



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

Processo nº 16327.720565/2011-25
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9303-007.046 – 3ª Turma
Sessão de 10 de julho de 2018
Matéria PIS/PASEP E COFINS "Desmutualização"
Recorrente HAITONG SECURITIES DO BRASIL CORRETORA DE CAMBIO E VALORES MOBILIARIOS S.A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA OPERACIONAL. VENDA DE AÇÕES. "DESMUTUALIZAÇÃO".

As instituições financeiras (Bancos), assim como as corretoras de valores mobiliários que tenham em seu objeto social a subscrição de ações para compra e venda de ações, por conta própria e de terceiros, a base de cálculo das contribuições sociais é o faturamento (Receita Bruta) operacional, receitas típicas de compra e venda de ações da BM&F S.A. e da Bovespa Holding S.A., recebidas em decorrência das operações societárias denominadas "desmutualização".

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, devem ser registradas no Ativo Circulante.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Tatiana Midori Migiyama (relatora), Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Ceconello, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Demes Brito.

(Assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em Exercício

(Assinado digitalmente)

Tatiana Midori Migiyama – Relatora

(Assinado digitalmente)

Demes Brito – Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Ceconello, Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em Exercício).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial apresentado pelo sujeito passivo contra o Acórdão nº **3301-002.840**, da 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que, por maioria de votos, negou provimento ao Recurso Voluntário, consignando acórdão com a seguinte ementa:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

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

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

Classificam-se no Ativo Circulante as ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A, recebidas em decorrência da operação denominada desmutualização, em decorrência de manifesta intenção de venda.

VENDA DE AÇÕES. RECEITA DA ATIVIDADE TÍPICA. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO

O resultado apurado com a venda das ações da BM&F S.A. e da Bovespa Holding S.A. deve ser classificado como receita financeira, operacional, própria da atividade da Recorrente, corretora de títulos e valores mobiliários.

Assim sendo, deve ser computada nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, que compreendem todas as receitas derivadas da atividade típica da pessoa jurídica.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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

LANÇAMENTO SOBRE A MESMA MATÉRIA FÁTICA

Aplica-se à Contribuição para o PIS/PASEP o decidido sobre a COFINS, por se tratar da mesma matéria fática.”

Insatisfeito, o sujeito passivo interpôs Recurso Especial contra o r. acórdão, trazendo, entre outros, que:

- Na operação de desmutualização, os títulos patrimoniais foram substituídos por ações; a natureza jurídica desses ativos não mudou com a referida permuta, mantiveram a natureza jurídica de ativo permanente;
- O sujeito passivo não tinha intenção de promover a imediata venda de todas as ações. Os instrumentos que precederam e disciplinaram a venda das ações serviram apenas para estabelecer valores mínimos e quantidades máximas a serem considerados por aqueles que tivessem interesse na venda;
- O sujeito passivo, por excesso de zelo, ante a intenção de proceder à imediata venda de 10% das ações da BM&F à General Atlantic, escriturou essas ações no ativo circulante e recolheu as contribuições em comento. Entretanto, não fez o mesmo para o restante das ações pelo simples fato de não ter intenção de venda;
- Não há como considerar a receita auferida com a venda dessas ações como sendo uma receita da operação;
- Não é da operação do sujeito passivo ser proprietário de título patrimonial de associação civil que vá passar por processo de desmutualização para se transformar em sociedade anônima;
- Embora diga o acórdão que a dedução do custo da base de cálculo seria aplicável apenas ao IRPJ/CSLL, percebe-se que ele contraditoriamente procedeu da mesma forma para apurar a base de

cálculo do PIS e da COFINS (admitiu a dedução do custo de aquisição das ações);

- A dedução do custo de aquisição de ações só veio a ser admitida quando do advento da Lei n. 13.043, de 13 de novembro de 2014, que só passou a produzir efeitos a partir de 1º de janeiro de 2015;
- Necessário, por tanto, que se reconheça a nulidade do auto de infração, ante o patente desrespeito ao disposto no art. 142 do CTN.
-

Em Despacho às fls. 1399 a 1405, foi dado seguimento parcial ao recurso interposto pelo sujeito passivo, apenas em relação às matérias:

- A classificação das ações recebidas na desmutualização; e
- A natureza da receita auferida com a venda das ações.
-

Insatisfeito, o sujeito passivo interpôs agravo ao despacho, alegando que demonstrou a divergência da matéria não admitida em despacho – erro na base de cálculo do PIS e da Cofins, requerendo, assim, o seguimento integral do recurso especial.

Em Despacho de agravo às fls. 1444 a 1448, o agravo foi rejeitado.

Contrarrazões ao recurso foram apresentadas pela Fazenda Nacional

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Tatiana Midori Migiyama - Relatora

O Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo é tempestivo e, depreendendo-se de sua análise, entendo que deva ser admitido, em respeito ao art. 67 da Portaria MF 343/2015 – RICARF/2015, *in verbis* (Grifos meus):

***“Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.*”**

§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar de forma objetiva qual a legislação que está sendo interpretada de forma divergente.

[...]

6º Na hipótese de que trata o caput, o recurso deverá demonstrar a divergência arguida indicando até 2 (duas) decisões divergentes por matéria.

”

De acordo com o art. 67 do RICARF/2015, a admissão do Recurso Especial está condicionada à comprovação da divergência de interpretação entre a Câmara prolatora do acórdão e outra Câmara acerca de tema idêntico.

Contrarrazões apresentadas pela Fazenda Nacional devem ser consideradas, pois tempestivas.

Ventiladas tais considerações, passo a análise das matérias trazidas em Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo.

Primeiramente, no que tange à divergência quanto à classificação das ações de sociedade anônima recebidas em substituição de quotas patrimoniais de uma entidade associativa sem fins lucrativos, via operação de cisão, seguida de sucessão por incorporação, entendo que não assiste razão a Fazenda Nacional ao entender que o registro das referidas ações deve-se dar no Ativo Circulante.

Nessa operação, vê-se que a Bovespa Associação, através da cisão, verteu parte de seu patrimônio para a Bovespa Serviços e Participações S.A e a Bovespa Holding S.A.

A operação de cisão de entidades sem fins lucrativos encontra-se resguardada nos arts. 44, inciso I e 2.033 do CC/2002, *in verbis* (Grifos meus):

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

I - as 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.”

Ao analisar o art. 44 do Código Civil, tem-se que no rol das pessoas jurídicas de direito privado ali previsto encontram-se as associações.

Vê-se claro, portanto, que as associações podem ser objeto de transformação, incorporação, cisão ou fusão.

Por decorrência da cisão, a parte cindida dos títulos patrimoniais foi somente substituída por ações da Bovespa Serviços e da Bovespa Holding. E, com efeito, posteriormente à essa etapa, a Bovespa Holding incorporou a totalidade das ações da Bovespa Serviços e como consequência, os titulares das ações da Bovespa Serviços tiveram suas ações trocadas por ações da Bovespa Holding.

Essa **substituição** das ações considerou o valor patrimonial contábil por ação da Bovespa Holding e da Bovespa Serviços – com data base de junho de 2007.

Lembro que o mesmo procedimento foi adotado no caso da BM&F – onde o patrimônio foi absorvido pela Bolsa de Mercadorias & Futuros – BM&F S.A.

Dessa forma, é de hialina clareza que os títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F dos associados foram somente substituídos por ações da Bovespa Holding S.A e da BM&F S.A.

Eis que nessa operação há apenas a “troca” dos ativos – em devolução e dissolução patrimonial, e não “aquisição” das referidas ações que demandem nova reclassificação contábil.

Na cisão seguida de incorporação, há a transferência de todos os direitos e obrigações dos negócios em curso da cindida para a incorporadora - sucessão universal.

Com efeito, as ações substituídas pelos títulos recebem o mesmo tratamento fiscal e contábil a que eles estavam sujeitos. O que não procede tratar tais ativos como devolução do patrimônio da associação aos seus associados com posterior aquisição.

Dessa forma, considerando se tratar de mera substituição de títulos patrimoniais que, por sua vez, estavam registrados no ativo permanente, quando da substituição desses títulos por ações, devem observar idêntica qualificação contábil até o momento de sua alienação.

