



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

Processo n° 16327.000403/2010-96
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3402-003.078 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de maio de 2016
Matéria COFINS
Recorrente HSBC CORRETORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/10/2007 a 31/12/2007, 01/04/2008 a 31/07/2008

DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITO PRIVADO. PRIMAZIA DO DIREITO PRIVADO. ART.109 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. LIMITES À INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS E QUALIFICAÇÃO DOS FATOS GERADORES.

A Administração Tributária está adstrita à observância de conceitos e formas de Direito Privado na interpretação das hipóteses de incidência tributária e na qualificação dos fatos geradores, sob pena de violar os arts.109 e 116, II do CTN, bem como e o dever de conformidade da tributação com o fato gerador derivado da legalidade tributária constitucionalmente consagrada.

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 caracteriza a permanência do mesmo ativo, devendo ser admitida sua manutenção na conta de ativo permanente, tal como procedeu ao 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 Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Jorge Freire, Waldir Navarro Bezerra e Maria Aparecida Martins de Paula. Sustentou pela recorrente o Dr. Cássio Sztokfisz, OAB/SP 257.324; e pela Fazenda Nacional o Dr. Miquerlam Chaves Cavalcante, OAB/CE 19.135.

(assinado digitalmente)

Antônio Carlos Atulim - Presidente.

(assinado digitalmente)

Carlos Augusto Daniel Neto - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Carlos Atulim, Jorge Freire, Valdete Aparecida Marinheiro, Waldir Navarro Bezerra, Thais de Laurentiis Galkowicz, Maria Aparecida Martins de Paula, Diego Diniz Ribeiro e Carlos Augusto Daniel Neto.

Relatório

Trata-se de processo administrativo decorrente de Auto de Infração com fundamento em fiscalização empreendida junto à Recorrente, tendo por objeto, entre outros, a verificação da apuração da receita obtida na comercialização das ações recebidas em decorrência do processo conhecido como "desmutualização" das Bolsas de Valores ocorrido em 2007, conforme TVF de fls. 198-215. O processo de desmutualização foi detalhado no TVF do Auto de Infração de IRPJ e CSLL, processo 16327.000402/2010-41 (fls. 221 a 239, Anexo I), onde se consignou:

"o objetivo desta operação foi a unificação das operações das então existentes Bolsa de Valores de São Paulo, CNPJ 02.584.094/0001-19 e Bolsa Mercantil & Futuros, CNPJ 54.641.030/0001-06, à época estabelecidas sob a forma de entidades civis sem fins lucrativos em uma única sociedade anônima de capital aberto com ações negociadas no mercado de valores.

*Para atendimento a este objetivo, em um articulada sequência de atos societários levados a efeito em 2007 e 2008, **ambas as Bolsas inicialmente se organizaram em sociedades anônimas de capital aberto** — BM&F S/A, CNPJ 08.936.812/0001-33 e BOVESPA HOLDING S/A, CNPJ 08.695.953/0001-23 **que foram posteriormente incorporadas na entidade resultante** — Nova Bolsa S/A, CNPJ 09.316.601/0001-25, atualmente BM&F BOVESPA S/A.*

(...)

A desmutualização da BM&F teve como objetivo transferir as atividades compreendidas no objeto social da associação civil sem fins lucrativos BM&F, para outra entidade, organizada sob a forma de sociedade anônima, a BM&F S.A..

É certo que os títulos patrimoniais da BM&F detidos pelas corretoras/distribuidoras apresentavam dois aspectos distintos. O primeiro, de conteúdo patrimonial, refletia o valor da participação das corretoras/distribuidoras no capital da BM&F. O segundo, de natureza operacional, permitia a elas o chamado "Direito de Acesso", ou seja, dava-lhes o direito de operar na Bolsa.

Com a desmutualização, ocorreu a separação entre o conteúdo operacional do título e os direitos patrimoniais, que passaram a estar corporificados em ações da BM&F S.A..

(...)

Em 28 de agosto de 2007, em conformidade com a Ata da Assembléia Geral Extraordinária especialmente convocada, foi autorizada a desmutualização, cujo procedimento consistiu na cisão parcial da BOVESPA, com a redução de seu patrimônio em 99,97%, permanecendo na BOVESPA somente 0,3% de seu patrimônio total. O patrimônio cindido foi incorporado às sociedades empresárias BOVESPA SERVIÇOS E PARTICIPAÇÕES SA. (BVSP) e BOVESPA HOLDING S.A. (Bovespa Holding) —fs. 88 a 95 [do anexo].

Posteriormente houve a incorporação pela Bovespa Holding das ações da BVSP e da Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (CBLC) —fls.80 a 87 [do anexo]. As atividades operacionais desempenhadas pela antiga BOVESPA passaram a ser desempenhadas pela BVSP.

