



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

Processo n° 16327.000686/2010-76
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3202-000.711 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de abril de 2013
Matéria PIS/COFINS - DESMUTUALIZAÇÃO DA BOLSA
Recorrente MORGAN STANLEY CORRETORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/10/2007/

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

Classificam-se no Ativo Circulante as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente.

As ações da Bovespa Holding S/A recebidas em decorrência da operação denominada desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA, negociadas dentro do mesmo ano, poucos meses após o seu recebimento, devem ser registradas no Ativo Circulante.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA OPERACIONAL. OBJETO SOCIAL. VENDA DE AÇÕES.

Nas sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, que têm por objeto social a subscrição de emissões de ações e/ou a compra e a venda de ações, por conta própria e de terceiros, a base de cálculo das contribuições sociais é o faturamento / receita bruta operacional, o que inclui, necessariamente, as receitas típicas da empresa auferidas com a venda de ações da Bovespa Holding S.A., recebidas em decorrência das operações societárias denominadas “desmutualização”.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 31/10/2007

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

Classificam-se no Ativo Circulante as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente.

As ações da Bovespa Holding S/A recebidas em decorrência da operação denominada desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA,

negociadas dentro do mesmo ano, poucos meses após o seu recebimento, devem ser registradas no Ativo Circulante.

PIS/PASEP. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA OPERACIONAL. OBJETO SOCIAL. VENDA DE AÇÕES.

Nas sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, que têm por objeto social a subscrição de emissões de ações e/ou a compra e a venda de ações, por conta própria e de terceiros, a base de cálculo das contribuições sociais é o faturamento / receita bruta operacional, o que inclui, necessariamente, as receitas típicas da empresa auferidas com a venda de ações da Bovespa Holding S.A., recebidas em decorrência das operações societárias denominadas “desmutualização”.

Recurso Voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao Recurso Voluntário. Vencidos os Conselheiros Gilberto de Castro Moreira Júnior, Thiago Moura de Albuquerque Alves e Rodrigo Cardozo Miranda. O Conselheiro Gilberto de Castro Moreira Júnior apresentará declaração de voto. Acompanhou o julgamento, pela recorrente, a advogada Ana Paula S. Lui, OAB/SP nº. 157.658.

Irene Souza da Trindade Torres – Presidente

Luís Eduardo Garrossino Barbieri – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Irene Souza da Trindade Torres, Rodrigo Cardozo Miranda, Luís Eduardo Garrossino Barbieri, Gilberto de Castro Moreira Junior, Charles Mayer de Castro Souza e Thiago Moura de Albuquerque Alves.

Relatório

O presente litígio decorre de lançamentos de ofício veiculados através de autos de infração (e-fls. 105/ss), lavrados e com ciência em 30/06/2010, para a cobrança do PIS, multa de ofício e juros de mora (no montante de R\$ 1.875.678,05 – e-fl. 116) e da COFINS, multa de ofício e juros de mora (no montante de R\$ 11.542.634,19 – e-fl. 124), em decorrência da incidência dos tributos no processo denominado de “desmutualização” da Bovespa, mais especificamente sobre as receitas de venda de 6.926.266 ações de emissão da Bovespa Holding S/A através de Oferta Pública (IPO), em outubro de 2007.

Neste passo, com vistas a melhor elucidar os fatos e destacar os argumentos trazidos pelas partes transcreve-se o **relatório** constante da decisão de primeira instância administrativa (fls. 182/ss), *verbis*:

Em consequência de procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias foram lavrados, em 30/06/2010, contra a contribuinte acima identificada:

*a) o **Auto de Infração relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins** para formalização e cobrança do crédito tributário nele estipulado no valor total de R\$ 11.542.634,19 (sendo R\$ 5.754.341,79 a título da contribuição, R\$ 1.472.536,06, a título de juros de mora - calculados até 31/05/2010- e R\$ 4.315.756,34, a título de multa de ofício - 75%), referente ao fato gerador ocorrido em 31/10/2007 (fls. 102/104). A exigência está fundamentada nos arts. 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/2002; e no art. 18 da Lei nº 10.684/2003;*

*b) o **Auto de Infração relativo à Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS** para formalização e cobrança do crédito tributário nele estipulado no valor total de R\$ 1.875.678,05 (sendo R\$ 935.080,54 a título da contribuição, R\$ 239.287,11, a título de juros de mora -calculados até 31/05/2010- e R\$ 701.310,40, a título de multa de ofício - 75%), referente ao fato gerador ocorrido em 31/10/2007 (fls. 94/97). A exigência está fundamentada nos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718/1998; art. 1º da Medida provisória nº 2.158/2001 e no art.179 da Lei nº 6.404/1976.*

1.1. A ciência da autuação ocorreu na mesma data da lavratura, 30/06/2010, conforme consignado às fls. 95 e 103.

2. De acordo com o disposto nas folhas de Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fls. 96 e 104), a infração apurada refere-se a "FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO" das contribuições para o PIS e COFINS.

*2.1. No **Termo de Verificação Fiscal**, a autoridade fiscal inicialmente informa a respeito dos termos lavrados e das respostas recebidas pela fiscalização. Ao descrever os fatos, o autuante expõe que:*

- a Morgan Stanley Corretora de Títulos e Valores Mobiliários S/A com sede na cidade de São Paulo, conforme art. 2º de seu Estatuto Social (Consolidado na Ata da AGO e de 28/02/2007 - fls. 72 a 81), tem por objeto social exercer as atividades típicas de sociedade corretora, conforme regulamentos do Banco Central do Brasil;

- por ser sociedade corretora, a interessada sujeita-se a tributação do PIS e da COFINS nos moldes da Lei nº 9.718/1998 (art. 8º, I, da lei nº 10.637/2002 e art. 10, I, da lei nº 10.833/2003);

- a contribuinte, através de Oferta Pública (IPO), alienou 6.926.266 ações de emissão da Bovespa Holding S/A, correspondente a 81,67% das ações que passou a ser titular