Nota-se que, em respeito aos Princípios que norteiam a Ciência Contábil, o detentor dos títulos quando da classificação contábil desses ativos manifestou a pretensão de permanecer com esse investimento em seu patrimônio por mais de 12 meses – sem expectativa de vendê-los a curto prazo. O que alterar a classificação contábil das ações recebidas em troca dos títulos demonstraria afronta à esses princípios.

No ativo circulante somente são registrados ativos de liquidez imediata. Ou seja, somente aqueles ativos que estejam destinados à venda com sentido de operação mercantil. O que se distancia do presente caso – já que a detentora dos títulos manteve esse ativo por mais de 12 meses em seu patrimônio, tendo manifestado sua pretensão de permanecer com esse ativo no momento do registro contábil.

Na substituição de um ativo (títulos patrimoniais ou ações) por decorrência de cisão seguida de incorporação, vê-se que os detentores/investidores se mantêm inertes frente a essa reorganização societária – efetuando somente a troca dos ativos em seu patrimônio.

Tal troca não resulta em nova classificação contábil, visto que a pretensão do investidor não se alterou com a substituição do ativo. Eis que nem motivação demonstrou quando da efetivação da reorganização societária.

Nova classificação contábil de ativos ocorreria somente quando ocorrer motivação por parte do futuro adquirente, pois é nesse momento que deverá expressar sua pretensão de manter o ativo adquirido por mais de 12 meses ou vendê-lo em curto prazo.

Tanto é assim, que o investidor que sofre a troca dos ativos não se obriga a informar o custodiante sobre a “nova aquisição”. A troca ocorre diretamente pelo custodiante sem motivação do investidor.

O investimento original não foi realizado com o fim de se obter ganho por sua venda. Era um ativo permanente porque adquirido originariamente com o objetivo de dar participação à entidade e trazer desenvolvimento de suas atividades; e que foi trocado por outro ativo que podia agora ter sua classificação mantida, ou não, mas que, se colocado à venda, não perdia a característica de um ativo permanente colocado à venda e, por isso, passível de reclassificação.

Dessa forma, as ações recebidas por decorrência dessa operação devem ser registradas em contas do ativo permanente, em respeito à pretensão manifestada pelo detentor dos títulos patrimoniais à época de sua aquisição. O que, por conseguinte, entendo que eventuais receitas advindas dessa transação poderiam ser excluídas da base de cálculo do PIS e Cofins, nos termos do art. 3º, § 2º, inciso IV, da Lei 9.718/98.

Para melhor elucidar meu entendimento, trago parte da Declaração de Voto de meu ilustre colega Gilberto de Castro Moreira Junior proferido em Acórdão 3202-000.777 (Grifos meus):

“[...]”

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

Não concordo, como lançado pelo relator, que “A conversão dos títulos patrimoniais de Associação sem fins lucrativos para uma sociedade por ações, após a cisão das Associações e incorporação da parcela cindida por sociedades anônimas de capital aberto, como pretende justificar a

Recorrente, vai frontalmente de encontro ao que dispõe o artigo 61 do Código Civil”.

A respeito do tema já escrevi que:

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

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

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

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

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

[...]

Com o novo Código Civil (arts. 1.113 a 1.115), as demais sociedades passam a contar com uma regulação própria, semelhante à da sociedade anônima." (11)

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

"A doutrina e a jurisprudência são, atualmente, pacíficas no sentido de que não há constituição de nova sociedade, seja na transformação simples, seja na constitutiva, mas tão somente alteração da forma adotada anteriormente.

Essa tendência é expressa no artigo ora comentado, que não faz, com efeito, qualquer distinção entre transformação simples e constitutiva, que em ambos os casos implicam sempre a permanência da mesma pessoa jurídica. Nesse sentido, Cunha Peixoto entende tratar-se de simples modificação contratual.

E Bulgarelli lembra que 'a doutrina brasileira mais atual propende, considerando a transformação como mera alteração contratual, em reconhecer a continuidade da sociedade que se modificou, mantendo a mesma personalidade jurídica adquirida'.

Nesse sentido o acórdão na Apelação Civil n. 101.1422 (TJSP, 2461985), em votação unânime: '(...) Prevalece, contudo, o entendimento de que a transformação, prescindindo da dissolução e liquidação da sociedade que vai se transformar, não faz surgir nova sociedade, não se havendo falar em sucessão. É a antiga sociedade mantendo a mesma personalidade jurídica, porém com outras vestes.' (12)

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

"Pergunta-se se também as sociedades civis (arts. 18 a 23 do C.C) podem transformar-se em sociedades comerciais. No sistema jurídico brasileiro todas as sociedades com personalidade jurídica previstas no Código Civil e no Código Comercial, e ainda nas leis especiais mencionadas (Dec. nº. 3.708, de 1919, e lei societária em vigor), podem transformar-se nos tipos societários comerciais acima mencionados. Podem transformar-se, assim, tanto as sociedades civis com fins lucrativos, desde que o contrato social assim o preveja ou não impeça. Também poderão ser transformadas as sociedades sem fins lucrativos, como ocorre hoje em todo o mundo com os clubes e associações esportivas." (13)

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

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

"... As sociedades comerciais podem sofrer várias metamorfoses, a saber:

a) transformação strictu sensu em que a sociedade passa de um tipo a outro (L. 6.404/76, Art. 220);

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

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

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

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

É de se concluir, portanto, que a transformação de sociedade não implica na sua extinção, dissolução ou liquidação. A sociedade transformada representa a continuidade da pessoa jurídica preexistente com uma roupagem jurídica diversa. Não há transmissão do patrimônio social da sociedade, havendo apenas a necessidade de observação dos preceitos reguladores da constituição e inscrição do tipo societário em que a sociedade transformada irá converter-se. (Aspectos tributários da transformação de Associação sem fins lucrativos em Sociedade Simples ou Empresária.

In
http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=/index.php?PID=217174&key=4415884)

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

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

O artigo 61 do Código Civil² apenas prevê o destino do patrimônio das associações em caso de dissolução. No entanto, não foi isso que

efetivamente aconteceu na operação de desmutualização da Bovespa e da BM&F.

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

Houve, a meu ver, a mera substituição dos títulos patrimoniais por ações, decorrentes da operação societária de cisão e posterior incorporação da parcela do patrimônio cindido das Associações Bovespa e BM&F pela Bovespa Holding S/A e pela BM&F S/A.

Tais :

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I as associações;

II as sociedades;

III as fundações.

IV as organizações religiosas;

V os partidos políticos.

VI as empresas individuais de responsabilidade limitada.

Art. 61. Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissa esta, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

§ 1º Por cláusula do estatuto ou, no seu silêncio, por deliberação dos associados, podem estes, antes da destinação do remanescente referida neste artigo, receber em restituição, atualizado o respectivo valor, as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação.

§ 2º Não existindo no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território, em que a associação tiver sede, instituição nas condições indicadas neste artigo, o que remanescer do seu patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União.

[...]

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

Nesse sentido, inclusive destaco os acórdãos 3404001.734 e 3403001.757 proferidos pela 3ª Turma, da 4ª Câmara, da 3ª Seção do CARF, de relatoria do Conselheiro Ivan Allegretti, senão vejamos:

INCIDÊNCIA. ALIENAÇÃO DE AÇÕES. PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA.

ATIVO PERMANENTE. SISTEMÁTICA DA LEI 9.718/98.

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

Recurso Provido. (Acórdão 3404001.734)

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

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

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

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

Recurso provido. (Acórdão 3403001.757)

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

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

Parecer Normativo CST 108/78

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

*7.1 Por participações permanentes em outras sociedades, se entendem as importâncias aplicadas na aquisição de ações e outros títulos de participação societária, com a intenção de mantê-las em caráter permanente, seja para obter o controle societário, seja por interesses econômicos, como, por exemplo, a constituição de fonte permanente de renda. **Essa intenção será manifestada no momento em que se adquire a participação**, mediante a sua inclusão no subgrupo de investimentos caso haja interesse de permanência ou registro no ativo circulante, não havendo esse interesse.*

Será, no entanto, presumida a intenção de permanência sempre que o valor registrado no ativo circulante não for alienado até a data do balanço do exercício seguinte àquele em que tiver sido adquirido; neste caso, deverá o valor da aplicação ser transferido para o subgrupo de investimentos e procedida a sua correção monetária, considerando como data de aquisição a do balanço do exercício social anterior. (grifamos)

Parecer Normativo CST 3/80

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

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

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

Quando analisamos a movimentação subsequente desses ativos e identificamos uma situação de alienação de ações em curto prazo, a primeira interpretação é a de que a classificação contábil não estava adequada.

