obtido pelo Banco Alvorada em virtude das atualizações dos Títulos Patrimoniais.

Diante do exposto, fica evidenciado que o valor tributável no caso da desmutualização da CETIP, será a diferença entre o valor das ações da CETIP recebidas pelo BES Securities e o custo de aquisição do Título Patrimonial da CETIP que foi convertido em ações.

3. VALORES TRIBUTÁVEIS

TÍTULOS PATRIMONIAIS DA CETIP

Para determinarmos os valores tributáveis precisamos identificar o custo de aquisição do título patrimonial da CETIP.

É de se destacar que o contribuinte estava submetido ao regime de tributação pelo lucro real, sendo assim, aplicável o disposto no artigo 251 e no artigo 264 do Decreto n° 3.000/99, de 26 de março de 1999, in verbis:

[...]

À luz das disposições acima transcritas, é certo que a pessoa jurídica sujeita à tributação com base no lucro real, como é o caso do contribuinte em tela, deve

manter a escrituração com observância da legislação comercial e fiscal e deve, manter em ordem, enquanto não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, os livros documentos e papéis relativos à sua atividade, ou que se refiram a atos ou operações que modifiquem ou possam vir a modificar a sua situação patrimonial.

A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados desde que comprovados por documentos hábeis, uma vez não arrimados por esta documentação, os valores escriturados pelo contribuinte deixam de ter validade.

Sendo assim, frente à inércia do contribuinte em comprovar o valor de aquisição dos títulos patrimoniais, e aliado à impossibilidade de se atestar o valor real da aquisição patrimonial, só resta a esta fiscalização atribuir CUSTO DE AQUISIÇÃO ZERO para os títulos patrimoniais, e tributar a totalidade do capital recebido em devolução no momento da desmutualização da CETIP.

Em 01/07/2008 ocorreu o processo de desmutualização onde 01 (um) título patrimonial da CETIP foi convertido em 406.650, ações da CETIP S/A. Estas ações foram recebidas pelo valor de R$ 446.474,58 e o custo de aquisição do título foi considerado nulo para efeitos tributários.

A diferença entre o valor das ações recebidas e o custo de aquisição do título patrimonial, que resultou no montante de R$ 446.474,58 representa a base de cálculo prevista no artigo 17 da Lei n° 9.532/97."

Agora, o relato dos fatos narrados no Termo de Verificação Fiscal nº 3:

"No exercício das funções de Auditor Fiscal da Receita Federal, de acordo com o disposto nos artigos 904 a 918 do Decreto n. ^{0} 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda) e no artigo 6º. da lei 7.689/88, em cumprimento às determinações previstas no Mandado de Procedimento Fiscal n. ^{0} 08.1.66.00-2010-00567, procedemos a fiscalização junto ao contribuinte acima identificado, para apurar a incidência do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS sobre as alienações das ações .da BM&F S/A, da Bovespa Holding S/A e da Nova Bolsa S/A realizadas em 2008.

O contribuinte é empresa referida no **artigo 14, inciso II da Lei n.^{0} 9.718/98,** e no **artigo 22, parágrafo 1º da Lei nº 8.212/91** regularmente constituída, **sujeitando-se às regras da legislação do imposto de renda, recolhimento com base no lucro real.**

Além disso, está sujeito, também, ao **recolhimento da Contribuição Social sobre o Lucro, instituída pela Lei n." 7.689/88 com as modificações posteriores.**

O contribuinte é instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional, tem sua sede e foro na cidade de São Paulo e como objeto social a prática de todas as operações permitidas às sociedades corretoras de valores mobiliários e câmbio, operando na compra, venda e distribuição de títulos e valores mobiliários e de câmbio.

1. DESCRIÇÃO DOS FATOS

A empresa recebeu no ano-calendário de 2007, através do processo de desmutualização da BM&F e da Bovespa, 9.869.625 ações da BM&F S/A e

9.775.388 ações da Bovespa Holding S/A, que correspondiam aos valores contábeis de R$ 9.869.625,00 e R$ 21.031.900,04, respectivamente.

Uma parte destas ações foi vendida no próprio ano de 2007 através do IPO da BM&F e da Bovespa Holding.

Em 01/01/2008 o contribuinte contabilizava 5.921.773 ações da BM&F, ao custo contábil de R$ 1,00 por ação, na conta 2.1.5.10.20.000008-7 - Bolsa de Mercadorias & Futuros - BM&F S.A.

Na mesma data existiam 6.354.003 ações da Bovespa Holding contabilizadas, pelo custo unitário de R$ 2,15152, na conta 2.1.5.10.20.000007-0 - Bovespa Holding S.A.

Em 17/04/2008 foi publicado um fato relevante, em conjunto pela Bovespa Holding e pela BM&F, comunicando ao mercado que estas empresas tinham como objetivo integrar as suas atividades através da sua incorporação pela empresa Nova Bolsa S/A.

A operação foi assim estruturada e descrita neste comunicado:

a) Incorporação BM&F, a valor contábil, resultando na emissão, por Nova Bolsa, em favor dos acionistas de BM&F, de ações ordinárias, na proporção de 1:1, ou seja, com a emissão de 1.010.785.800 ações ordinárias da Nova Bolsa, e na conseqüente extinção de BM&F;

b) Na mesma data, em assembléia distinta e subseqüente, Incorporação de Ações Bovespa Holding, a valor de mercado, passando Bovespa Holding a ser subsidiária integral de Nova Bolsa e resultando na emissão de 1.030.012.191 ações ordinárias e 72.288.840 ações preferenciais resgatáveis em favor dos acionistas de Bovespa Holding, em substituição às suas ações de Bovespa Holding que passarão a ser de propriedade de Nova Bolsa;

c) Também na mesma data, resgate das ações preferenciais de Nova Bolsa emitidas em favor dos acionistas da Bovespa Holding, pelo valor de R$ 17,15340847 por ação;

