



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

Processo n° 16327.721116/2011-02
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9303-004.232 – 3ª Turma
Sessão de 11 de agosto de 2016
Matéria PIS E COFINS - DESMUTUALIZAÇÃO
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado BCV - BANCO DE CRÉDITO E VAREJO S/A

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA OPERACIONAL. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BANCOS.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 maioria de votos, em conhecer parcialmente o Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, em dar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Vanessa Marini Ceconello (relatora) e Tatiana Midori Migiyama, que não o conheceram e, no mérito, que lhe negaram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Demes Brito.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Vanessa Marini Ceconello - Relatora

(assinado digitalmente)

Demes Brito - Redator Designado

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

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional (fls. 334 a 373) com fulcro nos artigos 64, inciso II e 67 e seguintes do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/09, buscando a reforma do Acórdão nº 3403-002.422 (fls. 325 a 331) proferido pela 3ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Terceira Seção de julgamento, em 21/08/2013, no sentido de dar provimento ao recurso voluntário, por unanimidade de votos.

O Colegiado *a quo* entendeu, em síntese, que o resultado da venda realizada pela contribuinte das ações recebidas da Bovespa Holding S.A. e da BM&F S.A. deve ser tratado como alienação de ativo imobilizado, não se enquadrando no conceito de receita operacional e, por esta razão, não tributável pelo PIS e pela COFINS. A decisão foi assim ementada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

DESMUTUALIZAÇÃO DA BOVESPA E DA BM&F. SUBSTITUIÇÃO DOS TÍTULOS PATRIMONIAIS POR AÇÕES.

A operação denominada desmutualização das bolsas não implicou a dissolução de que trata o art. 61 do Código Civil e tampouco a devolução de patrimônio aos associados. Os antigos títulos patrimoniais, que se encontravam classificados no ativo permanente das entidades sócias, foram substituídos por ações, as quais foram emitidas em quantidade equivalente ao valor monetário daqueles títulos patrimoniais, uma vez que tais ações eram representativas do mesmo patrimônio.

PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. ALIENAÇÃO ONEROSA DAS AÇÕES RECEBIDAS EM SUBSTITUIÇÃO DOS ANTIGOS TÍTULOS PATRIMONIAIS DAS BOLSAS.

A receita auferida com a venda das ações recebidas em substituição dos títulos patrimoniais das antigas Bovespa e BM&F está excluída das bases de cálculo do PIS e da Cofins por se tratar de alienação de patrimônio próprio, amparada pelo art. 3º, IV, da Lei nº 9.718/98.

Recurso provido.

No recurso especial, a Fazenda Nacional suscita divergência quanto à tributação pelo PIS e pela COFINS das receitas auferidas pela contribuinte com a venda das ações recebidas da Bovespa Holding S.A. e da BM&F S.A. no processo de desmutualização das bolsas de valores. Para comprovar a divergência, colacionou como paradigma o acórdão nº 3302001.838, proferido pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento.

Em suas razões recursais, a Fazenda Nacional inicia com breve histórico acerca da desmutualização das bolsas de valores, procedimento que culminou com a transformação societária de associações civis para sociedades anônimas, com a abertura do capital. Aduz ainda que:

(a) 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, sendo aplicáveis somente às sociedades empresárias e, portanto, tendo resultado as operações societárias na extinção das sociedades civis Bovespa e BM&F, com o retorno do patrimônio aos associados, os quais, no mesmo ato, integralizaram-no na forma de ações nas sociedades anônimas, tudo conforme art. 61 do Código Civil de 2002;

(b) conforme Termo de Adesão ao Instrumento Particular de Assunção de Obrigações celebrado no âmbito da Bolsa de Mercadorias & Futuros, o contribuinte já tinha pleno conhecimento de que haveria alienação das ações recém adquiridas, sendo imprópria a sua classificação como bens do ativo permanente;

(c) o montante recebido pela Contribuinte, em decorrência da alienação das ações emitidas pela BM&F S.A e pela Bovespa Holding S.A., integram a sua receita bruta operacional, devendo ser tributado pelo PIS e pela COFINS nos termos dos arts. 2º e 3º da Lei nº 9718/98;

(d) em tópico específico, defende a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício, com fulcro no art. 61 da Lei nº 9.430/96.