Porém essa interpretação, baseada unicamente no momento das alienações, deve ser considerada com certa restrição; afinal, a decisão de venda de um ativo pode surgir a partir de eventos isolados, e que nem sempre não previsíveis.

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

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

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

[...]”

Na mesma linha, transcrevo parte do voto do ilustre Conselheiro Antonio Carlos Atulim exarado no acórdão 3403-003-447:

“[...]

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

É incontroverso que o contribuinte ora autuado é sucessor de instituição financeira que possuía nas contas do Ativo Permanente/Investimentos ações da CBLC e título patrimonial da BM&F.

Com a transformação societária da antiga BM&F na sociedade por ações BM&F S/A e na incorporação da CBLC pela BOVESPA HOLDING, ocorridas em 2007, o contribuinte recebeu 3.882.732 de ações da BOVESPA HOLDING em conversão das antigas ações da CBLC e 4.981.610 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, 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 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. 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 obriga-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 1 (...) 8. Em face do exposto, impõe-se a conclusão lógica de que a simples pretensão da pessoa jurídica no sentido de alienar bens destinados à utilização na exploração do objeto social ou na manutenção das atividades da empresa não autoriza, para os efeitos da legislação do imposto de renda, a exclusão dos elementos correspondentes registrados em contas do ativo permanente, devendo a cifra respectiva continuar integrando aquele agrupamento até a alienação, baixa ou liquidação do bem 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.

Considerando que a aferição da natureza não operacional dessas receitas se constitui em verdadeiro antecedente lógico para sua exclusão das bases de cálculo, resta evidente que o desfecho ação judicial 2006.03.00.1059671 não tem nenhuma influência sobre este processo.

[...]"

Dessa forma, é de se concluir que os títulos da Bovespa e da BM&F que eram de propriedade da sociedade tinham a mesma característica de bens do ativo permanente e que as ações recebidas por sucessão universal decorrente da cisão seguida de incorporação deveriam ser registradas em seu ativo permanente. O que, por conseguinte, torna-se claro que a

receita de alienação dessas ações não é passível de tributação pelo PIS e Cofins, nos termos do art. 3º, inciso IV, da Lei 9.718/98.

Não obstante a tudo isso, proveitosa a seguinte reflexão. Ainda que se considere equivocadamente as ações como fruto de aquisição pura motivada pelo sujeito passivo e que, portanto, não seria passível de registro em ativo permanente, importante refletir também sobre as regras impostas pela nova contabilidade, independentemente de à época ser plenamente considerada o registro contábil das ações recebidas em troca em ativo permanente

Para tanto, invoca-se o Pronunciamento técnico CPC 30 – que contempla em seus itens 7 e 12:

“Item 7. Receita é o ingresso bruto de benefícios econômicos durante o período observado no curso das atividades ordinárias da entidade que resultam no aumento do seu patrimônio líquido, exceto os aumentos de patrimônio líquido relacionados às contribuições dos proprietários.

[...]

Item 12. Quando bens ou serviços forem objeto de troca ou permuta, que sejam de natureza e valor similares, a troca não é vista como uma transação que gera receita. [...] Por outro lado, quando os bens são vendidos ou os serviços são prestados em troca de bens ou serviço não similares, tais trocas são vistas como operações que geram receita”

Continuando, o Pronunciamento Conceitual Básico (R1) descreve no item 4.29 que “a definição de receita abrange tanto as receitas propriamente ditas quanto aos ganhos. A receita surge no curso das atividades usuais da entidade e é designada por uma variedade de nomes tais como vendas, honorários, juros, dividendos, royalties, alugueis.” Já os “ganhos representam outros itens que se enquadram na definição de receita e que podem ou não surgir no curso das atividades usuais da entidade”.

Tal Pronunciamento ainda traz em seu item 4.31 que “ganhos, incluem, por exemplo, aqueles que resultam da venda de ativos não circulantes”.

Ademais, de acordo com o Pronunciamento Técnico CPC 16, “estoques são ativos: (a) mantidos para venda no curso normal dos negócios.”

E, nos termos do CPC 31, a destinação de um ativo não circulante (ativo permanente) para venda não o classifica como ativo circulante (estoque), devendo ser classificado como ativo não circulante destinado a venda, especialmente à luz do quanto disposto em seu Apêndice A – Definições de termos:

“Ativo Circulante é um ativo que satisfaz a qualquer dos seguintes critérios:

- (a) espera-se que seja realizado, ou pretende-se que seja vendido ou consumido no curso normal do ciclo operacional da entidade;*
- (b) mantido essencialmente com o propósito de ser negociado*

Ativo não circulante é um ativo que não satisfaz à definição de ativo circulante.”

Nesta senda, vê-se que os ativos adquiridos destinados à comercialização nas operações usuais da empresa devem ser registrados no ativo circulante em conta de estoque e o produto de sua venda é classificado como receita propriamente dita.

Enquanto, ativos que não comportem a sua classificação em estoque e sejam reconhecidos no ativo não circulante, quando de sua alienação podem gerar ganhos, mas que não se enquadram no conceito de receita, uma vez que não se trata de atividade usualmente praticada pela entidade.

O que resta concluir que, no presente caso, as ações recebidas em substituição aos títulos patrimoniais ostentam a mesma natureza, bens do ativo permanente – ou seja, ativo não circulante, na nova linguagem contábil, não se sujeitando quando se sua alienação ao PIS e Cofins.

Mais ainda, caso se “ignore o Código Civil” e desconsidere equivocadamente o correto registro contábil – registrando em contas do ativo circulante, proveitoso trazer, a título de “amor ao debate técnico”, que as receitas geradas na venda dessas ações ainda assim não seriam passíveis de tributação pelas contribuições – eis que não devem ser consideradas como sendo decorrentes de suas atividades próprias.

Ora, as sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários são pessoas jurídicas integrantes do Sistema Financeiro Nacional que, dentre outras atividades, **realizam a intermediação nas operações de compra e venda de títulos financeiros para seus clientes.**

Nos termos da ICVM 387/03, a corretora de valores é “a sociedade habilitada a negociar ou registrar operações com valores mobiliários por conta própria ou por conta de terceiros em bolsa e entidade de balcão organizado”.

Além de operar com títulos e valores por conta de terceiros, as sociedades corretoras, **de maneira residual**, podem operar carteira própria de valores mobiliários, atuando nos mercados de bolsa e balcão.

Com efeito, para que as sociedades corretoras possam operar carteira própria devem observar diversas regras estabelecidas pela CVM, por intermédio da ICVM 117/90. As sociedades corretoras que operem carteira própria devem indicar a CVM e as bolsas de valores um de seus diretores ou sócios gerentes como responsável pela operação da carteira e somente poderão aplicar na constituição e operação de sua carteira, recursos próprios.

Além disso, as sociedades corretoras que operaram com carteira própria devem obedecer aos seguintes limites:

- O valor da carteira própria das sociedades corretoras cujo patrimônio líquido ajustado, computado a partir de 31.3.90 na forma determinada pelas normas contidas no Plano Contábil das Instituições Financeiras do Sistema Financeiro Nacional (COSIF), for inferior a 2.000.000 de bônus do tesouro nacional para fins fiscais não excederá, a qualquer tempo, 50% do valor do capital de giro dessas sociedades;
- O valor da carteira própria das sociedades com patrimônio líquido ajustado superior a 2.000.000 de BTNF mas inferior a 3.000.000 de BTNF não excederá a qualquer tempo 60% do valor do capital de giro próprio dessas sociedades;
- Para as sociedades com patrimônio superior a 3.000.000 de BTNF, o valor da carteira própria não excederá a qualquer tempo 70% do valor do capital de giro próprio.