d) Como resultado da Incorporação de Ações Bovespa Holding e do resgate das ações preferenciais, o conjunto de acionistas da Bovespa Holding passará a ser titular do mesmo número de ações ordinárias de Nova Bolsa de titularidade do conjunto de acionistas de BM&F, assumindo o integral exercício, (d.l.) até a data da Incorporação de Ações Bovespa Holding, das opções de compra de ações outorgadas no âmbito do Programa de Reconhecimento do atual Plano de Opções de Compra de Ações de Bovespa Holding e, (d.2.) em data futura, das opções de compra de até 19.226.391 ações,da Nova Bolsa, em função das opções instituídas no âmbito do atual Plano de Opções de Compra de Ações de BM&F, cujos termos e condições deverão ser recepcionados pelo Plano de Opção de Compra de Ações de Nova Bolsa a ser aprovado na mesma ocasião;

e) A partir da realização das assembléias que aprovarem as incorporações e o resgate acima referidos, será iniciado processo de registro de Nova Bolsa perante a Comissão de Valores Mobiliários ("CVM") e a listagem de suas ações no Novo Mercado da Bolsa de Valores de São Paulo S.A. - BVSP ("BVSP"), com o conseqüente cancelamento dos registros da BM&F e da Bovespa Holding. Até a obtenção desses registros, as ações de Bovespa Holding e as ações de BM&F continuarão a ser negociadas no Novo Mercado da BVSP sob os atuais códigos

BOVH3 e BMEF3, respectivamente, conforme autorização a ser solicitada da BVSP, observado o padrão adotado pela BVSP em precedentes análogos;

f) O patrimônio líquido de BM&F a ser incorporado pela Nova Bolsa foi avaliado por seu valor patrimonial contábil, com base nos elementos constantes de balanço anual de 31/12/2007 ("Data-Base") auditado e ajustado pelos efeitos contábeis decorrentes da Assembléia Geral Extraordinária da BM&F de 26/02/08, a qual deliberou pela incorporação da CMEG 2 Brazil Participações Ltda, com o conseqüente aumento do capital social no montante de R$101.078.580,00 e a constituição de reserva de capital no montante de R$1.175.120.594,30;

g) A Incorporação BM&F, se aprovado o Protocolo e Justificação, deverá ser realizada considerando o patrimônio líquido de BM&F np valor de R$2.615.517.107,98, valor este suportado por laudo de avaliação elaborado pela KPMG Auditores Independentes;

h) Propõe-se que a Incorporação BM&F resulte em aumento do capital social de Nova Bolsa no valor de R$1.010.785.800,00, com a emissão de 1.010.785.800 novas ações ordinárias. O capital social de Nova Bolsa após a Incorporação BM&F seria então dividido em 1.010.785.804 ações ordinárias. A parcela remanescente do patrimônio líquido contábil a ser incorporado seria contabilizada pela Nova Bolsa da seguinte forma: (a) R$1.175.120.594,30 como reserva de capital, (b) R$24.711.088,05 como reserva de reavaliação, (c) R$3.452.866,86 como reservas de lucros, e (d) R$401.446.758,77 como reservas estatutárias, nos termos constantes do balanço de BM&F de 31/12/07, devidamente ajustado pelos efeitos contábeis decorrentes da Assembléia Geral Extraordinária da BM&F de 26/02/08;

i) As ações de Bovespa Holding serão incorporadas por Nova Bolsa a valor de mercado, equivalente à média ponderada pelo volume financeiro transacionado das cotações médias, ajustadas pelos proventos distribuídos, observadas nos pregões da Bolsa de Valores de São Paulo nos últimos 30 dias que antecederam a divulgação do Fato Relevante de 19/02/2008, que corresponde a R$24,82 por ação. Portanto, as 722.888.403 ações ordinárias de Bovespa Holding serão incorporadas por Nova Bolsa pelo valor de R$17.942.090.162,46; e

j) Propõe-se que, do valor de mercado das ações de Bovespa Holding a serem contribuídas ao capital de Nova Bolsa, R$16.415.853.198,58 sejam destinados à constituição de reserva de capital e R$1.526.236.963,88 ao capital de Nova Bolsa, com a emissão de 1.030.012.191 ações ordinárias e 72.288.840 ações preferenciais resgatáveis, a serem subscritas pelos administradores de Bovespa Holding, por conta e ordem de seus acionistas, nos termos do artigo 252, parágrafo 2º, da Lei n° 6.404/76, e integralizadas mediante a versão das ações de emissão de Bovespa Holding ao patrimônio de Nova Bolsa.

1.1 ALIENAÇÃO DAS AÇÕES DA BM&F

Em 01/01/2008 o contribuinte contabilizava 5.921.773 ações da BM&F, ao custo contábil de R$ 1,00 por ação, na conta 2.1.5.10.20.000008-7 - Bolsa de Mercadorias & Futuros - BM&F S.A.

Em julho de 2008 foram vendidas no pregão da bolsa 1.350.000 ações pelo valor unitário de R$ 12,39, resultando em um valor bruto de venda de R$ 16.727.933,00.

O custo contábil destas ações era de R$ 1.350.000,00 e o custo da venda destas ações foi de R$ 4.181,31, resultando em uma receita líquida de R$ 15.373.751,69.

Esta receita foi contabilizada pelo contribuinte como receita não operacional na conta 7.3.1.10.00.000001-3 - Lucros na Alien. de Investimentos, tendo sido excluída da apuração do PIS e da COFINS conforme consta da linha 06 da DACON referente ao mês de julho (Venda de Bens do Ativo Permanente).

Em agosto de 2008 o contribuinte contabilizou a incorporação da BM&F pela Nova Bolsa, resultando na troca das 4.571.773 ações remanescentes da BM&F, avaliadas pelo seu valor patrimonial contábil de R$ 1,00 por ação, pelo mesmo número de ações da Nova Bolsa, que foram recebidas pelo mesmo valor contábil total de R$ 4.571.773,00 das ações da BM&F, não incorrendo lucro nesta operação.

1.2 ALIENAÇÃO DAS AÇÕES DA BOVESPA HOLDING

Em 01/01/2008 o contribuinte contabilizava 6.354.003 ações da Bovespa Holding pelo custo unitário de R$ 2,15152, na conta 2.1.5.10.20.000007-0 - Bovespa Holding S.A.

Em maio de 2008 foram vendidas no pregão da bolsa 1.000.000 ações pelo valor unitário de R$ 26,57, resultando em um valor bruto de venda de R$ 26.570.131,00.