Tendo-se entendido como comprovada a divergência jurisprudencial apontada, foi admitido o recurso especial da Fazenda Nacional por meio do despacho nº 3400-000.381, de 05/12/2014 (fls. 375 a 376), proferido pelo ilustre Presidente da Terceira Seção de Julgamento então em exercício.

A contribuinte apresentou contrarrazões (fls. 386 a 403) postulando, preliminarmente, o não conhecimento do recurso e, no mérito, a negativa de provimento.

O presente processo foi distribuído a essa Relatora por meio de sorteio regularmente realizado, estando apto o feito a ser relatado e submetido à análise desta Colenda 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - 3ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheira Vanessa Marini Cecconello, Relatora

Admissibilidade

O recurso especial de divergência interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional é tempestivo, restando analisar-se o atendimento dos demais pressupostos de admissibilidade constantes no art. 67 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015.

Com relação à comprovação da divergência jurisprudencial no tocante à tributação pelo PIS e pela COFINS das receitas da alienação das ações recebidas pela contribuinte no processo de desmutualização das bolsas de valores, com a devida vênia ao Presidente da Terceira Seção de Julgamento em exercício, há de ser reconhecida a inadmissibilidade do recurso por não ter sido preenchido o requisito.

Da análise dos casos confrontados, verifica-se que, embora ambos versem sobre a incidência ou não das contribuições ao PIS e à Cofins na venda das ações em comento, tendo-lhes sido atribuídas soluções jurídicas diferentes perante o órgão administrativo, o acórdão nº. 3302-001.838 não pode ser considerado como paradigma, pois trata de materialidade diferente daquela discutida nos presentes autos.

Isso porque 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, constando do art. 3º do seu Estatuto Social como objeto "*[...] a prática de operações ativas, passivas e acessórias inerentes às respectivas carteiras autorizadas (Comercial, Investimento e Câmbio) de acordo com as disposições legais e regulamentares em vigor*", não tendo como atividade precípua a compra e venda de títulos e valores mobiliários.

Para melhor elucidar as assertivas, pertinente transcrever-se parte do voto proferido no acórdão paradigma, *in verbis*:

[...]

“Também é irrefutável que a aquisição de títulos e valores mobiliários, para posterior revenda, pelas corretoras de títulos e valores mobiliários, deve ser contabilizado no ativo circulante, por força de

disposições da Lei nº 6.404/76 e do COSIF, instituído pela Circular BACEN nº 1.273/87.

Como bem disse a autoridade lançadora, a BOVESPA orientou seus associados sobre a forma de contabilizar a operação, nos seguintes termos (fls. 121/122):

Os detentores de títulos patrimoniais da BOVESPA deverão promover a baixa do valor convertido em ações da BOVESPA Holding S.A. do Ativo Permanente (Títulos Patrimoniais de Bolsa de Valores Conta COSIF nº 2.1.4.10).

Em contrapartida, à sua opção:

>Registrar o correspondente valor no Ativo Circulante, em subconta específica da conta Títulos de Renda Variável (conta do COSIF nº 1.2.1.20), das ações de emissão da BOVESPA Holding S.A. recebidas em substituição, se a decisão for a de considerar essas ações como sendo “títulos disponíveis para negociação ou venda”, ou

>Manter esse valor no Ativo Permanente, em substituição específica da conta Ações e Cotas (conta do COSF nº 2.1.5.10), das ações de emissão da BOVESPA Holding S.A. recebidas em substituição, se a decisão for a de considerar essas ações como investimento.