Portanto, vê-se que não há que se considerar “engessadamente” que a atividade principal da sociedade corretora seria comprar e vender ações para si própria – pois sua atividade se resume na intermediação de negociação de títulos e valores mobiliários custodiados na CBLC por ordem de compra e venda dada por seus clientes.

Tanto é assim, que há várias restrições para se alocar determinado ativo em carteira própria. O que resta considerar que eventual receita da venda das r. ações recebidas em troca dos títulos patrimoniais não comporia a base de cálculo do PIS e da Cofins sob a sistemática da cumulatividade, pois não agrega ao objeto principal da sociedade corretora.

Ressalto que até o advento da MP 627/13 – convertida na Lei 12.973/14, o PIS e a Cofins tinham como base de cálculo o seu “faturamento” – assim entendido como a receita de prestação de serviço (atividade fim).

No caso das corretoras, cabe trazer que abrange a receita de prestação de serviço as receitas oriundas das taxas de custódia de títulos e valores mobiliários detidos por clientes e de comissões de intermediação de operações financeiras de clientes.

Somente com o advento da MP 627/13 convertida na Lei 12.973/14, houve extensão da base de cálculo do PIS e Cofins para as pessoas jurídicas sujeitas à sistemática da cumulatividade (Grifos meus):

“Art. 52. A Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:

*“Art. 3º **O faturamento** a que se refere o art. 2º compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977.*

[...]”

“Art. 2º O Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]”

“Art. 12. A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

[...]”

Até a edição da referida MP e respectiva lei de conversão, a receita operacional (receita vinculada ao objeto social) não compreendia a base de cálculo das pessoas jurídicas sujeitas à sistemática das contribuições, posto que, se assim não fosse, inócuo seria trazer expressamente a inclusão das “receitas da atividade **ou objeto principal** da pessoa jurídica, não compreendidos nos incisos I a III”.

Nessa linha, a exposição de motivos é clara ao expor a intenção do legislador – no sentido de **alterar** efetivamente a base de cálculo das contribuições com o aperfeiçoamento da definição de receita bruta. Ora, o legislador foi transparente ao trazer que tal mudança “alterou” a base de cálculo daquelas contribuições, não dando caráter interpretativo.

Caso tal dispositivo tivesse caráter interpretativo, somente seria assim legitimado caso se limitasse a reproduzir o conteúdo normativo interpretado – sem modificar, estender ou limitar o seu alcance. O que, no caso, não ocorreu. O legislador, de fato, ALTEROU a base de cálculo das contribuições ampliando sua base – passando a tributar pelas contribuições as receitas operacionais auferidas pelas instituições financeiras.

Vê-se que não há que se falar que não ocorreu “majoração de tributo”, com o advento da MP 627/13, nos termos do art. 97, § 1º, do CTN, *in verbis*:

“Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

[...]

§ 1º Equipara-se à majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II, deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo

[...]”

O que, por conseguinte, somente após decorridos o prazo nonagesimal a que se refere o art. 195, § 6º, da CF/88 é que poderia haver a incidência de PIS e Cofins sobre a receita decorrente do objeto principal da pessoa jurídica.

Não obstante a esse comentário, por se tratar de sociedade corretora de valores mobiliários, é de se atentar ainda que não se pode considerar a receita decorrente da “carteira própria” de uma corretora como sendo aquela oriunda do objeto principal, vez que o objeto PRINCIPAL de uma sociedade corretora – É A INTERMEDIÇÃO DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS. Ou seja, compra e venda títulos e valores mobiliários POR CONTA E ORDEM DE CLIENTES TERCEIROS.

Considerando o exposto, entendo que não há que se falar em se tributar pelo PIS e Cofins a receita sob lide.

Em vista de todo o exposto, voto por dar provimento ao Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

Tatiana Midori Migiyama

Voto Vencedor

Conselheiro Demes Brito - Redator Designado

Em que pese os argumentos do voto da Ilustre Conselheira Relatora, com a devida vênia, discordo de seu entendimento.

Com efeito, compete a esta 3ª Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF, conforme art. 64,II, arts. 67 e seguintes do Anexo II do Regimento Interno do "CARF" a época do Recurso Interposto.

Como bem esclarecido, o Recurso Especial se presta analisar interpretação divergente da legislação tributária aplicada por outra Câmara ou turma da CSRF.

In caso, a controvérsia crava-se na discussão dos efeitos jurídico-tributários advindos do conjunto de operações societárias denominada “*desmutualização*” das bolsas, especificamente quanto a incidência do PIS e da Cofins sobre as receitas de alienações das ações recebidas quando da transferência das atividades, até então desempenhadas pelas associações sem fins lucrativos, para as sociedades anônimas BM&F S.A. e da Bovespa Holding S.A.

Neste sentido, em homenagem ao princípio da Colegiabilidade, essa matéria foi enfrentada no Acórdão nº **9303004.232**, de 11 de agosto de 2016, de minha relatoria, o qual fui designado para elaboração do voto vencedor, de modo que, peço vênha para transcrevê-lo, o qual utilizo como fundamento para minhas razões de decidir por se tratar de matéria idêntica, que passa a fazer parte integrante do presente voto:

"Neste sentido, não há qualquer controvérsia quanto a admissibilidade do Recurso Especial, superada a discussão referente ao paradigma utilizado pela Recorrente ser de uma corretora de títulos e valores mobiliários, e atividade da Recorrida ser uma instituição financeira (Banco), considerando que em ambos processos as vendas das ações estariam sujeitas à incidência do PIS e da COFINS, tendo em vista que o objeto social da Contribuinte abrange a negociação de títulos e valores mobiliários, a qual adquiriu as ações com objetivo de revendê-las

Objeto da lide

Versa o presente processo sobre o lançamento de ofício das contribuições do PIS e da COFINS, sobre a receita auferida com as operações de alienação das ações da BM&F S/A e BOVESPA, relativo ao fato gerador de 30/11/2007 a 31/12/2007, recebidas em razão do processo conhecido como "desmutualização", consistente em um conjunto de alterações societárias ocorridas nas Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA) e na Bolsa de Mercadorias e Futuro (BM&F) que deixaram de ser associações sem fins lucrativos e se transformaram em sociedade anônimas.

Como consequência do processo de "desmutualização", os detentores dos Títulos Patrimoniais da Bovespa e da BM&F receberam ações representativas do capital da Bovespa Holding S/A e da BM&F Holding S/A, que foram posteriormente vendidas.

O Acórdão Recorrido desqualificou a conclusão da fiscalização, entendendo que houve apenas a "troca de ativos", em tempo a decisão foi reformada. Vejamos:

"O que de fato ocorreu foi a troca dos antigos títulos patrimoniais das associações civis pelas ações das novas companhias, como resultado das operações societárias de cisão seguida de incorporação sofridas pela antiga Bovespa e BM&F. Os títulos patrimoniais foram sucedidos por ações, as quais foram emitidas em quantidades que possuíam valor monetário equivalente aos dos títulos substituídos. Tanto os antigos títulos patrimoniais, quanto as ações em que foram transformados, são papéis representativos de frações do mesmo patrimônio. Assim, mostra-se temerária a premissa de que as ações emitidas constituem um ativo diferente dos antigos títulos patrimoniais.

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

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".

No que tange o entendimento da 4ª Câmara da 1ª Turma Ordinária, atual 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, sobre matéria referente a "desmutualização", penso que não esta em sintonia com a jurisprudência já sedimentado pela 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais -CSRF, até porque, com a devida vênia, os argumentos expendidos no "decisum" são frágeis e sensíveis, passíveis de correção e reforma.