O custo contábil destas ações era de R$ 2.151.515,63 e o custo da venda destas ações foi de R$ 6.642,54, resultando em uma receita líquida de R$ 24.411.972,83.

Em julho de 2008 foram vendidas no pregão da bolsa 1.050.000 ações pelo valor unitário de R$ 17,61, resultando em um valor bruto de venda de R$ 18.490.409,00.

O custo contábil destas ações era de R$ 2.259.091,79 e o custo da venda destas ações foi de R$ 4.604,27, resultando em uma receita líquida de R$ 16.226.712,94.

As receitas de R$ 24.411.972,83 e de R$ 16.226.712,94 foram contabilizadas pelo contribuinte como receitas não operacionais na conta 7.3.1.10.00.000001-3 - Lucros na Al ien. de Investimentos, tendo sido excluídas da apuração do PIS e da COFINS conforme consta da linha 06 da DACON referente aos meses de maio e julho (Venda de Bens do Ativo Permanente).

Em agosto de 2008 o contribuinte contabilizou a incorporação das ações da Bovespa Holding pela Nova Bolsa.

O contribuinte contabilizou esta operação como uma permuta das 4.304.003 ações remanescentes da Bovespa Holding por 6.132.586 ações ordinárias da Nova Bolsa.

As ações da Bovespa Holding foram avaliadas pelo seu valor patrimonial contábil de R$ 2,15152 por ação, resultando em um montante de R$ 9.260.129,33, sendo este o valor atribuído às ações da Nova Bolsa recebidas, não tendo o contribuinte apurado nenhum ganho nesta operação.

Neste momento percebemos uma discrepância com o valor de alienação que consta do processo de incorporação das ações da Bovespa Holding pela Nova Bolsa.

No processo de incorporação, as ações da Bovespa Holding foram avaliadas a valor de mercado pelo preço de R$ 24,82 por ação, conforme consta do item 3.4 do fato relevante publicado em conjunto pela BM&F e Bovespa Holding em 17/04/2008.

A Nova Bolsa contabilizou o recebimento do total das ações da Bovespa Holding pelo valor de mercado representado pelo montante de R$ 17.942.090.162,46.

[...]

Na operação de incorporação das ações da Bovespa Holding pela Nova Bolsa, as ações da Bovespa Holding foram avaliadas e alienadas pelo valor de R$ 24,82 por ação, e, por conseguinte, o contribuinte deveria ter contabilizado a alienação das 4.304.003 ações ordinárias da Bovespa Holding pelo montante de R$ 106.825.354,46 (4.304.003 * R$ 24,82) e apurado o resultado operacional de R$ 97.565.225,13 em 08 de maio de 2008, data da realização da AGE da Nova Bolsa, considerando o custo de aquisição destas ações de R$ 9.260.129,33.

1.3 AQUISIÇÃO DAS AÇÕES PREFERENCIAIS RESGATÁVEIS E ORDINÁRIAS DA NOVA BOLSA

O contribuinte contabilizou o recebimento de 635.400 ações preferenciais resgatáveis da Nova Bolsa sem custo, em maio de 2008, na conta 2.1.5.10.20.000009-4 - Nova Bolsa S.A.

Quanto às ações ordinárias da Nova Bolsa podemos determinar o valor do seu custo de aquisição verificando o que foi exposto nos itens 1.1 e 1.2 deste Termo.

Inicialmente foram adquiridas 4.571.773 ações pelo custo de R$ 1,00 por ação, fruto da incorporação da BM&F, resultando em um custo de aquisição total de R$ 4.571.773,00 (o contribuinte adotou este critério de contabilização).

Posteriormente foram adquiridas mais 4.304.003 ações pelo custo de R$ 24,82 por ação, fruto da incorporação das ações da Bovespa Holding, resultando em um custo de aquisição total de R$ 106.825.354,46 (o contribuinte contabilizou a aquisição destas ações pelo montante de R$ '9.260.129,33, considerando o valor patrimonial das ações da Bovespa Holdings).

Finalmente, foram recebidas mais 1.828.583 ações como bonificação, ou seja, o seu custo de aquisição foi nulo (o contribuinte adotou este critério de contabilização).

Portanto, o custo total de aquisição das 10.704.359 ações ordinárias da Nova Bolsa deveria ser a soma de todas as aquisições e o custo por ação seria a média aritmética desta soma, calculadas conforme as fórmulas abaixo:

Custo de Aquisição = R$ 4.571.773,00 + R$ 106.825.354,46 = **R$ 111.397.127,46 Custo de Aquisição por Ação** = R$ 111.397.127,46/ 10.704.359 = **RS 10,4067**

Este custo de aquisição de R$ 111.397.127,46, considerando o valor de mercado de venda das ações da Bovespa Holding, ficou bem acima do valor registrado pelo contribuinte em sua contabilidade, que foi de R$ 13.831.886,41, que resultava em custo de R$1,29217 por ação.

1.4 ALIENAÇÃO DAS AÇÕES PREFERENCIAIS RESGATÁVEIS E ORDINÁRIAS DA NOVA BOLSA

As 635.400 ações preferenciais da Nova Bolsa foram resgatadas em maio de 2008 pelo valor unitário de R$ 17,15, resultando em um ganho bruto de R$ 10.899.280,88, como não incidiram despesas sobre este resgate e o seu custo de aquisição era nulo, este valor representou a receita líquida da venda.

Esta receita foi contabilizada pelo contribuinte como receita não operacional na conta 7.3.1.10.00.000001-3 - Lucros na Alien. de Investimentos, tendo sido excluída da apuração do PIS e da COFINS conforme consta da linha 06 da DACON referente ao mês de maio (Venda de Bens do Ativo Permanente).

Em 31/03/2009, o contribuinte utilizou 10.561.874 ações ordinárias da Nova Bolsa para aumentar o capital da empresa Gespar Participações Ltda, CNPJ n° 04.236.374/0001-61.

O contribuinte contabilizou esta alienação das ações da Nova Bolsa pelo seu custo de aquisição de R$ 13.647.786,00 e não apurou ganho de capital.

