



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

Processo n° 16327.721734/2011-44
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9303-004.133 – 3ª Turma
Sessão de 8 de junho de 2016
Matéria PIS/Cofins
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2007

RECEITA DE VENDA DE AÇÕES ADQUIRIDAS PARA REVENDA.
TRIBUTAÇÃO.

Constitui receita própria da atividade da Recorrente a decorrente da venda de ação, adquiridas para esse fim, compondo seu resultado a base de cálculo da contribuição.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2007

RECEITA DE VENDA DE AÇÕES ADQUIRIDAS PARA REVENDA.
TRIBUTAÇÃO.

Constitui receita própria da atividade da Recorrente a decorrente da venda de ação, adquiridas para esse fim, compondo seu resultado a base de cálculo da contribuição.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, conhecer do recurso especial. Vencidas as Conselheiras Tatiana Midori Migiyama (Relatora), Vanessa Marini Ceconello e Maria Teresa Martínez López, que não conheciam; e, no mérito, por maioria de votos, dar provimento ao recurso especial. Vencidas as Conselheiras Tatiana Midori Migiyama, Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Ceconello e Maria Teresa Martínez López, que negavam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Júlio César Alves Ramos. A Conselheira Vanessa Marini Ceconello apresentará declaração de voto. Esteve presente ao julgamento o Dr. Rodrigo de Freitas, OAB/SP n° 237.167, advogado do sujeito passivo.

Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente

Tatiana Midori Migiyama - Relatora

Júlio César Alves Ramos - Redator designado

Vanessa Marini Ceconello

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Tatiana Midori Migiyama, Júlio César Alves Ramos (Substituto convocado), Demes Brito, Gilson Macedo Rosenburg Filho, Érika Costa Camargos Autran, Rodrigo da Costa Pôssas, Vanessa Marini Ceconello, Maria Teresa Martínez López e Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial apresentado pela FAZENDA NACIONAL contra o Acórdão nº **3403-003.447**, da 3ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que, por maioria de votos, deu provimento ao Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, entendendo que, na operação de desmutualização da BOVESPA e da BM&F, a receita da venda de ações recebidas em substituição dos títulos patrimoniais das antigas bolsas deve ser excluída da base de cálculo do PIS e da Cofins, nos termos do art. 3º, inciso IV, da Lei 9.718/98.

O Colegiado dessa turma consignou acórdão com a seguinte ementa:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Exercício: 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.”

Para melhor compreensão dos pontos de discussão, importante trazer parte do voto do relator, que contempla as particularidades do caso concreto (Grifos meus):

“[...]

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 n° 3/80).

Desse modo, como houve uma continuidade, ou seja, os antigos títulos classificados no permanente/investimentos foram sucedidos pelas ações alienadas, o faturamento decorrente dessa alienação se enquadra como venda de um investimento classificado no ativo permanente e está expressamente excluído da incidência das contribuições, por força do art. 3º, § 2º, inciso IV, da Lei n° 9.718/98.

E isto é assim, por força do art. 418 do RIR/99 (art. 31 do DL n° 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.

Com essas considerações, voto no sentido de dar provimento ao recurso. (Assinado com certificado digital)

Antonio Carlos Atulim”

Irresignada, a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial, requerendo que:

- Seja conhecido o presente recurso, face à observância aos requisitos de admissibilidade previstos art. 67, do Anexo II, do Regimento Interno do CARF aprovado pela Portaria MF n° 256, de 22 de junho de 2009;

- Seja dado total provimento ao presente recurso para reformar o acórdão recorrido nos seguintes pontos: classificar como ativo circulante o resultado da venda das ações após a desmutualização; caracterizar o resultado da venda das ações como faturamento, estando, portando sujeitos à incidência do PIS e da COFINS.

O apelo da Fazenda Nacional foi admitido integralmente, nos termos do despacho de fls. 2514/2516 apreciado pelo Presidente da 4ª Câmara da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

O sujeito passivo apresentou Contrarrazões às fls. 2525 a 2552, requerendo que seja reconhecida a inadmissibilidade do Recurso Especial, em razão da ausência de decisão paradigma válida; ou, na remota hipótese de ser admitido, seja negado provimento, mantendo-se integralmente incólume o acórdão recorrido.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Tatiana Midori Migiyama.