- *Para a Autoridade Fiscal, portanto, essa devolução seria desdobramento jurídico inevitável da suposta extinção das Associações Bovespa para posterior constituição de novas sociedades. Em outras palavras, considerou-se que a operação de desmutualização foi fracionada em duas etapas: (i) a extinção da associação; e (ii) a criação da sociedade anônima;*
- *a transformação dos títulos em ações decorreu de operação societária de cisão parcial da associação civil e posterior incorporação por uma sociedade por ações, operação, aliás, expressamente prevista pelo art. 2.033 do Código Civil de 2002;*
- *não tem razão a Autoridade Fiscal ao entender que a associação Bovespa estaria extinta, o que justificaria a suposta ocorrência de devolução do patrimônio descrita no artigo 17 da Lei nº 9.532/97 e a conseqüente necessidade de registro das ações recebidas no ativo circulante. Não tendo ocorrido a extinção da associação, não há que se falar em extinção dos títulos respectivos, tampouco em "devolução" do patrimônio que justifique a pretensa aplicação do artigo 17 da Lei nº 9.532/97;*
- *a operação de desmutualização implica mera mudança de denominação do ativo, de modo que os títulos e as ações representam o mesmo bem. Não há dúvidas de que inexistente devolução, o que ocorre é simples troca de nomenclatura. Portanto, é natural que as ações, por corresponderem exatamente aos títulos anteriormente registrados, devam permanecer contabilizadas de forma idêntica, ou seja, no ativo permanente da Impugnante.*
- *sendo impossível a aplicação do art. 17 da Lei nº 9.532/97 ao presente caso, não há como se justificar a alegada extinção dos títulos e a conseqüente necessidade de registro das ações, bens supostamente novos, no ativo circulante da Impugnante, o que deverá ser reconhecido desde já por essa I. Turma Julgadora e, conforme se passará a demonstrar, levará ao cancelamento integral dos autos de infração ora combatidos;*
- *Estando demonstrado que as ações da Bovespa Holding S/A, assim como os títulos patrimoniais que as antecederam, devem ser registrados em conta de ativo permanente, a Impugnante passará a demonstrar as razões pelas quais a receita decorrente da venda de tais ações não integra a base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, diferentemente do afirmado pela Autoridade Fiscal;*
- *nos-termos da Lei nº 9.718, de 28 de novembro de 1998, as contribuições ao PIS e à -COFINS ,têm como base de cálculo o faturamento das pessoas jurídicas, entendido este como receita bruta, e, de acordo com o artigo 3o , § 2o , inciso IV, do mesmo diploma legal, a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente exclui-se da quantificação de receita bruta para fins de tributação pelas referidas contribuições*
- *considerando que as ações recebidas na desmutualização representam bens regularmente contabilizados em conta de ativo permanente da Impugnante, as receitas auferidas quando da sua*

alienação não estão sujeitas à incidência da contribuição ao PIS e à COFINS;

- *não há que se falar em exigência de PIS e COFINS supostamente incidente sobre tais valores, como equivocadamente entendeu a Autoridade Fiscal, no Termo de Verificação anexo aos autos de infração, reportando-se a ementa de acórdão proferido pela 4ª Turma de Julgamento da DRJ/Ribeirão Preto (DECISÃO 3.427, em 13.03.2003);*

- *como a desmutualização gera uma mera substituição de ativos equivalentes, decorrentes de um processo de sucessão universal, que não implica alienação do ativo original, a contabilização das ações recebidas em substituição aos Títulos deve espelhar contabilização idêntica àquela anteriormente adotada em relação aos Títulos;*

- *a substituição dos títulos patrimoniais por ações não pode ser classificada como uma operação de alienação, pois a desmutualização não possibilita às corretoras qualquer outra alternativa que não seja a substituição dos títulos pelas ações correspondentes. Não existe a prerrogativa de venda dos títulos ou de permuta por um outro ativo. Na desmutualização não se verifica, em qualquer momento, a intenção de as corretoras se desfazerem de seus ativos antigos (títulos);*

- *a contabilização de um determinado ativo em conta do permanente deve se basear na intenção da sociedade no momento de sua aquisição. E, com relação aos títulos patrimoniais, posteriormente transformados em ações, é inegável que a intenção da Impugnante, quando da compra, era de permanecer com tais ativos, para poder atuar como corretora;*

- *as orientações contidas nos Pareceres Normativos CST nº 108/1978 e nº 03/1980 retratam o procedimento que deve ser adotado pelos contribuintes em relação aos ativos integrantes de sua contabilidade, em especial no tocante à sua classificação como ativo permanente e o momento dessa classificação, ratificando-se o procedimento adotado pela Impugnante;*

- *ainda que as ações tivessem que ser contabilizadas no ativo circulante (procedimento errado, conforme já demonstrado), o que se alega apenas a título argumentativo, também não haveria que se falar em incidência das contribuições em questão sobre o resultado da alienação desses ativos, pois não se trata de receita operacional e tampouco receita que integra o faturamento da Impugnante;*

- *a receita auferida pela Impugnante com a alienação das ações da Bovespa Holding S/A não se caracteriza como derivada da venda de mercadorias ou da prestação de serviços, essa sim a real abrangência do termo "faturamento" empregada no artigo 195 da Constituição Federal de 1988 ("CF/88"), fundamento de validade da Lei nº 9.718/98;*

- *ao contrário do que afirmou a autoridade fiscal, está claro que a alienação das ações detidas pela Impugnante não foi realizada "no exercício de seu objeto social", pois o que ocorreu foi a venda de ativos próprios, que não haviam sido adquiridos para negociação. Muito embora a venda das ações da Bovespa Holding S/A coincida com um dos objetos sociais da*

Impugnante, é certo que essa alienação específica não foi realizada no exercício da atividade operacional;

• ainda que a receita com a venda das ações da Bovespa Holding S/A pudesse ser considerada como "operacional" para a Impugnante, o que se alega apenas para argumentar, ela não estaria submetida à incidência da contribuição ao PIS e da COFINS, pois não foi auferida com a venda de mercadorias nem com a prestação de serviços e, portanto, não integra o faturamento, base de cálculo das referidas contribuições;

• para que se determine a base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS é irrelevante saber se as receitas são ou não são operacionais: deve-se verificar se elas se incluem ou não no conceito de faturamento. O conceito de faturamento é o mesmo para todas as empresas, independentemente da atividade por elas desenvolvida, nele não se incluindo receitas financeiras e/ou receitas que não aquelas decorrentes da venda de mercadorias e/ou serviços;

• a incidência dessas contribuições deve ocorrer sobre o faturamento auferido pela Impugnante, conforme definição disposta na legislação já em vigor antes da lei 9.718/98, qual seja, faturamento enquanto produto das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, tal como definido pela Lei complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, que instituiu a cobrança da COFINS;

• a majoração da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS pretendida pelo parágrafo 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, com a inclusão de receitas que excedem o faturamento, já foi afastada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por manifesta inconstitucionalidade, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 346.084-6, cuja ementa transcreve à fl. 122;

• havendo decisão definitiva do STF sobre a questão, deve ser aplicada quando do julgamento da presente impugnação, nos termos do que determina o art. 1º do Decreto 2.346/97, de forma a reconhecer-se, com isso, a supremacia da Constituição, que, em hipótese alguma pode ser afastada;

• as receitas em questão não podem ser consideradas, em qualquer hipótese, como sendo operacionais, tampouco como decorrentes da venda de mercadorias ou da prestação de serviços, o que deverá ser reconhecido por esse I. Turma Julgadora, a fim de que sejam aplicadas as decisões proferidas pelo STF, cancelando-se, em consequência, os autos de infração lavrados para exigência das contribuições aos PIS e à COFINS;

• considerando-se a natureza remuneratória da taxa SELIC, a inconstitucionalidade de sua aplicação, bem como sua ilegalidade, não há que se admitir a utilização da mesma, no presente caso, com a natureza de juros de mora;

• ao exigir os juros calculados à taxa Selic sobre a multa de ofício lançada nos autos de infração originários do presente processo, a Autoridade Fiscal agiu em evidente afronta ao

princípio constitucional da legalidade, o que não pode ser admitido.