Em dezembro de 2011 o contribuinte alienou, em pregão da bolsa, o saldo de 142.485 ações da Nova Bolsa pelo valor médio de R$ 10,04 por ação, resultando em um ganho bruto de R$ 1.430.323,05.

Como o custo de aquisição destas ações, contabilizado pelo contribuinte, era de R$ 184.100,41 e incidiram despesas sobre esta venda no total de R$ 492,65, temos que o ganho líquido apurado foi de R$ 1.245.729,99.

Este ganho líquido, apurado em 2011, será considerado uma postergação de parte do ganho de R$ 97.565.225,13, calculado no item 1.2, obtido com a alienação das ações da Bovespa Holding.

2 DA ANÁLISE DOS FATOS E DO DIREITO

Em relação à apuração do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL, aplicam-se as seguintes determinações legais estabelecidas no Decreto no 3.000/99 (RIR/99)

[...]

O contribuinte recebeu as ações da Bovespa Holding e da BM&F através da desmutualização destas empresas, porém estas ações só podiam ser negociadas em bolsa após o IPO das mesmas, que ocorreu em outubro e novembro de 2007.

Uma parte das ações foi negociada no IPO e o contribuinte continuou a vender ações destas empresas no pregão da bolsa em 2008.

No caso das ações preferenciais resgatáveis da Nova Bolsa ficou claro desde o momento de sua aquisição que elas significariam um pagamento aos proprietários das ações da Bovespa Holding, ou seja, desde o momento da sua aquisição o contribuinte já tinha a intenção e a obrigação de vendê-las.

Convém ressaltar que a classificação de ativos no grupo "ativo permanente" dependerá da intenção do titular dos ativos, de permanência ou de negociação, que é manifestada no momento da aquisição (Conforme Circular Bacen n° 1.273).

[...]

No caso em questão, todas as ações da BM&F e da Bovespa Holding recebidas pelo contribuinte em 2007 foram alienadas em 2007 e 2008, e as ações preferenciais resgatáveis da Nova Bolsa foram recebidas e alienadas em maio de 2008.

O fato de classificar estas ações no ativo permanente não pode ser oponível ao fisco, quando existe a efetiva intenção de venda, ou quando existem fortes indícios que nos levam a concluir pela intenção de negociação destes ativos.

Devemos atentar também para o fato de que a venda de títulos mobiliários, por sua conta ou de terceiros, é uma das atividades fins do contribuinte.

No processo de incorporação das ações da Bovespa Holding, estas foram avaliadas e contabilizadas pela Nova Bolsa a valor de mercado pelo preço de R$ 24,82 de acordo com fato relevante amplamente divulgado e de conhecimento de todo o mercado e conseqüentemente do contribuinte que é uma corretora de valores mobiliários.

Considerando que a incorporação de ações trata-se de uma forma de alienação de ações, conforme exposto no item 1.2 deste Termo, e que as ações da Bovespa Holding foram alienadas pelo seu valor de mercado, o contribuinte, deveria ter contabilizado esta alienação como receita operacional, visto que a alienação de ações é uma das suas atividades fins.

O simples fato do contribuinte não ter contabilizado a receita operacional proveniente da alienação das ações da Bovespa Holding não impede o fisco de incluí-la na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, por força do inciso II do artigo 249 do RIR/99..

Fica claro, também, que as alienações realizadas no ano-calendário de 2008 de ações da BM&F, da Bovespa Holding e das ações preferenciais resgatáveis da Nova Bolsa devem ser caracterizadas como receita operacional, pois além destas operações representarem uma das atividades fins do contribuinte, restou caracterizada a intenção de negociação destas ações.

As ações da BM&F e da Bovespa Holding que foram vendidas no IPO já foram objeto de glosa no ano-calendário de 2007, e as demais ações que foram alienadas em 2008 não podem receber um tratamento tributário de ativo permanente, pois a sua essência é de ativo para negociação.

Concluímos que, diante do que foi exposto, as receitas obtidas na alienação das ações da BM&F, da Bovespa Holding e das ações preferenciais resgatáveis da Nova Bolsa têm natureza de "receita operacional", não sendo amparadas pela exclusão do art. 3º, § 2º, da Lei n° 9.718/98.

Desta forma, as alienações destas ações no ano de 2008 configuraram a ocorrência do fato gerador de IRPJ e CSLL, sendo a base de cálculo o lucro bruto correspondente à diferença entre a receita líquida das vendas e o custo das ações, conforme definido no parágrafo único do artigo 278 do RIR/99.

Estas alienações também configuraram a ocorrência do fato gerador das contribuições PIS e COFINS, sendo a base de cálculo o valor da receita financeira obtida, conforme artigos 2º e 3º da Lei n° 9.718/98.

3 VALORES TRIBUTÁVEIS DE IRPJ E CSLL

Em dezembro de 2011 o contribuinte alienou ações da Nova Bolsa utilizando o custo de aquisição de R$ 1,29217 por ação, ao invés do custo de R$ 10,4067 por ação, conforme foi calculado no item 4 deste Termo.

O ganho líquido de R$ 1.245.729,99 apurado no ano-calendário de 2011 pelo contribuinte, utilizando um custo de aquisição menor do que o devido, será tratado por esta fiscalização como uma postergação de pagamento dos tributos que seriam devidos no ano-calendário de 2008.

Segue em anexo, como parte integrante e indissociável deste Termo, o Demonstrativo do Cálculo da Postergação de Pagamento.

Nos quadros a seguir apresentamos os demonstrativos dos valores tributáveis de IRPJ e CSLL:

DEMONSTRATIVO DA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DE IRPJ E CSLL									
							Valor Tributável		
Mês	Quantidade de ações alienadas	Ações alienadas	Tipo de alienação	Valor da venda	Custo de aquisição	Despesas de venda	Total	Tributado no período	Postergado
Maio	4.304.003	Bovespa Molding	Incorporação de ações	106.825.354,46	9.260.129,33	0,00	97.565.225,13	96.319.495,14	1.245.729,99

Os valores acima serão lançados de ofício, mediante a lavratura de Auto de Infração, do qual é parte integrante e indissociável o presente Termo de Verificação Fiscal.