Como parte do processo de desmutualização da BM&F, a HSBC se comprometeu a:

(i) alienar 35% de suas ações na Oferta Pública Inicial da BM&F S/A;

(ii) alienar outros 10% das ações da BM&F S/A para General Atlantic Fundo de Investimentos e Participações.

Em 06/09/2007, antes do processo de desmutualização efetivado em 01/10/2007, o HSBC assinou um contrato ("TERMO DE ADESÃO AO INSTRUMENTO PARTICULAR DE ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÕES CELEBRADO NO ÂMBITO DA BOLSA DE MERCADORIAS & FUTUROS — BM&F, fls.114-115) o qual já previa alienação de 35% das ações para composição de lote de ações a ser ofertado ao mercado secundário. (...)

Em 26/10/2007, a HSBC contratou a alienação de outros 10% dessas ações a fundo de investimentos gerenciado pela General Atlantic, conforme "INSTRUMENTO DE ACEITAÇÃO DE VENDA DE AÇÕES ORDINÁRIAS DA BOLSA DE MERCADORIAS E FUTUROS — BM&F S.A. E OUTORGA DE PODERES", fls.116 a 121.

Da mesma forma verificada em relação às ações da BM&F S.A., a HSBC também alienou a totalidade das 8.141.144 ações da BOVESPA S/A subscritas em 28 de agosto de 2007 até o final do subseqüente ano de 2008. (...)

Entendeu o Auditor Fiscal que a receita decorrente da alienação das ações não estaria enquadrada no art.1º, §3º, VI das leis 10.637/02 e 10.833/03, pelos seguintes argumentos: i) Caracterização da operação como subscrição primária de ações; ii) Necessidade de classificação das ações subscritas como "para revenda". iii) Caracterização da incorporação de ações da Bovespa Holding S/A pela Nova Bolsa S/A como alienação sujeita à incidência do PIS/COFINS, com base no art.3º, §2º e 3º da lei 7.713/88. iv) A avaliação da "intenção de permanência" quando da aquisição de ativos, indicava o seu ânimo de alienar as ações.

O Recorrente apresentou impugnação em que argumentou, em síntese: i) preliminarmente, a necessidade de reunião com o PAF 16327.000402/2010-41 (IRPJ/CSLL); ii) regularidade das operações realizadas; iii) que os títulos alienados pela Recorrente, adquiridos com o processo de desmutualização das Bolsas, sempre representaram participações permanentes dela em outras entidades; iv) o Parecer CST nº 39/81 que evidencia mera substituição das ações anteriores pelas ações da incorporadora; v) impossibilidade de se presumir a intenção de alienação das ações; vi) afirma ter ocorrido cisão seguida de incorporação, tudo isso autorizado nos artigos 2.033 e 2116 do Código Civil Brasileiro e o art. 225 da Lei Societária; vii) pugna pela não incidência de juros de mora sobre multa de ofício.

A decisão de 1º instância negou provimento à impugnação.

O Contribuinte apresentou recurso voluntário, repisando as razões da sua impugnação, bem como a Recorrida apresentou contrarrazões, reiterando os fundamentos da decisão recorrida.

O relator pretérito deste processo no CARF entendeu por declinar da competência, através de despacho, para a 1ª Seção, sob justificativa de conexão com o processo que versava sobre IRPJ e CSLL.

O 2º relator, da 1ª Seção, declinou da competência para a 3ª Seção, através da Resolução 1402-000.267, instaurando o conflito negativo de competência, resolvido através de despacho de fls.1019 e 1020, com o retorno à 4ª Câmara da 3ª Seção.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator Carlos Augusto Daniel Neto

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

O objeto do recurso é analisar a incidência do PIS e da Cofins sobre as receitas provenientes da venda das ações que resultaram da transformação da Bolsa de Valores de São Paulo e da Bolsa Mercantil e de Futuros em sociedades por ações.

A questão envolve diversos pontos prejudiciais ao enquadramento ou não na hipótese do art.3º, §2, IV da lei 9718/98, e.g. a natureza das operações societárias realizadas, a classificação contábil das ações etc. Todavia, a assunção de posições jurídicas acerca desses pontos demanda uma assunção racional e fundamentada de premissas, que pretendemos expor abaixo, antes de enfrentar a *vexata quaestio*.

1. Da Relação entre o Direito Privado e o Direito Tributário

Tema dos mais relevantes, que põe em contraste a ideia de uma unidade do sistema jurídico e a coexistência de subsistemas correlacionados (mas com sistemáticas que lhe são peculiares por refletirem suas igualmente próprias finalidades.), é a relação entre o Direito Tributário e o Direito Privado. Trata-se de preocupação antiga, visto que remete ao *Precis de Droit Financier* (1906) de Myrbach-Rheinfeld, cuja obra pugnava à época pela inaplicabilidade das normas de Direito Privado para reger relações de Direito Financeiro (incluindo aí o tributário), mas que mantém sua atualidade (e prejudicialidade) em uma infinidade de discussões atuais.