A 8ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo proferiu o Acórdão n.º 16-29.349 de 03 de fevereiro de 2011 (e-folhas 220/ss), o qual recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/10/2007

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

Devem ser classificados no Ativo Circulante as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente. Correta a classificação, no Ativo Circulante, das ações da BOVESPA HOLDING S/A que foram recebidas pela contribuinte em decorrência de processo de desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA e que foram negociadas logo após ao seu recebimento, no caso, dentro de poucos meses de seu ingresso nos registros contábeis da impugnante.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA (OPERACIONAL). OBJETO SOCIAL. VENDA DE AÇÕES.

A base de cálculo da contribuição é a receita bruta, nos termos da legislação de regência. Tendo a interessada como objeto social a exploração de atividades de negociação e intermediação com títulos e valores mobiliários e mercadorias negociáveis em bolsas de valores e bolsas de mercadorias e futuros, considera-se como receita bruta (operacional) aquela proveniente da venda de ações, inclusive das ações da BOVESPA HOLDING S/A que foram recebidas pela contribuinte em decorrência de processo de desmutualização da BOVESPA.

MULTA DE OFÍCIO. PROVIMENTO JUDICIAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INOCORRÊNCIA.

O provimento judicial obtido pela contribuinte não afasta a incidência da contribuição sobre as receitas ditas operacionais, não havendo que se falar em suspensão da exigibilidade do crédito tributário lançado e, tampouco, em cancelamento da multa de ofício lançada.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO

A multa de ofício, porquanto parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

TAXA SELIC. APLICABILIDADE.

A utilização da taxa SELIC para o cálculo dos juros de mora decorre de lei, sobre cuja aplicação não cabe aos órgãos do Poder Executivo deliberar.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 31/10/2007

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

Devem ser classificados no Ativo Circulante as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente. Correta a classificação, no Ativo Circulante, das ações da BOVESPA HOLDING S/A que foram recebidas pela contribuinte em decorrência de processo de desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA e que foram negociadas logo após ao seu recebimento, no caso, dentro de poucos meses de seu ingresso nos registros contábeis da impugnante.

PIS. BASE DE CALCULO. RECEITA BRUTA (OPERACIONAL). OBJETO SOCIAL. VENDA DE AÇÕES.

A base de cálculo da contribuição é a receita bruta, nos termos da legislação de regência. Tendo a interessada como objeto social a exploração de atividades de negociação e intermediação com títulos e valores mobiliários e mercadorias negociáveis em bolsas de valores e bolsas de mercadorias e futuros, considera-se como receita bruta (operacional) aquela proveniente da venda de ações, inclusive das ações da BOVESPA HOLDING S/A que foram recebidas pela contribuinte em decorrência de processo de desmutualização da BOVESPA.

MULTA DE OFÍCIO. PROVIMENTO JUDICIAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INOCORRÊNCIA.

O provimento judicial obtido pela contribuinte não afasta a incidência da contribuição sobre as receitas ditas operacionais, não havendo que se falar em suspensão da exigibilidade do crédito tributário lançado e, tampouco, em cancelamento da multa de ofício lançada.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO

A multa de ofício, porquanto parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

TAXA SELIC. APLICABILIDADE.

A utilização da taxa SELIC para o cálculo dos juros de mora decorre de lei, sobre cuja aplicação não cabe aos órgãos do Poder Executivo deliberar.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

A interessada foi cientificada do Acórdão da DRJ – São Paulo em 28/02/2011 (folhas 196/197).

Foi interposto Recurso Voluntário (fls. 237/ss), onde a Recorrente repisa os mesmos argumentos trazidos em sua impugnação, acrescentando apenas comentários e ponderações sobre o voto vencedor da decisão de primeira instância.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional apresentou “**Contrarrrazões**” (e-fls. 297/ss), onde em síntese aduz que:

- foi denominado “Desmutualização” o conjunto de alterações societárias que culminaram na transferência das atividades das Bolsa – até então desempenhada por associação sem fins lucrativos – para companhia aberta, com propósitos econômicos;

- 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. Posteriormente, houve a subscrição das ações emitidas pela Bovespa Holding S/A. Deste modo, ao serem alienadas as ações subscritas, foi gerada receita passível de tributação pelo PIS e pela COFINS, e que não foram oferecidas à tributação;

- a subscrição e aquisição de tais ações não implicaram a singela troca de nomes dos títulos/ações, já que o Recorrente recebeu novas ações até então inéditas no seu acervo patrimonial, emitidas por pessoas jurídicas juridicamente distintas (Bovespa Holding S/A e BM&F S/A) das anteriores que expediram originalmente os ativos (Bovespa e BM&F);

- a aquisição dos títulos patrimoniais e sua manutenção no patrimônio do Recorrente se faziam imperativas para que ele pudesse exercer suas atividades junto às bolsas no momento em que adquiriu os títulos das associações civis. Posteriormente, perante a transformação da Bovespa e da BM&F (entidades sem fins lucrativos) em sociedades anônimas, deixou-se de existir a necessidade;

- 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.

- a decisão do STF que julgou inconstitucional o §1º do art. 3º da Lei n. 9.718/98 se fiou na indevida ampliação da base de cálculo faturamento. Para o STF, até a EC n. 20/98, a COFINS somente poderia incidir sobre os ingressos patrimoniais oriundos de sua atividade empresarial típica; isto é, as demais receitas atípicas (não-operacionais) estariam fora da hipótese de incidência da COFINS, posto que nesse caso, não são faturamento da empresa, nos moldes da jurisprudência do STF. Partindo-se da premissa de que as ações recebidas pelo Recorrente devem ser classificadas como Ativo Circulante da empresa, fica patente o acerto da Fiscalização ao tributar – por meio do PIS e da COFINS – os valores obtidos com a alienação de tais ações.

- os art. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 1998, preveem que a receita bruta, auferida pela pessoa jurídica, será objeto de tributação das mencionadas contribuições. Isto porque o montante recebido pelo contribuinte – em decorrência da alienação das ações emitidas pela BM&F S.A e pela BOVESPA HOLDING S.A. – integram a sua receita bruta operacional, visto que são oriundas da atividade típica, regular e habitual do contribuinte;

- por fim, a UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) requer que seja negado provimento ao recurso voluntário interposto pelo contribuinte.

O processo digitalizado foi distribuído e, posteriormente, encaminhado a este **Conselheiro Relator na forma regimental.**

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luís Eduardo G. Barbieri, Relator.

Da admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende os requisitos de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

Do objeto da controvérsia

A controvérsia em discussão refere-se aos efeitos jurídico-tributários advindos do conjunto de operações societárias denominada “desmutualização” da Bovespa, especificamente quanto a incidência do PIS e da Cofins sobre as receitas de alienações das ações recebidas quando da transferência das atividades, até então desempenhadas pela associação sem fins lucrativos, para a sociedade anônima (Bovespa Holding S/A).

