



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

Processo n° 16327.001329/2009-91
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3302-001.851 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de outubro de 2012
Matéria PIS e COFINS
Recorrente MERRILL LYNCH S/A CORRETORA TVM
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/10/2007, 30/11/2007, 31/12/2007

RECEITA DE VENDA DE AÇÕES ADQUIRIDAS PARA REVENDA. TRIBUTAÇÃO.

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 31/10/2007, 30/11/2007, 31/12/2007

RECEITA DE VENDA DE AÇÕES ADQUIRIDAS PARA REVENDA. TRIBUTAÇÃO.

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

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/10/2007, 30/11/2007, 31/12/2007

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 operacionais, não havendo que se falar em suspensão da exigibilidade do crédito tributário lançado e, tampouco, em cancelamento da multa de ofício lançada.

MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS SELIC.

Como débito decorrente de tributo e contribuição administrado pela Receita Federal, incidem sobre a multa de ofício, a partir da data de vencimento, juros Selic.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **3ª câmara / 2ª turma ordinária** da terceira **SEÇÃO DE JULGAMENTO**, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do redator designado. Vencidos os conselheiros Fabiola Cassiano Keramidas (relatora), Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto, que davam provimento ao recurso. Designado o conselheiro José Antonio Francisco para redigir o voto vencedor. O Conselheiro Gileno Gurjão Barreto apresentará declaração de voto.

Fez sustentação oral: Dr. Roberto Quiroga Mosquera - OAB/SP 83755 e Dr. Rodrigo Moreira Lopes - Procurador da PGFN.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA

Presidente e Redator *Ad Hoc*

(assinado digitalmente)

FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva (Presidente), Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Fabiola Cassiano Keramidas, Alexandre Gomes, Gileno Gurjão Barreto, José Antonio Francisco.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração (fl. 295/305), que constituiu supostos débitos de PIS e COFINS, apurados nas competências de outubro a dezembro de 2007, cuja ciência foi dada ao contribuinte em 09/12/2009. Segundo o Termo de Verificação Fiscal (fls. 306/314) a Recorrente auferiu receitas derivadas da venda de ações que deveria ter submetido à incidência

das contribuições, mas não o fez, por ter entendido que se tratava de venda de ativo permanente, não sujeito, portanto, ao PIS e à COFINS.

De acordo com informações constantes no próprio TVF a Recorrente estava obrigada a manter títulos patrimoniais da BOVESPA e da BM&F para que pudesse operar como corretora dos títulos mobiliários negociados perante as duas instituições. Estes títulos eram adquiridos pelas empresas que pretendessem desenvolver suas atividades neste ramo, pois sua propriedade era condição para atuação perante as instituições.

Em virtude de processo de reorganização societária sofrido pela BOVESPA em 28/08/07 (desmutualização), mormente sua transformação de associação sem fins lucrativos em sociedade anônima, os títulos patrimoniais foram convertidos em ações da empresa (BOVESPA Holding S/A). Na ocasião cada título patrimonial correspondia a 706.762 ações da BOVESPA HOLDING S/A. A Recorrente, detentora de 13 títulos patrimoniais da BOVESPA recebeu, portanto, 9.187.906 (nove milhões, cento e oitenta e sete mil, novecentas e seis) ações da BOVESPA HOLDING S/A, no valor então equivalente a R\$ 20.394.448,23 (vinte milhões, trezentos e noventa e quatro mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e vinte e três centavos).

O mesmo ocorreu em relação à BM&F (desmutualização), que em processo similar foi transformada, em 01/10/2007, de associação sem fins lucrativos em sociedade anônima e converteu os antigos títulos patrimoniais em ações da empresa (BM&F S/A). Cada título patrimonial da categoria “Corretora de Mercadorias”, da BM&F foi transformado em 4.898.015 (quatro milhões, oitocentos e noventa e oito mil e quinze) ações da BM&F S/A. A Recorrente possuía um título patrimonial desta categoria e, portanto, esse foi o montante de ações que recebeu. Possuía, ainda, um título patrimonial da categoria “Sócio Efetivo”, pelo qual recebeu outras 10.000 (dez mil) ações, totalizando 4.908.015,00 (quatro milhões, novecentos e oito mil e quinze) ações, equivalente à R\$ 4.908.015,00 (quatro milhões, novecentos e oito mil e quinze reais).

A Recorrente realizou 04 operações de vendas das ações em comento, sendo a primeira em 30/10/2007 (ações da BOVESPA HOLDING S/A), a segunda e terceira em 30/11/2007 (ações da BOVESPA HOLDING S/A e da BM&F S/A), e a última em 28/12/2007 (ações da BM&F S/A).

Na ocasião **ofereceu à tributação do IRPJ e da CSLL o lucro auferido na alienação das referidas ações, contudo, deixou de recolher o PIS e a COFINS por entender que se tratava de venda de ativo permanente.** A fiscalização discordou desta interpretação, o que gerou o lançamento. A fiscalização reconhece que os títulos patrimoniais detidos pela Recorrente na BOVESPA se classificavam como ativo permanente, porém, entende que houve “devolução do capital” pelas associações sem fins lucrativos, no momento da desmutualização, através da conferência de “novas” ações das “novas” companhias.

Nesse sentido o Fisco entendeu que no momento da classificação destas “novas ações” deveria ser perscrutada a sua natureza e finalidade, e em vista da característica específica do título, não poderia ser mantida a classificação como ativo permanente, pois confundem com os demais títulos e valores mobiliários que são objeto de negociação/atividade da Recorrente e, por isso, a alienação destes “novos” títulos seria tributável pelo PIS e pela COFINS.

Ademais, em relação à declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 – que impede a tributação, pelo PIS e pela COFINS, do que não

seja faturamento (venda de serviços e/ou mercadorias) – entende que nos caso de instituições financeiras, as receitas financeiras se confundem com seu faturamento. Entende que a venda das ações em questão se confunde com seu resultado operacional.

O TVF faz referência, ainda, à medida judicial ajuizada pela Recorrente (Processo nº 2005.61.00.011085-0) em que pretende o reconhecimento da inconstitucionalidade do citado dispositivo da Lei nº 9.718/98, mormente para que se afaste a incidência das contribuições ao PIS e à COFINS sobre receitas que não correspondam ao conceito de faturamento previsto na Lei Complementar nº 70/91. Embora no momento da autuação existisse sentença favorável à Recorrente, com Recurso de Apelação da Fazenda Nacional recebido apenas no efeito devolutivo, a fiscalização concluiu que não haveria empecilho ao lançamento, pois entendeu que estava tributando receitas operacionais da Recorrente, não abarcadas pela medida judicial.

Intimada acerca do lançamento a Recorrente apresentou Impugnação às fls. 319/346, por meio da qual alega, em síntese, que:

- não houve devolução de capital, porque não houve dissolução ou encerramento das sociedades no processo de desmutualização, mas sim transformação de associações em sociedades anônimas.
- a transformação é espécie de reorganização societária que não implica na extinção de uma pessoa jurídica, como dispõe expressamente o Código Civil, mas sim mera alteração da sua forma de se organizar;
- por consequência, a alegação da autoridade fiscal de que houve extinção das associações, e que se aplicaria ao caso o artigo 17 da Lei nº 9.532/97, não procede;
- houve apenas a reclassificação ou sucessão de ativos, que deixaram de se chamar títulos patrimoniais e passaram a se chamar ações, mantendo-se, portanto, os mesmos registros e sua forma de contabilização;
- não havendo extinção das pessoas jurídicas e/ou devolução do capital, não se justifica a exigência de novo registro das ações;
- a substituição dos títulos não pode ser classificada como alienação, pois às corretoras não foi dada alternativa: a substituição foi realizada em razão da transformação das companhias;
- os valores e quantidade das ações recebidas correspondiam exatamente ao valor dos títulos patrimoniais o que evidencia se tratar de mera substituição;
- assim, mantém-se a classificação dos ativos, baseada na intenção do adquirente no momento desta aquisição – que, neste caso, foi o momento da aquisição dos títulos patrimoniais, cuja intenção só poderia ser de mantê-los, pois eram condição para o desenvolvimento das atividades da Recorrente;
- há parecer normativo (PN CST nº 03/80) que orienta os contribuintes a não alterar a contabilização de um ativo permanente apenas porque virá a ser alienado, pois o que se considera é a intenção no momento da contabilização

do bem, que deverá permanecer naquela conta até sua efetiva alienação, baixa ou liquidação;

- é impossível a incidência do PIS e da COFINS, pois a receita auferida não pode ser considerada derivada do faturamento da Recorrente, na medida em que se trata de alienação de ativos, e não de bens que haviam sido adquiridos para negociação;

- a fiscalização pretende impor significado diverso àquele conferido pela legislação e admitido pelo STF, para o termo faturamento;

- a decisão válida na medida judicial impetrada pela Recorrente não pode ser afastada, como pretendeu a fiscalização, pois se refere exatamente sobre a definição de quais receitas poderão ser ou não tributadas pelo PIS e pela COFINS, na medida em que visa o reconhecimento de que apenas as receitas derivadas da venda de mercadorias ou da prestação de serviços poderiam ser tributadas;

- a substituição de ativos equivalentes, e a não incidência das contribuições sobre ativo permanente, fundamentam os procedimentos adotados pela Recorrente;

- ademais, a receita advinda da venda destes ativos é receita de remuneração de capital próprio (alienou ações próprias e não de terceiros), e não de qualquer prestação de serviços que tenha realizado em favor de clientes;

- em relação à diferença de cálculo do custo de aquisição dos títulos patrimonial alienados em outubro, não procede o cálculo da fiscalização, pois desconsiderou o valor efetivamente pago pela Recorrente, quando de sua aquisição, ocasião em que pagou um valor superior ao valor que estava contabilizado na alienante, ou seja, o adquiriu com ágio – o que comprova por meio da juntada de balancete contábil (em que, de fato, o ágio encontra-se contabilizado);

- inaplicabilidade da multa de ofício, em razão da existência de decisão judicial válida e eficaz, no momento do lançamento, que determinava que a incidência do PIS e da COFINS somente poderia se dar sobre receitas derivadas da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços;

- ilegalidade da taxa SELIC, como índice de juros moratórios;

- ilegalidade da aplicação de juros sobre a multa cominada.

A DRJ manteve integralmente o lançamento (fls. 405/422), por entender que as ações recebidas em razão da desmutualização das entidades são ativos diferentes dos títulos patrimoniais antes contabilizados e que, por isso, deveriam ter passado por nova avaliação de classificação e não deveriam ser registradas no ativo permanente da Recorrente, mas em seu ativo circulante, sujeitando-se, ainda, à incidência das contribuições porque, no entender dos julgadores, se trata de atividade operacional da empresa e, assim, a receita dela decorrente se sujeita ao PIS e a COFINS.

O Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte (fls. 426/457) reitera os argumentos anteriormente apresentados em sua Impugnação.

Vieram-me então, os autos para decisão.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Fabiola Cassiano Keramidas, Relatora

O recurso é tempestivo, atende aos requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual dele o conheço.

A controvérsia dos autos refere-se à incidência do PIS e da COFINS sobre a receita derivada da venda de participação societária da Recorrente, em sociedades que passaram por processo de transformação (de associações sem fins lucrativos transformaram-se em sociedades anônimas). Vale destacar que a tributação imposta no lançamento tem por base as disposições contidas na Lei nº 9.718/98, pois a Recorrente é sociedade corretora submetida às disposições de referida norma, a qual estabelece que a base de cálculo das contribuições é o faturamento (e não a receita bruta), conceito este que está descrito e limitado pelas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, *in casu* a Recorrente possui ação judicial própria e obterá declaração específica neste particular.

O Fisco entende que as receitas advindas das vendas das participações que a Recorrente possuía na BOVESPA e na BM&F – pós transformação em sociedades anônimas – é tributável pelas referidas contribuições porque (i) tais participações não poderiam estar classificadas no ativo permanente da Recorrente, bem como porque (ii) advém do desenvolvimento de seu objeto social, qual seja, a compra e venda de títulos e valores mobiliários, compondo então a receita de desenvolvimento de suas atividades empresariais, receita esta que corresponderia à base de cálculo do PIS e da COFINS. As operações estão descritas pela recorrente em fluxograma anexado às fls. 40.

Entendo necessária a avaliação apartada dos dois fundamentos apontados pela fiscalização para efetuar o lançamento.

Em primeiro lugar, deve ser analisado a procedência do questionamento fiscal, quando à classificação destas participações societárias em conta do ativo permanente da Recorrente. Para tanto é necessário analisar se, com a transformação das associações sem fins lucrativos em sociedades anônimas as respectivas participações societárias deveriam sofrer reavaliação e reclassificação, sendo retiradas da conta de ativo permanente e transferidas para contas de ativo circulante – como alega a fiscalização.