Como lembra Alcides Jorge Costa (Direito Tributário e Direito Privado. In *Direito Tributário - Estudos em Homenagem a Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Dialética, 1984. P.222), as relações entre o Direito Tributário e o Direito Privado é multifacetada, com um foco maior na subordinação ou não do daquele aos conceitos e institutos deste, que por sua vez comportaria, **no plano teórico**: i) a recepção expressa dos conceitos de direito privado; ii) uma recepção implícita; iii) uma alteração implícita de conceitos do direito privado; e iv) uma aplicação analógica das normas de direito privado.

É fato incontestado que a legislação tributária faz diversas remissões ao Direito Privado, todavia, o que causa discussão é a pergunta acerca de o que é salário, serviço, mútuo etc., e se a resposta do Direito a esta pergunta é privatista ou não - isso nos situa entre duas hipóteses limites de trabalho: ou i) o empréstimo de expressões é o mais restrito possível, não passando de uma **remissão meramente terminológica**; ou ii) o emprego da terminologia privatista implica uma **assunção substancial do objeto em matéria fiscal** (PUJOL, Jean. *L'application du Droit Privé en Matière Fiscale*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987. P.23).

No mesmo sentido, enfrentou Humberto Ávila (Eficácia do Novo Código Civil na Legislação Tributária. In: GRUPPENMACHER, Betina. (Org.). *Direito Tributário e o Novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p.64-65) a discussão sobre tratar-se de uma remissão meramente terminológica ou conceitual, posicionando-se pela segunda opção, haja vista que carecia de sentido lógico referir-se a uma figura jusprivatística de forma arbitrária, sem qualquer propósito linguístico.

Naturalmente, o Direito Tributário possui fonte essencialmente legislativa, de modo que é natural que se busque prescrições textuais que indiquem a solução para essa

questão. Tradicionalmente a remissão é imediata aos arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Parece-nos, todavia, que os dispositivos normalmente tratados de forma unitária tratam de coisas distintas.

O artigo 110 encontra-se embrincado a uma **questão vertical**, ligada à hierarquia da Constituição e à impossibilidade da lei alterar dispositivos dela através de alteração de institutos e formas do direito privado a que as competências tributárias fazem remissão. Seria um dispositivo despiendo em um sistema jurídico com o funcionamento são, mas que no Brasil assume o papel - cada vez mais relevante - de lembrar a todos o óbvio.

A respeito disso, inclusive, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência consolidada acerca da necessária observância dos conceitos pressupostos pelo Constituinte no momento de positivação das regras de competência (Ex. RE nº 150.764-1, RE nº 117.887-6, RE nº 203.075-9 etc.), cujo entendimento encontra lúcida formulação no voto do Min. Marco Aurélio Mello no RE nº 166.772-9, ao rechaçar a contribuição cobrada sobre a remuneração dos autônomos:

O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios.

Por outro lado, o art.109 traz uma **questão horizontal**, a respeito da forma que o Direito Privado se relaciona com o Direito Tributário nos demais conceitos e institutos que são utilizados em normas tributárias infraconstitucionais, especialmente para determinar quais os efeitos tributários a que elas estarão sujeitas.

Mais do que isso, é preciso determinar se a utilização de "*conceitos impregnados pelo Direito Civil*" (*zivilrechtliche vorgeprägte Begriffe*) implica a possibilidade da sua alteração pelo legislador tributário - **tese da flexibilidade** - ou ele deve acatar o **conceito** existente e somente lhe determinar as consequências tributárias - **tese da rigidez** (Cf. CREZELIUS, Georg. *Steuerrechtliche Rechtsanwendung und allgemeine Rechtsordnung*. Berlin: Neue Wirtschaftsbriefe, 1983. P.180).

Nesse sentido, devemos buscar subsídios no Direito Positivo para fundamentar a opção por um ou outro.

Em primeiro lugar, verifica-se que a Constituição Brasileira optou, ao tratar do Direito Tributário, pela previsão expressa de diversas regras de competência, que, em razão da sua *eficácia de trincheira - entrenchment* (SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*. Oxford: Clarendon Press, 2002. P.42) - dão maior *rigidez e certeza* ao conjunto normativo, evitando que poderes e obrigações surjam exclusivamente de princípios constitucionais, dando um timbre de segurança e previsibilidade ao subsistema constitucional tributário que, por força da hierarquia.

No âmbito do CTN, calha remeter a dois artigos pouco mencionados nesta discussão, o art.114 e 116:

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Ora, é aristotélica a lição de que as condições necessárias e suficientes para que um objeto seja determinado como algo são o conteúdo desse conceito! É dizer, na dicção do artigo mencionado, que falar em *fato gerador* é *pressupor a existência de um conceito ao qual ele vai se subsumir*, com elementos determinados. Fica evidente que o CTN reconhece a existência de conceitos nas hipóteses de incidências tributárias que devem ser observados no momento da aplicação, sob pena de restar sem sentido a dicção do artigo supramencionado.