Vê-se, portanto, que das ações adquiridas pela Recorrente, 35% (trinta e cinco por cento) estavam previamente destinadas à venda e, por esta razão, deveriam ser registradas no Ativo Circulante. Portanto, não cabe razão à recorrente em seus argumentos quanto à classificação contábil das ações adquiridas no processo de desmutualização da BOVESPA e da BM&F, por absoluta falta de amparo legal e por não corresponder à realidade dos fatos efetivamente ocorridos.”

Diverso é o substrato fático e jurídico deste processo administrativo em que é parte instituição financeira, conforme se depreende da análise do voto vencedor, *in verbis*:

[...]

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.

A diferença em relação aos casos anteriores é que os lançamentos albergados neste processo foram efetuados contra um Banco e não contra uma corretora de títulos e valores mobiliários, como ocorreu em todos os casos anteriormente julgados nesta turma.

É incontroverso que o contribuinte ora autuado possuía na conta do Ativo Permanente/Investimentos títulos patrimoniais das antigas

Bovespa e BM&F, os quais foram recebidos em virtude da redução do capital social da corretora de títulos e valores mobiliários da qual era o único proprietário.

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

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

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

[...]

O objeto social do Banco consta do art. 3º do Estatuto Social consolidado (fl. 09), vazado nos seguintes termos:

“A Sociedade tem por objeto social, a prática de operações ativas, passivas e acessórias inerentes às respectivas carteiras autorizadas (Comercial, Investimento e Câmbio) de acordo com as disposições legais e regulamentares em vigor.”

[...]

Desse modo, como houve uma continuidade, ou seja, os antigos títulos patrimoniais então 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.

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

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

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

Nessa linha, nota-se que o acórdão paradigma trouxe a incidência de PIS e Cofins nas vendas dos títulos efetuados especialmente por sociedades corretoras. Diferentemente do caso vertente que trata de uma Instituição Financeira, que, por sua vez, não possui “faturamento” equivalente ao da corretora. As instituições financeiras, portanto, não têm como atividade própria a compra e venda de ações.

O paradigma colacionado pela Fazenda Nacional, a toda evidência, não se presta a comprovar a divergência jurisprudencial alegada nos presentes autos.

Diante do exposto, por estar ausente um dos requisitos de admissibilidade, há de ser negado seguimento ao recurso especial da Fazenda Nacional neste ponto.

Além disso, a Fazenda Nacional defendeu a incidência dos juros sobre a multa de ofício em suas razões recursais sem demonstrar a existência de dissídio jurisprudencial em relação à essa matéria.

Dessa forma, ainda que a Fazenda Nacional tenha trazido suas razões, vê-se que não foi cumprido o requisito para a admissibilidade do recurso contemplado no art. 67 do RICARF/2015.

Pelas razões expostas, não deve ser admitido o recurso especial da Fazenda Nacional também nesse aspecto.

Mérito

Transposta a questão da admissibilidade, na hipótese de restar vencido o voto da Relatora no sentido de não conhecer do recurso especial, no mérito, a controvérsia posta no presente recurso especial cinge-se a determinar o tratamento tributário a ser aplicado à receita da venda das ações recebidas pela Contribuinte em substituição aos títulos patrimoniais que detinha da BM&F e da Bovespa, no processo chamado de "desmutualização", para efeitos de incidência das contribuições devidas ao Programa de Integração Social - PIS e ao Financiamento da Seguridade Social - COFINS.

