



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

Processo nº 19740.720016/2010-87
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3403-003.384 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de novembro de 2014
Matéria PIS/Cofins desmutualização
Recorrente BANCO MAXIMA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/11/2007 a 31/12/2007

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

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

Houve a substituição das quotas patrimoniais da entidade sem fins lucrativos por ações da sociedade anônima, em razão da sucessão, por incorporação, da primeira pelas 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Alexandre Kern, que negou provimento na

íntegra, e os Conselheiros Rosaldo Trevisan e Luiz Rogério Sawaya Batista, que deram provimento em menor extensão para excluir da tributação apenas as ações em relação às quais não havia prévia obrigação contratual de venda. Sustentou pela recorrente o Dr. Diogo Ferraz, OAB/RJ 124.414.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos Atulim - Presidente

(assinado digitalmente)

Ivan Allegretti - Relator

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

Relatório

Trata-se de autos de infração que constituem crédito tributário de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins (fls. 397/403) e de Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS (fls. 404/410) em relação a fatos geradores ocorridos entre 01/11/2007 a 31/12/2007.

A notificação aconteceu em 23/03/2010 (fls. 400 e 407).

A motivação do lançamento e a apuração da base de cálculo são detalhados no Termo de Verificação Fiscal (fls. 214/228).

A Fiscalização entendeu que a venda de ações da BM&F SA e da Bovespa Holding SA, realizada pela contribuinte, não poderia ser classificada como venda de ativo permanente, mas como uma atividade ordinária de negociação de títulos, de modo que os valores obtidos deveriam integrar a receita operacional da contribuinte, sujeitando-se assim à incidência de PIS/Cofins.

O Termo de Verificação Fiscal contextualiza a operação de desmutualização dentro do histórico das bolsas de valores, descrevendo, em síntese, o seguinte:

2. Da Desmutualização da BM&F

Desmutualização é o termo utilizado para denominar o processo pelo qual a BM&F - Bolsa de Mercadorias & Futuros, associação civil sem fins lucrativos, transferiu suas atividades para companhia de capital aberto - uma sociedade anônima.

No momento da desmutualização, o capital da BM&F era representado por 618 títulos, divididos em quatro categorias, de acordo com a atuação de seus detentores na Bolsa: Membro de Compensação; Corretora de Mercadorias; Operador Especial; e Sócio Efetivo.

Em 20/09/2007 iniciou-se a desmutualização, com a cisão parcial da BM&F e a versão do patrimônio cindido em favor da BM&F S/A. A BM&F alterou sua denominação para BM&F ASSOCIAÇÃO, e seus títulos patrimoniais foram unificados em uma única categoria, com valor unitário de R\$ 1,00.

A BM&F S/A absorveu as atividades antes desempenhadas pela BM&F ficando esta última restrita a atividades de cunho assistencial, e educacional e desportivo, dentre outras.

Em contrapartida ao patrimônio recebido, a BM&F S/A emitiu ações em favor dos detentores dos títulos patrimoniais da BM&F (entre estes a Máxima S/A DTVM).

(...)

O patrimônio cindido da BM&F foi de R\$ 1.281.136.136,78, o qual foi vertido em favor da BM&F S/A.

O patrimônio remanescente da BM&F foi de R\$ 1.282.549,72.

Os títulos patrimoniais foram unificados em uma só categoria, com valor unitário de R\$ 1,00.

Alteração da razão social da BM&F para ASSOCIAÇÃO BM&F, bem como de seu objeto social, que fica restrito a atividades de cunho assistencial, educacional e desportivo, dentre outras.

O patrimônio vertido em favor da BM&F S/A teve a seguinte situação:

- R\$ 901.786.792,00 foram acrescidos ao capital social (que passa de R\$ 500,00 para R\$ 901.877.292,00);*
- R\$ 24.904.425,01 foram destinados a reserva de reavaliação; e*
- R\$ 354.354.919,77 foram destinados a reserva para constituição de fundos e salvaguardas, mantendo a contabilização antes existente na BM&F.*

Em contrapartida ao patrimônio recebido, a BM&F S/A emitiu 901.876.792 novas ações (preço de emissão de R\$ 1,00), em favor dos detentores dos títulos patrimoniais da BM&F.