Em análise do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, ainda que tempestivo, depreendendo-se da leitura do acórdão recorrido e do acórdão paradigma, entendo que o recurso não deva ser conhecido, vez que não cumpriu com o requisito para sua admissibilidade, qual seja, a existência de acórdão paradigma no qual se tenha dado interpretação divergente à lei tributária da adotada no acórdão paradigma, pois tratam-se de situações fáticas e fundamentações diferentes.

A recorrente apresentou o acórdão nº 3302-001.838 como paradigma – sob alegação de que teria demonstrado a existência de divergência entre a interpretação dada no acórdão recorrido a dispositivos de lei e estava tratando da mesmas condições fáticas.

Não obstante, ainda que o Colegiado prolator do acórdão paradigma ao interpretar a incidência ou não das contribuições ao PIS e à Cofins na venda das ações em comento, por voto de qualidade, terem firmado entendimento no sentido de que o resultado obtido deve sofrer a exação desses tributos – vê-se que tal acórdão não serve para o propósito de comprovar a existência de divergência, uma vez que a referida decisão paradigma pautou-se em dois pressupostos basilares que não se aplicam ao presente caso, quais sejam:

- A empresa recorrente tem como objeto social, dentre outros, a compra e venda, por conta própria, de títulos e valores mobiliários; O que não seria o caso do presente processo, vez que não há que se falar que a Instituição Financeira possua como atividade própria a compra e venda de ações.
- A empresa recorrente adquiriu ações de terceiros com o compromisso irrevogável de posterior alienação de 35% da quantidade adquirida, conforme Termo firmado em 31.8.07 (acórdão paradigma – fl. 138). Ou seja, o entendimento daquele Colegiado considerou tal premissa para se manifestar daquela forma.

Ademais, o acórdão indicado como paradigma estabelece como critério para a reclassificação das ações recebidas no momento da desmutualização para o ativo circulante o fato de o contribuinte ter formalizado, mediante instrumento particular, um compromisso de alienação de 35% das referidas ações. Naquele caso houve somente a discussão acerca da alienação de ações representativas de 35% do total das ações detidas por uma corretora, **para as quais havia um compromisso formalizado de venda posterior à desmutualização.**

Para melhor elucidar esse fato, importante transcrever parte do relatório do acórdão indicado como paradigma (Grifos meus):

“[...]”

*Contra a ING Corretora de Câmbio e Títulos S/A foi lavrado autos de infração para exigir o pagamento de PIS e de Cofins, relativos a fatos geradores ocorridos nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2007 e abril de 2008, tendo em vista que a Fiscalização constatou que a autuada adquiriu, **com***

compromisso de alienar (e efetivamente alienou), ações da Bovespa e da BM&F e as contabilizou no ativo permanente, quando deveria contabilizar no seu ativo circulante.

[...]

E, quanto a fundamentação considerada por aquele Colegiado, trago parte do voto:

“[...]

Três fatos são determinantes para o deslinde da questão: primeiro, a empresa recorrente tem como objeto social, dentre outros, a compra e venda, por conta própria, de títulos e valores mobiliários; segundo, a empresa Recorrente adquiriu ações de terceiros com o compromisso irrevogável de posterior alienação de 35% (trinta e cinco por cento) da quantidade adquirida, conforme Termo firmado em 31.8.07 (fl-e 138); terceiro, a empresa Recorrente cumpriu o compromisso e, efetivamente, vendeu as ações no mesmo exercício de sua aquisição (2007) e no exercício seguinte (2008). Estes fatos são absolutamente irrefutáveis.

[...]

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.” (fls. 4 e 5, do acórdão paradigma;

[...]”