Sem embargo, no atual contexto constitucional em que se proclama o interprete utilizar-se de expedientes objetivos, aplica-se uma dose botulínica no texto normativo, tornando o julgador o solipsista de exercer o papel de interprete dos preceitos jurídicos. Neste sentido, em sua tese de doutoramento "Teoria Complexa do Direito", Luiz Orlando Zanon Junior, bem acentua os preceitos de interpretação e aplicação das normas jurídicas aos casos concretos:

"Cabe ao juiz efetuar a interpretação e aplicação das Normas Jurídicas aos casos concretos, na qualidade de seu destinatário principal, mediante o procedimento lógico dedutivo de subsunção. De acordo com tal processo decisório, o intérprete deve primeiro fixar a amplitude da Norma Jurídica previamente dada pelo legislador ou encontrada em um precedente, que consubstancia a premissa maior, e, depois, encaixar as peculiaridades fáticas de um determinado caso, que correspondem às premissas menores, dentro dos quadros normativos previamente fixados, segundo uma lógica meramente dedutiva¹."

Deste modo, investindo contra decisão da 4ª Câmara da 1ª Turma Ordinária, a Fazenda Nacional sustenta em seu recurso que:

"A extinção das associações sem fins lucrativos somente poderia resultar na reversão de seu patrimônio à entidade sem fins econômicos ou na restituição aos associados. Admitir a possibilidade de que, por meio de cisão e incorporação, fosse possível empreender a transferência dos bens da associação à sociedade por ações, transformando-a em sociedade por ações, seria violar frontalmente o art. 61 do Código Civil.

Quanto a incidência do PIS e COFINS sobre a receita da venda de ações, a contribuinte escriturou no ATIVO CIRCULANTE as ações recebidas da BOVESPA S.A. e BM&F S.A., em decorrência do processo de desmutualização das Bolsas. Dessa maneira, resta inquestionável que a intenção do contribuinte era alienar os mencionados ativos na oferta pública de ações (IPO), promovida pela BOVESPA S.A. e pela BM&F S.A., nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2007.

A própria contribuinte escriturou de modo correto as ações recebidas em seu Ativo Circulante".

¹ Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Fls.114-115 Florianópolis: Cejur, 2013. ebook <http://acadjud.tjsc.jus.br/e-books>

Por outro lado, a Relatora do Voto Vencido sustenta pela inadmissibilidade do Recurso da Fazenda Nacional, defendendo que o paradigma indicado não se presta a comprovar a divergência, considerando que: "o acórdão indicado como paradigma traz em seu bojo pressuposto inaplicável ao presente caso: tem-se como contribuinte uma sociedade corretora de títulos e valores mobiliários, cuja atividade precípua é, dentre outras, a compra e venda, por conta própria, de títulos e valores mobiliários. Nos presentes autos, tem-se no pólo passivo da exigência tributária uma instituição financeira".

Quanto ao mérito do Recurso, a Relatora vencida defende que: "não houve dissolução das associações e nem devolução do patrimônio aos antigos sócios, tendo sido o mesmo transferido diretamente para a nova entidade, os títulos patrimoniais antigos e as ações em que se transformou são papéis que representam o mesmo patrimônio, constituindo-se em ativo permanente. Portanto, o faturamento da alienação das ações se enquadra como venda de um investimento, isto é, constitui-se em venda de patrimônio próprio, não havendo de se falar na incidência de PIS e COFINS, conforme art. 3º, IV, da Lei nº 9.718/98".

Para concluirmos quais são os efeitos jurídico-tributários decorrentes do processo de "desmutualização" das bolsas, temos que verificar se as receitas decorrentes das vendas das ações seriam tributadas pelas contribuições PIS/COFINS, percorrendo de modo pragmático os dispositivos legais sobre o tema, e a forma correta de contabilização das ações recebidas no processo.

Dos Títulos Patrimoniais da BM&F e BOVESPA

Com efeito, até o advento das operações chamadas de "desmutualização", as bolsas de valores eram intituladas como associações civis, sem fins lucrativos, tendo como função manter o sistema adequado para negociação de valores mobiliários.

Contudo, a Lei nº 4.728/65, disciplinou o mercado de capitais, regulando a autonomia administrativa, financeira e patrimonial das bolsas de valores, e sua supervisão operacional pelo Banco Central, de acordo com a regulamentação expedida pelo Conselho Monetário Nacional, a quem competia fixar as normas gerais a serem observadas na constituição, organização, funcionamento, e relativas a constituição, extinção e forma jurídica das bolsas de valores.

Neste passo, eis que surge a Lei nº 6.385/76, a qual, criou a Comissão de Valores Mobiliários, disciplinando o mercado de valores e as operações realizadas na bolsa de valores.

A Resolução CMN nº 1.656, de 26 de outubro de 1989, aprovou o regulamento que disciplinou a constituição, organização e funcionamento das Bolsas de Valores:

CAPÍTULO I - Bolsas de Valores

SEÇÃO I - Natureza e Características

NATUREZA E OBJETO SOCIAL

Art. 1º As Bolsas de Valores são constituídas como associações civis, sem finalidade lucrativa, tendo por objeto social:

I - manter local ou sistema adequado à realização de operações de compra e venda de títulos e valores mobiliários, em mercado livre e aberto, especialmente organizado e fiscalizado pela própria Bolsa, sociedades corretoras membros e pelas autoridades competentes;

II - dotar, permanentemente, o referido local ou sistema de todos os meios necessários à pronta e eficiente realização e visibilidade das operações;

III - estabelecer sistemas de negociação que propiciem continuidade de preços e liquidez ao mercado de títulos e valores mobiliários;

IV - criar mecanismos regulamentares e operacionais que possibilitem o atendimento, pelas sociedades corretoras membros, de quaisquer ordens de compra e venda dos investidores, sem prejuízo de igual competência da Comissão de Valores Mobiliários, que poderá, inclusive, estabelecer limites mínimos considerados razoáveis em relação ao valor monetário das referidas ordens;

V - efetuar registro das operações;

VI - preservar elevados padrões éticos de negociação, estabelecendo, para esse fim, normas de comportamento para as sociedades corretoras e companhias abertas, fiscalizando sua observância e aplicando penalidades, no limite de sua competência, aos infratores;

VII - divulgar as operações realizadas, com rapidez, amplitude e detalhes;

VIII - conceder, à sociedade corretora membro, crédito para assistência de liquidez, com vistas a resolver situação transitória, até o limite do valor de seu título patrimonial, mediante apresentação de garantias subsidiárias de pelo menos 120% (cento e vinte por cento) do valor do crédito;

IX - exercer outras atividades expressamente autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários.

Parágrafo único. As Bolsas de Valores não podem distribuir a sociedades corretoras membros parcela de patrimônio ou resultado, exceto nos casos de dissolução e na forma que a Comissão de Valores Mobiliários aprovar.

Dessa forma, todas as bolsas de valores autorizadas a funcionar no Brasil ficaram obrigadas a assumir a forma de associação, ou seja, pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos e regidas pelo Código Civil brasileiro vigente à época (Lei nº 3.071, de 1916, arts. 20 a 22).

A Resolução nº 1.656, de 1989, sofreu várias alterações pelas Resoluções nº 1.760, de 1990; nº 1818, de 1991; nº 2.549, de 1998; e nº 2.597, de 1999,

sendo que somente com a edição da Resolução CMN nº 2.690, de 2000, que aprovou um novo regulamento, é que as bolsas de valores foram autorizadas a se constituírem, alternativamente, sob a forma de sociedade anônima:

Art. 1º As bolsas de valores poderão ser constituídas como associações civis ou sociedades anônimas, tendo por objeto social:

De acordo com a Resolução CMN nº 1.656/89, o ato constitutivo das Bolsas de Valores compreendia seu Estatuto Social assinado por todos os fundadores, devidamente registrado no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Seu patrimônio social era dividido em títulos patrimoniais, que eram adquiridos por sociedades corretoras como requisito para sua admissão como associadas das bolsas:

Art. 7º O patrimônio social das Bolsas de Valores deve ser formado mediante realização em dinheiro e será dividido em títulos patrimoniais, cuja quantidade e valor inicial de emissão devem ser fixados pela Comissão de Valores Mobiliários.

[...]

Art. 25. Somente pode ser admitida como membro da Bolsa de Valores a sociedade corretora que adquirir o respectivo título patrimonial.

§ 1º Nenhuma sociedade corretora pode adquirir mais de um título patrimonial de cada Bolsa de Valores.