A tributação imposta no lançamento tem por base as disposições contidas na Lei nº 9.718/98, pois o Sujeito Passivo é uma sociedade submetida às disposições de referida norma, que estabelece que a base de cálculo das contribuições é o faturamento (e não a receita bruta), conceito este que está descrito e limitado pelas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

O processo que se convencionou chamar de "desmutualização das bolsas de valores" consistiu em um conjunto de atos societários por meio dos quais a Bovespa e a BM&F sofreram abertura de capital, tendo ocorrido a cisão parcial das referidas entidades associativas sem fins lucrativos e incorporação da parcela do capital cindido pelas sociedades anônimas (com fins lucrativos) Bovespa Holding S/A ("Bovespa Holding") e BM&F S/A ("BM&F S/A"), respectivamente. Nesta operação de cisão parcial seguida de incorporação, os detentores de títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F passaram a ser titulares de ações representativas do capital da Bovespa Holding e da BM&F S/A, respectivamente, recebidas em substituição aos antigos títulos.

Em momento subsequente (outubro a dezembro de 2007), a Contribuinte procedeu à alienação das ações da Bovespa Holding e da BM&F S/A, recebidas em

substituição ao antigos títulos patrimoniais, por meio de ofertas públicas, secundárias das ações da Bovespa e BM&F, transferindo a sua participação nas sociedades anônimas para os novos adquirentes.

Com a alienação, a Contribuinte auferiu resultado positivo, mas não efetuou o recolhimento das contribuições para o PIS e para a COFINS sobre as operações, por entender se tratar de venda de ativo permanente, não sujeito à tributação. Este fato deu ensejo à ação da Fiscalização e consequente constituição de crédito tributário.

A Fiscalização entendeu que no processo de desmutualização o recebimento das ações consistiu em pagamento pela devolução do patrimônio das associações sem fins lucrativos, bem como ter havido por parte do banco a intenção de venda dos novos ativos, e, portanto, deveriam ser contabilizados no Ativo Circulante, estando o resultado positivo da alienação sujeito à incidência do PIS e da COFINS.

Antes de se adentrar à análise da controvérsia suscitada no presente processo administrativo, entende-se necessário tecer breves considerações quanto (i) ao princípio da estrita legalidade e (ii) à impossibilidade de o Fisco sobrepor-se à legislação privada.

O princípio da estrita legalidade embasa o sistema jurídico brasileiro, estando previsto no rol de direitos e garantias individuais do art. 5º, *caput* e inciso II, da Constituição Federal, e também se constitui no mais importante dos princípios constitucionais tributários, conforme redação do art. 150, inciso I, da Constituição Federal, que proclama vedada a exigência ou aumento de tributo sem que a lei assim estabeleça. O princípio da legalidade é informado pelos valores da certeza e da segurança jurídica, sendo uma garantia do Estado de Direito e tendo o papel de proteção dos direitos dos cidadãos. No Direito Tributário, a segurança jurídica é garantida por meio da reserva absoluta de lei, que, nos dizeres de Alberto Xavier¹, implica "na necessidade de que toda a conduta da Administração tenha o seu fundamento positivo na lei, ou, por outras palavras, que a lei seja o pressuposto necessário e indispensável de toda a atividade administrativa".

A legalidade tributária impõe que todos os aspectos do fato gerador estejam estabelecidos em lei, os quais são imprescindíveis para a quantificação do tributo devido em cada caso concreto que venha a refletir a hipótese descrita na lei. Como consectário do princípio da estrita legalidade, está o princípio da tipicidade tributária, dirigido ao legislador e ao aplicador da lei. O doutrinador Luciano Amaro² bem sintetiza o princípio da tipicidade ao explicitar que:

[...] Deve o legislador, ao formular a lei, definir, de modo taxativo (numerus clausus) e completo, as situações (tipos) tributáveis, cuja ocorrência será necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária, bem como os critérios de quantificação (medida) do tributo. Por outro lado, ao aplicador da lei veda-se a interpretação extensiva e a analogia, incompatíveis com a taxatividade e determinação dos tipos tributários. À vista da impossibilidade de serem invocados, para a valorização dos fatos, elementos estranhos ao contidos no tipo legal, a tipicidade tributária costuma-se qualificar-se de fechada ou cerrada, de sorte que o brocardo nullum tributum sine

¹ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 14 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 112.

² AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 14 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 113.

lege traduz "o imperativo de que todos os elementos necessários à tributação do caso concreto se contenham e apenas se contenham na lei". [...] (grifou-se)

Além da necessidade de observância ao princípio da estrita legalidade, na interpretação da legislação tributária é vedada a utilização de analogia para tributar, conforme artigos 108, §1º e 112, ambos do Código Tributário Nacional. A analogia é um dos instrumentos de integração previstos no CTN, e se constitui na aplicação de regra prevista para caso semelhante a uma determinada situação que não se encontra regulamentada. No entanto, referido mecanismo tem um campo de atuação restrito no Direito Tributário, justamente pela limitação que lhe é conferida pelo princípio da reserva de lei para efeitos de ser exigido determinado tributo.

O art. 112 do CTN, por sua vez, também traz a interpretação restritiva como regra para as matérias referentes a infrações, penalidades e definição das hipóteses de incidência do tributo: *in dubio pro reo*. Constitui-se na forma de interpretação benigna preconizada pelo CTN “quando houver dúvida sobre a capitulação do fato, sua natureza ou circunstâncias materiais, ou sobre a natureza ou extensão dos seus efeitos, bem como sobre a autoria, imputabilidade ou punibilidade, e ainda sobre a natureza ou graduação da penalidade aplicável (art. 112)”³. Quanto ao tema, pertinente trazer a lição de Luciano Amaro, que conclui dizendo que em caso de dúvida, a solução a ser adotada é a mais favorável ao Sujeito Passivo, *in verbis*⁴:

Na verdade, embora o art. 112 do Código Tributário Nacional pretenda dispor sobre “interpretação da lei tributária”, ele prevê, nos seus incisos I a III, diversas situações nas quais não se cuida da identificação do sentido e do alcance da lei, mas sim da valorização dos fatos. Nessas situações, a dúvida (que se deve resolver a favor do acusado, segundo determina o dispositivo) não é de interpretação da lei, mas de “interpretação” do fato (ou melhor, de qualificação do fato). Discutir se o fato “x” se enquadra ou não na lei, ou se ele se enquadra na lei “A” ou na lei “B”, ou se a autoria do fato é ou não do indivíduo “Z”, diz respeito ao exame do fato e das circunstâncias em que ele teria ocorrido, e não ao exame da lei. A questão atém-se à subsunção, mas a dúvida que se põe não é sobre a lei, e sim sobre o fato.

Já o inciso IV do dispositivo pode ser referido tanto a dúvidas sobre se o fato ocorrido se submete a esta ou àquela penalidade (problema de valorização do fato) como à discussão sobre o conteúdo e alcance da norma punitiva ou sobre os critérios legais de graduação da penalidade.

De qualquer modo, o princípio in dubio pro reo, que informa o preceito codificado, tem uma aplicação ampla: qualquer que seja a dúvida, sobre a interpretação da lei punitiva ou sobre a valorização dos fatos concretos efetivamente ocorridos, a solução há de ser a mais favorável ao acusado. (grifou-se)

³ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 14 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 222.

⁴ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 14 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 222 – 223.

De outro lado, há que ser considerada a impossibilidade de o Fisco sobrepor-se às normas de direito privado, nos termos dos artigos 109 e 110 do CTN. O direito tributário, embora ramo do direito público, tem estreita relação com o direito privado, utilizando-se de muitos conceitos deste na sua codificação. Entretanto, a definição dos referidos conceitos presentes no direito tributário deve ser buscada na legislação de direito privado. Embora a legislação tributária possa se utilizar dos princípios do direito privado, não lhe é lícito alterar conceitos que estejam definidos na norma de direito privado.

Analisando a matéria posta no recurso especial da Fazenda Nacional sob a ótica dos princípios acima mencionados, que são informadores do direito tributário, e da legislação aplicável ao caso, entende-se que assiste razão ao Sujeito Passivo ao manter o registro das ações recebidas em substituição aos títulos patrimoniais em conta do ativo permanente.