Em mesmo sentido, o art.116 é categórico:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável. (grifos nossos)

Ora, ao incluir determinado ato ou negócio jurídico no antecedente de uma norma tributária abstrata e geral, o legislador não abarca a totalidade do fenômeno, o *fato bruto* (*rohe Tatsachen*), mas sim *fatos institucionais* (WEINBERGER, Ota. *Fatti e Descrizione di fatti - Riflessioni logico-metodologiche su un problema fondamentale delle scienze sociali*. In. LA TORRE, Maximo. *Il Diritto come Istituzione*. Milano: Giuffrè, 1990. P.95-113) - seja à partir de uma institucionalização dos *fatos brutos*, quando delimita positivamente "*as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios*", seja à partir de convenções humanas normativamente instauradas, caso em que o fato se verificará quando "*definitivamente constituída, nos termos do direito aplicável*".

Há, pois, uma necessidade intrínseca ao Direito que tais fatos tenham alguma determinação prática - seja ela normativa ou não - anterior à sua utilização nas hipóteses de incidência tributárias. *Em se tratando das situações jurídicas, remete-se a um "direito aplicável" que, a nosso ver, nada mais é do que o Direito Privado* - que impõe a sua observância não por razões de *unidade conceitual necessária* - que a nosso ver pode ser elidida pela construção de conceitos próprios no âmbito tributário (como se fez com o conceito de faturamento, com a Lei das S.A. e o Decreto-Lei 2397/67) - mas por uma unidade conceitual decorrente do grau de elaboração do Direito Privado quando da tomada de consciência da

autonomia do Direito Tributário (VANONI, Ezio. *Natureza e Interpretação das leis tributárias*. Trad. Rubens Gomes de Sousa. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1932. p.167). Não se trata de uma vinculação necessária, mas apriorística, desde que não sobrevenha uma previsão específica de sentido na seara tributária.

Corroborando essa conclusão, a Lei Complementar 95/98, versando expressamente sobre a redação de textos legais, traz relevantes subsídios interpretativos, a exemplo de seu art.11:

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;

Além disso, sob uma análise estrutural do Código Tributário, a própria previsão da figura da **simulação**, evidenciando uma discrepância entre o declarado e o efetivamente realizado para justificar a revisão do lançamento e outras consequências legais, já traz pressuposta a assunção de uma estrutura de Direito Privado que, por conta de um vício (se de vontade ou de causa é outra discussão) deve ser desconsiderado para fins tributários - mas ainda assim, um *prius* lógico deste instituto é a consideração da forma de Direito Privado, ainda que viciada.

Resta clara, portanto, a necessidade de observância, via de regra, dos conceitos de Direito Privado na interpretação das hipóteses de incidência tributária.

Todavia, entendemos necessário acrescentar uma segunda camada de considerações, haja vista que o que foi dito acima o foi com vistas apenas à interpretação do Direito Tributário - o que seria suficiente em um pensamento estritamente subsuntivo e conceitual, mas que não se sustenta diante das teorias hermenêuticas atuais.

Em rigor, a aplicação do Direito não consiste apenas em interpretar normas. A *interpretação da lei (Gesetzesauslegung)* e a *valoração dos fatos (Sachverhaltsbeurteilung)* são dois aspectos do mesmo problema hermenêutico, haja vista que no processo aplicativo os elementos fático e jurídico atuam reciprocamente um sobre o outro - tanto a interpretação da norma quanto a *qualificação* dos fatos fazem parte do processo de compreensão do sentido da norma e sua projeção sobre os casos concretos (NOVOA, César García. *La Cláusula Antielusiva en la Nueva Ley General Tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2004. P.209-211).

Podemos entender como **qualificação**, o conjunto de operações que se realizam, por parte dos aplicadores do Direito, com a finalidade de analisar desde o ponto de vista jurídico aquelas circunstâncias do mundo real que podem ser incluídas nas hipóteses da normas (SANCHÍS, Luís Prieto. *Ideologia e Interpretación Jurídica*. Madrid: Tecnos, 1987. P.88).

A distinção é relevante pois a incidência tributária passa pela determinação do conteúdo normativo da hipótese - interpretação - e pela análise dos fatos concretos ocorridos e da sua pertinência ou não àquela hipótese - qualificação.

A respeito dela, deve a Administração Pública respeitar as formas adotadas pelo Contribuinte sempre que estiverem de acordo com o regramento específico da situação jurídica que se incorre, respeitando os elementos que compõem o conceito adotado na hipótese de incidência.

Da mesma forma que a interpretação das normas, o CTN traz disposições específicas acerca da qualificação dos fatos, a exemplo do art.108, §1º:

Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

(...)