Vale destacar que a fiscalização e a DRJ concordam que as participações societárias mantidas pela Recorrente nas associações (antes da transformação da BOVESPA e da BM&F), representada pela propriedade de títulos patrimoniais (que lhes garantia a atuação como corretoras de valores perante as duas instituições), estava corretamente registrada no ativo permanente da Recorrente.

A controvérsia está, portanto, no momento da transformação das associações, quando o Fisco entende ter havido devolução do capital investido à Recorrente e consequente necessidade de avaliação sobre onde deveriam se classificar as “novas” participações societárias. O Fisco entende que a conferência das ações das sociedades anônimas (pós transformação) aos associados da BOVESPA e da BM&F, representaria uma nova aquisição de participação societária o que implicaria na necessidade de reavaliação (e eventual reclassificação) do ativo, quando então, segundo entendimento fiscal, as ações deveriam ser registradas no ativo circulante, pois a Recorrente tinha, naquele momento, a intenção de vender tais ações.

A Recorrente, por sua vez, defende que não houve devolução de capital, tampouco “nova” aquisição de participação societária, mas a mera substituição de um tipo de participação (títulos patrimoniais), por outro tipo de participação (ações). O que, portanto, não demandaria nova avaliação ou reclassificação destes ativos, que seriam, em verdade, o mesmo ativo, apenas sob uma forma/título diferente.

(i) Do Registro em Ativo Permanente

Em primeiro lugar, passo a analisar o questionamento fiscal quanto à classificação das discutidas participações societárias em conta do ativo permanente da Recorrente. Para tanto é necessário analisar se, com a transformação das associações em sociedades anônimas, as respectivas participações societárias deveriam sofrer reavaliação e reclassificação, sendo retiradas da conta de ativo permanente e transferidas para contas de ativo circulante – como alega a fiscalização.

Vale destacar que não se discute, em momento algum nestes autos, quanto à adequação da classificação no ativo permanente das participações societárias mantidas pela Recorrente nas associações (antes da transformação da BOVESPA e da BM&F), representada pela propriedade de títulos patrimoniais (que lhes garantia a atuação como corretoras de valores perante as duas instituições).

A controvérsia limita-se, portanto, ao momento da transformação das associações, quando o Fisco desconsidera a operação societária da forma como realizada pela BOVESPA e BM&F.

Assim, para melhor compreensão da matéria, mister se faz dividi-la em dois aspectos: a primeira questão a ser avaliada refere-se à **(a)** operação societária; a qual consequentemente gera efeitos na conclusão da **(b)** classificação contábil das ações.

(i.a.) Da Operação Societária

Conforme esclarecido, a premissa da fiscalização para realizar o lançamento fiscal foi interpretar ter havido devolução do capital investido à Recorrente, o que gerou a necessidade de avaliação sobre onde deveriam se classificar as “novas” participações societárias. O Fisco entende que a conferência das ações das sociedades anônimas (pós transformação) aos associados da BOVESPA e da BM&F, representaria uma nova aquisição de participação societária o que implicaria na necessidade de reavaliação (e eventual reclassificação) do ativo, quando então, segundo entendimento fiscal, as ações deveriam ser registradas no ativo circulante, pois a Recorrente tinha, naquele momento, a intenção de vender tais ações.

Apesar das orientações constantes do citado Ofício, verifica-se que o contribuinte não seguiu tal orientação, pois, mesmo tendo disponibilizado parte das ações recebidas para venda no IPO pouco tempo após a aquisição e, ainda no mesmo exercício social, escriturou o total dessas ações no Ativo Permanente.”

A Recorrente, por sua vez, defende que não houve devolução de capital, tampouco “nova” aquisição de participação societária, mas a mera **substituição** de um tipo de participação (títulos patrimoniais), por outro tipo de participação (ações). O que, portanto, não demandaria a necessidade de nova avaliação ou reclassificação destes ativos. Por este raciocínio, tem-se que estes ativos seriam, em verdade, o mesmo ativo até então contabilizado, apenas sob uma forma/título diferente.

Esta diferença de interpretação realizada pelo Fisco e contribuinte é extremamente relevante, pois na hipótese de tratar-se de investimento novo - e não de manutenção de investimento antigo, já classificado contabilmente - não resta dúvida que haveria a necessidade de nova análise do ativo com a consequência de uma nova classificação contábil deste ativo. Resumidos os fatos, passo a analisar as opções apresentadas.

De acordo com a interpretação da fiscalização, a operação realizada resultou na devolução do capital para os associados. Mister se faz discorrer sobre este fato. A devolução de capital ocorre quando **alguém que detém participação na sociedade decide desligar-se ou, ainda, quando uma sociedade se extingue**. Em ambas as ocasiões, a sociedade devolve o capital investido ao participante (que deseja se retirar, ou a todos, no caso de extinção). Logo, tem-se que a devolução do capital alcança as situações em que o ocorrem a extinção do investimento, ainda que para aquele associado em particular.

Na situação em tela, contudo, **formalmente** não ocorreu nem uma nem outra hipótese. Conforme constado pelo próprio Termo de Verificação Fiscal, a Associação BOVESPA, em agosto/2007 se submeteu a uma operação societária que resultou na versão de boa parte de seu patrimônio para uma pessoa jurídica com fins lucrativos. Veja-se fluxograma anexado pela Recorrente às fls. 40.

Nos termos do voto do ilustre Conselheiro Marcos Tranchesi Ortiz, proferido nos autos do processo administrativo nº16327.001339/2010-61: *“Inicialmente, a instituição sujeitou-se a uma cisão parcial, com alocação dos ativos e passivos cindidos em duas sociedades, a Bovespa Holding S.A. e a Bovespa Serviços e Participações S.A., ambas constituídas imediatamente antes da operação. Em seguida, as ações emitidas por esta última sociedade foram incorporadas pela primeira, daí decorrendo a formação de uma subsidiária integral. Concluídos os atos societários, portanto, parte dos títulos patrimoniais emitidos pela Associação Bovespa foi extinta e substituída por ações representativas do capital social da incorporadora, a Bovespa Holding S.A., a significar que, no ativo da recorrente e dos demais associados, as novas ações passaram a ocupar a posição dos antigos títulos (a ‘Desmutualização’).”*

A primeira questão a ser avaliada, portanto, refere-se à operação societária ocorrida. É possível à associação sem fins lucrativos submeter-se ao processo de cisão? Mais do que isso, é possível, à fiscalização desconsiderar o procedimento da forma como realizado? Ainda, é possível o entendimento apresentado pela fiscalização?

No que se refere a possibilidade de uma associação sem fins lucrativos proceder à cisão, passo a análise dos dispositivos específicos referentes a este assunto. A

fiscalização entendeu que, por ser tratar de associação sem finalidade lucrativa, aplica-se ao caso o artigo 61 do Código Civil, o qual da seguinte forma determina, *verbis*:

*“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 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.” – destacamos.

Pelos termos do dispositivo legal citado, a fiscalização concluiu que não seria possível, à uma associação sem fins lucrativos, transferir patrimônio para uma sociedade com finalidade lucrativa. Por outro giro, em vista desta impossibilidade, o agente fiscal concluiu que a operação realizada pela BOVESPA gerou a devolução do patrimônio investido na associação para o associado, o qual procedeu a novo investimento, agora em sociedade com fins lucrativos.

Alguns aspectos apresentam-se relevantes. O primeiro é: pode ser realizada a cisão? Neste ponto divirjo do entendimento apresentado pela fiscalização, entendo que sim, é possível proceder a cisão, ainda que a parte cindida seja vertida para a constituição de uma sociedade lucrativa. É que entendo que a obrigatoriedade de versão do patrimônio para outra entidade sem fins lucrativos se aplica apenas no caso de *dissolução* da entidade, isto é, de extinção da personalidade jurídica. Este entendimento está pautado na interpretação dos termos da lei, *verbis*: ***“Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, (...) será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissa este, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes”***

Vale salientar que **não houve extinção das pessoas jurídicas**, mas sim transformação. A transformação, por sua vez, de acordo com o Código Civil (artigo 1.113¹) e a Lei das S/A (Lei nº 6.404/76 - artigo 220), é meio de reorganização societária que se dá independentemente da dissolução ou liquidação da sociedade. Aliás, por trata-se de mera

¹ Código Civil:

"CAPÍTULO X

Da Transformação, da Incorporação, da Fusão e da Cisão das Sociedades

alteração do tipo da sociedade, esta não poderia, mesmo, extinguir-se ou liquidar-se sob pena de não restar pessoa jurídica para ter seu tipo alterado.

Por outro giro, a possibilidade de cisão está prevista no Código Civil, artigo 2.033, que expressamente se refere às entidades sem fins lucrativas, a saber:

“Art. 2.033. Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código.”

Neste sentido, determina o artigo 44 do mencionado Código:

“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.

§ 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento.

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

§ 3º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica.”

Confesso que o procedimento adotado pela BOVESPA suscitou dúvidas nesta relatora, mas não encontrei na legislação a limitação interpretada pela fiscalização, ao contrário, outras entidades sem fins lucrativos como clubes, entidades de ensino, etc já realizaram este procedimento, passando a auferir lucros e apurar tributos na pessoa jurídica cindida. Ademais, apenas a legislação específica que trata das entidades sem fins lucrativos constituídas na forma de Fundação versa sobre o caráter obrigatoriamente público do patrimônio da entidade, no sentido de que uma vez que o patrimônio é propriedade da Fundação, nunca mais poderá ser privado.

Neste diapasão, é de meu entendimento que a cisão poderia ter sido realizada e que não houve extinção da pessoa jurídica, como interpretou a fiscalização.

Imperioso esclarecer que, com isso não estou validando procedimentos societários abusivos realizados por associados. O ilustre Procurador Federal, ao proceder à sustentação oral em defesa do lançamento da forma como realizado, argumentou que as associações são constituídas e mantidas com incentivo público e que consiste abuso, após a

associação estar consolidada justamente por contar com estes incentivos públicos, converter quase totalidade deste patrimônio para a iniciativa privada.

Neste particular concordo com a Procuradoria. Realmente, ao proceder a análise sistemática do ordenamento, parece-me abusivo permitir que alguns particulares se aproveitem de patrimônio constituído e consolidado com base em incentivos públicos. A lei permite a cisão, mas não o abuso, operação com este supedâneo deve ser desconstituída por abuso de forma e até mesmo erro de substância.

Todavia, *in casu* o auto de infração não foi lavrado com base na ocorrência de fraude, tanto é assim que não houve majoração de multa para o percentual de 150%. Não houve alegação/comprovação, por parte da Fazenda, de que as operações societárias ocorreram com abuso de forma. De que houve lesão ao patrimônio público.

Em conseqüência deste raciocínio, passemos ao próximo ponto, sendo a cisão ilegal para entidades sem fins lucrativos, a fiscalização poderia desconsiderá-la da forma como desconsiderou? Entendo que não.

É importante considerar que a operação societária foi efetivamente realizada, que os documentos societários foram devidamente registrados na Junta Comercial e que não houve desvio de finalidade por parte dos contribuintes envolvidos na operação societária, uma vez que os documentos de cisão demonstram exatamente o objetivo pretendido pelos associados da BOVESPA. Não resta dúvida que a operação de cisão foi formalmente realizada e aceita.

Tais aspectos são relevantes porque, conforme mencionado, a fiscalização desconsiderou a operação da forma como realizada para considerar como ocorrida outra realidade, qual seja, a restituição do capital investido e o novo investimento na pessoa jurídica que procedeu ao IPO.

Todavia, a desconsideração precisa ser justificada. Que os fatos ocorreram – ainda que formalmente - desta maneira, não resta dúvida, assim, como é que poderiam ser desconsiderados? De acordo com a jurisprudência deste Tribunal, os atos podem ser desconsiderados se o propósito negocial, a razão que os justificam, não são verdadeiras. Na hipótese da formalização do procedimento destoar da realidade dos fatos.

Ocorre que este não é o caso dos autos. Os fatos demonstram que os contribuintes pretendiam proceder a desmutualização e posterior abertura de capital da BOVESPA, e para atingir este objetivo procederam à cisão. Não houve alteração em relação ao propósito negocial pretendido. Na hipótese de a fiscalização entender que o meio escolhido para a desmutualização foi equivocado, nulo ou ilegal, deveria rever o próprio ato societário realizado pela BOVESPA (art. 116, CTN).

Entretanto, o ato da desmutualização, que gerou efeito na contabilidade da Recorrente, não foi revisto. A operação societária realizada - até o momento, pelas informações contidas nos autos – consiste em negócio jurídico perfeito, e não pode ser desconsiderada enquanto válida.