4 VALORES TRIBUTÁVEIS DE PIS E COFINS

Nos quadros a seguir apresentamos os demonstrativos dos valores tributáveis de PIS e COFINS:

DEMONSTRATIVO DA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DE PIS E COFINS								
Mês	Quantidade de ações alienadas	Ações alienadas	Tipo de alienação	Valor da venda	Custo de aquisição	Despesas de venda	Resultado da alienação	Valor Tributável de PIS e COFINS
mai/08	4.304.003	Bovespa Holding	Incorporação de ações	106.825.354,46	9.260.129,33	0,00	97.565.225,13	132.876.478,84
	1.000.000	Bovespa Holding	Venda em pregão •	26.570.131,00	2.151.515,63	6.642,54	24.411.972,83	
	635.400	Nova Bolsa	Resgate de ações	10.899.280,88	0,00	0,00	10.899.280,88	
jul/08	1.050.000	Bovespa Holding	Venda em pregão	18.490.409,00	2.259.091,79	4.604,27	16.226.712,94	31.600.464,63
	1.350.000	BM&F	Venda em pregão	16.727.933,00	1.350.000,00	4.181,31	15.373.751,69	
TOTAL				**179.513.108,34**	**15.020.736,75**	**15.428,12**	**164.476.943,47**	**164.476.943,47**

Os valores acima serão lançados de ofício, mediante a lavratura de Auto de Infração, do qual é parte integrante e indissociável o presente Termo de Verificação Fiscal."

Assim expostos os fatos, é preciso ter em conta que, de acordo com a Fiscalização, a recorrida subscreveu ações de sociedades anônimas mediante recursos provenientes da devolução do patrimônio de instituições isentas. A recorrida pondera que não houve extinção de associações com devolução de capital à associada e, sim, cisão de associações sem fins lucrativos, cujos patrimônios foram vertidos para sociedades resultantes da cisão.

Em primeiro lugar, não se pode admitir a tese defensiva que sustenta a realização de cisão com a versão de parte do patrimônio das associações para sociedades anônima. Registre-se que, nos termos do artigo 53 do vigente Código Civil, "constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos". Essa redação mereceu a crítica que deu lugar ao Enunciado nº 534 do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual "as associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa." Vale considerar que a finalidade institucional, sempre de índole não lucrativa, justifica os benefícios e as vantagens que acabam redundando em aumento do patrimônio das associações. Como é cediço, certos propósitos associativos mobilizam o Poder Público e particulares a conceder benesses, regalias e privilégios como forma de estímulo ou apoio à consecução dos fins que motivaram a constituição das associações.

O Direito não admite a distribuição do patrimônio da associação aos associados, já que as contribuições destes, bem como os benefícios e as vantagens proporcionados por terceiros, inclusive pelo Poder Público, objetivam, em última instância, a realização dos fins almejados pela associação. Coerentemente com tal concepção, o artigo 61, *caput*, do Código Civil de 2002 prevê que, "em caso de dissolução da associação, o remanescente do patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais do patrimônio relativas aos associados contribuintes, 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."

Perceba-se também que a lei de modo algum autoriza a destinação do remanescente do patrimônio líquido para entidade que não tenha fins idênticos ou semelhantes ao da associação dissolvida. Em consonância com o artigo 61, § 2º, do Código Civil/2002, caso inexista no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território, em que a associação tiver sede, instituição com fins idênticos ou semelhantes, o que remanescer de seu patrimônio deverá ser transferido à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União.

À vista do regramento civil das associações, é inquestionável a proibição da versão do patrimônio de uma associação para uma sociedade anônima. Também é inquestionável que as associações não se sujeitam à cisão, instituto do Direito específico das sociedades. Para tal conclusão, basta rememorar que o Livro II do Código Civil/2002 cuida do Direito das Empresas, dividido em Títulos. Ao Título II cabem as regras referentes às sociedades, iniciando-se com o conceito de contrato de sociedade estipulado em seu artigo 981: "celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e **a partilha, entre si, dos resultados**." (grifei) Aqui já se verifica uma distinção essencial: a sociedade persegue o lucro, ao passo que a associação, não.

Continuando a exploração topográfica do Título II, dividido em capítulos: justamente o capítulo X trata da transformação, incorporação, fusão e cisão **de sociedades**. Óbvio, pois, que não há espaço à afirmação de que se aplicam as regras relativas à cisão às associações. Por essa razão, a disciplina do parágrafo único do artigo 16 da Lei nº 9.532/1997 não é aplicável às associações, conforme se depreende do texto do mencionado dispositivo legal:

> "Art. 16. Aplicam-se à entrega de bens e direitos para a formação do patrimônio das instituições isentas as disposições do art. 23 da Lei nº 9.249, de 1995.

> Parágrafo único. A transferência de bens e direitos do patrimônio das entidades isentas para o patrimônio de outra pessoa jurídica, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, deverá ser efetuada pelo valor de sua aquisição ou pelo valor atribuído, no caso de doação."

Segundo o artigo 44 do Código Civil em vigor, são pessoas jurídicas de direito privado: as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas (incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003), os partidos políticos (incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003) e as empresas individuais de responsabilidade limitada (incluído pela Lei nº 12.441, de 2011). A partir desse dispositivo legal, infere-se que o parágrafo único do artigo 16 da Lei nº 9.532/1997 não incide na transferência de bens e direitos de entidades isentas para o patrimônio de toda e qualquer pessoa jurídica, **uma vez que as associações não podem ser objeto de incorporação, fusão ou cisão**. Há, entretanto, pessoas jurídicas isentas que não têm a natureza de associação. Desde que estas estejam autorizadas a se submeter a operações de incorporação, fusão ou cisão, serão regidas pela regra do parágrafo único do artigo 16 citado, quando transferirem bens e direitos para o patrimônio de outras pessoas jurídicas, em decorrência daquelas operações, exceto se houver norma especial que determine de outro modo.

No mesmo rumo, não se pode dizer que o artigo 2.033 do vigente Código Civil estabelece que toda e qualquer pessoa jurídica pode realizar operação de transformação, incorporação, cisão ou fusão, *verbis*:

> "Art. 2.033. Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código."