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

Não se pode utilizar de *juízos de semelhança* entre fatos, negócios ou atos para exigir o tributo - é dizer, a legislação **veda** que o aplicador do Direito Tributário, ao se deparar com um caso que esteja fora da hipótese de incidência, se baseie em elementos desse fato que tenham semelhança com elementos de outro fato (este presente em uma hipótese de tributação) para que determine a sua tributabilidade (a exemplo do caso que - erroneamente - se pretenda tributar indenização por danos materiais como se renda fosse, estendendo por analogia a hipótese do IR, considerando apenas o elemento de aquisição de disponibilidade, mas não o do acréscimo patrimonial).

Não é à toa que o art.150, I da Constituição Federal determina que a exigência do tributo está condicionada a Lei que o estabelece, que tem como consectário lógico o **dever de conformidade da tributação com o "fato gerador"**, desenvolvido em festejado trabalho de Gerd Rothmann, que reflete uma faceta principiológica da legalidade na disposição de que a lei não pode deixar ao critério da administração a diferenciação objetiva, devendo ela própria prever, na maior medida, possível, os aspectos necessários à configuração do fato gerador, não bastando ao legislador autorizar, de forma ampla, vaga, genérica ou indeterminada, a criação do tributo, mas cabendo a ele descrever a situação que lhe dará causa (ROTHMANN, Gerd Willi. O Princípio da Legalidade Tributária. In. DÓRIA, A.R.S.; ROTHMANN, G.W. *Temas Fundamentais do Direito Tributário Atual*. Belém: Cejup, 1983. P.90-99).

E ao determinar, através do art.109, que a a definição, conteúdo e alcance dos institutos, conceitos e formas de Direito Privado deverão ser aqueles que naquele ramo lhe são atribuídos, ressalvados os efeitos tributários que decorrem das regras tributárias, o legislador optou por **vedar a possibilidade de requalificação de atos e negócios jurídicos** sob um filtro finalístico - a exemplo da malfadada *interpretação econômica do Direito Tributário*.

Nesse ponto, concordamos com as lições de García Novoa, ao sustentar que somente o desrespeito aos dois dispositivos acima citados somente pode se dar quando a Administração é dotada de autênticos poderes extraordinários para, por exemplo, requalificar, interpretar as normas de acordo com sua finalidade econômica ou aplicar o tributo por analogia, ou, em geral, para desconsiderar atos ou negócios realizados com fins de elusão fiscal (NOVOA, Ob.Cit., p.211.)

É o que se dá, por exemplo, com o parágrafo único do art.116 do CTN, que prevê - expressamente, diga-se - a possibilidade de requalificação de atos ou negócios jurídicos com finalidade dissimulatória. O caráter excepcional da prática de requalificação ou de analogia fica mais expreso ainda na cláusula "*salvo disposição de lei em contrário*" no caput do art.116 do CTN, que evidencia a primazia ao regime de Direito Privado na constituição dos fatos geradores.

Pois bem, parece-nos que há uma *clara primazia dos conceitos e formas de Direito Privado na definição, conteúdo e alcance das hipóteses de incidência e dos fatos geradores*, salvos nas exceções previstas expressamente por lei.

2. Do tratamento contábil e societário das operações que constituíram a desmutualização.

Como relatada anteriormente, a BM&F e a BOVESPA eram entidades na forma de associações civis sem fins lucrativos, na forma do art.15 da Lei nº9.532/1997, devendo as corretoras que pretendessem operar naqueles mercados de capitais deterem títulos representativos do patrimônio daquelas entidades (art.3º, §2º, do Regulamento Anexo à Resolução nº 1655/89).

Em 1997 houve a primeira reestruturação da BOVESPA, com a *cisão* de parte do seu patrimônio para a criação da Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (CBLC) e a BOVESPA Serviços e Participações S.A., ambas na forma de sociedades anônimas.

Em 2007, operação semelhante ocorre, mediante *a cisão das associações e incorporação da parcela cindida por sociedades anônimas de capital aberto* - os títulos das corretoras na BM&F e na BOVESPA foram trocados por ações das novas companhias - BM&F S.A. e BOVESPA HOLDING S.A., respectivamente.

Em decorrência dessa operação, houve emissão de ações ordinárias da BM&F S.A. atribuídas aos detentores de títulos patrimoniais da BM&F, sem direito de retirada. Quanto à BOVESPA HOLDING S.A., foi incorporada parcela cindida da BOVESPA, bem como da BOVESPA Serviços e Participações S.A. e da CBLC.

Em seguida, foi criada a "Nova Bolsa S.A.", que incorporou a BM&F S.A. e a BOVESPA HOLDING S.A., unificando as operações das bolsas de valores e de mercadorias e futuros nessa nova companhia, que passou à denominação BM&FBOVESPA S.A.