Com este raciocínio, a meu sentir, somente seria possível desconsiderar os efeitos da desmutualização para a Recorrente se a própria operação societária tivesse sido desconsiderada. O ato jurídico que deve ser analisado e, se o caso, desconsiderado, é a

operação realizada pela própria BOVESPA, sob pena de se tributar uma ficção jurídica, o que não se admite na legislação.

Caso o fato em si – a cisão da BOVESPA – não seja desconsiderado, tem que ser admitido como válido pelo Fisco, uma vez que foi devidamente formalizado e registrado nos órgãos competentes. Registro que com isso não estou dizendo que a JUCESP tem o poder de validar atos nulos ou ilegais, apenas que um ato jurídico perfeito tem que ser devida e justificadamente desconsiderado para deixar de surtir efeitos no mundo jurídico.

Desta feita, haja vista que a cisão foi realizada, registrada e validada, que não há razão que fundamente a desconsideração do procedimento realizado posto que o propósito comercial foi devidamente atendido, entendo que não é permitido à fiscalização simplesmente desconsiderar o a operação societária de cisão, interpretando que *na verdade* o que ocorreu foi uma devolução de capital com sucessivo investimento em nova sociedade.

Ademais, os investidores não tiveram, entre a desmutualização e a criação na nova sociedade, a disponibilidade jurídica dos valores investidos na entidade sem fins lucrativos, tanto é assim que não tinham opção de investir em outra sociedade qualquer. Este fato não ocorreu e não pode ser presumido.

Portanto, concluo que a alegação do Fisco de que as ações recebidas quando da transformação da BOVESPA e da BM&F se deu em razão de devolução de capital, não se sustenta.

No mesmo sentido, não há de se falar em “novas” empresas ou “novas” participações. As empresas sofreram alteração do tipo societário, modificaram apenas a forma de se organizar.

O Fisco utiliza este argumento – de que houve devolução do capital – também para justificar seu entendimento de que as ações detidas pela Recorrente não se confundem com os títulos patrimoniais que detinha.

Em decorrência do raciocínio acima apresentado, concluo que as premissas adotadas pelo Fisco estão equivocadas. Em primeiro lugar porque, como dito, não houve devolução de patrimônio e, em segundo lugar, porque justamente a equivalência das ações e dos títulos patrimoniais anteriormente detidos, no que se refere aos valores, bem como o fato de ter havido uma transformação do tipo societário, evidenciam que não se trata de nova aquisição de participação, mas mera substituição de um tipo de participação por outro, em razão da transformação das entidades.

Tanto assim, que como bem observou o Fisco, quando da substituição dos títulos patrimoniais pelas ações, foi necessário conferir ações que representassem o mesmo valor dos títulos patrimoniais anteriormente detidos. Esta equivalência também evidencia se tratar de mera substituição de um tipo de título representativo de capital por outro.

Por esta razão, a interpretação fiscal de que deveria ter sido registrado na contabilidade uma devolução de capital, distribuição de superávit, incorporação de bens e obrigações ao patrimônio da Recorrente, com posterior aquisição de novas participações em “outras” sociedades anônimas, pois esta realidade não ocorreu.

(i.b.) Da Classificação Contábil das Ações

A questão da operação societária é absolutamente relevante para a análise da classificação contábil das ações recebidas como troca pelos títulos que a Recorrente possuía da entidade sem fins lucrativos.

Isso porque pelo raciocínio da fiscalização, como houve um novo investimento, necessária se faria uma nova classificação. Neste sentido, se a classificação contábil correntemente se faz no momento em que o ativo é adquirido, claro que a constituição de uma nova sociedade é o momento de classificação do ativo, assim, no instante da constituição da BM&F, antes da venda das ações, deveria ser verificada a intenção do contribuinte para com o ativo, classificando-o como permanente (se a intenção era de manutenção do investimento a longo prazo) ou circulante (se a intenção era disponibilizar as ações para venda).

Todavia, conforme esclarecido, discordo deste posicionamento, no sentido de que a meu ver não se trata de novo investimento mas de manutenção de investimento antigo, haja vista que não coaduna com a interpretação de que houve a devolução do capital investido mas procedimento de cisão.

Neste diapasão, a questão que me parece relevante é saber se haveria, para a Recorrente, no momento da desmutualização ou em qualquer outro instante antes da venda das ações, **obrigação de reclassificar o ativo**, alterando a forma de contabilização de permanente para circulante.

É de se observar que os títulos foram adquiridos para o fim de investimento, sem que houvesse a intenção, por parte de Recorrente, de utilizá-los para obtenção de lucros. Até porque, à época, a obtenção do título era requisito para a que a Corretora pudesse operar na Bolsa de Valores.

Neste sentido, imperioso lembrar que, como bem esclarece o Parecer Normativo nº 03/80, citado pela Recorrente em sua defesa, tem-se como regra que **a classificação contábil é determinada no momento da aquisição deste bem**. Neste sentido, destaco trecho do citado Parecer, *verbis*:

"5. Por conseguinte, tendo em vista os reflexos da alteração pretendida na apuração dos resultados da pessoa jurídica, é evidente que o contribuinte não tem faculdade de classificar as contas, ou reclassificá-las, segundo critérios subjetivos de sua conveniência. Ao contrário, impõe-se a rigorosa observância dos preceitos da lei comercial e fiscal.

6. Os critérios de classificação a serem observados devem ser aqueles consubstanciados nos arts. 178 a 182, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, aplicável por expressa determinação do § 4º do art. 70 do Decreto-Lei nº 1.598/77. No caso sob exame, a reclassificação, para o ativo circulante, de direitos registrados no ativo imobilizado fere frontalmente disposições do art. 179 da Lei nº 6.404/76. Segundo a alínea I desta norma, somente podem ser incluídos no ativo circulante os direitos de crédito e os que tiverem por objeto mercadorias e produtos do comércio ou da indústria da companhia, além das

disponibilidades e das aplicações de recursos em despesas do exercício seguinte.

(...)

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." (destaquei)

Assim, no momento da desmutualização, não resta dúvida que os títulos estavam registrados no ativo permanente da Recorrente e que esta classificação estava correta. Da mesma forma, parece-me claro que a classificação do bem deve obedecer à intenção de seu proprietário no momento de sua aquisição², o que aliás, é confirmado pela boa técnica contábil, que determina a avaliação do bem no momento de seu registro na contabilidade da empresa. Tanto é assim que a fiscalização, para justificar a necessidade de nova classificação do bem, entendeu que houve uma devolução de patrimônio com investimento em nova sociedade, pois sem dúvida neste momento – realização de nova contabilidade – deve ser realizado o registro contábil, bem como deve ser questionada a intenção do contribuinte para referido o bem (se investimento permanente ou não).

A dúvida, a meu sentir, é: a modificação de “título” para “ação” é condição suficiente para demandar a revisão/alteração do registro contábil ? existe um momento para a reavaliação do registro contábil ? As ações são mercadorias ?

A fiscalização cita, para justificar a autuação, informação da BOVESPA a todos os associados no sentido de que as ações “trocadas” deveriam ser registradas:

- no Ativo Circulante, em subconta específica da conta Títulos de Renda Variável, se a decisão for a de alienar as ações e

- no Ativo Permanente, em subconta específica da conta Ações e Cotas se a decisão for a de considerar essas ações como investimento.

Fato é que não consta da nomenclatura jurídica uma regra clara que determine o momento de reclassificação do patrimônio na contabilidade. Neste sentido não se determina que a alteração tenha que ser realizada durante o ano calendário, no exato momento em que a empresa entende pela venda do ativo.

Ao buscar as normas complementares que esclarecerem os dispositivos legais e constitucionais, localizei o Parecer Normativo 108/78 – PN - que da seguinte forma determina *verbis*:

² No presente caso, quando os títulos patrimoniais das entidades foram adquiridos a intenção da Recorrente era mantê-los, até porque deles dependia o desenvolvimento de sua atividade de corretora de valores, na medida em que era condição para o exercício de tal atividade a propriedade de tais títulos. Aliás, não se discute nestes autos o fato de que estes títulos foram adequadamente classificados como ativo permanente, visto que a fiscalização e DRJ concordaram expressamente com esta classificação.

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.*

A permanência do bem no patrimônio se presume na hipótese de o bem não ser vendido no mesmo exercício em que foi adquirido. *In casu*, o bem permaneceu no ativo da Recorrente durante muitos anos, o que demonstra que, neste aspecto, a “intenção de permanência” quando o bem foi adquirido está clara.

Pode-se dizer que a alteração desta intenção de permanência se iniciou em agosto de 2007, quando realizados os procedimentos societários para desmutualização da BOVESPA. Isso porque o Protocolo de Intenções da cisão esclareceu o objetivo de transformação da parte da sociedade cindida em sociedade privada, bem como a posterior abertura de capitais. No caso em análise a venda das ações ocorreu nos meses subsequentes ao IPO, ainda no ano de 2007.

Todavia, ainda assim entendo que não se trata de venda de mercadorias, mas efetiva venda de ativos. É que o fato de o contribuinte tomar providências para que seu ativo fique mais valioso não significa que transformou este ativo em mercadoria. Não vejo como possível a mudança de substância do bem, a meu ver este bem sempre foi um ativo, um investimento próprio.

Por outro giro, a legislação expressamente exclui, da base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS, o valor referente à venda do ativo permanente. Logo, claro está que é possível realizar a venda de bens classificados no ativo permanente, no sentido de que não é preciso transferir o bem para o ativo circulante para proceder à sua venda.

Os investimentos em discussão iniciaram o ano como título patrimonial e ficaram assim desde a existência da bolsa. O fato de a BOVESPA ter sido desmutualizada em agosto e do IPO ter ocorrido mais ao final do ano não altera a natureza do bem que continua sendo investimento próprio e, conseqüentemente, não, justifica a mudança de classificação contábil no próprio exercício e a reclassificação.

Raciocínio inverso levaria à conclusão de inexistência/impossibilidade de opção de venda de ativo permanente. Isto porque, se as empresas forem obrigadas à reclassificação contábil do bem sempre que houver a intenção de venda do ativo, não haverá venda de ativo permanente, posto que antes da venda ocorrerá mudança de rubrica contábil (de circulante para permanente ou de permanente para circulante). Ainda, é de meu entendimento

que sequer a alteração de rubrica contábil justifica a incidência tributária, pois as ações são investimento próprio e não mercadorias.

Neste sentido está a já citada redação do Parecer Normativo CST nº 3/80, a saber:

“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.”

No mais, vale perscrutar qual é a essência do negócio jurídico em discussão. Da análise que faço, entendo que desde o início a Recorrente pretendeu vender seu ativo permanente, mesmo que na forma de ações e em procedimento de IPO. Para tal objetivo realizou a **permuta de participações societárias (título x ação)**, sendo que corrobora esta interpretação o fato de serem sociedades com mesmo capital, mesmos investidores e mesma atividade econômica.

Inicialmente cumpre registrar que a Deliberação CVM nº 29/86 esclarece que a contabilidade se baseia na essência e não na forma jurídica dos institutos, *verbis*:

“(…) 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.” (destaquei)

No mesmo sentido, a Resolução nº 750/93 do Conselho Federal de Contabilidade determina que nos registros contábeis devem seguir a essência do ato jurídico:

“Art. 1º. (...)

*§2º Na aplicação dos Princípios Fundamentais de Contabilidade há situações concretas e a **essência das transações deve prevalecer sobre seus aspectos formais.**”*
(destaquei)

As ações não foram adquiridas com a finalidade de mercancia, mas de investimento. E ainda que a desmutualização tenha ocorrido com o aval da Recorrente – os atos societários da cisão denotam que os associados estavam de acordo com o procedimento de alteração do tipo societário exatamente para alcançar a finalidade de proceder ao IPO – isso não significa, em minha interpretação, que o título se transformou em produto, ao contrário, significa que a Recorrente pretendia tornar seu ativo permanente para venda.

Claro que o título ganhou “mais valia”, mas o fato de ter-se tornado mais valioso não mudou a situação e natureza de ser investimento próprio da Recorrente, inclusive

registrado em seu próprio patrimônio. Por outro giro, o fato de ter-se transformado um investimento valioso justifica o interesse da Recorrente na venda do bem.

Ademais, mister se faz avaliar os instrumentos assinados pela Recorrente no sentido de se comprometer com a alienação de parte das ações que receberia após a transformação das entidades em sociedades anônimas. Este fato faz com que tais ações deveriam estar registradas no ativo circulante da Recorrente?

Algumas considerações, neste particular, precisam ser realizadas. A Recorrente – assim como todas as demais associadas da BOVESPA e da BM&F – precisou se comprometer a vender parte das ações que receberia (em substituição aos títulos patrimoniais), como condição da realização da própria transformação das associações em sociedades anônimas.