§ 2º As sociedades corretoras têm iguais direitos e obrigações perante a Bolsa de Valores.

§ 3º A sociedade corretora, antes de iniciar suas operações, deve caucionar o seu título patrimonial em favor da Bolsa de Valores.

§ 4º Aprovada a sua admissão e cumprido o disposto no parágrafo anterior, a sociedade corretora entra em pleno gozo dos direitos de associada da Bolsa de Valores.

Conforme o art. 3º, §2º, do Regulamento Anexo à Resolução nº1.655/1989 do Conselho Monetário Nacional, para que pudessem operar no mercado de capitais por meio de recinto bursátil, as sociedades corretoras e distribuidoras de valores mobiliários deveriam deter títulos representativos do patrimônio daquelas entidades.

Art. 3º A constituição e o funcionamento de sociedade corretora dependem de autorização do Banco Central.

§ 1º A sociedade corretora deverá ser constituída sob a forma de sociedade anônima ou por quotas de responsabilidade limitada.

§ 2º São condições indispensáveis para a concessão da autorização prevista neste artigo, dentre outras, a admissão como membro de bolsa de valores, em razão da aquisição de título patrimonial de emissão dessa e a aprovação da Comissão de Valores Mobiliários para o exercício de atividades no mercado de valores mobiliários.

Também a Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F) foi constituída sob a forma de associação civil sem fins lucrativos, tendo por objetivo “organizar e prover o funcionamento de mercados para negociação de títulos e contratos que possuam como referência ou tenham como objeto ativos financeiros, índices, indicadores, taxas, mercadorias, moedas, energia, transportes, commodities e outros bens ou direitos direta ou indiretamente relacionados a tais ativos, nas modalidades à vista e de liquidação futura”. O funcionamento das bolsas de mercadorias e de futuros foi regulamentado pela Resolução CMN nº 1.645/89.

Portanto, as sociedades corretoras e instituições financeiras (BANCOS) possuíam, antes do procedimento de “desmutualização”, títulos patrimoniais das associações civis, sem finalidades lucrativas denominadas BOVESPA e BM&F.

Da Desmutualização das Bolsas de Valores

Em 1997, houve a primeira operação de reestruturação da BOVESPA, pela qual foram criadas duas empresas distintas, a Clearing S.A. (“Clearing”) – posteriormente denominada Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (“CLBC”) – e a Bovespa Serviços e Participações S.A. (“Bovespa Serviços”).

A CBLC foi instituída mediante cisão de parte do patrimônio da BOVESPA e ficou encarregada de atuar como câmara de compensação e custodiar ações e títulos. Por sua vez, a Bovespa Serviços, subsidiária integral da BOVESPA, ficou com as funções de dar suporte aos serviços de informática e telefonia da BOVESPA, portanto responsável por exercer atividades relacionadas com negociação, controle, fiscalização e difusão de informações.

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

A “desmutualização” da Bovespa ocorreu em 28 de agosto de 2007 e envolveu as seguintes etapas, todas realizadas na mesma data:

(i) cisão parcial da Bovespa, com a versão das parcelas de seu patrimônio em duas sociedades: Bovespa Holding e Bovespa Serviços S.A. (“Bovespa Serviços”); e

(ii) incorporação das ações da Bovespa Serviços e da CBLC ao capital da Bovespa Holding.

Em decorrência das operações em questão, os antigos detentores de títulos patrimoniais da Bovespa passaram a ser titulares de ações representativas do capital da Bovespa Holding, a qual, por sua vez, passou a ter como subsidiária integral a Bovespa Serviços e a CBLC.

Portanto, a associação civil sem fins lucrativos Bovespa deixou de existir em 28 de agosto de 2007, e os detentores de seus títulos patrimoniais passaram a ser acionistas da Bovespa Holding.

A “desmutualização” da BM&F ocorreu em 20 de setembro de 2007, e seguiu modelo jurídico similar ao da BOVESPA:

(i) a cisão parcial da BM&F, com a versão das parcelas de seu patrimônio em duas sociedades: BM&F Holding e BM&F Serviços S.A.; e

(ii) a incorporação das ações da BM&F Serviços ao capital da BM&F Holding.

Em consequência das apontadas etapas, os antigos detentores de títulos patrimoniais da BM&F passaram a ser titulares de ações representativas do capital da BM&F Holding, por sua vez detentora da integralidade do capital da BM&F Serviços.

Durante o ano de 2007, o procedimento de “desmutualização” foi seguido da abertura do capital das companhias resultantes de referida “transformação” para a negociação das respectivas ações em bolsa de valores.

Em decorrência da participação no processo de oferta pública inicial de distribuição secundária de ações ordinárias de emissão da Bovespa Holding S.A., foram outorgados poderes à essa sociedade para praticar todos os atos necessários à obtenção do registro de oferta pública inicial de distribuição secundária de ações ordinárias de sua emissão, inclusive no que se refere à distribuição, alienação ou qualquer outra forma de transferência de ações ordinárias de emissão da Companhia. Também foi assinado o “Instrumento Particular de Contrato de Indenização e Outras Avenças”, onde foi autorizada a alienação, no âmbito da Oferta, da quantidade de ações indicada no instrumento de Mandato.

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

*Também foram firmados, pelas sociedades corretoras, ou em alguns casos instituições financeiras, **a alienação de um percentual de cerca de 10% de***

suas ações ordinárias da BM&F S.A. para um fundo de investimento integrante do grupo de Private Equity General Atlantic (“General Atlantic”), conforme “Instrumento de Aceitação de Venda de Ações Ordinárias da Bolsa de Mercadorias & Futuros BM&F S.A.”

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

(i) *Incorporação da BM&F pela Nova Bolsa, a valor contábil, resultando na emissão, pela Nova Bolsa, em favor dos acionistas de BM&F, de ações ordinárias, na proporção de 1:1, e na conseqüente extinção de BM&F;*

(ii) *na mesma data, em deliberação distinta e subsequente, Incorporação das Ações da Bovespa Holding, pela Nova Bolsa, nos termos deste Protocolo e Justificação, incluindo a emissão, pela Nova Bolsa, em favor dos acionistas da Bovespa Holding, de ações ordinárias e de ações preferenciais resgatáveis;*

(iii) *resgate das ações preferenciais da Nova Bolsa emitidas em favor dos acionistas da Bovespa Holding;*

(iv) *como resultado da Incorporação das Ações da 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 da Nova Bolsa de titularidade do conjunto de acionistas da BM&F, assumindo o integral exercício, até a data da assembléia geral da Bovespa Holding que deliberar sobre este Protocolo e Justificação, das opções de compra de ações outorgadas no âmbito do Programa de Reconhecimento do atual Plano de Opções de Compra de Ações da Bovespa Holding e, em data futura, das opções de compra de ações contratadas no âmbito do atual Plano de Opções de Compra de Ações da BM&F;*

(v) *a partir da realização das assembléias que aprovarem as incorporações e o resgate acima referidos, será iniciado processo de registro da 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"). Até a obtenção desses registros, as ações da 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.*

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

Do Regime Jurídico das Associações e seus efeitos Tributários

O acórdão recorrido, sustentou em suas razões decidir pela aplicação do instituto próprio das sociedades anônimas, o qual entendeu cabível os institutos da transformação, cisão e da incorporação. Sendo que teria ocorrido uma transformação da sociedade civil sem fins lucrativos em sociedade anônima, acompanhada da troca de ativos – títulos patrimoniais que foram substituídos por ações, operação esta que, por ter sido efetuada a valor contábil, não produziria nenhum efeito fiscal. Vejamos:

"Com a transformação societária daquelas entidades em sociedades por ações (a denominada desmutualização das bolsas), os títulos sociais então existentes no Ativo Permanente/Investimentos do Banco foram transformados

em ações em quantidade monetariamente equivalente ao valor dos aludidos títulos.

Tendo em vista que o Banco já sabia de antemão que iria alienar parte das ações de sua propriedade, baixou os títulos do ativo permanente e passou a contabilizá-los no ativo circulante".