Em vista do exposto, resta claro, portanto, a partir dos trechos colacionados, que a decisão proferida no acórdão recorrido no sentido de que as ações deveriam ter sido reclassificadas para o Ativo Circulante na desmutualização foi fundamentada justamente no fato de existir, naqueles autos, um compromisso formalizado e irrevogável de que o sujeito passivo alienaria 35% das ações posteriormente, além de ter sido considerado que sua atividade própria se resumiria em compra e venda de títulos e valores mobiliários.

O critério utilizado para determinar a reclassificação das ações para o Ativo circulante é justamente o fato de existir, para as ações lá discutidas, cláusula com compromisso de alienação posterior, que evidenciaria a intenção da corretora de alienar os aludidos direitos, sendo decidido que apenas para as ações com as cláusulas de formalização de um compromisso de posterior alienação é que deveria existir a reclassificação para o ativo circulante (correspondente a 35%).

Ademais, depreendendo-se da leitura do acórdão indicado como paradigma, vê-se que lá não há manifestação em relação à 65% restante das ações da BM&F para os quais não há a formalização de um compromisso de alienação, sendo que estabelece como premissa inicial e determinante para a reclassificação para o Ativo Circulante o fato de o contribuinte, no caso paradigma, ter formalizado cláusula em questão.

Diferentemente do presente caso, onde o sujeito passivo foi autuado com relação à totalidade das ações alienadas (Bovespa Holding S/A – transformação dos títulos da CBLC e BM&F S/A), não existia termo de compromisso de venda das ações e tampouco se trata de sociedade corretora de valores, mas de Instituição Financeira. Que, por sua vez, possuem regulamentação diversa e atividades totalmente diferentes.

Ora, o acórdão paradigma foi proferido em face do recurso voluntário ter sido interposto por uma sociedade corretora de títulos e valores mobiliários que, evidentemente, possui objeto social e atividade principal diversa do sujeito passivo.

Para melhor elucidar que o acórdão apontado como paradigma tratou de corretora, ainda que pense que a sociedade corretora não tem como atividade própria a compra e venda de ações em sua carteira própria, mas a intermediação de operações financeiras de clientes “terceiros”, segue trechos do referido acórdão:

“Constitui receita própria da atividade da recorrente a aquisição, para posterior revenda, de ações. A receita assim

auferida é igual a faturamento e integra a base de cálculo do PIS e da Cofins.

(...)

A Fiscalização, considerando (i) que o recorrente tem como objeto social comprar e vender, por conta própria, títulos e valores mobiliários; (ii) que quando da aquisição das ações da Bovespa e da BM&F havia prévio compromisso de alienar parte das mesmas; e (iii) que na operação de aquisição, e posterior revenda, das ações da Bovespa e da BM&F, a receita auferida classifica-se como receita operacional tributada pelo PIS e pela Cofins.

(...)

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 6.404/76 e do Cofins, instituído pela Circular Bacen 1.273/87.”

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.

Sendo assim, evidente que o paradigma não se presta a demonstrar divergência.

Ademais, importante trazer ainda, em síntese, que o acórdão recorrido decidiu que:

- Não houve dissolução das ações,
- Não houve devolução patrimonial,
- Não havia necessidade de reclassificação de ativos quando da desmutualização e

- Considerando-se a correta classificação destes títulos/ações no ativo permanente, não se pode falar em tributação pelo PIS e pela Cofins, por se tratar de receita não operacional.

Nota-se que em nenhum momento foi aventado no acórdão recorrido qual era o conceito de faturamento e, tampouco quais seriam as consequências caso se houvesse entendido que as ações deveriam ter sido classificadas no ativo circulante.

Ademais, em respeito ao Manual de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial emitido pelo CARF em Março de 2016, que contou com a participação de conselheiros e colaboradores com experiência na atividade, é de se afastar o conhecimento.

Em vista de todo o exposto, não conheço do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

Não obstante entender pelo não conhecimento do Recurso Especial, inclusive, em respeito ao Manual de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial emitido pelo CARF em Março de 2016, que contou com a participação de conselheiros e colaboradores com experiência na atividade, caso o Colegiado entenda por conhecer o recurso especial interposto pela Fazenda, ainda que tenha apreciado todas as questões para a sua não admissibilidade, passo a análise das matérias conhecidas desse recurso.