Na ocasião todas as corretoras que participavam da BOVESPA e da BM&F através de investimentos em títulos patrimoniais se comprometeram a alienar parte das ações substitutivas que viriam a receber, como forma de possibilitar a realização da própria transformação social. Quer dizer, para que as entidades pudessem se transformar em uma sociedade anônima, e considerando ainda que antes era uma entidade sem finalidade lucrativa, precisaria apresentar ao mercado uma oferta de ações, de modo a viabilizar a operação societária (abertura do capital). Assim, cada associado precisou se comprometer a alienar uma parte das ações que lhes caberia, em substituição aos títulos patrimoniais que até então detinham, para que pudesse ser aberto (ofertado) o capital das entidades, sob pena de a transformação não ocorrer (na hipótese, por exemplo, de nenhum dos associados às entidades, ofertar/vender as ações que receberiam). Por isso as associadas (inclusive a Recorrente) tiveram de assinar um instrumento através do qual se comprometiam a realizar a venda de parte das ações que receberiam em substituição aos títulos patrimoniais das associações, como forma de garantir a realização da transformação societária.

Ainda, para garantir o sucesso da operação, as corretoras assinaram, também junto às entidades, termos através dos quais se comprometiam a alienar uma parcela das ações diretamente a um determinado fundo, que de acordo com negociações prévias com a BOVESPA e com a BM&F, garantiria a liquidez das operações, e o sucesso (mínimo) da abertura do capital (referido fundo comprometeu-se a realizar a aquisição de parte do capital das entidades, no momento da abertura do capital, como forma de garantir a transformação das associações em sociedades anônimas).

Portanto, a alienação destas participações societárias não foi feita por liberalidade das corretoras, mas sim como condição da realização da própria transformação societária que se realizaria. Aliás, isso se comprova da análise dos instrumentos através dos quais a Recorrente se comprometeu a fazê-lo, que foi assinado com as próprias entidades, e não com o potencial comprador (fls. 31/33 e 43/57)

Registro ainda que, por mais que a Recorrente, neste momento, apresentasse a firme intenção de venda, isso não desnatura a característica de investimento do patrimônio em comento, o qual foi adquirido com intenção de permanência no patrimônio. Significa, outrossim, que houve existe a intenção de venda do ativo imobilizado. Reiterando que a tese de que a Recorrente recebeu as ações em devolução de capital, o que justificaria nova avaliação contábil, com dito anteriormente, a meu ver não procede, sendo que entendo que efetivamente **houve a substituição dos títulos patrimoniais.**

Em relação à outra parcela das ações vendidas, também não se pode concluir que no momento da obtenção destes ativos a Recorrente visava sua venda, pois ainda que tais vendas tenham sido realizadas por liberalidade das corretoras (e da própria Recorrente), **a venda da participação claramente não foi a razão pela qual tais participações adentraram o patrimônio das empresas.** As ações não foram compradas no mercado para venda, já existiam no patrimônio da Recorrente como investimento permanente. A meu ver, são investimentos próprios que se tornaram valiosos, razão pela qual a empresa decidiu vendê-los. O motivo pelo qual a Recorrente decidiu vender as ações foi porque elas foram valorizadas, não porque foram transformadas em mercadorias.

Diante deste cenário – e mesmo que por hipótese se admita, apenas *ad argumentandum*, que se tratasse de aquisição de novos/outros bens – é evidente que também neste caso as ações não teriam sido adquiridas com a finalidade de serem alienadas. As ações teriam sido adquiridas, então, para substituir o capital investido nas entidades – ou seja, como afirma o Fisco, para recuperação do capital anteriormente investido.

Aliás, ainda que fossem adotadas as alegações da autoridade fiscal, de que se trata de conferência de ações como forma de devolução de capital, mister constatar que, se devolução de capital é, então não poderia ser aquisição de ações para revenda. E, assim, sendo, não poderiam ser (re)classificados tais bens no ativo circulante da Recorrente, como pretendia a fiscalização.

Com estas considerações, posto que adotada a premissa de que os bens em comento se integram ao ativo permanente, cabe razão à Recorrente quanto à não incidência do PIS e da COFINS sobre o resultado das alienações de tais bens, na medida em que há previsão legal expressa na Lei nº 9.718/98 afastando a tributação sobre tais receitas.

(ii) Da Ação Judicial

Necessário observar que a fiscalização fundamenta a autuação no entendimento de que a receita auferida refere-se à receita operacional da Recorrente, tributável, portanto, nos termos da Lei nº 9.718/98, no sentido de que a discussão acerca da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo não se aplica no caso em apreço, porque a tributação incidiu sobre o faturamento.

Tal consideração demonstra-se relevante em virtude de, à época dos fatos, a Recorrente possuir ação judicial com decisão favorável à inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e Cofins, trazida no artigo 3º da mencionada legislação.

De acordo com a argumentação apresentada resta claro meu entendimento no sentido de que as ações alienadas não são produto, mas investimento próprio, constante do ativo permanente. Em virtude deste fato, entendo ser irrelevante a análise dos efeitos da decisão judicial que trata dos contornos do conceito de faturamento e atividade operacional da Recorrente.

Ante o exposto, conheço do recurso apresentado para o fim de DAR-LHE PROVIMENTO, reformando assim a decisão de primeira instância administrativa.

É como voto.

Sala das Sessões, em 24 de outubro de 2012.

(assinado digitalmente)

Relatora Fabiola Cassiano Keramidas

Voto Vencedor

Conselheiro Walber José da Silva – Redator *Ad Hoc*

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, dele devendo-se tomar conhecimento.

Registra-se que o voto a seguir exposto foi proferido em sessão pelo então Conselheiro José Antonio Francisco, que foi designado para redigir o voto vencedor.

Inicialmente, analisa-se a questão do sobrestamento do julgamento do recurso, à vista da disposição do art. 62-A do Regimento Interno do Carf e do RE n. 609.096.

A ementa do acórdão de repercussão geral do referido RE foi a seguinte:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. COFINS E CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. INCIDÊNCIA. RECEITAS FINANCEIRAS DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Pode-se verificar que se trata de incidência de Cofins e PIS sobre receitas financeiras de instituições financeiras, natureza que, em determinado momento da defesa, a Interessada avoca para definir os resultados tributados no presente auto de infração.

Há dois aspectos distintos a serem analisados: primeiramente, a de se a Cofins incide sobre receitas financeiras por ser a obtenção de tais receitas própria da atividade das instituições e, além disso, a existência ou não de sobrestamento dos processos no âmbito do próprio STF.

Em relação à primeira questão, como se verá mais adiante, a conclusão dependeria da análise do mérito da matéria, em que se discute a natureza específica dos valores sujeitos à tributação.

No tocante à segunda, não houve, no acórdão mencionado, ordem de sobrestamento dos recursos extraordinários, condição para o sobrestamento dos recursos administrativos no âmbito do Carf, de acordo com o dispositivo citado do Ricarf e a Portaria Carf n. 1, de 2012.

Além disso, no julgamento da Petição n. 73.745/201-STF, em que a Febraban, ao solicitar sua inclusão no processo como “amicus curiae”, requereu o sobrestamento das demais ações e recursos, o relator destacou o seguinte:

Quanto ao pedido de suspensão dos processos que tratam da mesma matéria versada nesses autos que tramitam em primeiro e segundo graus, entendo que não merece acolhida.

É que os arts. 543-B do CPC e 328 do RISTF tratam do sobrestamento de recursos extraordinários interpostos em razão do reconhecimento da repercussão geral da matéria neles discutida, e não de ações que ainda não se encontram nessa fase processual.

Além disso, uma vez que esta Corte já reconheceu a repercussão geral da matéria aqui debatida, os recursos extraordinários que versam sobre o mesmo assunto ficarão sobrestados, na origem, por força do próprio art. 543-B do CPC.

Isso posto, defiro o pedido de ingresso da FEBRABAN na qualidade de amicus curiae e indefiro o pedido de suspensão requerido.

Publique-se

Brasília, 10 de junho de 2011.

Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Relator

Portanto, nada disse o relator sobre o sobrestamento dos RE que estariam pendentes de julgamento no âmbito do STF, condição requerida para o sobrestamento dos recursos no âmbito do Carf.

Portanto, não é o caso de sobrestar o julgamento do recurso.

Feitas as considerações acima, passa à análise do mérito do recurso.

A Fiscalização considerou, para concluir que a totalidade das vendas de ações estaria sujeita à incidência das contribuições, os fatos de que a empresa tem como objeto social a negociação de títulos e valores mobiliários, de que adquiriu as ações em questão para revenda e que as vendeu, representando o produto da venda faturamento de venda de mercadorias.

À vista das questões levantadas no recurso, as questões a serem analisadas são: a natureza do resultado da venda das ações após a desmutualização; a caracterização do resultado da venda como faturamento; e a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

Em relação à primeira questão, a Interessada alegou, em resumo, que teria havido apenas transformação do patrimônio, que se trataria de bens classificados no ativo permanente e que, portanto, não estaria o resultado sujeito à incidência das contribuições.

Em relação a aspecto importante da questão, devidamente destacado abaixo, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu o seguinte, na AC n. 313.991 (processo n. 0008706-05.2008.4.03.6100):

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

[...]

5. A inoctrência 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.

[...]

13. Apelação improvida.

(<<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=00087060520084036100>>)

Portanto, segundo os fundamentos acima citados, os quais adoto plenamente, não houve, no caso, mera transformação - para além do objetivo de continuidade e preservação patrimonial -, mas alteração substancial do direito em questão, uma vez que a Interessada não era, anteriormente, detentora de ações da nova sociedade.

Essa conclusão não é suficiente ao raciocínio que permite a tributação pelas contribuições, uma vez que, segunda a Interessada, tratar-se-ia de bem do ativo permanente e não do circulante.

A Fiscalização considerou que, desde o início, as ações foram emitidas com a finalidade de venda em curto prazo (Instrumento de Aceitação de Venda de Ações Ordinárias da Bolsa de Mercadorias & Futuros – BM&F S.A e Outorga de Poderes) e, assim, não poderiam ser registradas no permanente.

Tal interpretação está de acordo com o art. 179, I, da Lei das SA, sendo aplicável ao caso o Parecer Normativo CST n. 108, de 1978. Conforme consta dos autos, houve orientação no mesmo sentido pelo Ofício Circular n. 225-DG, de 2007.

Ao contrário do que alegado pela Interessada, a operação, embora não houvesse documentação formal a respeito de seus passos constituída previamente, teve todos esses passos planejados desde o começo, para a consecução do objetivo de formar a nova Bolsa de Valores.

Ainda assim, quanto à incidência das contribuições, restaria saber qual a natureza específica das receitas decorrentes da alienação das ações.

Alega a Interessada que não representaria faturamento, conceituado como receita bruta da venda de produtos e serviços, à vista da inconstitucionalidade parcial do art. 3º da Lei n. 9.718, de 1998.

De fato, a tributação das referidas operações ou é efetuada de acordo com o que foi acima exposto ou de acordo com os §§ 5º e 6º do art. 3º da Lei n. 9.718, de 1998, uma vez que o *caput* do referido artigo não foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Segundo os referidos §§, as exclusões seriam as mesmas do PIS, definidas na Lei n. 9.701, de 1998, que define a base de cálculo como sendo a “receita bruta operacional auferida no mês”.

Portanto, para as instituições financeiras, a base de cálculo é a receita bruta operacional, o que inclui, necessariamente, a venda das referidas ações, conforme já exposto anteriormente, ainda que não represente tal venda, estritamente, faturamento de venda de mercadorias e serviços.

Esclareça-se que tais considerações não compreendem inovação, já que a Fiscalização claramente referiu-se ao resultado operacional como parte da base de cálculo das contribuições.

Portanto, o produto das referidas vendas está sujeito à incidência de PIS e Cofins, pelo fato de comporem a receita bruta operacional das instituições financeiras.

Dessa forma, em relação à exigência do crédito e à multa, cabe razão ao acórdão de primeira instância.

Finalmente, quanto à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, a questão foi constatada quando do encaminhamento dos valores devidos, o que não permitiu a discussão prévia da matéria no âmbito da impugnação e do recurso.

Veja-se que a Portaria SRF n. 379, de 23 de dezembro de 1988, que tinha por pressuposto outra legislação, já revogada, determinava a incidência de correção monetária sobre a multa, o que é situação diversa do caso dos juros de mora.