Pois bem, cabe analisar agora o efeito de cada uma dessas operações sobre os títulos patrimoniais/ações da Recorrente.

A Fiscalização entende que a transformação operada pela BM&F e BOVESPA em Companhias deveria, para fins jurídicos e contábeis, ser caracterizada como uma operação de devolução de capital.

Como bem coloca o Prof. Eliseu Martins, a representação da titularidade sobre o Capital Próprio no caso das sociedades anônimas é dada por uma **ação**, correspondente a um n avos do valor total do Patrimônio Líquido (não só do Capital Social, diga-se de passagem). Já em uma sociedade limitada, a titularidade se dá com base em **cotas** possuídas. Nas associações de que falamos essa titularidade se dava por meio de **títulos patrimoniais**. *Apesar de possuírem denominação e características diferentes, poderíamos dizer que do ponto de vista econômico, os três instrumentos representam títulos de propriedade, e, portanto, fazem parte de um único gênero (fl.593).*

É preciso também ressaltar que as operações que constituíram a desmutualização foram todas **típicas**, previstas na lei 6.404/64:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

De fato, a desmutualização nada mais foi do que uma sucessão de operações de cisão e de incorporações com o objetivo de chegar, ao fim, à BM&FBOVESPA S.A.. Outra não foi a constatação da fiscalização no TVF (fls. 221 a 239, Anexo I), no qual reconheceu a *regularidade das operações societárias realizadas*. Por regularidade, entenda-se que houve o cumprimento de todas as formalidades legais, e não houve qualquer espécie de vício nos negócios jurídicos efetuados.

Sobre as operações de cisão e incorporação, esclarece Eliseu Martins que *a substituição dos títulos de propriedade de uma entidade pelos títulos de outra entidade, consequência da mudança da forma jurídica dessa entidade, não altera a natureza contábil desses títulos, pois tanto os títulos patrimoniais como as ações, no caso em discussão, correspondem basicamente à propriedade indireta sobre basicamente os mesmos Ativos e Passivos (fl.593)*.

No entanto, há a pretensão da Fiscalização de caracterizar a desmutualização em duas transações distintas, uma de **devolução do patrimônio das associações** e outra de **integralização de capital nas novas sociedades**. Veja-se que a Lei das S.A. trata especificamente das causas de devolução do patrimônio das associações aos portadores de títulos patrimoniais, **condicionando essa devolução à liquidação das quotas patrimoniais**.

Ora, a Lei 6.404/64 é clara ao contrastar a cisão e a incorporação com a liquidação, ao tratar da extinção das Companhias em seu art.219:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.

De fato, a liquidação decorre de outra operação típica, distinta das que ocorreram no caso da desmutualização: a **dissolução**, tratada nos arts. 206 e 207 daquela lei:

Art. 206. Dissolve-se a companhia:

I - de pleno direito:

a) pelo término do prazo de duração;

b) nos casos previstos no estatuto;

c) por deliberação da assembléia-geral (art. 136, X); (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

d) pela existência de 1 (um) único acionista, verificada em assembléia-geral ordinária, se o mínimo de 2 (dois) não for reconstituído até à do ano seguinte, ressalvado o disposto no artigo 251;

e) pela extinção, na forma da lei, da autorização para funcionar.

II - por decisão judicial:

a) quando anulada a sua constituição, em ação proposta por qualquer acionista;

b) quando provado que não pode preencher o seu fim, em ação proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social;

c) em caso de falência, na forma prevista na respectiva lei;

III - por decisão de autoridade administrativa competente, nos casos e na forma previstos em lei especial.

Efeitos

Art. 207. A companhia dissolvida conserva a personalidade jurídica, até a extinção, com o fim de proceder à liquidação. (grifo nosso)

Ora, a pretensão da Fiscalização de caracterizar a desmutualização em duas transações distintas, uma de devolução do patrimônio das associações e outra de integralização de capital nas novas sociedades, não encontra amparo do ponto de vista da efetiva realidade e, conseqüentemente, do ponto de vista contábil, pois *em nenhum momento ocorreu a efetiva restituição dos recursos que no passado foram entregues às associações, nem a transferência a esses investidores dos resultados obtidos e retidos pelas associações.*

Corroborando essa conclusão o fato de na escrituração do lançamento de reclassificação do investimento no Recorrente, o investidor que antes tinha títulos patrimoniais e que agora os vê **substituídos** por ações, como base de valor dos novos títulos nesse evento da substituição, exatamente o mesmo montante contábil relativo aos títulos anteriores. Ou seja, os ativos e passivos foram transferidos para as sociedades anônimas pelos seus exatos valores contábeis com que constavam no balanço das associações onde estavam antes.