Definitivamente, tal dispositivo remete ao próprio Código, salvo nos casos previstos em lei especial, os atos constitutivos das pessoas jurídicas e as operações de transformação, incorporação, cisão ou fusão. Ora, é o próprio Código Civil que não autoriza as associações a se submeter a tais operações. Reiterando o que se adiantou, não há norma no Código Civil ou em lei especial que preveja a operação de transformação, incorporação, cisão ou fusão para associações.

O próprio conceito legal de associação autoriza a conclusão de que a exploração de atividade lucrativa por pessoa jurídica que anteriormente gozava de vantagens e benefícios por não perseguir o lucro, implica dissolução desta. Com razão a Fazenda Nacional, contudo, ao expor que, "*ainda que admitíssemos a aplicação de institutos como a transformação, cisão e incorporação de sociedades empresárias ao presente caso, apenas para se evitar eventual solução de continuidade das atividades desenvolvidas pelas Bolsas, ainda assim, dada a nítida disparidade de regimes,* ***não há como fugir à conclusão*** *(como manda a lei)* ***de que os associados receberam de volta patrimônio e, ato contínuo, ainda que na mesma folha de papel, utilizaram-se do mesmo para a integralização de ações em sociedade anônima****."* (grifei)

Esclareça-se, ainda, que não é verdade que houve permuta de títulos patrimoniais por ações. Concebe-se o contrato de permuta ou troca como um contrato bilateral comutativo, já que as obrigações dos contraentes devem equivaler-se, juridicamente. Assim, se houvesse permuta, haveria outra parte que deveria arcar com obrigações contrapostas às obrigações dos antigos associados. Nesse tópico, pergunta-se: se o associado recebeu ações, o que se comprometeu a dar em troca, e para quem, com o fito de receber as ações? Que

obrigação foi assumida pelo associado, em sinalagma? A resposta é simples: nenhuma; não havia outrem com quem tivesse permutado algo.

O caráter sinalagmático da permuta decorre do cerne intencional em torno da compensação de um bem por outro, com equilíbrio econômico entre as prestações. Desse contrato surgem obrigações correlativas de entregar uma coisa pela outra, pois a pretensão de obter uma coisa é o que motiva a transferência do domínio da outra. Consigne-se que, "assim como na compra e venda, em que um dos contratantes se obriga a transferir *o domínio de certa coisa*, ou seja, é contrato que engendra exclusivamente uma *obrigação de dar* (*rem pro pretium*), mas não uma *obrigação de fazer* (Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, *Direito das obrigações*, São Paulo: Saraiva, 1959, vol. 2, p. 91), igualmente na permuta não há troca de coisa por uma obrigação de fazer (*do ut facias*), mas exclusivamente uma *rem pro re* (Barros Monteiro, op. cit., p. 129)." [1]

A alegação do recorrente sugere que os associados deixaram de ter títulos patrimoniais representativos do capital da associação "em troca" de ações. Se o associado celebrou a troca antedita, deveria haver outra pessoa para quem entregou os títulos patrimoniais e de quem recebeu as ações. Contudo, nada disso ocorreu, pois o antigo associado recebeu ações emitidas pela sociedade anônima destinatária do patrimônio da associação, sem assumir a obrigação de lhe entregar, de forma comutativa, coisa alguma.

Também é preciso elucidar que a Portaria MF nº 787/1977 não favorece à recorrente. Veja-se:

> "Portaria nº 785, de 20 de dezembro de 1977
>
> O Ministro de Estado da Fazenda, no uso de suas atribuições e, com, fundamento no que dispõe o art. 223, 'm', do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 76.186/75:
>
> Resolve:
>
> I. Os acréscimos do valor nominal dos títulos patrimoniais das Bolsas de Valores, em decorrência de alteração do seu patrimônio social, não constitui receita nem ganho de capital das sociedades corretoras associadas e, por isso, pode ser excluído do lucro real destas desde que não seja distribuído e constitua reserva para oportuna e compulsória incorporação ao capital.
>
> II. Aos aumentos de capital assim procedidos aplica-se o disposto no Decreto-Lei nº 1.109/70, art. 3º, § 3º (RIR, art. 237)."

Não se deve perder de vista que a aludida Portaria foi editada para regulamentar a alínea "m" do artigo 223 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto n° 76.186/1975. **Significa dizer que a Portaria n° 785/1977 não determinou que se aplicassem as normas da Lei nº 6.404/1976 disciplinadoras do método da equivalência patrimonial**. Na verdade, a alínea "m" do artigo 223 do RIR/1975 referia-se a **quinhões ou frações ideais** recebidas pelos associados em decorrência de meros aumentos de capital da

[1] Revista de Direito Privado, vol. 62 (abril-junho de 2015). Da permuta no direito brasileiro. Editora Revista dos Tribuanais Ltda. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:jYB7k0icWHQJ:professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/13374/material/Da%2520permuta%2520no%2520direito%2520brasileiro%2520-%2520Tercio%2520Sampaio.PDF+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b>. Acesso em 01/04/2018.

Bolsa de Valores. Ora, um dispositivo do RIR/1975 não pode ter conexão com o método da equivalência patrimonial (MEP), instituído posteriormente pela Lei nº 6.404/1976. Nesse ponto, impende colocar em evidência o indigitado dispositivo do RIR/1975:

> "Art. 223. – Serão excluídos do lucro real para os efeitos de tributação
>
> (...):
>
> m) **o valor das ações, quotas ou quinhões de capital**, recebidos em decorrência dos aumentos de capital efetuados nos termos e condições dos artigos 197, §§ 6º e 9º, 223, alínea l, 223, § 31, 236, 243, alínea d, 250, 254, § 3º, 283, 297, 577, 578 e 583 (Decreto-lei nº 1.096/70, art. 1º, §§ 6º e 7º, Lei nº 4.862/65, art. 49, Decreto-lei nº 1.260/73, art. 4º, Decreto-lei nº 1.109/70, art. 3º e § 1º, Lei nº 4.357/64, art. 3º, § 6º, Decreto-lei nº 756/69, art. 25, Decreto-lei nº 1.338/74, art. 15, § 4º, Decreto-lei nº 1.191/71, art. 9º, § único, Decreto-lei nº 221/67, art. 80, § 4º, Lei nº 5.508/68, art. 36, Decreto-lei nº 756/69, art. 24, § 4º, Decreto-lei nº 1.346/74, arts. 6º, § 3º, e 11, e Decreto-lei nº 1.370/74, art. 2º, § 3º)." (grifei)