O Parecer SRF/Cosit/Coope/Senog nº 28, de 2 de abril de 1998, estabeleceu o seguinte:

3. Assim, desde 01.01.97, as multas de ofício que não forem recolhidas dentro dos prazos legais previstos estão sujeitas à incidência de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, desde que estejam associadas a:

Inicialmente, no caso da Selic, não havia previsão legal para incidência de juros sobre a multa, mas apenas sobre o tributo. O art. 84 da Lei n. 8.981, de 1995, dispunha expressamente que o tributo ou contribuição não pago no vencimento sujeitar-se-ia à incidência dos juros. Ao instituir a Selic, a Medida Provisória n. 947, de 1995, art. 13, reportou-se ao referido artigo, não prevendo incidência de juros sobre a multa.

A Lei n. 9.065, de 1995, convertida da mencionada MP, manteve a disposição do art. 13, da seguinte forma:

Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Entretanto, a Lei n. 9.430, de 1996, art. 61, § 3º, alterou a disposição:

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.

(...)

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, 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 disposição não diz que os débitos devam decorrer diretamente de tributos e contribuições administrados pela RFB. Como a multa de ofício decorre indiretamente de tributos e contribuições administrados pela RFB, os juros incidem sobre a multa de ofício.

Quanto à adoção da taxa Selic, aplica-se a Súmula Carf n. 4 (Portaria Carf n. 106, de 21 de dezembro de 2009):

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

À vista de todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Walber José da Silva – Redator designado

Declaração de Voto

Conselheiro Gileno Gurjão Barreto

Cabe a esse colegiado decidir acerca da procedimento que se convencionou designar por “desmutualização” da Bolsa de Valores de São Paulo - Bovespa e da Bolsa de Mercadorias e Futuros - BMF, especificamente no que se refere ao tratamento tributário a ser dispensado ao ganho de capital eventualmente apurado por ocasião da alienação pelo contribuinte das ações recebidas em substituição aos títulos patrimoniais de Bovespa e BMF, por ele detidos, para fins de incidência das contribuições devidas ao Programa de Integração Social - PIS e ao Financiamento da Seguridade Social - COFINS.

1. Aspectos gerais da “desmutualização”

As instituições autorizadas a operar na Bovespa e na BMF (conjuntamente denominadas “bolsas”), eram proprietárias de títulos patrimoniais representativos do capital dessas entidades, devidamente registrados em seus livros contábeis. As bolsas, até recentemente, eram entidades civis sem fins lucrativos, contudo, tendo passado pelo processo de “desmutualização”, seu objeto passou a ser desenvolvido através de sociedades por ações, constituídas nos termos da Lei nº 6.404/76.. Nesse processo, os títulos patrimoniais foram substituídos por ações representativas do capital das novas sociedades.

Em etapa subsequente procedeu-se à alienação, no mercado, das ações recebidas pelos antigos detentores de títulos patrimoniais de forma a democratizar o capital dessas sociedades. A alienação se faz mediante ofertas públicas, secundárias das ações de Bovespa e BMF, transferindo os contribuintes a sua participação societária para os novos adquirentes.

Por ocasião da alienação das ações, apurou-se ou não ganho de capital, nos casos em que o valor de realização dos ativos foi superior ao seu respectivo custo de aquisição. Nesse contexto, esse colegiado deverá decidir sobre a incidência sobre o referido ganho de capital (sim, é de ganho de capital que estamos aqui a discorrer), para fins de incidência do PIS e da COFINS, o que exigirá transpassarmos pela legislação do IRPJ e da CSLL, inclusive no tocante à forma de determinação do custo de aquisição das ações que seria computado para fins de determinação do ganho de capital a ser tributado, caso esse colegiado decida adotar essa interpretação.

2. Da análise das operações realizadas

2.1 Natureza da “desmutualização”

De forma geral, a “desmutualização” consistiu na conversão das bolsas, antigas entidades sem fins lucrativos, em sociedades com fins lucrativos constituídas sob a forma de companhia. O processo se fez observado os seguintes passos:

- (i) cisão parcial de Bovespa e BMF, com versão das parcelas de seus patrimônios para pessoas jurídicas com fins lucrativos; e
- (ii) troca dos títulos patrimoniais por ações das companhias criadas.

Efetivada a “desmutualização”, procedeu-se à venda compulsória firmada em compromisso de acionistas, pelos antigos detentores de títulos patrimoniais, no mercado, de parte das ações recebidas. O acordo firmado entre as partes envolvidas, bolsas e acionistas, determinou que essa venda se fizesse em até 180 dias a contar da desmutualização.

As operações indicadas em (i) e (ii) acima integram um contrato amplo, atípico, formado a partir de contrato típico regulado em lei, a cisão, autorizada também para entidades sem fins lucrativos, pelo art. 2033, do Código Civil/CC, convergindo, ao mesmo tempo, para obter os efeitos da figura jurídica da transformação, também autorizada para entidades sem fins lucrativos no mesmo art. 2033 do CC.

É de se observar que pela cisão, parcelas de patrimônio das antigas bolsas, entidades sem fins lucrativos, foram transferidas para sociedades por ações, com fins lucrativos, sucedendo essas sociedades todos os direitos e obrigações referentes às referidas parcelas recebidas. De seu lado, os antigos detentores dos títulos patrimoniais tornaram-se sócios das novas sociedades, capitalizando-as com suas antigas participações, sem qualquer alteração em sua situação patrimonial. A cisão está prevista no CC, art. 1122 e, de forma subsidiária no presente caso, na lei societária, art. 229.

O recebimento das parcelas cindidas das bolsas, por sociedades com fins lucrativas, deu nascimento à transformação dessa parcela de patrimônio de entidade sem fins lucrativos para um patrimônio de entidade com fins lucrativos, convergindo, portanto, para a figura da transformação. Pela transformação a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro, devendo observar os preceitos que regulam a constituição e o registro do tipo a ser adotado, no caso companhia. O tema é tratado nos arts. 1113 a 1115 do CC e 220 e 221 da lei societária. A transformação tem como principal decorrência a continuidade da sociedade transformada, no caso representada pelas parcelas patrimoniais parcelas vertidas no momento da cisão, atribuindo-se aos detentores dos títulos,

convertidos em ações, todos os direitos de que anteriormente desfrutavam em relação a essas parcelas, apenas que, agora, sob uma entidade com fins lucrativos.

É certo, pois, que os sócios das novas companhias mantiveram suas condições anteriores de detenção e tratamento dos ativos, da mesma forma que as novas sociedades sucederam direitos e obrigações das parcelas de patrimônio das bolsas.

O que se poderia arguir, e o que agora se faz, é se o contribuinte poderia ter agido de forma distinta, ou se estaríamos diante de uma operação sem propósito comercial ou desprovida de substância econômica, com o único fito de elidir a parcela dos tributos sobre o lucro, ou para evitar o surgimento de uma receita, ou seja, se esse “ganho de capital”, não tributável pelo PIS e pela COFINS desde tempos imemoriais, poderia em algum momento ter-se constituído em uma “receita”, ainda que independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

2.2 Histórico do tratamento contábil-tributário dos títulos patrimoniais

De forma a permitir a adequada compreensão de todos os aspectos relevantes aplicáveis à matéria, mister se faz recuperar o conjunto de dispositivos legais que regularam, ao longo do tempo, os títulos patrimoniais das bolsas.

2.2.1 Tratamento contábil

A Lei nº 4.595/64 que dispõe sobre a atividade financeira no País, dentre outras matérias, deu competência ao Conselho Monetário Nacional – CMN para expedir normas gerais de contabilidade a serem observadas pelas instituições financeiras (art. 4º). De sua vez, a Lei nº 6.385/76, em seu art. 22³, §§ 1º, II e IV, e § 2º, conferiu igual prerrogativa à Comissão de Valores Mobiliários - CVM, determinando ainda que tais disposições se apliquem, no que não forem incompatíveis, às instituições financeiras e demais entidades autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil - BACEN. Assim, o BACEN está autorizado a editar normas contábeis cuja observância pelas instituições financeiras e demais entidades por ele autorizadas a funcionar é obrigatória, sendo que a CVM goza de idêntica prerrogativa, desde que as normas por ela editadas não sejam conflitantes com as determinações do BACEN.

No que se refere à contabilização dos títulos patrimoniais das bolsas, nas instituições financeiras que os detinham, ela obedecia às disposições da Circular nº 1.273/87, do BACEN, que instituiu o Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeira Nacional - COSIF, de adoção obrigatória pelas referidas entidades.⁴

Dentre as normas instituídas pelo COSIF, mais especificamente no Elenco de Contas (e suas seções Relação de Contas e Função das Contas), destacam-se as seguintes rubricas:

(a) No Ativo Permanente, subgrupo Investimentos:

2.1.4.10.00-2 - Títulos Patrimoniais, e seu desdobramento,

2.1.4.10.10-5 - De Bolsas de Valores

³ Com a redação dada pelo Decreto Federal nº 3.995/01.

⁴ A partir do período findo em 30.06.1988.

(b) No Patrimônio Líquido:

6.1.3.00.00-0 - Reservas de Capital, e seu desdobramento,

6.1.3.70.00-9 - Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais

No descritivo da Função das Contas, dispõe o COSIF acerca das funções correspondentes às rubricas acima especificadas:

(a) Títulos Patrimoniais (2.1.4.10.00-2), com seus desdobramentos De Bolsas de Valores (2.1.4.10.10-5) e demais.

Função:

Registrar os títulos patrimoniais de bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e outros de propriedade da instituição, inclusive as contas patrimoniais da CETIP⁵. Ver itens 1.11.3.3 a 5 das Normas Básicas.

As cotas patrimoniais da CETIP devem ser registradas nesta conta.

(b) Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais (6.1.3.70.00-9)

Função:

Registrar o valor das atualizações anuais de títulos patrimoniais de bolsas e da CETIP.

Nas disposições contidas nas Normas Básicas, acima mencionadas, encontram-se as orientações a serem observadas para fins de registro do valor dos títulos patrimoniais, bem como sua respectiva atualização:

Seção: Ativo Permanente - 11

Tópico: 3 - Outros Investimentos

1 - Constituem a carteira Outros Investimentos as seguintes aplicações:

(...)

(b) títulos patrimoniais;

(...)

3 - Os títulos patrimoniais de bolsas de valores, de mercadorias e de futuros, e da CETIP são atualizados, por ocasião dos balanços, pelo valor informado pela respectiva bolsa, procedendo-se aos seguintes lançamentos de ajustes:

se o novo valor informado pelas bolsas for superior ao saldo contábil na data-base do balanço, debita-se TÍTULOS PATRIMONIAIS pela diferença apurada, em contrapartida com RESERVA DE ATUALIZAÇÃO DE TÍTULOS PATRIMONIAIS;

se o novo valor informado pelas bolsas for inferior ao saldo contábil na data-base do balanço, credita-se TÍTULOS PATRIMONIAIS pela diferença apurada, em contrapartida com RESERVA DE ATUALIZAÇÃO DE TÍTULOS PATRIMONIAIS, até o limite de seu saldo. A parcela excedente, se houver, é debitada em LUCROS OU PREJUÍZOS ACUMULADOS.

Assim, no que se refere ao tratamento contábil a ser adotado para fins de registro do valor correspondente aos títulos representativos dos patrimônios das bolsas, bem como sua respectiva atualização, o COSIF determinava que essa atualização deveria ser registrada em conta de ativo permanente, tendo como contrapartida reserva de capital no patrimônio líquido intitulada Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais. Ressalte-se, apenas para enfatizar, que o registro da contrapartida da atualização dos títulos diretamente em conta de reserva de capital, de per si, já teria o condão de afastar qualquer efeito no resultado do período.

2.2.2 Tratamento tributário

As manifestações oficiais quanto ao tratamento tributário da contrapartida da atualização dos títulos patrimoniais remontam a período anterior à instituição do COSIF. Assim, a Portaria 785, datada de 23/12/77, editada pelo Ministro da Fazenda, dispunha:

“O Ministro do Estado da Fazenda, no uso de suas atribuições, e, com fundamento no dispõe o artigo 223, “m”, do Regulamento do Imposto sobre a Renda, aprovado pelo Decreto nº 76.186, de 2 de setembro de 1975, resolve:

1. O acréscimo do valor nominal dos títulos patrimoniais das Bolsas de Valores, em decorrência de alteração do seu patrimônio social, não constitui receita, nem ganho de capital das corretoras associadas e, por isso, pode ser excluído do lucro real destas, desde que não seja distribuído e constitua reserva para oportuna e compulsória incorporação ao capital.