Ora, se as ações foram adquiridas através da incorporação das sociedades mencionadas, por qual razão deveria as ações terem natureza distinta? O artigo 179 da lei 6.404/76 se refere à classificação que deve ser feita *para a integralização de patrimônio*, e não para a incorporação de outras sociedades haja vista que as ações permaneceram como representativas do capital social incorporado.

Reconhecendo a incongruência da posição da Fiscalização é eloquente o voto do Cons. Antônio Carlos Atulim, ao julgar questão idêntica no Acórdão 3403.003-447, transcrito abaixo:

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 obvide 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.

Reconhecida a natureza de **típica** das operações efetuadas pela Associação BOVESPA, é natural que os títulos mantenham a mesma natureza que possuíam anteriormente à bipartição da associação, preservando a sua natureza de ativo não circulante. Pois bem, a sucessiva conversão da associação em sociedade anônima implica a conversão desses títulos em ações de idêntico valor monetário, sem que a classificação contábil seja alterada.

A cisão não envolve devolução de patrimônio aos detentores de títulos emitidos pela cindida pela singela razão de que o ato implica transferência direta de patrimônio de uma pessoa jurídica à outra, sem intermediação. É o que se lê do contido nos artigos 223, §2º, 227, §2º e 229, §§3º e 5º, todos da Lei nº 6.404/76 e, de resto, dito e reverberado na melhor doutrina:

“Subscrive o aumento a incorporada e não seus acionistas, embora o produto dessa subscrição, ou seja, as ações ou quotas dela decorrentes, sejam entregues. Temos assim que o pagamento da subscrição é feito pela incorporada, em benefício de seus sócios ou acionistas, e não em benefício próprio.”
(CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v.4, 4ªed.. São Paulo: Saraiva, P.266)

“Ocorre que a incorporação, que se efetiva com a subscrição do capital da incorporadora com o patrimônio líquido da incorporada, não constitui nem compra e venda, nem alienação sui generis. Isto porque a transferência do patrimônio de uma para outra sociedade dá-se a título de pagamento das ações subscritas pela incorporada a favor de seus sócios ou acionistas.
(CARVALHOSA, Modesto. *Ob.Cit.*, p.275)

E, com efeito, a vontade da sociedade que será incorporada não é de alienar, permutar ou vender seu patrimônio, mas de subscrever com ele o capital de outra sociedade. Assim, a subscrição, que é obrigação da incorporada, cumpre-se com a integralização em bens e direitos que constituem o seu patrimônio, fazendo pelo valor líquido deste. A entrega desse patrimônio como forma de pagamento tem como efeito a

transferência de propriedade sobre o mesmo, no valor correspondente ao da subscrição. Temos, assim, que a transferência do patrimônio da incorporada para a incorporadora se dá a título de pagamento da dívida contraída com a subscrição.” 2 “Dessa forma, diretamente, o patrimônio da sociedade cindida transfere-se às novas ou já existentes sociedades, que se tornam suas sucessoras universais, na exata medida da parcela do patrimônio que lhes é transferida.” (CARVALHOSA, Modesto. Ob. Cit., P.308).

A conversão implica a preservação não apenas do valor monetário, mas do que ela representa economicamente (o patrimônio da sociedade), e também a sua classificação contábil. Corroborando essa ilação, o marco regulatório do tema - Deliberação CVM nº 29/86 - afirma:

(...) 2º) A contabilidade possui um grande relacionamento com os aspectos jurídicos que cercam o patrimônio, mas, não raro, a forma jurídica pode deixar de retratar a essência econômica. Nessas situações, deve a Contabilidade guiar-se pelos seus objetivos de bem informar, seguindo, se for necessário para tanto, a essência ao invés da forma.”

E cita um exemplo disto:

(...) uma empresa vende um ativo, mas assume o compromisso de recomprá-lo por um valor já determinado 'em certa data. Essa formalidade deve ensejar a contabilização de uma operação de financiamento (essência) e não de compra e venda (forma).”

Desse modo, o fato da alienação ter ocorrido não basta para que as ações devessem ter sido escrituradas de forma diversa do que foram, pois no momento da incorporação representavam exatamente o ativo não circulante da empresa. No caso em análise, a classificação das ações recebidas no ativo permanente, mesmo grupo em que estavam registrados os títulos patrimoniais, indica que a intenção da administração foi a de optar por permanecer com esses investimentos pelo menos em um primeiro momento ***sendo o lançamento contábil é o meio que formaliza essa intenção.***

Nesse sentido é o entendimento do Conselheiro. Ivan Alegretti:

Embora juridicamente sejam distintas as qualidades de um título e de uma ação, no 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.

(...)

a 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 não tem como questionar, mas tendo assim ocorrido, é de acordo com estes atos concretos que levaram a cabo tais operações que deve ser aplicada a legislação.

A substituição das quotas pelas ações, portanto, caracterizam a 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.