Não obstante, *a priori*, trago que as contrarrazões apresentadas pelo sujeito passivo devem ser consideradas, pois tempestivas.

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 assiste razão a recorrente ao ter mantido o registro das referidas ações em conta do Ativo Permanente.

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. n.º. 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 são 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 são passíveis de tributação pelo PIS e Cofins, nos termos do art. 3º, inciso IV, da Lei 9.718/98.

Ora, a operação de desmutualização implicou mera troca na denominação do mesmo ativo, pela qual um determinado bem foi transformado em outro. Trata-se de mera troca de nomenclatura.

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 de sua alienação ao PIS e Cofins.

Vê-se que, em respeito à Lei das Sociedades Anônimas, na desmutualização não há a aquisição de um novo bem, mas simplesmente a sucessão de um mesmo ativo. Não há que se falar em extinção das associações Bovespa e BM&F e de seus títulos, mas alteração da sua forma societária para a de sociedade anônima – com a consequente transformação desses títulos em ações.

Frise-se que foram recebidas pelo sujeito passivo ações de valores idênticos aos dos títulos, os quais já estavam contabilizados na conta “títulos patrimoniais” – devendo assim ser aplicado o mesmo tratamento contábil e tributário.

Nesse íterim, importante trazer os dizeres do PN CST 108/78:

“ INVESTIMENTOS

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[...]”

Reforçando esse entendimento, é de se trazer o PN CST 3/1980 – que dispõe sobre a possibilidade de transferência para o ativo circulante de bens escriturados em contas do ativo permanente, sob a alegação de que iriam ser destinados à venda:

“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.”

Reforça assim o procedimento que deve ser adotado pelos sujeitos passivos em relação aos ativos integrantes de sua contabilidade no que tange à sua classificação como ativo permanente e o momento dessa classificação, ratificando-se o procedimento adotado pelo recorrido.

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, não se trata de faturamento – base de cálculo das referidas contribuições, eis que a alienação das ações não se caracterizou como venda de ativos próprios – que não haviam sido adquiridos para negociação.

Importante trazer que a ampliação da base de cálculo do PIS e da Cofins com a inclusão de receitas não operacionais foi afastada pelo plenário do STF por manifesta inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98 no julgamento do RE 346.084-6 - com a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO – INSTITUTOS – EXPRESSÕES E VOCÁBULOS – SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PIS – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.” (Recurso extraordinário nº 346.084-6/PR, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 9 de novembro de 2005, publicado em 11 de setembro de 2006).”

Sendo assim, em respeito ao art. 62, Anexo II, do RICARF/2015, deve essa conselheira respeitar no âmbito do CARF as decisões definitivas do STF que tenha declarado inconstitucional dispositivo, entre outros, de lei.

Dessa forma, ainda que se entenda que a contabilização deva ser feita no ativo circulante, em respeito a decisão definitiva do STF, não há como se aplicar o entendimento de que a receita da venda das referidas ações deva ser tributada pelo PIS e Cofins.

Ora, as Instituições Financeiras devem observar, para fins de tributação pelo PIS e Cofins, a rigor, as disposições da Lei 9.718/98:

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.”

Tendo sido declarado inconstitucional o art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98 – vê-se que ficou claro que a base de cálculo das contribuições é efetivamente o faturamento – ou seja, a receita decorrente da prestação de serviço ou venda de mercadorias.

Proveitoso também trazer que a Lei 12.973/14, trouxe alterações em sua base de cálculo, no entanto, ainda assim, é evidente que não ampliou sua base a ponto de se tributar receita que não seja considerada como decorrente de sua atividade fim ou inerente ao seu objeto social.

A Lei 12.973/14 traz, em síntese, que as pessoas jurídicas que observam a sistemática cumulativa do PIS e Cofins devem observar como base de cálculo a receita bruta refletida no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 – o que, para melhor elucidar, trago os dizeres desse dispositivo:

“Art. 12. A receita bruta compreende:

[...]