2. Aos aumentos de capital assim procedidos aplica-se o disposto no Decreto-Lei nº 1.109, de 28 de junho de 1970, artigo 3º, § 3º (RIR, artigo 237)”. (D.O.U. de 23/12/1977).” (Grifos nossos)

O dispositivo do Regulamento do Imposto de Renda – RIR atinente à matéria, vigente à época e citado pela Portaria, trazia a seguinte redação:

“Art. 223. Serão excluídos do lucro real para os efeitos de tributação:

(...)

m) o valor das ações, quotas ou quinhões de capital, recebidos em decorrência de aumentos de capital efetuados nos termos e condições dos artigos...” (com remissão, entre outros diplomas legais, ao art. 3º e respectivo § 1º do Decreto-Lei nº 1.109/70, que determinava que a não incidência se estendia aos sócios,

acionistas ou titulares beneficiários, pessoas físicas ou jurídicas, podendo estas realizar aumentos de capital nas mesmas condições, mediante a incorporação dos valores distribuídos).

À época da edição da citada Portaria, e até o final do exercício de 1987 (quando da publicação da Circular BACEN nº 1.273/87, que instituiu o COSIF), a contrapartida da atualização dos títulos patrimoniais das bolsas deveria ser efetuada em conta de resultado, integrando assim o lucro líquido do exercício e, por conseguinte, também o lucro real, base de cálculo do IR. Como se depreende, a Portaria foi editada com o fim precípuo de afastar a incidência do IR sobre o valor correspondente à atualização dos títulos, mediante a exclusão do lucro líquido para fins de determinação do lucro real, respeitadas 3 (três) condições:

- que o acréscimo do valor nominal dos títulos patrimoniais das bolsas não fosse distribuído aos acionistas;
- que esse acréscimo constituísse reserva para oportuna e compulsória incorporação ao capital; e
- que não ocorresse redução de capital ou extinção da pessoa jurídica nos 5 (cinco) anos subseqüentes, sob pena de tributação da parcela corresponde ao aumento de capital mediante a incorporação de reservas oriundas da atualização daqueles títulos, na pessoa jurídica, como lucro distribuído, ficando os respectivos sócios ou acionistas sujeitos à tributação pelo IR na declaração, ou na fonte, como disposto no DL 1109/70.

A partir do exercício social de 1988, por força da entrada em vigor do Plano Contábil COSIF, a contrapartida credora da atualização positiva dos Títulos Patrimoniais das Bolsas de Valores deixou de transitar em resultado, passando a ser registrada em conta específica de Reserva de Capital, integrante do patrimônio líquido. A ausência de trânsito em resultado, por determinação do BACEN, eliminou qualquer reflexo tributário, exceto se houvesse uma especial determinação no sentido de que tal verba devesse ser tributada, o que não era o caso. Contudo, continuavam pertinentes as determinações da Portaria 785/77 no sentido de que somente o registro em conta de reserva de capital, agora autorizada pelo BACEN, afastava o risco de tributação.

As condições referentes à não distribuição dos lucros para afastar a tributação, na forma prevista na Portaria, decorriam do fato de que, à época, a distribuição de lucros e dividendos estavam sujeitas à incidência do Imposto sobre a renda na fonte - IRF. A Portaria sob exame, embora não expressamente, **foi revogada** por ser incompatível com o sistema jurídico, pois que além de haver especial previsão do BACEN para registro da contrapartida da atualização dos títulos patrimoniais, a partir de janeiro de 1996, por força do disposto no art. 10 da Lei nº 9.249/95, a distribuição de lucros e dividendos, não mais está sujeita à incidência do IRF, nem tampouco devem eles integrar a base de cálculo do IR do beneficiário. **A restrição da Portaria, entretanto, continua aplicável a lucros anteriores a 1996.**

2.3. Ações: aspectos contábeis e tributários

2.3.1. Considerações preliminares

Primeiramente, importante mencionar dois fatos: no lançamento de ofício as autoridades fiscais cuidam de tentar configurar a operação como passível de tributação pelas contribuições do PIS e da COFINS nos seguintes termos, que transcrevemos por pensar ser importante para adequadamente contextualizarmos os fatos:

“III — DIREITO

Quanto A. classificação do resultado obtido com a venda das ações da BOVESPA e da BM&F, como operacional ou não operacional, tem-se:

Lei nº 4.595/64, art. 17, uma vez que se trata de instituição financeira:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Concordante com esta definição legal, o Estatuto de Deutsche Bank S/A, como já visto no item anterior estabelece:

Art. 3º. A sociedade tem por objeto a prática de operações ativas, passivas e acessórias, inclusive nos mercados de câmbio e ouro, inerentes às respectivas carteiras autorizadas, nomeadamente comercial e de investimento, bem como o exercício da administração de carteiras de valores mobiliários, tudo de acordo com as disposições legais e regulamentares em vigor.

Tem-se ainda, segundo o Decreto-Lei nº 1.598/1977, o art. 11:

Art. 11. Será classificado como lucro operacional o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica.

Também é oportuno mencionar, neste quesito, o Acórdão — Tribunal Regional Federal da 3ª Região, processo nº 2005.61.00.029131-5/SP, item 14, abaixo transcrito:

14. A título de esclarecimento, diante da peculiaridade insitas às instituições financeiras, deve-se salientar que compõe o faturamento das Autoras todo e qualquer recurso angariado através de seu objeto social, expressamente delineado no art. 17 da Lei 4.595/64.

Assim o ganho resultante da venda das ações, tanto no caso da Bovespa como no caso da BM&F, enquadra-se como Receita Operacional.

Deutsche Bank SA, como instituição financeira, tem suas receitas financeiras sujeitas incidência de PIS e COFINS, nos termos da Lei nº 9.718/98.

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei. (Vide art. 15 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde receita bruta da pessoa jurídica. (Vide art. 15 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

Portanto, a receita obtida com a venda das ações da BOVESPA e da BM&F sujeitam-se à incidência de PIS e COFINS.

Este fato foi reconhecido pelo próprio contribuinte, uma vez que as inclui na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com relação à exclusão efetuada pelo contribuinte, a título de venda de bens do ativo permanente, tem-se a seguinte legislação:

Lei nº 9.718/98, art. 3º, § 2º:

Art. 3º

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.

No entanto as ações da BOVESPA e da BM&F não podem ser consideradas como integrantes do ativo permanente em decorrência da seguinte legislação:

Lei nº 6.404/76, art. 179:

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;

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 a manutenção da atividade da companhia ou da empresa;

Como o contribuinte, para participar do processo de desmutualização, manifestou o compromisso de vender no IPO 100% das ações da BOVESPA e 80,13% das ações da BM&F, tem-se manifesto formalmente um compromisso de realizar seus direitos relativos As ações recebidas, no mesmo exercício, portanto, as ações que foram recebidas em troca dos títulos originais, em decorrência do processo de desmutualização, devem ser classificadas no ativo circulante, como determina a legislação acima transcrita

Em concordância com esta legislação, verificou-se que o contribuinte procedeu nesta forma, conforme os lançamentos transcritos no item II, nos quais 100% das ações da BOVESPA e 90% das ações da BM&F, que foram recebidas, foram reclassificadas para o ativo circulante.

Os 10% restantes de ações da BM&F foram vendidas logo de início, antes da venda das demais ações no IPO, e foram baixadas diretamente do ativo permanente para o caixa, sem terem sido antes reclassificadas para o ativo circulante.

Para esses 10 % de ações da BM&F verifica-se, por esse ato de venda antecipada, que foram realizadas no mesmo exercício em que foram recebidas, logo em seguida ao recebimento das mesmas, antes mesmo do IPO, portanto, não se trata de investimento de natureza classificável como permanente, nos termos do inciso I do artigo 179 da Lei nº 6.404/76, acima transcrito. Assim, sua classificação contábil como permanente, e a baixa direta, na venda, do permanente contra caixa, não foi correta, isto é, deveriam ter sido transferidas para o ativo circulante antes, e deste baixadas contra caixa.

(...)

Portanto, as exclusões efetuadas pelo contribuinte a título de venda de bens do ativo permanente, não encontram respaldo na legislação vigente, conforme acima exposto, sujeitando-o a lançamento de ofício para constituição do crédito tributário não declarado.”

Vemos aqui, portanto, que a fiscalização **fundamenta** seu lançamento no fato de que a classificação contábil procedida pelo contribuinte fora incorreta, e que por isso o tratamento tributário seria inadequado. Com a devida vênia, é o oposto do que temos visto nesse E. Conselho, onde a fiscalização tem buscado, mormente nos casos em que se analisam reestruturações societárias, desconstituir-se eventuais deduções (tais como de ágio), pelo fato de que as operações careceriam de fundamentação econômica.

Há portanto uma inversão da ordem, a contabilidade sobrepor-se-á à substância econômica da operação, caso prevaleça o entendimento desposado nesse lançamento.

Teria, portanto, a ciência contábil de per si o poder de transformar a substância de uma operação em outra, para fins meramente tributários ? tecerei alguns comentários, de resto absolvidos de artigo que escrevi em outras circunstâncias:

A ciência econômica em sua vertente neoclássica compreende o mundo pela ótica de que pessoas, empresas e governos são agentes racionais que escolhem também racionalmente a melhor opção para valerem-se de recursos escassos para atender necessidades ilimitadas. Dentro do nosso contexto, as expressões econômicas que devem ser capturadas nesse estudo e que são capturadas pela ciência contábil e pelo Direito são *renda, patrimônio e consumo*. Resumidamente, estas são riquezas essenciais e que interagem dentro do nosso sistema e, também, que se comportam e podem ser medidas das mais diferentes formas. Ainda que existam vários métodos de medição e apuração, não podemos esquecer requisitos

essenciais que são, respectivamente, riqueza nova acrescida, riqueza acumulada e riqueza consumida.

Essas expressões econômicas ganham envergadura em diversas disciplinas específicas dentro da contabilidade e do direito seja ele comercial ou tributário. Tais disciplinas estão separadas basicamente pelas funcionalidades específicas de seus propósitos, todavia, sem se deslocar da unidade que deve ser mantida tanto no Direito quanto na Contabilidade.

A Contabilidade é outra das ciências sociais que mede a riqueza, diferentemente da ciência econômica, entretanto, por meio de um processo de (i) reconhecimento, (ii) mensuração e (iii) evidenciação das ações econômicas em determinada entidade apurando-se seu patrimônio e suas variações no tempo. No processo de reconhecimento, verifica-se qual é a classificação da ação de natureza econômica. Para obter-se a classificação dessa ação econômica é necessário um conjunto de definições próprias da contabilidade, **que não necessariamente fazem parte da economia ou do Direito**, muito embora o fenômeno ocorra no mundo real para todas essas ciências. Assim também se comporta quando a contabilidade *mensura*, quando a ação de natureza econômica devidamente classificada recebe sua expressão monetária contábil. Essa expressão monetária pode não corresponder à expressão jurídica (uma venda registrada a valor presente, não tem o mesmo valor expresso no contrato de compra e venda) ou à expressão econômica (o patrimônio líquido não reflete, em regra, o valor de utilidade da marca desenvolvida pela entidade).

Por isso a contabilidade exige método específico que conduza à evidenciação e que torne possível demonstrarem-se ao usuário das informações contábeis quais foram esses procedimentos de reconhecimento e de mensuração utilizados.

Dessa forma *o processo contábil possui uma lente própria – com seus usos, métodos e costumes- para enxergar a realidade e retratá-la.*⁶

Fabio Konder Comparato também sistematiza esse entendimento⁷ afirmando que (...) *o balanço como de resto toda a contabilidade não pode jamais ser um simples reflexo de fatos econômicos, porque, se trata de uma interpretação simbólica e, portanto, convencional, da realidade.*

De fato, a contabilidade é um instrumento de medição de riqueza, que adota como meio a organização sistemática e consistente dos registros econômicos-financeiros. Esse instrumento é frequentemente utilizado por especialistas de outras ciências, dentre elas o próprio Direito, que por sua vez, outras ocasiões também é utilizado pela ciência contábil. Um é fonte do outro em diversas situações, outrossim, não raro ambos distanciam-se um do outro.

Certamente a ciência contábil é importante para mensurar e reduzir consistentemente a uma linguagem universal as informações econômicas, **todavia, ela não será sempre utilizada como parâmetro para fins de legislação societária ou tributária. Conforme Rodrigo de Freitas⁸ as hipóteses de incongruência entre a ciência contábil e o Direito devem ser procuradas na própria legislação (societária/tributária).**

2.3.2 Do Fato gerador e base de cálculo do PIS e da COFINS

⁶ Lopes, Alessandro broedel e Roberto Quiroga Mosquera. In *O Direito Contábil. Fundamentos Conceituais, aspectos da Experiência Brasileira e Implicações.*, Controvérsias Jurídico-Contábeis - São Paulo, Ed. Dialética, 2011, p. 59

⁷ Ensaíos e pareceres de direito empresarial, Torrens, 1977, p. 32

⁸ Freitas, Rodrigo de. In *Ciência Contábil e Direito Contábil: a Nova Relação.* Controvérsias Jurídico-Contábeis, Ed. Dialética, p. 424.