Perante o cenário em relevo, constata-se que a Portaria MF nº 787/1977 simplesmente autorizava a postergação da tributação das sociedades corretoras, incidente sobre o valor dos acréscimos efetuados ao valor nominal das quotas ou frações ideais, decorrentes de alteração do patrimônio das associações (Bolsas de Valores), desde que a corretora associada houvesse constituído reserva para futura incorporação ao capital. Implementada a mencionada condição para a postergação, a tributação em referência deveria ocorrer no momento da distribuição do valor acrescido, ou, dentro de cinco anos do aumento de capital com a citada reserva, quando da redução desse capital ou da extinção da pessoa jurídica associada, como previa o artigo 237 do RIR/1975:

> "Art. 237 Ocorrendo a redução do capital ou a extinção da pessoa jurídica nos 5 (cinco) anos subseqüentes, o valor das reservas e dos lucros em suspenso que tenham sido aproveitados em aumento de capital com isenção do imposto será tributado na pessoa jurídica, como lucro distribuído, ficando os sócios, acionistas *ou o titular,* ***sujeitos ao imposto na declaração de rendimentos ou na fonte, no ano em que ocorrer a extinção ou redução*** *(Decreto-lei nº 1.109/70, art. 3º, § 3º)."* (grifei)

Seja como for, não se pode perder de vista que, na vigência do artigo 17 da Lei nº 9.532/1997, deve-se tributar a devolução do patrimônio da associação pela diferença entre o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos dessa entidade isenta e o valor em dinheiro ou o valor dos bens que foram entregues para a formação do patrimônio da associação.

Cumpre reforçar a rejeição ao argumento de que os acréscimos antes aduzidos resultam da equivalência patrimonial, o que obstaria sua sujeição à tributação, em consonância com artigos 225 e 388 RIR/99. Embora já tenha sido delineado, de forma breve, que a Portaria MF nº 787/1977 não se refere à aplicação do método da equivalência patrimonial, convém transcrever o seguinte trecho do acórdão nº 9101-002.462, da lavra do Conselheiro André Mendes de Moura:

> "Defende a Contribuinte que cabe a atualização no valor dos títulos patrimoniais decorrentes de valorização do patrimônio social das bolsas de valores constituídas sob a forma de associações civis sem fins lucrativos nos moldes do MEP, conforme metodologia imposta pelos princípios contábeis e pelo BACEN e a CVM, e o tratamento disciplinado na área fiscal pela Portaria MF nº 758/77.

Ocorre que o MEP é instituto previsto na mencionada Lei nº 6.404, de 1976, que **não trata** de associações, mas sim de sociedade por ações que **visam o lucro**. É método de atualização de investimentos da **controladora** em **controladas e coligadas**. Ou seja, a investidora reflete, no seu patrimônio líquido, as variações positivas ou negativas do patrimônio líquido de suas investidas. Eventual variação positiva no investimento da investidora não é submetida à tributação, porque se trata de reflexo dos lucros das investidas destinados ao aumento do seu capital social, que já foram tributados nas próprias investidas (coligadas ou controladas).

Por outro lado, as associações civis, enquanto se mantiverem nessa condição, e a quem pretende a recorrente equiparar às controladas ou coligadas, são isentas de tributação.

Ou seja, não se tributa nem a investida (associação sem fins lucrativos), nem o investidor (detentor do título patrimonial).

Por isso, o contexto em que insere a Portaria MF nº 785, de 1977 é o de conferir transparência à evolução patrimonial das bolsas, que eram associações sem fins lucrativos.

Resta evidente, portanto, a distorção ao se pretender equiparar a variação de investimento prevista por meio do MEP à atualização de títulos patrimoniais decorrentes de variações no patrimônio das bolsas de valores prevista na mencionada portaria ministerial.

Ademais, analisando-se como a lei societária conceitua as sociedades controladas e coligadas (art. 243 da Lei nº 6.404, de 1976), torna-se ainda mais improvável compreender que os detentores dos títulos patrimoniais de uma associação sem fins lucrativos possam ser assemelhados a **investidores com poder de decisão sobre a administração da investida**, vez que **não** são detentores de um **investimento relevante** e tampouco exercem **influência significativa**.

Os arts. 116 e 243 da Lei nº 6.404, de 1976, deixam claro o vetor que direciona a relação entre as empresas do grupo: o **poder** de deliberar sobre o destino da empresa.

(...)

Como se pode observar, a equiparação entre os proprietários de títulos patrimoniais de associação sem fins lucrativos a controladoras de uma sociedade empresária por ações, com fins lucrativos (controlada ou coligada) não encontra nenhuma sustentação jurídica. **A propriedade de títulos patrimoniais não confere nenhum poder sobre os destinos da associação**, os associados não tem direitos e obrigações recíprocos, o fim colimado não é o proveito comum dos sócios, mas sim o ideal da associação. Por outro lado, o MEP reflete a valorização de **ações** que a empresa possui, de participações societárias de empresas controladas ou coligadas, sobre as quais exerce **poder** de decisão.

Propriedade de títulos patrimoniais X propriedade de ações de empresas controladas e coligadas **são situações que não se comunicam**, sob qualquer enfoque que se analise a questão, tanto no direito empresarial (Código Civil), quanto no direito contábil (Lei nº 6.404, de 1976) ou no direito tributário." (grifos no original)

Em síntese, não se pode cogitar de aplicação do MEP aos títulos patrimoniais das associações, porque sequer inexiste investimento do associado. Este contribuiu para formar

o capital da associação sem qualquer interesse econômico. Porém, ao fim e ao cabo, essa associação isenta acumulou superávits ao longo dos anos. Posteriormente, em decorrência da extinção dessa entidade sem fins lucrativos, uma vez convertida em sociedade anônima, os associados tornaram-se acionistas de uma sociedade anônima. No entanto, um dos associados não quer que se reconheça o acréscimo de seu patrimônio, em razão da aquisição do direito aos resultados não tributados da entidade isenta, obtidos antes de se transformar em sociedade anônima. Esses resultados foram adicionados ao valor patrimonial dos títulos de cada associado, refletindo-se no valor das ações recebidas da pessoa jurídica com fins lucrativos então criada, o que não é compatível com a pretensão do recorrente de se livrar do crédito tributário correspondente ao ganho auferido.