Estas ações foram distribuídas na seguinte proporção:

- para cada título de Membro de Compensação, no valor de R\$ 4.961.610 - 4.961.610 ações;*
- para cada título de Corretora de Mercadorias, no valor de R\$ 4.898.015,00 - 4.898.015 ações;*
- para cada título de Operador Especial, no valor de R\$ 1.335.141 -1.335.141 ações;*
- para cada título de Sócio Efetivo, no valor de R\$ 10.000,00 - 10.000 ações*

(...)

3 . Da Oferta Pública (IPO) das Ações da BM&F S/A

Concluída a desmutualização, seguiu-se a oferta pública de parte das ações da BM&F S/A recebidas pelas corretoras {Inicial Public Offering - IPO), em dois lotes: o lote principal em 28/11/2007 e lote suplementar em 30/12/2007.

Estas ações, recebidas pelas corretoras pelo preço unitário de emissão de R\$ 1,00, foram vendidas, na oferta pública, pelo valor unitário de R\$ 20,00. Os vendedores arcaram com as comissões de 2,75% do valor da ação, recebendo o valor líquido de R\$ 19,45 por ação.

Cumpra registrar a existência de acordo firmado por associados da BM&F, delineando diretrizes para a venda das ações recebidas com a desmutualização. Os associados não signatários poderiam manifestar sua concordância assinando Termos de Adesão, conforme modelos anexos ao próprio Acordo. Nos termos do acordo, os associados signatários/aderentes se comprometiam a alienar 35% das ações havidas na desmutualização, sendo 10% a investidor estratégico e 25% na oferta pública (IPO). A cláusula 4.2 estabelecia a proibição de venda das ações de forma distinta da prevista no acordo, durante prazos determinados segundo o modelo de Termo de Adesão assinado (6 meses ou 2 anos).

4. Aspectos Tributários do Processo de Desmutualização

Antes da desmutualização, a BM&F, constituída na forma de associação civil sem fins lucrativos, submetia-se ao regime da Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil de 2002).

(...)

Os títulos patrimoniais da Bolsa eram então registrados, pelas corretoras associadas, em contas de Ativo Permanente. Inicialmente, os títulos eram registrados pelo seu custo de aquisição. Posteriormente, como os títulos representavam parcelas ideais do patrimônio da Bolsa, r 'P-tj -am-se as variações do valer patrimonial dos títulos, reflexos d - ? .erações do patrimônio da própria Bolsa.

As variações positivas eram registradas a débito da conta de Ativo Permanente representativa dos títulos, com contrapartida a crédito de conta especial de Reserva de Capital. Estas variações positivas não sofriam tributação, desde que não fossem distribuídas aos sócios, e permanecessem em conta de reserva, para futuro aumento de capital. Este é o teor da Portaria nº 785, de 1977, do Ministro de Estado da Fazenda:

(...)

Depreende-se que as variações positivas do valor patrimonial dos títulos eram afastadas da tributação, nas corretoras associadas d2t^{or}u 'as destes títulos, enquanto mantidas em conta de reserva ou u 'iz-' Jas para aumento de capital. Vale lembrar que, para as corretoras associadas, os títulos patrimoniais das Bolsas tinham, por princípio, a característica de bens permanentes, necessários ao desempenho de suas atividades sociais. E é neste contexto que se situa a Portaria MF nº 785/77,

que autoriza o sobrestamento da tributação, e desde que observadas determinadas condições.

Este, portanto, era o cenário anterior à chamada desmutualização das Bolsas.

O advento da desmutualização produziu relevante alteração na posição dos participantes das Bolsas - seus direitos, deveres e expectativas - bem como na natureza de seus ativos.

Antes, uma corretora-membro, no caso concreto a Máxima S/A DTVM, detinha títulos patrimoniais, representativos de sua contribuição para a formação do capital da entidade sem fins lucrativos. Estes títulos classificavam-se no Ativo Permanente, uma vez que a corretora não teria, em princípio, o interesse de aliená-los. A detenção dos títulos era necessária para que a corretora pudesse operar na Bolsa.