Desde a Constituição Federal de 1988, com redação conferida pela Emenda Constitucional nº 20/1998, já havia a previsão da incidência dessas contribuições sobre a receita ou o faturamento da empresa, sendo que a base de cálculo do PIS e da COFINS não-cumulativos teve sua definição por meio das referidas Medidas Provisórias nº 66/2002 e nº 135/2003, respectivamente convertidas nas Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, como seguem, prevendo como base de cálculo o valor do faturamento mensal, assim entendido como o total das receitas auferidas pela empresa, independentemente da denominação ou classificação contábil a ela atribuídas, ou seja todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica nos seguintes termos:

Lei nº 10.637/2002:

“Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.”

Lei nº 10.833/2003:

“Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.”

2.3.3 Principais aspectos sobre o conceito de receita para fins de tributação do PIS e da COFINS

O legislador ao escolher como base de cálculo do PIS e da COFINS a “totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica”, no exercício da nova competência constitucional outorgada à União através da Emenda Constitucional nº 20/1998, olvidou de delimitar o sentido e alcance do termo “receita”.

Ocorre que a simples menção ao termo “receita” em nossa Carta Constitucional implica na delimitação da liberdade do legislador infraconstitucional pelo legislador constituinte derivado, já que permitir ao intérprete ou ao legislador ordinário definir o sentido e alcance de institutos e conceitos constitucionalmente empregados seria autorizá-los a que, arbitrariamente, firmassem nova discriminação de competência – hipótese não aceita pelo ordenamento jurídico pátrio.

A nossa doutrina também se manifesta no sentido de que receita é uma espécie do gênero entrada, como ensina Geraldo Ataliba: “(...) Entrada é todo o dinheiro que ingressa nos cofres de determinada entidade. Nem toda entrada é receita. (...) Receita é a

entrada que passa a pertencer à entidade. Assim, só se considera receita o ingresso de dinheiro que venha a integrar o patrimônio da entidade que recebe (...).”

Neste sentido, Marco Aurélio Greco considera que:

“Nem todo “dinheiro” que “entra” no universo da disponibilidade da pessoa jurídica integra a base de cálculo da COFINS. Não basta ser uma “entrada” (mera movimentação financeira) é preciso que se configure como “ingresso”, no sentido de entrada como sentido de permanência e que resulte da atividade que corresponda ao seu objeto social (ou dele decorrente).”

Ainda neste sentido, manifestou-se Aires Fernandino Barreto (RDDT nº 5):

“i.e.l. Ingressos e receitas

*Nem todos os valores que entram nos cofres das empresas são receitas. Os valores que transitam pelo caixa das empresas (ou pelos cofres públicos) podem ser de duas espécies: os que configuram receitas e os que se caracterizam como meros ingressos (que, na Ciência das Finanças, recebem a designação de movimentos de fundo ou de caixa). **Receitas são entradas que modificam o patrimônio da empresa, incrementando-o.** Ingressos envolvem tanto as receitas como as somas pertencentes a terceiros (valores que integram o patrimônio de outrem). São aqueles valores que não importam em modificação do patrimônio de quem os recebe, para posterior entrega a quem pertencem. Apenas os aportes que incrementam o patrimônio, como elemento novo e positivo, são receitas.”*

José Antonio Minatel, por sua vez, após longo e aprofundado estudo acerca do conceito de receita no contexto constitucional, na lei societária, na ciência contábil, na economia, nas finanças públicas, na lei tributária, bem como sobre a diferença entre receita, faturamento e ingresso, entre outras análises, verificou ser possível “reconhecer os seguintes atributos imprescindíveis para qualificar essa específica realidade expressa sob o signo de receita”:

“a) conteúdo material: ingresso de recursos financeiros no patrimônio da pessoa jurídica;

b) natureza do ingresso: vinculada ao exercício de atividade empresarial;

c) causa do ingresso: contraprestação em negócio jurídico que envolva a venda de mercadorias ou prestação de serviços, assim como pela cessão onerosa e temporária de bens e direitos e pela remuneração de investimentos;

d) disponibilidade: pela definitividade do ingresso;

e) mensuração instantânea: isolada em cada evento, abstraindo-se dos custos e de periodicidade para a sua apuração. “

Nesse sentido, como bem observado por Ricardo Mariz de Oliveira, tratando em específico sobre o conceito de receita (onde não por acaso tece críticas à obra de De Plácido e Silva por, em sua ótica, confundir receita com ingresso ou entrada), para a contabilidade (1) a receita é algo que integra o resultado do período, (2) que existe quando terceiros efetuam o pagamento de uma transação ou assumam o compromisso firme de efetivá-lo em decorrência de uma venda ou de serviços, (3) podendo também existir pelo desaparecimento de uma dívida ou pela geração natural de ativos.

Relevante lembrar que tanto a lei que disciplina a contribuição ao PIS quanto aquela que aborda a COFINS prevêem que a caracterização da receita independe da denominação ou classificação contábil. Não obstante a ressalva em questão possa inferir que todas as receitas podem ser objeto de tributação pelas contribuições em tela – exceto as exclusões, isenções e outros benefícios previstos em lei – não há como afastar os conceitos econômico e contábil de receita, mormente quando afirmados pelo novel denominado (mas não consensuado quanto à sua existência) Direito Contábil.

Observamos, ainda, que o conceito de receita delimitado não é similar ao de renda, ou seja, que auferir-se receita apenas ocorra quando há lucro ou ganho. Isto porque, para caracterização da receita, não se leva em conta nem custos nem despesas. Ou seja, “ainda quando haja uma venda com prejuízo, por ser o custo da coisa vendida maior que o preço da sua venda, este, de per si, representa um elemento positivo na formação do patrimônio. (...) Este isolamento do fator positivo, para a identificação do que seja receita, é que distingue receita de lucro, renda ou ganho (...)” (OLIVEIRA, Ricardo Mariz de apud SEHN, Solon. Op. cit., p. 159-160).

Além dessas espécies de receitas, existem outras, antes denominadas “não-operacionais”, mas hoje consideradas simplesmente “outras receitas” (vide, por exemplo, a atual redação do art. 187, IV, da Lei 6.404/1976, em contraposição com a sua redação original). Como ensina a doutrina:

“Com a edição da Lei nº 11.941/09, art. 187, inciso IV, deixa de existir a segregação dos resultados em operacionais e não operacionais. A partir do exercício de 2008, os normativos fazem referência apenas à segregação das atividades em continuadas e não continuadas. Assim, passam a ser reconhecidas como outras receitas e despesas operacionais os ganhos ou perdas que decorram de transações que não constituam as atividades ordinárias de uma entidade. Ou seja, o conceito de lucro operacional engloba os resultados das atividades principais e acessórias, e essas outras receitas e despesas operacionais são atividades acessórias do objeto da empresa” (IUDÍCIBUS, Sérgio, et al. op. cit., p. 516).

As outrora denominadas receitas não-operacionais incluíam as receitas financeiras, as receitas com vendas de ativo permanente e as receitas extraordinárias. Essas espécies de receitas foram contempladas na legislação do PIS e da COFINS não-cumulativos, quando a norma literalmente dispôs que a totalidade das receitas inclui, além da receita bruta das vendas de bens e serviços, “todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica” (art. 1º, § 1º, das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003).

Vê-se, portanto, que a base de cálculo do PIS e da COFINS corresponde à totalidade das receitas auferidas pela empresa, porém, não qualquer ingresso, mas aquelas cujo conceito jurídico e técnico-contábil encerra uma repercussão patrimonial positiva para a empresa.

Concluindo, no caso concreto, tivemos, como consta dos autos, a alienação das ações recebidas em troca pela sua posição inicialmente mantida, porém, não deixou de ser uma alienação de ações, que resultou contabilmente em uma receita de natureza não-operacional. Se ainda assim julgássemos que essas receitas fossem submetidas à tributação, caberia a aplicação dos dispositivos da Lei nº 11.638/07 no sentido de que qualquer efeito decorrente das alterações da lei societária, que ocorreu de fato após a operação aqui analisada, **seria necessariamente neutra do ponto de vista tributário.**

Prosseguindo, na percepção desse julgador, nada do que houve a posterior, ou independentemente de ter havido uma operação complexa, elidiria o fato de que a operação teve como propósito negocial a alienação da participação societária detida pelo contribuinte no mercado.

Essa alienação apenas foi viável, sob a ótica do direito societário, pelo processo de conversão e troca de títulos representativos de um patrimônio por outros títulos, cuja colocação no mercado era possível, de acordo com a legislação de regência dos mercados de capitais. Não fazê-lo significaria não apenas uma perda de oportunidade econômica para o contribuinte, mas também para a sociedade, para outros investidores, desejosos de adquirir essa participação do outro lado.

Na origem, o contribuinte detinha títulos representativos de um patrimônio, cuja aquisição era obrigatória para o exercício, ai sim, de sua atividade econômica. A atividade principal do contribuinte, como instituição financeira, sempre foi negociar com ações em nome de terceiros, ou intermediar operações financeiras. As instituições financeiras, entretanto, não estão impedidas de negociar ações em seu próprio nome, podendo fazê-lo inclusive à guisa de maximizar a sua rentabilidade, e manter a sua saúde financeira. Entretanto, a norma regulatória sempre exigiu que essas operações fossem registradas em contas separadas.

Esses títulos representativos da antiga Bovespa sempre tiveram intenção de permanência até porque era a única forma de operação naquele mercado, e o fato de ter sido alienada não poderia transmutar a sua natureza, ainda que por força de uma interpretação e até mesmo de observância contábil dessa interpretação, em uma operação simples de negociação com ações realizadas por ordem de terceiros, no curto prazo, com fins meramente *especulativos*.

O mesmo afirma o Professor Eliseu Martins às fls 19 e ss. do seu parecer, às fls 632 e ss. dos autos do Processo no. 16.327.001329/2009-91

2.3.4 Tratamento contábil das ações

Como já foi comentado, os ativos têm seu registro contábil definido por ocasião de sua aquisição, considerando-se a destinação que a sociedade pretende dar ao bem ou direito. Nesse sentido, como o título patrimonial era investimento diretamente vinculado às suas finalidades e nos estritos termos do COSIF suscetível de registro como investimento permanente, suscetível de receber atualizações, sua conversão em ações de companhia não poderia merecer tratamento diferente. Dessa forma, até o momento da venda das ações

deveriam elas estar classificadas como investimentos permanentes, ainda que sua venda parcial tivesse sido previamente ajustada, por força do acordo já mencionado. Observe-se que a manutenção de investimentos permanentes, nessa condição, até a data de sua venda, sempre fora aceita inclusive pelas autoridades fiscais, que não submetem o ganho oriundo da venda de investimento permanente à tributação antecipada, em nenhuma hipótese.

De acordo com os autos, o contribuinte não detinha investimento **relevante** nas bolsas o que, por ocasião da substituição dos títulos anteriormente detidos, pelas ações representativas do capital das bolsas, determinava a sua classificação contábil sob a rubrica 2.1.9.90.00-3 - Outros Investimentos - que deveriam ser mantidos até o momento da venda - se concretizada no ano de 2007, o mesmo exercício social da “desmutualização”.

Ainda que as ações tenham sido alienadas em data posterior ao término do prazo pelo qual tivesse sido firmado o compromisso de manutenção da respectiva participação acionária, em decorrência da assinatura do referido acordo de acionistas, o tratamento contábil seria o mesmo: manutenção em conta de ativo permanente, até a venda dos bens, rubrica (2.1.9.90.00-3). Esse registro prestou-se, exclusivamente, a substituir aquele correspondente aos títulos até então detidos (2.1.4.10.10-5 - Títulos Patrimoniais de Bolsas de Valores), também classificáveis em conta integrante do Grupo Permanente – Investimentos. Ou seja, em nossa visão, o conjunto de atos praticados não poderia em qualquer hipótese, caracterizar uma “aquisição” de participação societária nova que justificasse a sua contabilização em conta diversa, como pretenderam as autoridades fiscais.

Por fim, importante ressaltar que, a partir da data de recebimento das ações em substituição aos títulos anteriormente detidos, o valor do investimento que não estivesse sujeito à avaliação com base no método de equivalência patrimonial, de que tratam o art. 248 da Lei das S.A. e a Instrução CVM nº 247/96, deveria ser avaliado pelo método do custo de aquisição, nos termos do disposto no art. 183, III daquela lei, não mais se lhes aplicando as disposições anteriormente citadas, sobretudo a Circular BACEN nº 1.273/87 (no que se refere ao registro dos Títulos Patrimoniais de Bolsas de Valores).