Penso que não houve transformação das entidades sem fins lucrativos nas sociedades por ações na engenhosa estrutura societária/tributária denominada "desmutualização", o que de fato ocorreu, sucessivamente, para cada uma das bolsas (BOVESPA E BM&F) foi uma operação de cisão, em que todos os ativos mais importantes para a consecução das atividades das bolsas foram alocados numa das parcelas cindidas enquanto, na outra, restou pequena parte do patrimônio; e uma operação de incorporação, em que a parcela cindida operacional foi incorporada pela sociedade anônima correlata, Bovespa Holding S.A. ou BM&F S.A.

Portanto, aplicação do regime jurídico da lei nº 6.404/76 (sociedade por ações) não poderia ter sido aplicada a época dos fatos geradores, oriundos das operações de "desmutualização" levadas a termo pelas Bolsas.

Neste sentido, vejamos o que o artigo 5º da Resolução CNM nº 2.690/2000, dispõe:

*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;

[...]

Deste modo, para os mais aguerridos e apaixonados pela tese, esqueceram-se de observar a Resolução CNM nº 2.690/2000, a qual, permite que as bolsas de valores à época poderiam ser constituídas como Associações Cíveis ou como Sociedades Anônimas.

Eis que o artigo 1º, da Resolução CMN, também elucida de modo pragmático a questão. Vejamos:

*Art. 1º As bolsas de valores **poderão** ser constituídas como **associações cíveis** ou **sociedades anônimas**, tendo por objeto social:*

(...)

Parágrafo único. As bolsas de valores que se constituírem como associações cíveis, 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. 6º O **Patrimônio** ou o **capital social** das bolsas de valores deve ser formado, quando da constituição, mediante realização em dinheiro, e será dividido, **conforme o caso, em títulos patrimoniais ou ações ordinárias** com direito de voto pleno, devendo a quantidade e o valor inicial de emissão de títulos patrimoniais ser fixados pela Comissão de Valores Mobiliários.*

(...)

*Art. 7º As bolsas de valores podem emitir **títulos patrimoniais** ou **ações** com direito de voto pleno, cuja colocação será realizada mediante leilão, com pré-qualificação para os licitantes, ou na forma prevista em lei.*

(...)

Como demonstrado, a Resolução CMN nº 2.690/2000 faculta a constituição societária de qualquer uma das formas, seja por meio de associação civil sem fins lucrativos ou sociedade anônima. Assim, as bolsas de valores poderiam traçar diretrizes tanto para as que adotaram a estrutura jurídica de associação ou quanto para aquelas que adotaram a forma de S.A.

Por outro lado, os institutos da fusão, cisão e incorporação não são de utilização permitida pelas associações por força do disposto no artigo 1.113 e seguintes do Código Civil, cuja localização indica sua aplicação somente às sociedades empresárias.

Ainda assim, não penso como os que defendem a aplicação de institutos próprios de sociedades empresárias com fundamento em interpretação literal e isolada do artigo 2033, 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.

Da interpretação do dispositivo legal, ainda que se admita a aplicação de cisão, incorporação, às sociedades civis, não se pode furtar das conseqüências contidas no artigo 61 do Código Civil. Ou seja, caso se entenda aplicável os institutos da cisão e incorporação às sociedades civis, por força de interpretação isolada do Art. 2.033 do CC, as estipulações próprias à natureza de sociedades civis sem fins lucrativos não podem ser desprezadas, sob pena de ofensa ao critério da especificidade, prestigiado até mesmo pelo citado artigo 2.033.

Contudo, o art..2.033 ressalva sua aplicação em caso de legislação específica. No que se refere às associações civis, a Lei nº 6.015, de 1973, não versa sobre os institutos de fusão, cisão, incorporação e transformação para as associações civis.

Portanto, a matéria possui tratamento específico e exclusivo nos artigos 53 a 61 do Código Civil. Em todos os artigos do Codex que versam sobre as Associações fica claro o distanciamento entre elas e a finalidade econômica.

Ainda que fosse admitido o apelo da Recorrente, a aplicação de institutos como transformação, cisão e incorporação de sociedades empresárias, apenas para mitigar a solução das atividades desenvolvidas pelas Bolsas de Valores, me parece discrepante dos regimes jurídicos legais, não há como se furtar das normas, considerando que os associados receberam de volta o patrimônio e utilizaram-se do mesmo para integralização das ações na sociedade Anônima.

Dos Efeitos dos Registros contábeis das ações subscritas e integralizadas

Originalmente, os títulos patrimoniais eram escriturados no ativo permanente das sociedades corretoras.

Com a dissolução da associação e a subsequente subscrição e integralização das ações das novas sociedades (Bovespa Holding e BM&F S.A), a recorrente deixou de possuir títulos patrimoniais e passou a ter ações das novas companhias, de natureza diversa, que deveriam ter sido escrituradas conforme dispõe o artigo 179 da Lei 6.404/1976, verbis:

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

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

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

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

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

A escrituração das ações no ativo da empresa, ou no ativo circulante, ou no ativo permanente, é baseada na possibilidade de o contribuinte escolher entre permanecer como proprietário de tais ações (permanente) ou se desfazer delas (circulante).

Constata-se que, desde o início do processo de desmutualização das bolsas, fica clara a intenção dos então detentores de títulos patrimoniais da BM&F, após receberem as ações das novas entidades formadas como sociedades anônimas, efetivarem a alienação dessas ações, seja pela fixação de prazos para venda das ações acordados entre as companhias e seus acionistas, seja pela disponibilização de parte das ações recebidas para compor o lote

destinado à Oferta Pública Inicial (IPO), ou ainda, pela alienação das ações propriamente ditas.

No caso das ações da Bovespa Holding S/A, tem-se que, em 27 de setembro de 2007, foram outorgados poderes à essa sociedade para praticar todos os atos necessários à obtenção do registro de oferta pública inicial de distribuição secundária de ações ordinárias de sua emissão, inclusive no que se refere à distribuição, alienação ou qualquer outra forma de transferência de ações ordinárias de emissão da Companhia. Também foi assinado o “Instrumento Particular de Contrato de Indenização e Outras Avenças”, onde foi autorizada a alienação, no âmbito da Oferta, da quantidade de ações indicada no instrumento de Mandato.

Dessa forma, resta claro que a Recorrente pretendia vender, no curso do exercício social ações recebidas.

Em relação às ações detidas junto à BM&F S.A., as sociedades corretoras se comprometeram, em 31 de agosto de 2007, por meio da assinatura de “Termo de Adesão ao Instrumento Particular de Assunção de Obrigações Celebrado no âmbito da Bolsa de Mercadorias & Futuros BM&F”, a alienar 35% das ações a elas atribuídas no processo de desmutualização da BM&F (o que ocorreu em 01/10/2007), no prazo de seis meses contados a partir da data em que as ações passassem a estar admitidas à negociação na Bovespa.

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

Mencione-se que a acionista poderia ter optado por aderir ao referido termo nos moldes do seu Anexo II, através do qual não haveria tal compromisso venda, porém não poderia alienar as ações, por qualquer forma, antes de passado o prazo de 2 (dois) anos, contados do início das negociações em bolsa; neste caso, as ações poderiam ser consideradas como investimento, e registradas, na sua integralidade, no Ativo Permanente.

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

Da Tributação do PIS/COFINS sobre alienação de ações

Com efeito, as ações recebidas pelo sujeito passivo deveriam ter sido classificadas no Ativo Circulante, correto o entendimento da Fiscalização em tributar o PIS/COFINS, sobre valores obtidos com alienação das ações que constituem receita bruta operacional.

Neste passo, os arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 1998, prevêm que a receita bruta, auferida pela pessoa jurídica, será objeto de tributação das contribuições. Vejamos:

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

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

Tem-se que a Recorrente, ao vender as ações da Bovespa Holding S.A. e da BM&F S.A., exerceu uma atividade típica de seu ramo de atuação. e, portanto, a inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998 não afasta a incidência das contribuições para o PIS e Cofins sobre a receita dita operacional.