Com a desmutualização, a maior parte do patrimônio da Bolsa é vertida para uma sociedade com fins lucrativos (nova companhia), que absorve suas atribuições operacionais. Devolve-se à corretora sua parcela no patrimônio vertido, na proporção de sua participação no capital da antiga Bolsa (quantidade de títulos patrimoniais de que era titular). Esta devolução se dá na forma de ações da nova companhia. A corretora passa, de membro de associação não-lucrativa, para sócia de empresa com fins lucrativos; o valor antes representado por títulos patrimoniais passa a ser representado por ações negociáveis.

Pouco depois, a corretora aliena parte destas ações, na maior parte dos casos, por valor superior àquele pelo qual as recebera, na desmutualização. Neste ponto, importa ressaltar que a alienação de ao menos parte das ações, pelas corretoras, era da natureza da operação. O objetivo que norteou todo o processo de desmutualização foi o de transformar a Bolsa em companhia de capital aberto.

(...)

Os documentos apresentados pela fiscalizada (DOC 2) indicam que, em 01/10/2007, esta adquiriu 4.934.813 Ações Ordinárias Nominativas da BM&F e, posteriormente, em 16/11/2007, 30/11/2007 e 04/12/2007 essas ações foram alienadas.

O PIS e a COFINS são devidos no momento em que a empresa aliena as ações havidas na desmutualização por valor superior àquele pelo qual as recebera. A diferença configura ganho de natureza operacional, em função da atividade social desempenhada, da natureza do ativo negociado e do papel que este ativo desempenha, no contexto dos investimentos da empresa.

(...)

A empresa contabilizou tais ações no Ativo Permanente na conta COSIF "Ações e Cotas" - 21510005 9.

Em que pese a recomendação, expressa em Ofício emitida pela antiga Bolsa de Valores, de que as ações destinadas a alienação fossem registradas no Ativo Circulante, é fato que, em alguns casos, estas foram registradas no Ativo Permanente. Contudo, sob a ótica da fiscalização, o registro nesta ou naquela conta é irrelevante. Importa a natureza do ativo e sua função, no contexto das atividades da empresa: se de investimento permanente, destinado à manutenção da fonte produtora (como são as participações societárias estratégicas, de longo prazo, mantidas por algumas empresas), ou se de investimento circulante, destinado à realização a curto ou médio prazo. As ações da BM&F havidas na distribuição de dividendos enquadram-se no segundo caso.

O PIS e a COFINS incidem sobre a receita bruta das empresas, com as exclusões e deduções admitidas pela legislação, a qual prevê a exclusão, da base de cálculo, dos lucros na alienação de investimentos do Ativo Permanente. Permite-se a exclusão destes lucros por decorrerem da alienação de bens/direitos necessários ao funcionamento e manutenção da empresa, cuja venda, de caráter excepcional e eventual, produzirá recursos mormente destinados à aquisição de novos bens/direitos de caráter permanente.

A conclusão da Fiscalização foi, como visto, de que a subscrição das ações da Bovespa Holding S.A e da BM&F S.A não poderia ser classificada como ativo permanente, de modo que a venda subsequente de ações deveria compor o Resultado Operacional da contribuinte.

Promoveu-se, assim, o lançamento fiscal, tomando-se os valores resultantes da venda das ações como base de cálculo para a incidência de PIS/Cofins (fls. 230/231).

Notificada, a contribuinte apresentou impugnação (fls. 412/426), alegando em síntese o seguinte:

4.1. Como visto, o Fisco questiona, primeiramente, o próprio processo de desmutualização da BM&F, pois não reconhece ter ocorrido a sua cisão parcial, com posterior incorporação da parcela cindida pela BM&F S/A.

4.2. Valendo-se do que entende estar previsto no art. 17 da Lei nº 9.532/97, o Fisco entende que o processo de desmutualização implica necessariamente na redução do capital ou mesmo na extinção da BM&F, de modo que a entrega das ações da BM&F S/A representa devolução de capital.

4.3. Em razão desse entendimento, as ações recebidas pela MÁXIMA DTVM não seriam vistas como substitutivos dos títulos patrimoniais, mas sim como elemento ativo novo (dação em pagamento), sujeito à contabilização no ativo circulante.