A autoridade fiscal alega que os referidos direitos sobre as ações deveriam compor o “ativo circulante” 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.

Três questões precisam ser analisadas para definirmos quais os efeitos jurídico-tributários decorrem da desmutualização das bolsas:

1ª Se a formatação adotada nessas operações societárias encontra abrigo no ordenamento jurídico brasileiro;

2ª Se os títulos patrimoniais tem a mesma natureza jurídica das ações recebidas pelas corretoras no processo de desmutualização e, por conseguinte em qual grupo contábil as ações deveriam ser classificadas: Ativo Circulante ou Ativo Permanente?

3ª. E por fim, se a receita de vendas das ações recebidas pelas corretoras está sujeita a incidência do PIS e da Cofins?

Antes de posicionarmo-nos quanto aos efeitos jurídicos da “desmutualização” da Bovespa e da BM&F mostra-se necessário compreender no que exatamente consistiu esse conjunto de operações societárias que culminou com a unificação da Bovespa com a BM&F para, ao final, restarem fundidas na BM&F Bovespa S/A.

Da operação denominada “desmutualização” das bolsas

Inicialmente, para uma melhor elucidação dos fatos ocorridos transcrevemos trechos do detalhado relato histórico constante do artigo “A Desmutualização das Bolsas de Valores e seus Efeitos Fiscais para PIS/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), muito embora já adiantamos não concordar com as conclusões nele trazidas quanto ao efeito jurídico-tributário da operação:

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 n. 9.532/97. Assim, entendidos os requisitos dessa Lei, as associações 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 n. 1.655/1989).*

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.

Em relação à BM&F, tal associação sofreu cisão parcial pela qual foi criada a sociedade anônima BM&F, em operação formalizada por meio do “Instrumento de Protocolo e Justificativa da Operação de Cisão Parcial da Bolsa de Mercadorias & Futuros BM&F, datado de 17 de setembro de 2007, e da “Ata de Assembleia Geral Extraordinária da BM&F S.A.”, de 20 de setembro de 2007, que aprovou a incorporação da parcela cindida do patrimônio da BM&F.

Nos termos do Protocolo, a BM&F S.A. sucedeu a BM&F em todos os direitos e obrigações, bem como recebeu parcela de seu patrimônio. Por sua vez, a BM&F passou a exercer atividades de natureza assistencial, educacional e desportiva e ficou com um patrimônio residual.

Em decorrência dessa operação, houve emissão de ações ordinárias da BM&F S.A., atribuídas aos detentores de títulos patrimoniais da BM&F, com base no balanço patrimonial da BM&F apurado no balancete de 31 de agosto de 2007.

É importante salientar que, nos termos do item 7.1 do aludido Protocolo, a operação em discussão não deu direito de retirada aos detentores de títulos patrimoniais da BM&F.

A BOVESPA, por sua vez, teve sua cisão aprovada por Assembleias Gerais Extraordinárias (“AGE”) realizadas em 28 de agosto de 2007, aprovando versão de parte de seu patrimônio à Bovespa Serviços e à BOVESPA HOLDING S.A.

Por essa operação os direitos e obrigações da BOVESPA foram transmitidos para a Bovespa Serviços e para a BOVESPA HOLDING S.A., restando a BOVESPA (associação) com capital social residual.

Na ata de AGE da BOVESPA HOLDING S.A., datada de 28 de agosto de 2007, foi aprovada a incorporação da parcela cindida da BOVESPA, nos termos do “Protocolo e Justificação da Cisão Parcial da Bolsa de Valores de São Paulo com Incorporação das Parcelas Cindidas pela Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (“CLBC”), Bovespa Serviços e Participações S.A e Bovespa Holdinda S.A.”, celebrado em 17 de agosto de 2007.

Em outra ata de AGE, da mesma empresa e com mesma data, foi aprovada a incorporação da totalidade de ações da Bolsa de Valores de São Paulo S.A. (atual denominação da Bovespa Serviços e Participações S.A.) e da CLBC.

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

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

Em 14 de dezembro de 2007, foi constituída uma sociedade sob a denominação social de T.U.T.S.P.E. Empreendimentos e Participações S.A., com o objetivo social de participar em outras sociedades, como sócia ou acionista, no país ou no exterior (holding). Em 08 de abril de 2008, os acionistas dessa companhia aprovaram a alteração da sua denominação social, que passou a ser “Nova Bolsa S.A.”.

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

- i) *incorporação da BM&F S.A pela Nova Bolsa S.A., mediante versão à companhia do patrimônio líquido da BM&F; e*
- ii) *emissão de novas ações ordinárias, observando a proporção de 1 (uma) ação ordinária da Nova Bolsa S.A., para cada ação ordinária da BM&F S.A. O restante foi alocado como reserva de capital, de reavaliação, de lucros e estatutárias;*

Os acionistas da BM&F S.A, já na qualidade de acionistas da Nova Bolsa S.A., deliberam sobre a incorporação das ações da BOVESPA HOLDING S.A. da seguinte forma:

- iii) *incorporação das ações da BOVESPA HOLDING S.A. pela Nova Bolsa S.A., a valor de mercado, sendo parte destinada ao capital social e o restante à formação de reserva de capital; e*
- iv) *emissão de novas ações ordinárias, na proporção de 1,42485643 ação ordinária da Nova Bolsa S.A para cada ação ordinária da BOVESPA HOLDING S.A., correspondendo a 50% das ações ordinárias da Nova Bolsa S.A. (permanecendo os outros 50% sob titularidade da BM&F S.A.) e novas ações preferenciais que foram entregues aos acionistas da BOVESPA HOLDING S.A.. As ações preferenciais foram resgatadas contra reserva de capital sem redução social da Companhia.*

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

(negritamos)

Muito bem. Elucidadas as operações societárias ocorridas, passemos a análise e compreensão de seus efeitos à luz do nosso ordenamento jurídico.

De antemão ressaltamos o nosso entendimento de que com a operação de desmutualização não houve uma “mera sucessão” da associação sem fins lucrativos pelas sociedades anônimas de capital aberto, **por expressa vedação legal.**

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 pessoa jurídica constituída sob a forma de sociedade anônima – a Bovespa Holding S.A.

Vejamos o dispositivo legal prescrito pelo artigo 61 do Código Civil que trata da dissolução das Associações para fins não econômicos:

*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, **omisso este, 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.*

O artigo supramencionado 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. Assim sendo, dissolvida a associação o destino do seu patrimônio deve ser aquele previsto no Código Civil, conforme dispositivo supratranscrito, **não se podendo admitir destinação diversa.**

Não há, portanto, 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, vai frontalmente de encontro ao que dispõe o artigo 61 do Código Civil.