*Conclui-se que as receitas auferidas pela **alienação** das ações da BM&F S.A e Bovespa Holding S.A. de sua titularidade, decorrentes de atividade típica de seu ramo de atuação, devem ser enquadradas como receitas brutas operacionais e por isso estão sujeitas à incidência do PIS e da Cofins, prevista no art. 3º da Lei nº 9.718/98.*

Da discussão judicial quanto à base de cálculo das contribuições sociais

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

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

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

Da Jurisprudência dos Tribunais sobre a "desmutualização"

Vale a pena destacar que a matéria já recebeu manifestação do Poder Judiciário, o qual emprega o mesmo entendimento utilizado no presente voto. Vejamos:

TRF 2

Processo nº 0006559-23.2008.4.02.5101

TRIBUTÁRIO. IRPJ. CSSL. BOVESPA - OPERAÇÃO DE DESMUTUALIZAÇÃO. TÍTULOS CONVERTIDOS EM AÇÕES DE S/A. LEI 9.532/97, ART. 17, INCIDÊNCIA.-

A Bovespa, em reestruturação societária datada de 28.08.2007, iniciou a "demutualização", deixando de ser uma sociedade civil e convertendo-se em sociedade anônima, a Bovespa Holding S/A. Nesse processo de transformação societária, os títulos patrimoniais da impetrante foram substituídos por ações da Bovespa e da BM&F. -Tal processo de demutualização"trouxe, efetivamente, ganhos patrimoniais à impetrante que passou de simples associada da Bovespa à detentora de ações na nova holding, acrescendo ao seu patrimônio as novas ações adquiridas com os valores que havia dispendido para a formação da associação e que lhe fora devolvido - devidamente corrigido, repisa-se - em razão da demutualização".

O fato apto a desencadear a incidência dos tributos, nesse caso, é o ganho obtido pela impetrante com a devolução de valores, ou seja, com a própria operação de demutualização, na forma como foi efetuada.

O artigo 17 da Lei 9.532/97 constitui supedâneo legal para a inclusão da diferença entre o que foi investido para a formação do capital social de entidade isenta e a devolução do que foi aportado na determinação do lucro da pessoa jurídica, uma vez que constitui, indubitavelmente, acréscimo patrimonial, sujeitando-se à incidência do imposto de renda, nos termos dos artigos 43 e 44 do Código Tributário Nacional.

Não prospera a tese da apelante de que a avaliação dos ativos em questão se dá pela equivalência patrimonial, sistemática que estima o valor do investimento de uma sociedade em outra de acordo com as oscilações do patrimônio da empresa investida e cujos resultados positivos, de acordo com o artigo 225 do Regulamento do Imposto de Renda, não acarretam incidência dos tributos

A avaliação pela equivalência patrimonial, consoante previsto no art. 248 da Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas), aplica-se exclusivamente aos casos de "coligadas sobre cuja administração [a empresa] tenha

influência significativa, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante, em controladas em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum (redação dada pela Lei nº 11.638/2007), não sendo este o caso dos autos que trata, na verdade, de avaliação de títulos patrimoniais que a impetrante detém nas bolsas de valores.

Também não socorre a impetrante a Solução de Consulta nº 13 de 10/11/97, o Parecer CST nº 2.254/81 e a Portaria MF 785/77, porquanto a referida Portaria, assim como os atos administrativos mencionados são anteriores à entrada em vigor da Lei 9.532/97, de 10/12/97, originária da conversão da Medida Provisória nº 1.602, de 14/11/97, sendo esta quem regula as relações ora em análise.

Recurso desprovido.

TRF -3

Processo 2008.03.00.004115-1 - AG 325479 – 6ª Turma TRF3, decisão de 23/05/2008

[...]

*Observo que como a BM&F era uma associação sem fins lucrativos, os superávits obtidos ano a ano eram reinvestidos na própria bolsa, sem incidência de imposto de renda ou contribuição social sobre o lucro. **Parece-me que quando a BM&F converteu seu patrimônio - ao qual se integra o que economizou em impostos -, em uma sociedade com fins lucrativos, a diferença então verificada gerou ganho de capital e em decorrência, incide imposto sobre o que não foi pago durante a fase beneficiada pela isenção.***

O que de fato ocorreu, foi o processo denominado “desmutualização”, através da dissolução parcial da BM&F, que deixou de existir e cujos títulos patrimoniais foram extintos, com a respectiva restituição do seu patrimônio aos seus respectivos sócios, na forma de ações da nova sociedade, a BM&F S/A. [...]

TRF3 - AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008.03.00.004115-1/SP

DECISÃO*Vistos. Trata-se de agravo de instrumento com pedido de concessão de antecipação de tutela recursal, que visa à reforma de decisão proferida em Primeira instância, adversa aos agravantes. Regularmente processado o agravo, sobreveio a informação, mediante e-mail de fls. 1658/1668, que foi proferida sentença nos autos do processo originário. Ante a perda de objeto, julgo prejudicado o presente recurso e, em consequência, **NEGO-LHE SEGUIMENTO**, com fulcro no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, restando prejudicado o agravo regimental interposto.*

*Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem. Intimem-se. **Consuelo Yoshida Desembargadora Federal***

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. DESMUTUALIZAÇÃO DA BOVESPA. IRPJ E CSLL. INCIDÊNCIA. ARTIGO 17 DA LEI Nº 9.532/97. APLICABILIDADE. PORTARIA 785/77. PARECER NORMATIVO Nº 78/78. ATO DECLARATÓRIO NORMATIVO Nº 9/81. NORMAS ANTERIORES AO ADVENTO DA LEI Nº 9.532/97. INAPLICABILIDADE. - À mingua do alegado vício - omissão - os embargos de declaração devem ser rejeitados. -

No tocante à dissolução da associação BOVESPA, o julgado foi claro ao dispor que ocorreu a efetiva dissolução da sociedade BOVESPA e que, assim sendo, deveria ser observada, no tocante ao seu patrimônio, a disciplina do artigo 61 do Código Civil, acarretando na devolução do aludido patrimônio aos então associados, a ensejar, desse modo, a incidência do IRPJ e da CSLL, ex vi das disposições contidas no artigo 17 da Lei nº 9.532/97. - Não há, portanto, que se falar em omissão do acórdão no tocante a matéria, em especial quanto ao regramento previsto no artigo 1.113 do Código Civil que, diga-se, diz respeito tão-somente às sociedades e não às associações. - Quanto à questão em torno da adoção do método de equivalência patrimonial para avaliação do investimento o acórdão embargado concluiu pela inaplicabilidade, à espécie, do método de equivalência patrimonial que, nos termos dos artigos 248 da Lei nº 6.404/76 e 384 do Decreto nº 3.000/99, somente teria aplicabilidade nas hipóteses de investimentos em empresas controladas ou coligadas, não sendo esse o caso vertido nestes autos. - Conforme precedentes jurisprudenciais colacionados no julgado vergastado, não incide, in casu, a Portaria nº 785/77, bem assim os atos normativos correlatos, dentre os quais se incluem o Parecer Normativo nº 78/78 e Ato Declaratório Normativo nº 9/81, na medida em que anteriores ao advento da Lei nº 9.532/97, norma aplicável à espécie, conforme alhures externado. - O mero intuito de prequestionar a matéria não legitima a oposição dos aclaratórios. Precedentes do C. STJ. - Conforme jurisprudência firmada no âmbito do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça, não se faz necessária a menção a dispositivos legais para que a matéria seja considerada prequestionada, bastando que a tese jurídica tenha sido aquilatada pelo órgão julgador (STF, HC 122932 MC/MT, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 03/09/2014, DJe 08/09/2014; HC nº 120234, Relator Ministro Luiz Fux, j. 19/11/2013, DJe 22/11/2013; STJ, REsp 286.040, Relator Ministro Franciulli Netto, j. 05/06/2003, DJ 30/6/2003; EDcl no REsp 765.975, Relator Ministra Eliana Calmon, j. 11/04/2006, DJ 23/5/2006). - Embargos de declaração rejeitados.

"AMS - APELAÇÃO CÍVEL - Processo: 308575 0001164-33.2008.4.03.6100- QUARTA TURMA e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/11/2015. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA" TRF3".

Dispositivo

Ex positis, nego provimento ao Recurso da Contribuinte.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

Demes Brito