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

Sendo assim, importante analisar o que seria efetivamente receita de prestação de serviço para uma Instituição Financeira.

Resta, assim, esclarecer que a receita de atividade das Instituições Financeiras é, a rigor, a receita de intermediação financeira de seus clientes – ou seja, as taxas e comissões auferidas por essas instituições. As Instituições Financeiras não tem como atividade própria comprar e vender ações. Tal interpretação seria absurda, pois fugiria de seu objetivo – intermediar recursos financeiros de seus clientes, promovendo instrumentos e produtos necessários para a captação ou dispêndios de recursos.

Sendo assim, as Instituições Financeiras são organizações estruturadas e coordenadas, que tem como atividade o gerenciamento de recursos de terceiros, prover meios pecuniários para financiar a aquisição de bens e serviços, a realização de empreendimentos, a cobertura de despesas pessoais ou gerais, a manutenção de capital de giro, o abatimento de dívidas preexistentes, e as demais atividades inerentes à vida econômica das pessoas físicas e jurídicas – E NÃO COMPRAR E VENDER AÇÕES PARA AUFERIR RECEITAS E AUMENTAR SEU LUCRO.

Entender dessa forma equivocada desvirtuaria a própria atividade da Instituição Financeira.

Sendo assim, torna-se impossível tributar a receita da venda das r. ações, independentemente até mesmo de seu registro contábil, pelas contribuições ao PIS e Cofins.

Em vista de todo o exposto, nego provimento ao Recurso da Fazenda.

É como voto.

Tatiana Midori Migiyama - Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Júlio César Alves Ramos

Incumbiu-me o Presidente da redação do acórdão, dado que o colegiado divergiu, por maioria, do voto da i. relatora.

Como bem anotado por ela, a matéria tem sido reiteradamente enfrentada aqui no CARF, havendo brilhantes votos em ambas as direções.

Os recursos apresentados pelos contribuintes, em geral, e este em particular, se dividem em quatro grandes capítulos que, sucessivamente, lastreiam sua conclusão pelo não cabimento da tributação pelas contribuições aqui discutidas.

Os três primeiros, sucintamente, dizem com

a) a natureza das operações que constituíram o processo de transformação das antigas bolsas em sociedades empresárias de capital aberto, que as autuadas pretendem sejam típicas operações de cisão seguida de incorporação;

b) a inaplicabilidade da obrigação de reclassificar contabilmente os títulos, dado não ter havido sua "aquisição" pelas entidades outrora associadas;

c) o caráter não operacional da receita obtida com a venda de tais ações;

Com respeito a eles, peço vênia para transcrever na sequência, a íntegra de um daqueles brilhantes votos a que me referi mais acima. Trata-se de declaração de voto proferida pelo douto Conselheiro Alexandre Kern que, a meu sentir, os esgota. Com as necessárias homenagens, transcrevo:

Conselheiro Alexandre Kern

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

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

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

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

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

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

cada lote de 25 ações de emissão da CBLC passaria a equivaler a 46.223 ações da Bovespa Holding S/A.

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

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

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

- a) Membro de compensação: R\$4.961.610,00 por título, transformado em 4.961.610 ações da BM&F S/A;
- b) Corretora de mercadorias: R\$4.898.015,00 por título, transformado em 4.898.015 ações da BM&F S/A;
- c) Operador especial: R\$1.335.141,00 por título, transformado em 1.335.141 ações da BM&F;
- d) Sócio efetivo: R\$10.000,00 por título, transformado em 10.000 ações da BM&F S/A.

Em 01/10/2007 houve a entrega de ações da BM&F S/A como devolução de capital dos detentores dos títulos da antiga associação BM&F. Após a devolução de capital da BM&F, houve a IPO da BM&F S/A, no curso da qual foram negociadas 299.184.846 ações ao valor unitário de R\$20,00, alcançando o montante de R\$5.983.696.920,00¹.