Agir no sentido considerado como "correto" pelo Fisco, além de desafiar a lógica econômica, contábil e jurídica, iria de encontro ao disposto no Parecer Normativo CST nº3/80:

*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.** (grifo nosso)*

Tal Parecer só corrobora o que vem sendo afirmado até agora, acerca da necessária qualificação contábil como ativo não circulante, inclusive diante da pretensão de alienação futura. E mais, não basta que o gestor decida *per si* colocar à venda um ativo qualquer para que possa ser feita a sua transferência do não circulante para o circulante - deve haver uma decisão formalizada de diretoria ou conselho e um plano de alienação consolidado (o que não se verifica no caso concreto, onde é apresentado apenas um contrato de adesão padrão como prova da intenção), nos termos do *Pronunciamento Técnico CPC 31 - Ativo Não Circulante Mantido para Venda e Operação Descontinuada*:

"6. A entidade deve classificar um ativo não circulante como mantido para venda se o seu valor contábil vai ser recuperado, principalmente, por meio de transação de venda em vez do uso contínuo.

*7. Para que esse seja o caso, o ativo ou o grupo de ativos mantido para venda deve estar disponível para venda imediata em suas condições atuais, sujeito apenas aos termos que sejam habituais e costumeiros para venda de tais ativos mantidos para venda. Com isso, **a sua venda deve ser altamente provável.***

8. Para que a venda seja altamente provável, o nível hierárquico de gestão apropriado deve estar comprometido com o plano de venda do ativo, e deve ter sido iniciado um programa firme para localizar um comprador e concluir o plano. Além disso, o ativo mantido para venda deve ser efetivamente colocado à venda por preço que seja razoável em relação ao seu valor justo corrente. Ainda, deve-se esperar que a venda se qualifique como concluída em até um ano a partir da data da classificação, com exceção do que é permitido pelo item 9, e as ações necessárias para concluir o plano devem indicar que é improvável que possa haver alterações significativas no plano ou que o plano possa ser abandonado." (grifo nosso)

3. Do tratamento tributário da alienação de ações e seu respectivo ganho de capital

A respeito do tratamento tributário a ser dado ao ganho de capital decorrente das alienações das ações representativas dos ativos da Recorrente, o art.3º, §2, IV da lei 9718/98 traz o seguinte:

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

IV - as receitas de que trata o inciso IV do caput do art. 187 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, decorrentes da venda de bens do ativo não circulante, classificado como investimento, imobilizado ou intangível;

Como foi visto anteriormente, o fato das incorporações e cisões não afetam a natureza jurídica de ativo imobilizado, não circulante, das ações decorrentes da conversão dos títulos patrimoniais. Além disso, não se verificou erro na sua classificação após as incorporações, com base nos fundamentos acima.

Juridicamente, o que se verifica é que há uma tentativa de **requalificação** do fato gerador, a despeito da tipicidade das operações realizadas e o claro regime de Direito Privado previsto para as operações.

O que há de subterrâneo na pretensão fiscal é equiparar o tratamento tributário (*rectius* efeitos tributários) da cisão/incorporação à dissolução da sociedade, para fins de determinar o regime tributário da receita decorrente do ganho de capital das ações posteriormente à incorporação.

Naturalmente, o regime jurídico desta receita é decorrente da classificação contábil do ativo, que por sua vez depende da *intenção manifesta* de permanência ou não no patrimônio da sociedade, bem como da classificação utilizada na sociedade cindida/incorporada, haja vista que preserva a natureza econômica/material do título/ação.

No seu raciocínio, o Fisco faz **uma analogia**, inclusive *contra legem*, ao aplicar o regime da dissolução à cisão e incorporação, como forma de qualificar a transferência como uma subscrição primária de ações, e em seguida faz uma **requalificação jurídica** considerar apenas o efeito econômico da venda das ações (o ganho de capital),

desconsiderando a natureza contábil do ativo alienado - é dizer, prescindindo da sua substância jurídica e contábil em prol de um elemento exclusivamente econômico.

Por si só, a analogia *contra legem* é vedada no Direito Privado (salvo naqueles ordenamentos com previsões expressas de seu uso no combate à fraude à lei), em respeito às formas negociais típicas. Essa proibição só é reforçada pelo Direito Tributário, especialmente pelo art.108, §1º do CTN, haja vista que o emprego dessa analogia faz parte da composição de uma exigência tributária para além daquela prevista na legislação pertinente.

Ademais, ao requalificar juridicamente a operação de venda dos ativos não circulantes, para desconsiderar a natureza contábil e jurídico do objeto da alienação, o Fiscal aplicou interpretação econômica, proscria pela legalidade tributária, como de resto é pacífico doutrinária e jurisprudencialmente.

4. Conclusão

Em razão de todo o exposto, entendo equivocada a autuação fiscal em seu dispositivo e em seus fundamentos, dando INTEGRAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário do Contribuinte.

É como voto.

Relator Carlos Augusto Daniel Neto - Relator