4.4. Como corolário, a IMPUGNANTE, ao receber tais ações em pagamento de dividendos, também seria obrigada a contabilizá-las no circulante e teria que oferecer à tributação o valor correspondente à diferença entre o custo de aquisição e o valor

atualizado dos" títulos patrimoniais, equivalente ao valor das ações da BM&F S/A que lhe foram atribuídas.

4.5. Entretanto, essa interpretação está totalmente equivocada, na medida em que vai de encontro ao disposto no próprio Código Civil, que prevê expressamente a aplicação do instituto da cisão não apenas às sociedades e fundações, como também às associações civis:

"Art. 2.033. Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 4º, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código." (grifamos)

4.6. O citado art. 44 refere-se, dentre outras, às associações, explicitando, em seu §2º, a nítida identidade entre as associações e as sociedades empresariais, que são objeto do Livro II do Código Civil:

"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. S Iº (...)

S 2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código."

4.7. Ora, se o próprio Código Civil menciona expressamente que as regras relativas à cisão se aplicam às associações, não pode a RFB simplesmente ignorar esse dispositivo legal e tratar a operação como se fosse uma devolução de capital, forçando, com isso a aplicação da Portaria MF nº 785/87, para exigir a tributação sobre a atualização dos títulos.

(...)

4.9. Assim, como não há vedação expressa à utilização do instituto da cisão em relação às associações civis, não pode - RFB - limitada, ainda, pelo disposto no art. 142 do CTN - desconsiderar a natureza da operação para justificar a imposição de obrigação tributária.

4.10. No mais, a alegação de que o art. 61 do Código Civil proíbe que associações sem fins lucrativos destinem parcelas de seu patrimônio a entes com finalidade lucrativa, é uma quimera, pois o referido artigo trata de hipótese de dissolução de associação civil, o que efetivamente não aconteceu, diante do fato incontestado, reconhecido pela própria RFB, de que a BM&F

(agora Associação BK&F) remanesceu, com atividades próprias e definidas em seu estatuto.

(...)

4.12. Como se verifica, na cisão não há alienação de patrimônio, mas mera transferência para outra sociedade de d terminada parcela para recebimento do correspondente ao mesmo direito em nova sociedade.

4.13. A natureza patrimonial do título da BM&F, integralizado na BM&F S/A, cuja parcela correspondente em ações da companhia foi atribuída à MÁXIMA DVTM e, posteriormente ao IMPUGNANTE, permaneceu intacta.

5. DA CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES DA BM&F S.A. EM CONTA DO ATIVO PERMANENTE E A DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS IN NATURA

5.1. Como se viu, o IMPUGNANTE era controlador da MÁXIMA DVTM que, por intermediar títulos e mercadorias negociadas na Bolsa de Mercadorias e Futuros era obrigada a deter títulos patrimoniais da BM&F.

5.2. Os títulos patrimoniais eram, por determinação do COSTF (Capítulo 1, item 11, subitem 3, parágrafo 3º) registrados em conta do Ativo Permanente, na medida em que as corretoras que não possuísem os títulos não poderiam atuar no mercado. Eram, portanto, títulos ilíquidos e cuja intenção de permanência era evidente, uma vez que o detentor dos títulos só poderia aliená-los quando parasse de operar no mercado, encerrando sua atividade empresarial.

5.3. Mesmo com a substituição dos títulos patrimoniais da BM&F pelas ações da BM&F S/A, não há porque exigir a reclassificação das ações para o ativo circulante - e lhe dar tratamento tributário equivalente - na medida em que houve mora permuta do ativos e não uma devolução de capital, como entende a BFB.

5.4. Importante ressaltar que não houve qualquer tipo de ganho ou pagamento desproporcional à MÁXIMA DVTM em relação ao valor dos títulos patrimoniais da BM&F que eram de sua titularidade. Cada título representativo foi trocado, em seu valor patrimonial, pelo exato número de ações da BM&F S/A correspondente à espécie de título detido, em relação de troca constante da Ata da AGE da BM&F S/A realizada em 20.09.2007.

(...)