De outro lado, o artigo 1.113 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), *verbis*:

*Art. 1.113. O ato de transformação independe de **dissolução ou liquidação da sociedade**, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se. (grifamos)*

Reforça este entendimento a distinção feita no artigo 44 do mesmo Código, ao relacionar (e, portanto, distinguir) as pessoas jurídicas de direito privado, *verbis*:

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

Quanto ao artigo 2.033 do Código Civil presta-se apenas a reforçar o comando de que as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas de direito privado (inclusive as associações e sociedades), bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, serão regidas pelo Código, cada uma delas por normas específicas. Como já asseverado, a dissolução de Associação sem fins lucrativos é regida pelos dispositivos legais contidos no artigo 61.

Portanto, as operações societárias conduzidas com base em convenções particulares não encontram respaldo, a meu ver, nem mesmo em normas do direito civil.

E mais. Não há como acatar o argumento de que se a CVM – Comissão de Valores Mobiliários aceitou tais operações societárias, também devemos convalidá-las na esfera tributária. Os efeitos jurídico-tributários dessas operações não se inserem na esfera de competência da CVM.

Não há como negar que a alegada “transformação” pretendida – de Associação sem fins lucrativos para sociedade anônima – implica em **modificação da natureza jurídica dos direitos possuídos**: não são equivalentes os títulos patrimoniais das associações e as ações da pessoa jurídica resultante. Houve substancial alteração no direito em questão, uma vez que a Recorrente não era, anteriormente, detentora de ações da nova sociedade (Bovespa Holding S/A)

Com isso, resta evidenciado que houve, sob a ótica de nosso ordenamento jurídico, **devolução** à Recorrente dos valores que correspondiam aos títulos patrimoniais que detinha, embora não devolvidos em espécie, mas utilizados na obtenção/subscrição de ações da nova sociedade (Bovespa Holding S/A). 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”.

Desde modo, não procede a argumentação de que a escrituração das ações recebidas deveria, necessariamente, continuar sendo feita no Ativo Permanente, assim como eram escriturados os títulos patrimoniais (as associações sem fins lucrativos).

Esse entendimento restou assentado em diversos julgados proferidos pelo TRF da 3ª Região, embora todos tratando da incidência do IRPJ e da CSLL. Transcreve-se a emenda constante da Apelação Cível nº 0008706-05.2008.4.03.6100/SP:

TRIBUTÁRIO. DEVOUÇÃO 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 ab-rogados 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 Assembleia 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 TRF-3ª Região: Apelação Civil Nº 0008121-50.2008.4.03.6100/SP; Apelação Civil Nº 0002384-66.2008.4.03.6100/SP e Apelação Civil Nº 0008522-15.2009.4.03.6100/SP.

Da natureza da escrituração das ações recebidas em decorrência da desmutualização

Passemos a questão referente à escrituração das ações recebidas pelas sociedades corretoras em decorrência das operações societárias acima explanadas.

Se os títulos patrimoniais eram necessários para que as corretoras pudessem exercer sua atividade de operar na bolsa, correta está sua caracterização como Ativo Permanente em função do princípio da continuidade. Entretanto, o mesmo não acontece com as ações recebidas na desmutualização, que são valores mobiliários ordinários, possuindo características distintas dos títulos patrimoniais, não sendo necessário deter a posse dessas ações para que a empresa opere em bolsa. Essas ações representam papéis negociáveis, e justamente por isso puderam ser vendidas pela Recorrente.

Neste sentido, vejamos o que dispõe o artigo 179 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A), que trata da matéria:

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

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

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

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

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

Assim, tais ações recebidas deveriam ter sido classificadas no Ativo Circulante, uma vez que se referiam a direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente, como passamos a demonstrar.

Como relatado pela autoridade fiscal (e-folha 107), “*através de Oferta Pública (IPO), alienou 6.926.266 ações de emissão da Bovespa Holding S/A, correspondente a 81,67% das ações que passou a ser titular após o processo de desmutualização efetuado pela BOVESPA, pelo preço de R\$. 23,00 por ação*”.

A venda destas ações pode ser confirmada pelo documento apresentado pela Recorrente anexado a e-folha 51.

A Bovespa Holding S.A. foi criada em agosto de 2007 e uma parcela das ações recebidas pela Recorrente foi alienada em outubro de 2007, portanto, **dois meses após o recebimento**. Não há, deste modo, como acatar a tese da Recorrente de que as ações recebidas deveriam ser classificadas no Ativo Permanente.

A meu sentir, não há dúvidas que havia **a intenção de negociar** parte das ações recebidas no curso do ano subsequente, na verdade **no curso do próprio ano de 2007**, dois meses após data da criação da Bovespa Holding S.A., em **agosto de 2007**.

Aliás, esse foi o intuito dessa genial operação, sob o aspecto financeiro, ao “substituir” títulos patrimoniais de associação sem fins lucrativos em ações negociáveis por valores substancialmente superiores. Toda a moldagem das operações societárias que culminaram com a chamada desmutualização visava à obtenção de lucro com a receita da venda de parcela das ações recebidas. E não há nada de errado nisso, ao contrário é salutar, desde que se recolham os tributos devidos decorrentes da obtenção das receitas auferidas.

O documento anexado aos autos denominado “Ofício Circular 225/2007 - DG, datado de 18/09/2007 (e-folha 47/ss), enviado pela Bovespa aos seus acionistas (dentre os quais a Recorrente) orienta-os como poderia ser efetuada a escrituração das novas ações emitidas, conforme trecho abaixo transcrito:

1) *Detentores de Títulos Patrimoniais da BOVESPA*

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

Em contrapartida, à sua opção:

- o registrar o correspondente valor no Ativo Circulante, em subconta específica da conta Títulos de Renda Variável (conta do COSIF nº 1.3.1.20.), das ações de emissão da BOVESPA Holding S.A. recebidas em substituição, se a decisão for a de considerar essas ações como sendo "títulos disponíveis para negociação ou venda", ou

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

Ademais, são fatos notórios (artigo 334, inciso I, CPC), amplamente divulgados ao público em geral, a criação da Bovespa Holding S.A. em agosto de 2007 e a Oferta Pública Inicial das ações em outubro de 2007, conforme pode ser atestado, a título ilustrativo, no informativo publicado na “Revista Bovespa”(site

www.bmfbovespa.com.br/InstSites/RevistaBovespa/104/Capa.shtml, consulta efetuada em 20/04/2013), em trechos abaixo transcritos:

Com o IPO, a Bolsa é a notícia.

*Seguindo à risca um cronograma rígido, a Bolsa de Valores de São Paulo **transformou-se em sociedade anônima em 28 de agosto de 2007**, com o nome de Bovespa Holding S.A., tornou-se uma empresa de capital aberto em **23 de outubro**, incluída no Novo Mercado da própria Bolsa e **três dias depois seus papéis** – todos eles ordinários e nominativos – **começaram a ser negociados**. Foi uma estreia e tanto: mais de 50% de valorização no primeiro pregão, reflexo do interesse de investidores locais e internacionais. Mais do que a maior emissão do ano e recorde histórico no País, no montante de R\$ 6,625 bilhões, a oferta pública inicial – também chamada de IPO (Initial Public Offering) – pode desde já ser batizada de a mais importante mudança nos 117 anos de história da instituição.*

(...)