No tocante à incorporação de ações, explique-se, tal como fizera o agente fiscal no Termo de Verificação Fiscal nº 2, o que pretendem as partes que se empenham na concretização de tal negócio, bem como as possíveis consequências tributárias decorrentes dessa opção negocial:

> "A operação de incorporação de ações requer a existência de pelo menos três partes distintas. A sociedade investida, que se tornará uma subsidiária integral e, portanto, passará a ter um único acionista; a sociedade incorporadora das ações ou quotas, que terá o seu capital aumentado em decorrência de subscrição feita pela terceira parte, representada pelos demais sócios ou acionistas da sociedade investida e que "trocarão" as ações ou quotas do capital daquela que se tornará subsidiária integral por ações ou quotas da sociedade incorporadora que, como visto, terá o seu capital aumentado mediante a emissão de novas ações ou quotas. Em termos práticos, **a sociedade que vier a ser a incorporadora das ações adquire todas as ações** (ou o restante para completar a totalidade, se ela já for acionista) da sociedade que vier a ser sua subsidiária integral; essa aquisição é feita mediante o recebimento por conferência das ações ou quotas em subscrição de aumento de seu próprio capital. Assim, a recebedora das ações ou quotas da sociedade que vier a se tornar a subsidiária integral extingue a obrigação pela subscrição das ações mediante a entrega de ações de seu próprio capital."
>
> "Sob a perspectiva daquele que realiza da "troca " das ações ou quotas, há substituição de investimento que pode acarretar ou não a apuração de ganho ou perda de capital; tudo fica a depender do valor a ser atribuído à operação, se maior ou menor que o valor contábil do investimento primitivo, que é substituído por outro. Esta operação pode ser qualificada como sendo passível de produzir uma alienação ou uma liquidação do investimento. **A incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo;** com efeito, o detentor das ações ou quotas as entrega sob a forma de conferencia de bens para subscrição de capital e recebe ações ou quotas da sociedade que teve o seu capital aumentado e que passou a ser a única acionista da sociedade convertida em subsidiária integral. Todavia, não se pode olvidar que o fenômeno possui afinidade funcional com a liquidação de investimento por incorporação de sociedade nos termos do artigo 227 da Lei nº 6.404/76; de fato, o investimento na antiga sociedade (aquela que se tornou a subsidiária integral) deixa de existir em razão do cancelamento das

antigas ações ou quotas que são substituídas por ações da controladora (única acionista ou quotista) da subsidiária integral.

Os negócios jurídicos que compõem o instituto da incorporação de ações ocorrem em razão de manifesta deliberação dos sócios ou acionistas das sociedades envolvidas mediante assembléias, nos termos do artigo 252 da Lei n° 6.404/76; portanto, **são os acionistas que determinam os valores pelas quais as operações serão realizadas (observadas as prescrições legais tendentes a proteger acionistas minoritários) de modo que se a operação de subscrição realizar-se por valor superior ao valor contábil haverá apuração de ganho de capital tributável** e, se for o caso, haverá a realização do ágio ou deságio já amortizado e objeto de controle na Parte B do Livro de Apuração do Lucro Real.

Por fim, cabe aduzir que ainda que a operação venha a ser qualificada como "liquidação de investimento", não é permitido o adiamento da tributação incidente sobre o eventual ganho de capital, nos termos do item II do artigo 430 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 que trata, unicamente, das operações de incorporação, fusão ou cisão em razão da menção, no citado preceito, da figura do "acervo líquido", assim considerado a diferença entre ativos e passivos recebidos em razão de qualquer uma das citadas operações. " *(ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. IRPJ: Breves considerações acerca da tributação do ganho de capital nas operações de incorporações de ações).*

Uma vez esclarecido que a incorporação de ações pode resultar em ganho de capital para os acionistas da pessoa jurídica incorporada, traz-se à colação o cálculo efetuado pela Fiscalização, ao elucidar o montante do resultado tributável gerado pela incorporação:

> "Na operação de incorporação das ações da Bovespa Holding pela Nova Bolsa, as ações da Bovespa Holding foram avaliadas e alienadas pelo valor de R$ 24,82 por ação, e, por conseguinte, o contribuinte deveria ter contabilizado a alienação das 4.304.003 ações ordinárias da Bovespa Holding pelo montante de R$ 106.825.354,46 (4.304.003 * R$ 24,82) e apurado o resultado operacional de R$ 97.565.225,13 em 08 de maio de 2008, data da realização da AGE da Nova Bolsa, considerando o custo de aquisição destas ações de R$ 9.260.129,33."

Quanto à tributação do PIS/PASEP e COFINS sobre as receitas derivadas das alienações de ações da BM&F, da Bovespa Holding e das ações preferenciais resgatáveis da Nova Bolsa, não se pode perder de vista que foram realizadas no âmbito das atividades empresariais que constituem o objeto da recorrida. Nessa ordem de ideias, tais receitas ajustam-se ao conceito de faturamento, assim entendido como resultado econômico das operações empresariais típicas. Vale rememorar que o relevante para as normas de incidência da COFINS e PIS/PASEP é a identidade entre a receita bruta e a atividade mercantil desenvolvida nos termos do objeto social da pessoa jurídica. Por tal perspectiva, compreende-se que a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998, não alterou o critério definidor da base de incidência da COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP como o resultado da atividade econômica vinculada aos objetivos sociais do contribuinte**.** Firmou-se, pelo contrário, a noção de que não é qualquer receita que pode ser considerada faturamento para fins de incidência dessas contribuições sociais, mas apenas aquelas vinculadas à atividade mercantil típica da pessoa jurídica.

Em face do exposto, conheço do Recurso Especial para, no mérito, negar-lhe provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Flávio Franco Corrêa