5.11. Ainda que a mera classificação contábil não seja óbice à tributação, no caso presente, a fiscalização não poderia desconsiderar a natureza jurídica das ações da BM&F S/A, vez que derivadas de títulos patrimoniais de natureza indiscutivelmente permanente, conforme reconhece - e orienta - o próprio COSIF e demonstrado nessa oportunidade.

(...)

5.14. O Cato de oa dividendos terem sido distribuidos in natura por meio de transferência de Ações da BM&F S/A se deu exclusivamente por conveniencia da MÁXIMA DTVM, com aceitação do IMPUGNANTE, pois havia, naquelas ações, após seu recebimento em troca dos antigos títulos patrimoniais, um valor certo, líquido, e formalmente estabelecido.

5.15. A quantidade de ações recebidas pela MÁXIMA DTVM, cumpre ressaltar, não lhe foi atribuída de modo aleatório. A relação de troca dos títulos patrimoniais, em cada uma de suas categorias, e seu valor unitário, foi uniforme a todos os associados da BM&F, conforme deliberação em AGE.

(...)

5.17. Assim, não há como imputar a essa transferência ao controlador o condão de afastar a natureza do título representativo de um direito patrimonial (antes títulos, agora ações), que, como visto, também afasta a incidência da COFINS sobre as receitas auferidas quando de sua alienação, por se tratar de receitas não operacionais.

(...)

5.22. Uma vez que o CQSIF determinava contabilização dos títulos em conta do ativo permanente, as ações que substituíram tais títulos era decorrência do processo de desmutualização, devem permanecer classificadas em conta do ativo permanente.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento do Rio de Janeiro I (DRJ), por meio do Acórdão nº 12-46.028, de 9 de maio de 2012 (fls. 559/585), concluiu pela manutenção da exigência, sintetizando seu entendimento na seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/11/2007 a 31/12/2007

GANHOS AUFERIDOS COM A VENDA DE AÇÕES. INVESTIMENTO TEMPORÁRIO. ATIVO CIRCULANTE. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

As ações recebidas como dividendos in natura com acordo de venda compromissada, caracteriza investimento de caráter temporário, que deve ser classificado no Ativo Circulante. Os ganhos auferidos com a venda dessas ações não podem ser excluídos da base de cálculo da Cofins, por falta de previsão legal.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/11/2007 a 31/12/2007

GANHOS AUFERIDOS COM A VENDA DE AÇÕES. INVESTIMENTO TEMPORÁRIO. ATIVO CIRCULANTE. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

As ações recebidas como dividendos in natura com acordo de venda compromissada, caracteriza investimento de caráter temporário, que deve ser classificado no Ativo Circulante. Os ganhos auferidos com a venda dessas ações não podem ser excluídos da base de cálculo da Contribuição para o PIS, por falta de previsão legal.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 592/605), no qual combate o entendimento da DRJ quanto à classificação das ações como Ativo Circulante, argumentando

aplicabilidade de um ou outro tratamento tributário não poderá ser feita sem que antes se tenha compreendido, em detalhes, a natureza jurídica do real negócio praticado” (fl. 335), e que houve não houve uma aquisição, mas uma troca de títulos por ações, diante da qual os associados “transformaram então o valor contábil de seu antigo ativo permanente - títulos patrimoniais das Bolsas -, em valor contábil de seu novo ativo permanente - ações das companhias abertas originárias da cisão” (fl. 338),

reiterando, enfim, os mesmos fundamentos apresentados na impugnação.

Acrescenta apenas um novo fundamento, de que seria ilegal a aplicação de juros sobre a multa, por falta de amparo legal para tanto, citando precedentes.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contra-razões, destacando de início que “*é de extrema relevância para o presente caso a menção dos reais motivos que levaram as bolsas a abrirem seu capital em todo o mundo. Com efeito, conhecendo esses detalhes é possível afastar qualquer pretensão do contribuinte recorrente no sentido de aproximar o processo de desmutualização (criação de sociedades anônimas) com qualquer determinação estatal. Significa dizer que a desmutualização das Bolsas brasileiras partiu de decisão interna corporis das associações e de seus associados, detentores dos títulos de propriedade, seguindo tendências mundiais do setor. Não houve, repita-se, qualquer determinação estatal para tanto*” (pág. 6 da petição).