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

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

¹ Para um relato histórico minudente das operações societárias realizadas, ver "A Desmutualização das Bolsas de Valores e seus Efeitos Fiscais para IS/COFINS", de Cassio Sztokfisz e Igor Nascimento de Souza (publicado no livro "PIS e Cofins à luz da jurisprudência do CARF – volume 2" – coordenadores Marcelo Magalhães Peixoto e Gilberto de Castro Moreira Junior. São Paulo: MP Editora, 2013.

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

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

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

Os institutos da fusão, cisão e incorporação não são de utilização permitida pelas associações por força do disposto no artigo 1.113 e seguintes do Código Civil, cuja localização topográfica indica sua aplicação somente às sociedades empresárias (Livro II - Do Direito de Empresa; Título II - Da Sociedade; Subtítulo II - Da Sociedade Personificada; Capítulo X - Da Transformação, Da Incorporação, Da Fusão e Da Cisão das Sociedades).

Corroborando esse entendimento, ou seja, de aplicação daqueles institutos jurídicos somente às sociedades mercantis, a Instrução Normativa DNRC nº 88, de 2 de agosto de 2001², que, em pleno vigor, dispõe sobre o arquivamento dos atos de transformação, incorporação, fusão e cisão de sociedades mercantis.

A referida IN assim dispõe:

² Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=75025>, acesso em 07/08/2014.

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

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

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

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

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

Não há como reverter o patrimônio de uma associação sem fins lucrativos a uma sociedade por ações. A conversão dos títulos patrimoniais de associação sem fins lucrativos para uma sociedade por ações, após a cisão das associações e incorporação da parcela cindida por sociedades anônimas de capital aberto, como pretende justificar a Recorrente, afronta despidoradamente o artigo 61 do Código Civil.

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

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

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

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

Não se trata de desconsideração de negócio jurídico pelo fisco, mas sim de analisar quais os efeitos fiscais de cada negócio jurídico. Da mesma forma que em casos de certos “planejamentos tributários”, como casa-separa, incorporação às avessas e outros, quando o fisco não tem a necessidade de “desconstruir o negócio jurídico mas simplesmente analisar seu efeito fiscal, ou seja, é analisada a

situação jurídica do contribuinte antes e depois do “negócio” e abstrai-se dos atos e fatos intermediários, que apenas buscam “benefício fiscal” indevido.

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

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

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

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

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

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

5. A inocorrência de dissolução ou extinção da associação que se transformou em sociedade por ações (art. 1.113 e 2.033 do Código Civil) tem relevância apenas para a preservação da titularidade dos direitos e obrigações da própria sociedade, que não terá solução de continuidade e manter-se-á íntegra.

*6. **Todavia, é inegável que a transformação implica em modificação da natureza jurídica das participações societárias ou dos títulos de natureza similar que forem convertidos em ações da neonata pessoa jurídica.***

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

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

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

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

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

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

13. Apelação improvida.

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

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

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

Se os títulos patrimoniais eram necessários para que as corretoras pudessem exercer sua atividade de operar nas bolsas, o que impunha sua contabilização no Ativo Permanente

em função do princípio da continuidade, o mesmo não acontece com as ações recebidas na desmutualização, que são valores mobiliários ordinários com características distintas dos títulos patrimoniais, deixando de ser condição para operar nas bolsas a sua posse. Essas ações representam papéis negociáveis e justamente por isso puderam ser vendidas pela Recorrente.

As desmutualizações contemplavam a necessidade de que fossem promovidas ofertas públicas iniciais, destinadas à colocação das novas ações no mercado. Antes mesmo de receber as ações da Bovespa Holding S.A. e da Bolsa de Mercadorias & Futuros BM&F S.A., os então associados já tinham ciência de tal fato. Os compromissos formais de cada associado, no sentido de participar das IPOs, eram de caráter "irrevogável e irretroatável", indicando o número de ações e/ou o percentual das ações a receber que seriam ofertados.