Assim, um ano e meio depois de começar efetivamente a desenvolver o projeto, dois meses após o pedido de registro na Comissão de Valores Mobiliários (CVM), e encerrado um frenético road-show de 16 dias pelo mundo, a Bovespa concluiu o processo de abertura de seu capital. A Bovespa Holding estreou no pregão exibindo conquistas que fazem justiça a todos os obstáculos dessa caminhada, permeada de minuciosos estudos, intensas negociações e acurada vigilância dos cenários macro, locais e globais.

***O IPO da Bolsa** – como foi apelidado pela imprensa – não poderia ter sido mais bem-sucedido. Foram colocadas no mercado 288 milhões de ações a um preço de emissão de R\$ 23,00, o que propiciou uma captação de R\$ 6,625 bilhões (cerca de US\$ 3,7 bilhões), a maior da história no Brasil e a quinta do mundo, em 2007 (no topo do ranking global do ano, está a Petrochina, que levantou US\$ 8,5 bilhões e estreou no começo de novembro em Xangai). A operação da Bovespa Holding representou mais que o dobro da captação da Ali Baba, empresa de internet chinesa, que ocorreu no mesmo período – equipes de ambas, por sinal, cruzaram-se em Nova York, por conta dos road-shows simultâneos. Mas teve para a Bovespa ingredientes ainda mais saborosos: **colocou 40,8% do capital no mercado**, despertou o interesse de quase 70.000 investidores pessoas físicas (objeto de atenção especial), que ficaram com 10% do total ofertado, ao lado dos investidores institucionais brasileiros (20%) e estrangeiros (70%, percentual em linha com os IPOs precedentes); a Bolsa de Nova York, por exemplo, levou 1%. Mais ainda, desconcentrou o capital: o maior acionista ficou com apenas 4,3% do capital da Bovespa.*

*No dia da estreia em pregão, a ação da Bovespa Holding fechou cotada a R\$ 34,99, uma alta de 52,13%. Foi “um dia de glória, sucesso e realização”, resumiu Magliano Filho, presidente da Bovespa conduzido à presidência do Conselho de Administração da nova empresa. **O IPO representou um momento culminante da estratégia de ampliação da base acionária** – combinada com a popularização do mercado que democratiza o capital –*

iniciada no começo da década, quando Magliano assumiu o comando da entidade.

(...)

Já em meados deste ano, depois de dezenas de estudos, projeções, reuniões e conversações, ficou pronta a proposta. No dia 28 de agosto passado, realizou-se a assembleia que aprovou por unanimidade a desmutualização e a consequente abertura de capital, incluídas todas as condições para a oferta pública e seu respectivo prospecto. Foram 3 horas e meia de uma reunião fatiada, na verdade, em sete assembleias, dada a agenda específica a ser cumprida. No dia seguinte, 29, a Bolsa apresentava à CVM o pedido de registro de companhia aberta para a Bovespa Holding acompanhado da solicitação da oferta pública (IPO).

(...)

No mesmo sentido, os prospectos e documentos da oferta da Bovespa Holding S.A. (Anúncio de encerramento, prospecto definitivo, comunicado ao mercado, aviso ao mercado) que estão disponíveis para consulta pública no site da própria BM&F Bovespa S.A. (www.bmfbovespa.com.br/pt-br/mercados/acoes/ofertas-publicas/bovespa-holding-sa-9112007). Abaixo transcrevemos a informação constante do citado site sobre o resultado das ofertas:

Resultado da Oferta (Bovespa Holding S.A.):

O processo de bookbuilding da oferta de ações da Bovespa Holding S.A., realizado em 24/10/2007, fixou o preço em R\$ 23,00 por ação. Os pedidos de reserva de investidores de varejo considerados prioritários foram atendidos integralmente até o valor de R\$ 12.098,00 que correspondem a 526 ações. Os pedidos de reserva de investidores de varejo considerados não prioritários não foram atendidos. As “Pessoas Vinculadas” foram excluídas da oferta de acordo com o Comunicado ao Mercado publicado no dia 23/10/2007. A liquidação ocorrerá no dia 30/10/2007.

Em face de todos os elementos probantes acima citados, assim como em decorrência da própria formatação das operações negociais efetuadas, é de se concluir que a Recorrente obteve, com a desmutualização, ações de terceiros com a intenção (ou compromisso) de posterior alienação e que, efetivamente, vendeu as ações no mesmo exercício de sua aquisição (ano 2007).

Reforça, ainda, este entendimento o Parecer Normativo CST nº 108/78, editado para dirimir dúvidas quanto à classificação de determinadas contas (embora tratando especificamente sobre os efeitos da correção monetária do balanço, à época exigida), *verbis*:

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 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 os importâncias aplicadas na aquisição de ações e outros títulos de participação societária, com a intenção de mantê-las em caráter permanente, seja para obter 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)*

No mesmo sentido a doutrina abaixo transcrita que aborda os requisitos necessários à classificação das participações permanentes em outras sociedades no Ativo:

*Essas participações são os tradicionais investimentos em outras empresas, na forma de ações ou de quotas. Devem ter a característica de permanente, ou seja, incluem-se aqui somente investimentos em outras sociedades que **tenham a característica de aplicação de capital, não de forma temporária ou especulativa, existindo efetiva intenção de usufruir dos rendimentos proporcionados por esses investimentos.**"*

(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.)

Destarte, 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.

Dos efeitos jurídico-tributários da operação de “desmutualização” das bolsas

Como relatado, as operações societárias foram conduzidas de modo a resultar na criação, cisão, incorporação e extinção de empresas, de acordo suas conveniências negociais. Entretanto, as convenções e os contratos particulares não têm o condão de vincular os efeitos tributários decorrentes dessas operações, em homenagem ao princípio da legalidade.

Muito embora as operações societárias que resultaram na desmutualização das Bolsas tenham sido engendradas pelos partícipes das referidas entidades com a finalidade de maximizar a obtenção de lucro decorrente das receitas auferidas com as vendas das ações recebidas, como já argumentado, foram feitas em descompasso com prescrito no Código Civil,

mais especificamente o artigo 61, não podendo, portanto, produzir os efeitos jurídico-tributários almejados, qual seja a não incidência das contribuições para o PIS e para a Cofins.

Ressalte-se que não se está aqui pretendendo desconsiderar os negócios jurídicos, apenas se está aplicando os efeitos jurídico-tributários previstos na legislação de regência.

A autoridade fiscal fez o enquadramento legal das receitas auferidas nos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98 (e-folhas 141 e 148), que têm a seguinte redação:

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

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

§ 1º (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

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

(...)

*IV - a receita decorrente da venda de bens do **ativo permanente**.*

(...)

§ 5º Na hipótese das pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, serão admitidas, para os efeitos da COFINS, as mesmas exclusões e deduções facultadas para fins de determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP.