Alega a Procuradoria que “*no processo de desmutualização houve devolução do patrimônio das associações civis sem fins lucrativos para as corretoras a elas associadas, na forma de ações das novas sociedades anônimas constituídas*” (pág. 7 da petição).

Argumenta que “*é preciso reconhecer que é praticamente impossível determinar qual era a verdadeira intenção do contribuinte. Com efeito, para definir se o desejo era compor o Ativo Permanente da empresa ou não, somente se a Fiscalização obtivesse uma declaração expressa do contribuinte – na qual ele confirmasse o que realmente pretendia fazer quando recebeu as ações emitidas em seu favor, a título de devolução patrimonial das extintas associações (Bovespa e BM&F). Implica dizer que a produção de tal prova é improvável – para não dizer impossível – pois equivale a exigir da Fiscalização que extraia a confissão do contribuinte*” (pág. 7 da petição) e que “*consoante o Termo de Adesão ao Instrumento Particular de Assunção de Obrigações celebrado no âmbito da Bolsa de*

Mercadorias & Futuros (fl. 194/195), é possível constatar que o contribuinte já tinha pleno conhecimento de que haveria alienação de 35% das ações recém adquiridas. Assim, o contribuinte sabia de antemão que não poderia manter as ações em seu patrimônio. Desse modo, resta evidente que essas ações não poderiam ter sido classificadas como bens do Ativo Permanente” (pág. 13), de modo que “os documentos analisados e a forma como ocorreram as transações entre o contribuinte e as emitentes das ações – BM&F S.A e a BOVESPA HOLDING S.A. – demonstram que sua intenção nunca foi de manter as ações em seu patrimônio como Ativo Permanente. Basta visualizar todo o conjunto de operações realizadas para se compreender o objetivo do negócio realizado era realmente a alienação das ações, e não a sua manutenção no patrimônio da empresa” (pág. 15 da petição).

Por fim, alega que o objeto societário da contribuinte em questão refere-se expressamente à atividade de subscrição de títulos e valores mobiliários para revenda, de modo que “ao alienar as ações que eram de sua titularidade, fatalmente as receitas recebidas devem ser consideradas operacionais, visto que são oriundas da atividade típica, regular e habitual do contribuinte” (pág. 20)

Quanto à incidência de juros sobre multa, explica a Procuradoria que decorre do art. 161 do CTN, pois quando se refere ao “crédito” não integralmente pago no vencimento, neste conceito inclui tanto o valor do tributo como de multa pecuniária e acessórios.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ivan Allegretti, Relator

O recurso voluntário foi protocolado em 22/10/2012 (fl. 592), dentro do prazo de 30 dias contados da notificação do acórdão da DRJ, ocorrida em 21/09/2012 (fl. 589).

Por ser tempestivo e conter fundamentos de reforma do acórdão recorrido, conheço do recurso.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Este dispositivo prevê que, *“Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código”*, sendo que, dentre as pessoas jurídicas listadas no art. 44, logo no inciso I, figuram as associações.

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

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

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

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

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

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

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

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

Está-se diante de uma sucessão de atos societário, cisão seguida de incorporação, que acarretou o deslocamento do patrimônio de uma associação para o patrimônio de uma sociedade anônima, à mutação da condição de associado em acionista, e da substituição de títulos por ações, representativas do mesmo patrimônio.

Embora juridicamente sejam distintas as qualidades de um título e de uma ação, quanto ao conjunto de direitos e deveres que encerram, os dados da operação concreta demonstram que significam substancialmente o mesmo conteúdo patrimonial.

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

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

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

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

A substituição das quotas pelas ações, portanto, caracterizam a mutação ou sucessão de um título – que deixou de existir – por outro – que passou a existir em seu lugar –, representativos da sucessão ocorrida entre as pessoas jurídicas envolvidas – a que deixou de existir e a que passou a existir em seu lugar –, devendo ser admitida sua manutenção na conta de ativo permanente, tal como procedeu o contribuinte, de modo que sua alienação configura receita da venda de ativo permanente, a qual não compõe a base de cálculo de PIS/Cofins.

Voto, pois, pelo provimento do recurso.

(assinado digitalmente)

Ivan Allegretti