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

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

Fica evidente que, em decorrência da própria formatação das operações negociais efetuadas, a Recorrente obteve, com a desmutualização, ações de terceiros com a intenção (ou compromisso) de posterior alienação e que, efetivamente, como compromissado, vendeu as ações no mesmo exercício de sua aquisição (ano 2007). Enquanto direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente, tais ações recebidas deveriam ter sido classificadas no Ativo Circulante, na esteira, aliás, da orientação emanada do Parecer Normativo CST nº 108/78 e a doutrina mais abalizada.³

³ IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens; Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações. 6ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2006, pag. 147/148.

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

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

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

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

A elas apenas ousou acrescentar que, a meu sentir, a necessidade de definir a correspondente classificação contábil do ativo no **momento da entrada no patrimônio da entidade** não está atrelada a que tal entrada se dê "por aquisição" em sentido estrito. Não ignoro que essa é a expressão que consta dos atos normativos que a pretenderam disciplinar, mas tampouco olvido que tais atos foram editados tendo em conta operações típicas, certo que é pela aquisição que os ativos **tipicamente** ingressam no patrimônio de alguém. Mas, desnecessário até dizer, tipicidade é tudo o de que não tratamos no que tange à desmutualização.

Com efeito, por meio dela, ao fim e ao cabo, títulos patrimoniais emitidos por entidades sem fins lucrativos que sequer podiam ser negociados e que, portanto, só eram mantidos por obrigação legal, "passaram" a ser um ativo totalmente diverso, a começar pela

possibilidade de venda - e por valor expressivamente superior ao do seu custo - e que não tinha de ser mantido para que a instituição pudesse continuar operando no mercado.

Ou seja, para mim, é totalmente despicienda - no que tange ao PIS e à COFINS - a discussão sobre a aplicação ou não da regra do art. 61 do Código Civil e, conseqüentemente, se a pretendida cisão seguida de incorporação poderia ter sido praticada.

O que importa é que há um novo título que está sendo integrado ao patrimônio e ele não "herda" necessariamente a classificação contábil que se aplicava ao seu antecessor. Isso apenas dá se dele não diferir essencialmente, que é a regra numa cisão "normal" ou típica.

Ademais, o Parecer Cosit nº 3/80, frequentemente citado pelos contribuintes, não trata de mudança de ativo, mas apenas da venda de um ativo que estava classificado (corretamente) no permanente. Aplicar-se-ia se estivéssemos cogitando da venda dos próprios títulos patrimoniais originais, o que, como se sabe, não é, nem poderia ser, o caso.

De todo modo, como demonstra o dr. Alexandre, essa questão parece resolvida no âmbito do Judiciário.

Já o quarto argumento, relativo à não inclusão no conceito de faturamento restrito à receita de venda de mercadorias e/ou prestação de serviços, não é tão genérico, mas alcança aquelas instituições financeiras detentoras de decisões judiciais que aplicam tal conceito restrito.

Não sendo este o caso aqui, votei pelo provimento do recurso da Fazenda, acompanhando a maioria.

Conselheiro Júlio César Alves Ramos

Declaração de Voto

Conselheira Vanessa Marini Cecconello

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 CBLC - Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (posteriormente incorporada pela Bovespa no processo de desmutualização) e da BM&F, 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.

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 aos 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 Xavier⁴, 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 Amaro⁵ 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

⁴ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 14 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 112.

⁵ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 14 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 113.

da lei veda-se a interpretação extensiva e a analogia, incompatíveis com a taxatividade e determinação dos tipos tributários. A vista da impossibilidade de serem invocados, para a valorização dos fatos, elementos estranhos ao contido no tipo legal, a tipicidade tributária costuma-se qualificar-se de fechada ou cerrada, de sorte que o brocardo nullum tributum sine 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)”⁶. 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*⁷:

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)

⁶ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 14 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 222.

⁷ 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 Contribuinte sob a ótica dos princípios acima mencionados, que são informadores do direito tributário, e da legislação aplicável ao caso, entende-se que assiste razão à Recorrente 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.

Conselheira Vanessa Marini Cecconello