6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no §1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir: (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

(...)

As ações recebidas pela Recorrente devem ser classificadas no Ativo Circulante, como já demonstrado linhas atrás, deste modo, as receitas obtidas com a alienação dessas ações constituem **receita bruta operacional** auferida pela pessoa jurídica, sujeita à incidência do PIS e da Cofins, como passamos a demonstrar.

Em nosso ordenamento jurídico encontramos os termos “faturamento” e “receita bruta” bem delineados nos seguintes dispositivos legais:

Decreto-Lei nº 1.598/77:

*Art. 12 - A **receita bruta** das vendas e serviços compreende o produto da **venda de bens** nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados*

Lei Complementar nº 70/91:

*Art. 2º A **contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o **faturamento mensal**** assim*

considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Lei nº 9.715/98:

*Art. 3º Para os efeitos do inciso I do artigo anterior considera-se **faturamento a receita bruta**, como definida pela legislação do imposto de renda, proveniente da **venda de bens** nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia.*

Também restou assentado no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF pelo STF que o faturamento refere-se a “*receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza*” (trecho do voto do Ministro Moreira Alves).

Pois bem. As ações, no caso das corretoras, são os bens/mercadorias objeto das operações de compra e venda, portanto, a receita de venda destes bens/mercadorias enquadra-se perfeitamente nas definições dos dispositivos supramencionados, devendo ser considerada como receita bruta/faturamento destas empresas.

A Recorrente é uma corretora de títulos e valores mobiliários que tem como objeto social “a prática de operações ativas, passivas, derivativas e acessórias inerentes às sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, de acordo com os regulamentos do Banco Central do Brasil a ela aplicáveis e com as disposições legais e regulamentares em vigor, **incluindo a gestão e a administração de carteiras de valores mobiliários** e fundos de investimentos” (vide artigo 2º do estatuto social da Recorrente, juntado aos autos a e-folha 69).

Esta característica das corretoras, inclusive, está prevista expressamente no artigo 2º da Resolução nº 1.655/89 do Conselho Monetário Nacional, *verbis*:

“Art. 2º - A sociedade corretora tem por objeto social:

(...)

II – subscrever, isoladamente ou em consórcio com outras sociedade autorizadas, emissões de títulos e valores mobiliários para revenda.

Deste modo, as receitas auferidas pela **alienação** das ações da 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 9.718/98, como pelo fato de comporem a receita bruta operacional das instituições financeiras, nos termos dos parágrafos 5º e 6º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. Os mencionados §§ 5º e 6º dispõem que as exclusões seriam as mesmas do PIS, previstas na Lei nº 9.701, de 1998, que define a base de cálculo como sendo a “receita bruta operacional auferida no mês”.

Da discussão judicial quanto à base de cálculo das contribuições sociais

Como amplamente divulgado, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 357.950/RS, 390.840/MG, 358.273/RS e 346.084/PR o STF decidiu que o faturamento das empresas compõe-se, apenas, de suas receitas operacionais (receita bruta da venda de mercadorias ou da prestação de serviços), ligadas a sua atividade principal, não devendo

integrá-lo as demais receitas não operacionais. Deste modo, foi decretada a inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

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

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

Da cobrança de juros sobre a multa de ofício

A Recorrente questiona, ainda, a cobrança dos juros Selic exigidos sobre a multa de ofício, por entender que não há previsão legal para a sua incidência.

Discordo deste entendimento.

A meu ver, há previsão legal para a cobrança. Vejamos, inicialmente, o que dispõe o art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(grifamos)

Os defensores da tese da não aplicação de juros sobre a multa salientam a menção do legislador a débitos de “tributos e contribuições”, diferentemente de legislação anterior, que reportava a débitos de qualquer natureza (Decreto-Lei nº 2.323, de 1987, e Lei nº 8.218, de 1991). Assim, alegam que deve ser feita uma interpretação literal do texto normativo.

Discordamos deste entendimento, até porque a interpretação literal, na maioria das vezes, é apenas o ponto de partida para a construção dos sentidos da norma a ser aplicada. Não devemos desprezar a expressão “**decorrente de**”, aposta antes dos vocábulos “tributos e contribuições”, constante do art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996. A melhor leitura que se deve dar à expressão “decorrentes de tributos e contribuições”, a meu sentir, refere-se aos débitos “cuja **origem** remonta de tributos e contribuições”.

A multa de ofício **decorre** do não pagamento do tributo! Diferente seria se o citado artigo 61 prescrevesse que “apenas os débitos de tributos e contribuições submeter-se-iam aos juros de mora”. Não foi essa, a meu ver, a intenção do legislador. Não devemos, portanto, interpretar o dispositivo legal desprezando o sentido da expressão “decorrente de”, constante do texto em vigor.

E mais, uma interpretação exclusivamente literal não é a mais adequada como leciona Paulo de Barros Carvalho (in Direito Tributário, Linguagem e Método, 1ª edição, p. 201): “O critério sistemático da interpretação envolve os três planos (sintático, semântico e pragmático) e é, por isso mesmo, exaustivo da linguagem do direito. Isoladamente, só o último (sistemático) tem condições de prevalecer, exatamente porque ante supõe os anteriores. É assim, considerado o método por excelência”.

Se fizermos uma interpretação teleológica, pautada na finalidade do dispositivo legal, ressalta sobremaneira a necessidade de incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício. É preciso ser dito, que as multas encerram em si duas finalidades precípuas: uma finalidade punitiva, em razão da prática de uma conduta reprovada pelo ordenamento jurídico e uma finalidade educativa, na medida em que o contribuinte que cometeu o ilícito tributário, bem como os demais contribuintes, será compelido a não repetir tal conduta juridicamente indesejada. Tem-se, assim, que afastar a incidência de juros moratórios sobre as multas de ofício seria frustrar totalmente a finalidade dos dispositivos legais que cominam a multa de ofício.

Em outro giro, se fizermos uma interpretação sistemática dos dispositivos do CTN, também chegaremos à conclusão que os juros moratórios incidem sobre a multa de ofício. Vejamos.

Não adimplida a obrigação tributária no prazo legal, nasce para o contribuinte o dever de pagar o valor do tributo e mais a multa por sua mora. Por ocasião da constituição do crédito tributário, pelo lançamento de ofício, a multa de ofício correspondente passa a integrar aquele valor, composto do tributo e devidos acréscimos legais (juros de mora + multa de ofício), nos termos do que prescreve o artigo 113/CTN. Como se observa, a partir do lançamento, o tributo e a multa de ofício passam a ser devidos pelo contribuinte, e esse valor será uniformemente corrigido de acordo com a legislação. Não há possibilidade para a segregação das formas de correção deste montante total. Em outras palavras, não é lógico que apenas o valor do tributo sofra a incidência de juros moratórios, a multa de ofício não, sendo que ambas as verbas fazem parte de um mesmo todo - crédito tributário.