O processo que se convencionou chamar de "desmutualização" das bolsas de valores caracterizou-se pela cisão de parcela do patrimônio das associações sem fins lucrativos com a substituição dos títulos patrimoniais que antes detinham as corretoras e as instituições financeiras por ações. Não há, portanto, de se falar em extinção das entidades com devolução do patrimônio social à Recorrente.

A possibilidade de cisão das associações sem fins lucrativos está prevista no art. 2033 do Código Civil combinado com o art. 44 do mesmo diploma legal, dispondo que podem ser objeto de cisão, incorporação, transformação e fusão as entidades elencadas no dispositivo do art. 44 do CC, dentre elas as associações.

Cumprе consignar que à Fiscalização não é permitido alterar o fato de ter ocorrido a cisão parcial das entidades, nos termos do art. 110 do CTN explicitado supra, uma vez a operação ter sido aprovada em assembleia (que exerce a função de legislador dentro das instituições), prevalecendo o princípio da autonomia de vontade das partes. Além disso, os atos da transformação societária foram devidamente arquivados na Junta Comercial e no Registro Civil das Pessoas Jurídicas competentes, tornando-se válidos e definitivos no mundo jurídico.

A aplicação do art. 17 da Lei 9532/97 pelo Fisco para caracterizar a desmutualização como o processo em que houve a devolução do patrimônio em decorrência da extinção das associações, implica na exigência de tributo por analogia, o que é vedado pelo art. 108, §1º do CTN, conforme antes explicitado. No sentido da vedação de tributação por analogia, há precedentes desta Câmara Superior de Recursos Fiscais, como por exemplo o Acórdão CSRF nº 01-05.059.

Outro argumento que corrobora a tese defendida pelo Sujeito Passivo, é o fato de que proferida pela Receita Federal a Solução de Consulta COSIT nº 13, no ano de 1997, reiterando o caráter da neutralidade fiscal da operação da desmutualização da bolsa de valores, no mesmo sentido da Portaria MF nº. 785/77 (que trata do ganho de capital). No ano de 2007, a COSIT proferiu entendimento contrário ao da Solução de Consulta nº. 13/1997, consubstanciada na Solução de Consulta COSITI nº 10/07, posicionando-se pela necessidade de tributação de eventual diferença entre o valor dos títulos e o valor das ações em razão de uma suposta subsunção da situação à regra do art. 17 da Lei 9532/97. O CARF já proferiu entendimento no sentido de que o Fisco teria a obrigação de observar a Solução de Consulta COSIT nº 13/97 até o dia 30/10/2007, data em que foi publicado no DOU a mudança de posicionamento.

A mudança de critério jurídico pela RFB entre uma solução de consulta e outra traz violação ao art. 146 do CTN.

Assim, tendo em vista 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.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

É o voto.

Vanessa Marini Cecconello.

Voto Vencedor

Conselheiro Demes Brito - Redator Designado

Sinto-me honrado novamente em ser designado Redator para elaboração do Voto Vencedor sobre a "*desmutualização*".

Em que pese os argumentos do voto da Ilustre Conselheira Relatora, com a devida vênia, discordo de todos os fundamentos. Explico:

Com efeito, compete a esta 3º 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.

No presente 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. **Matéria que subiu para o colegiado julgar.**

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 dedutiva⁵."

⁵ Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Fls.114-115 Florianópolis: Cejur, 2013. ebook <http://acadjud.tjsc.jus.br/e-books>

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".

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 CLBC 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 subseqüente, 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 á época poderiam ser constituídas como Associações Cívis 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 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. 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.

Conclusões Finais

Com essas considerações, voto no sentido de dar provimento ao Recurso da Fazenda Nacional.

É como voto é como penso.

Demes Brito

Processo nº 16327.721116/2011-02
Acórdão n.º **9303-004.232**

CSRF-T3
Fl. 465