Como dispõe o artigo 139 do CTN, o crédito tributário possui a mesma natureza da obrigação principal e esta, por sua vez, é composta tanto pelo tributo quanto pela penalidade pecuniária. Após o lançamento, tributo e multa se convolvem em crédito tributário, e é sobre essa quantia que os juros deverão incidir.

Neste sentido, convém transcrever julgados do Superior Tribunal de Justiça que já decidiram por manter os juros sobre a multa de ofício, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. MULTA PUNITIVA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA INCIDÊNCIA.

- 1. Incide juros de mora e correção monetária sobre o crédito tributário consistente em multa punitiva.*
- 2. Perfeitamente cumuláveis os juros de mora, a multa punitiva e a correção monetária. Precedentes.*
- 3. Recurso especial não provido.*

(STJ, 2ª T, REsp 1146859/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, publ. 11/05/2010)

TRIBUTÁRIO. MULTA PECUNIÁRIA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. LEGITIMIDADE.

- 1. É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.*
- 2. Recurso especial provido.*

(STJ, 2ª T, REsp 1129990/PR, Rel. Ministro Castro Meira, em 14/09/2009)

No âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais CARF, há diversos julgados do CARF reconhecendo a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício, dentre eles citamos os seguintes:

JUROS DE MORA - MULTA DE OFÍCIO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL

A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

(Acórdão CSRF/04-00.651, de 18/09/2007; Relator: Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho)

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

O crédito tributário não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora em percentual equivalente à taxa SELIC.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, após o seu vencimento, está prevista pelos artigos 43 e 61, § 3º, da Lei 9.430/96.

(Acórdão 103-22197, de 07/12/2005; Relator: Aloysio José Percínio da Silva)

Entendo que o crédito tributário compreende o tributo e a penalidade pecuniária, interpretação esta que harmoniza os diversos dispositivos do CTN. Acrescente-se, ainda, que a legislação ordinária (*ex vi* artigo 43 e 61, Lei nº 9.430/96) de há muito vem prevendo a incidência dos juros sobre a multa de ofício, sem que se tenha notícia da invalidação dessas normas pelo Poder Judiciário, por falta de fundamento de validade.

Conclui-se, assim, que o art. 161 do CTN autoriza a cobrança de juros sobre o crédito tributário, incluindo-se nesta rubrica, como argumentado, a multa de ofício. O § 1º do artigo 161 prescreve que os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês, salvo se lei dispuser de modo diverso. E a lei dispôs de forma diversa. O artigo 61, parágrafo 3º, da Lei nº 9.430/96, determina que sobre os débitos incida juros de mora calculados à taxa a que se refere o §3º do art. 5º (juros equivalentes à Taxa Selic), a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

A dicção da Súmula nº 4 do CARF corrobora nossos argumentos, na medida em que fala genericamente em débitos tributários, *verbis*:

*Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre **débitos tributários** administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

Conclusão

Deste modo, para as sociedades corretoras de câmbio e valores mobiliários, a base de cálculo é a receita bruta operacional, o que inclui, necessariamente, as receitas auferidas com a venda das referidas ações da Bovespa Holding S.A., receitas estas decorrentes de atividade típica de empresa.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

Luís Eduardo Garrossino Barbieri

Declaração de Voto

Conselheiro Gilberto de Castro Moreira Junior

Em primeiro lugar, gostaria de saudar o ilustre relator, Conselheiro Luís Eduardo Garrossino Barbieri, pelo seu voto bastante abrangente e profundo a respeito do tema da desmutualização da Bovespa e da BM&F. Entretanto, ousou discordar do relator em suas premissas relativas à operação de desmutualização das bolsas, o que ensejará na impossibilidade de tributação das operações em questão pelo PIS e COFINS.

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."

José Eduardo Tavares Borba é categórico ao afirmar que:

"Não se verifica, na transformação, a extinção da sociedade para a criação de outra, porquanto a sociedade transformada representa a continuidade da pessoa jurídica preexistente, apenas com uma roupagem jurídica diversa.

Não ocorre, por conseguinte, o fenômeno da sucessão, pois que ninguém pode ser sucessor de si próprio; a sociedade permanece com todos os créditos e débitos anteriores exatamente porque eram e continuam sendo de sua responsabilidade. Os bens que constituem o patrimônio social não serão objeto de transmissão, uma vez que não mudaram de titular, cumprindo promover, nos registros de propriedade, uma mera averbação do novo nome da sociedade.

Os preceitos da lei das sociedades anônimas sobre transformação (arts. 220 e 222) aplicavam-se a todas as espécies de societárias, não apenas à S.A. 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. 101.142-2 (TJSP, 24-6-1985), 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. 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 242.721-SC, 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 operações encontram, ademais, guarida nos dispositivos do Código Civil mencionados anteriormente.

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 3404-001.734 e 3403-001.757 proferidos pela 3ª Turma, da 4ª Câmara, da 3ª Seção do CARF, de relatoria do Conselheiro Ivan Allegretti, senão vejamos:

¹ 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...

² 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. 24/08/2001

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 3404-001.734)

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 3403-001.757)

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

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

Parecer Normativo CST 108/78

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

7.1 - Por participações permanentes em outras sociedades, se entendem as importâncias aplicadas na aquisição de ações e outros títulos de

participação societária, com a intenção de mantê-las em caráter permanente, seja para obter o controle societário, seja por interesses econômicos, como, por exemplo, a constituição de fonte permanente de renda. Essa intenção será manifestada no momento em que se adquire a participação, mediante a sua inclusão no subgrupo de investimentos - caso haja interesse de permanência - ou registro no ativo circulante, não havendo esse interesse. Será, no entanto, presumida a intenção de permanência sempre que o valor registrado no ativo circulante não for alienado até a data do balanço do exercício seguinte àquele em que tiver sido adquirido; neste caso, deverá o valor da aplicação ser transferido para o subgrupo de investimentos e procedida a sua correção monetária, considerando como data de aquisição a do balanço do exercício social anterior. (grifamos)

Parecer Normativo CST 3/80

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

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

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

Quando analisamos a movimentação subsequente desses ativos e identificamos uma situação de alienação de ações em curto prazo, a primeira interpretação é a de que a classificação contábil não estava adequada. Porém essa interpretação, baseada unicamente no momento das alienações, deve ser considerada com certa restrição; afinal, a decisão de venda de um ativo pode surgir a partir de eventos isolados, e que nem sempre não previsíveis.

Pode então ser comentado que a empresa já assinara compromisso de venda de parte dessas ações. Mas, de fato em nada muda a caracterização de que se tratava de um ativo adquirido, na sua origem, para poder operar nas bolsas, portanto, um ativo permanente à época, que agora fica disponibilizado para venda. Classificado no permanente ou classificado no

circulante ou mesmo, à época, no realizável a longo prazo, em nada muda: tratava-se de um investimento adquirido para servir como permanente que agora poderia, sim, ser colocado à venda.

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

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

Diante do exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto pela Recorrente.

Gilberto de Castro Moreira Junior