2.3.5 Tratamento tributário da atualização dos títulos

A primeira questão a ser avaliada diz respeito ao tratamento a ser dado à contrapartida da atualização dos títulos, registrada como reserva de capital, no momento em que estivessem sendo alienadas as ações das novas sociedades. A matéria deve ser analisada sob 2 (duas) diferentes linhas de interpretação que conduzem, sempre, à não tributação desse valor, a saber:

(i) primeiramente, por causa da ausência de comando para cômputo da reserva na determinação do lucro real: a Portaria 785/77 foi editada com a finalidade de evitar a tributação da atualização dos títulos, vigorando ela, plenamente, para os lucros gerados até 1995. Nesse caso há dois diferentes aspectos a serem observados: cômputo da atualização no lucro real e cômputo da atualização para fins de IRF. No que tange ao cômputo no cálculo do lucro real, o RIR dispõe no art. 442 , parágrafo único::

“Art. 442 - Não serão computadas na determinação do lucro real as importâncias, creditadas a reservas de capital, que o contribuinte com a forma de companhia receber dos subscritores de valores mobiliários de sua emissão a título de:

I - ágio na emissão de ações por preço superior ao valor nominal, ou a parte do preço de emissão de ações sem valor nominal destinadas à formação de reservas de capital;

II - valor da alienação de partes beneficiárias e bônus de subscrição;

III - prêmio na emissão de debêntures;

IV - lucro na venda de ações em tesouraria.

§ único - O prejuízo na venda de ações em tesouraria não será dedutível na determinação do lucro real.” (Grifos nossos)

A reserva de capital constituída pelas instituições financeiras, em decorrência da atualização dos títulos patrimoniais das bolsas, não está contemplada dentre as reservas de capital não tributadas pelo IR, contudo essa atualização foi expressamente excluída do lucro real pelo Poder Executivo, nos exercícios em que foi reconhecida (até dezembro de 1995), não havendo, hoje, qualquer possibilidade de se determinar a sua inclusão no lucro real por força do princípio da segurança jurídica, que mantém a proteção de que ela desfrutou, no passado e, adicionalmente, por força da decadência que já teria se operado em relação aos períodos em que essa regra vigorou.

Tampouco há previsão de que o montante da reserva devesse ser revertido para resultado, devendo ela ser usada, apenas, para aumento de capital ou compensação de prejuízos. Quanto à incidência do IRF, não ocorrendo a distribuição do lucro, ele não poderia ser cobrado e o evento da cisão das bolsas, seguido de sua transformação em companhia, bem como da venda das ações, não caracterizaram distribuição de lucros, para fins de IRF, na forma da Portaria 785/77.

(ii) finalmente, pela “equiparação” dessa atualização àquela decorrente dos resultados oriundos de investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial, não sujeitos a tributação: o fundamento dessa interpretação decorre de específica manifestação da então Secretaria da Receita Federal - SRF, contida no Parecer Normativo da então Coordenadoria do Sistema de Tributação - CST nº 78/78, com a seguinte ementa:

“Investimentos relevantes e influentes em sociedades coligadas ou controladas devem ser avaliados pelo valor de patrimônio líquido: 1) nas sociedades anônimas; 2) nas demais sociedades quando devam refletir-se no balanço de sociedade anônima e 3) nas sociedades em que o exija lei especial.” (Grifo nosso)

Muito embora o referido Parecer aborde apenas o tratamento tributário da contrapartida da avaliação, pelo método de equivalência patrimonial, de investimentos relevantes e influentes em sociedades coligadas ou controladas, as fundamentações legais nele descritas, que embasaram o entendimento das autoridades fiscais, são aplicáveis ao tratamento a ser dispensado às atualizações dos títulos patrimoniais das bolsas, creditadas em conta específica de reserva de capital pelas instituições financeiras.

Observe-se que os títulos eram investimentos próprios da operação das sociedades, relevantes para sua atuação negocial, o que justifica a assemelhação pretendida. Ressalte-se que o BACEN também entendia a natureza dos títulos dessa forma, pois que o COSIF determinou fossem eles classificados como ativo permanente, investimentos sujeitos a

atualização. Além da expressa determinação procedimental do COSIF e a ausência de qualquer efeito tributário decorrente dessa metodologia são suficientes para concluir que o seu uso estava autorizado pelo sistema como se depreende da leitura do conteúdo do trecho, abaixo citado, do Parecer em questão:

“7 - Não obstante a generalidade das regras acima discutidas, ressalve-se a possibilidade de legislação específica para setores econômicos ou classes de empresas estabelecer outros critérios de avaliação pelo patrimônio líquido. Particularmente, a Lei da Reforma Bancária (nº 4.595/64, art. 4º, item XII) atribui ao Conselho Monetário Nacional a fixação de normas contábeis para as instituições financeiras, assim como a Lei nº 6.385/76 (art. 22, parágrafo IV) deferiu às companhias abertas a fixação de padrões de contabilidade para companhias abertas.

7.1 – Dado que tais normas devem ser interpretadas integralmente com a legislação tributária, a imposição pelo Banco Central ou Comissão de Valores Mobiliários de avaliação de investimentos por valor de patrimônio líquido, em situações que não as referidas no § 4º do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, cria para as pessoas jurídicas obrigação de assim proceder nas demonstrações financeiras, com os reflexos pertinentes na apuração do lucro real.” (Grifos nossos)

Com base nos fundamentos legais mencionados no item 7 do Parecer, bem como nas referências por ele efetuadas aos atos normativos anteriormente citados, é possível afirmar-se que, considerando a obrigatoriedade das instituições financeiras de registrarem a contrapartida da atualização dos títulos patrimoniais, em conta específica de Reserva de Capital, por força das determinações emanadas do CMN (notadamente aquelas previstas pelo COSIF), à semelhança da contrapartida da aplicação da metodologia de equivalência patrimonial, os mesmos reflexos devem ser por elas observados no tocante à determinação do lucro real, portanto, nenhum efeito fiscal quanto ao Imposto de Renda e à Contribuição Social.

À vista dos fatos, podemos concluir que os acréscimos correspondentes à atualização dos títulos não estão sujeitos à tributação pelo IR ou pelo IRF, no momento da venda, integrando o custo de aquisição dedutível para todas as finalidades. Nessa afirmativa, dois aspectos são importantes: (i) o respeito às disposições da Portaria 785/77 e ao sistema jurídico e (ii) a ausência da característica de distribuição de lucros da troca de títulos por ações.

Ou seja, como anteriormente descrito, a única base imputável possível para fins de IRPJ e de CSLL seria como ganho de capital, o que no caso equiparar-se-ia ao resultado de equivalência patrimonial, de resto também não tributável para fins de PIS e da COFINS, por expressa previsão legal.

2.3.6 Tratamento tributário do ganho ou perda de capital na venda das ações

2.3.6.1 IR e CSLL

Em que pese já repute suficiente para o deslinde da questão, teceremos comentários acerca do tratamento tributário pelo IRPJ e pela CSLL como se ganho de capital tributável fosse, para ao fim concluir quanto às nossas contribuições sociais.

De acordo com o disposto no art. 418 do RIR/99⁹, os resultados da alienação de bens do ativo permanente serão computados na determinação do lucro real. Ao tratar da forma pela qual se determina o ganho ou perda de capital, nos casos de alienação de investimentos avaliados pelo valor de patrimônio líquido, assim dispõe o RIR, em seu art. 426:

“Art. 426 - O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 33, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso V):

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;

III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior.” (Grifos nossos)

Assim, em consonância com o anteriormente disposto, o valor de custo das ações a ser computado para fins de determinação do ganho ou perda de capital, por ocasião de sua alienação, deveria equivaler ao valor de “patrimônio líquido” pelo qual o investimento estivesse registrado. Nesse valor estaria contemplado, portanto, o montante correspondente à contrapartida da atualização dos títulos, com base no valor informado pelas respectivas bolsas.

No que se refere à determinação da base de cálculo da CSLL, a Lei nº 7.689/88 dispõe que a base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, apurado com observância da legislação comercial, antes da provisão para o imposto de renda. Diversas normas concernentes à apuração dessa base de cálculo foram posteriormente editadas sem, contudo, haver na legislação ordinária dispositivo legal que consolide as normas de apuração e pagamento da CSLL, o que somente foi efetuado pela Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal¹⁰ - IN SRF nº 390/04¹¹. Por ocasião da edição da Portaria nº 785/77 e do Parecer Normativo CST nº 78/78, normas que delimitaram, conforme abordado anteriormente, o tratamento fiscal a ser dispensado à contrapartida da atualização dos títulos patrimoniais representativos do capital das bolsas de valores, a CSLL não havia sido instituída.

Não obstante, são aplicáveis à CSLL os comentários anteriormente descritos em relação ao lucro real, no tocante ao cálculo do ganho de capital a ser tributado por ocasião da alienação das ações, uma vez que o ganho ou perda de capital decorrente da alienação de bens ou direitos integra o resultado do período, apurado em consonância com a legislação comercial (Lei nº 6.404/76 e alterações). A atualização dos títulos segue protegida de tributação, pois quando registrada não transitou em resultado e, hoje, nas diversas operações não se constitui em lucro ou resultado tributável, como já comentado.

⁹ Disposição contida no Livro II, Título IV, Subtítulo III, Capítulo VII, que trata da tributação dos resultados não operacionais.

¹⁰ Atual Receita Federal do Brasil - RFB.

¹¹ Neste caso, as disposições da IN devem, necessariamente, estar suportadas por disposições constantes da legislação ordinária, sob pena de não aplicação, pelo contribuinte, naquilo que lhe for mais oneroso.

Outrossim, o tratamento tributário desse conjunto de operações para fins de IRPJ e de CSLL não vem sendo adequadamente compreendido por parte das autoridades fiscais. Manifestaram-se de forma equivocada pela incidência do IR, porém, **em momento anterior à venda (realização) das ações, no momento designado por “desmutualização”**. De fato, as Soluções de Consulta da Coordenadoria-Geral de Tributação nº 10, de 26 de outubro de 2007, e da Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil nº 521, de 07 de novembro de 2007, cujas respectivas ementas são idênticas pronunciaram-se de forma diversa.

A consulta acima mereceu por parte da Bovespa e da BMF, publicação de fato relevante onde questionaram a orientação tomada RFB. De fato, a consulta acima contém impropriedades diversas, a saber:

(i) ignora o contrato atípico (cisão seguida de transformação) e os efeitos pretendidos pelas partes;

(ii) ignora que os institutos previstos em lei podem ser utilizados por todo tipo de entidade exceto se o procedimento for vedado ou se a sua implementação for total e completamente incompatível com a situação à qual se pretende aplicá-lo. No que tange à cisão das bolsas, **deixou de observar que o já citado art. 2033 do CC autoriza o uso desse instituto nas entidades sem fins lucrativos;**

(iii) considera que houve destinação de parcela de patrimônio das bolsas para entidade com fins lucrativos, em desacordo como o art. 61 do CC, quando a situação não é de destinação mas de cisão seguida de transformação

(iv) considera que a avaliação das cotas, ou frações ideais das bolsas, deva ser feita pelo custo de aquisição, afastando desse conceito o valor da atualização determinada e protegida por lei;

(v) conclui pela incidência do IRPJ calculado sobre a diferença entre o valor nominal das ações (da sociedade) recebidas pelos associados (sociedades corretoras) e o custo de aquisição das cotas ou frações ideais representativo do patrimônio segregado das bolsas de valores;

(vi) muda entendimento manifestado anteriormente (Solução de Consulta COSIT nº 13, de 10.11.1997), em consulta então formulada pela Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias (“ANCOR”), que tinha por objeto operação semelhante ao processo de “desmutualização”;

(vii) descumprimento o princípio da segurança jurídica, não observando as regras aplicáveis ao reconhecimento da atualização dos títulos e seus reflexos tributários, ao longo do tempo. Em termos práticos, a Solução de Consulta afirma que será tributado o resultado de atualização (equivalência patrimonial) do patrimônio das antigas bolsas, refletido no custo contábil dos títulos patrimoniais de seus associados, e que o fato gerador desse ganho de capital seria a cisão parcial do patrimônio das bolsas. A operação de cisão, feita a valores patrimoniais, não gera para os partícipes, sócios ou associados, nenhum reflexo tributário, caracterizada que é pela sucessão universal, afastando-se as hipóteses de alienação, realização, devolução ou similares de ativos. Não há qualquer acréscimo patrimonial gerado para os antigos detentores dos títulos, quando trocados por ações, razão pela qual mais uma vez equivoca-se a autoridade fiscal.

Entendo pois que a manifestação das autoridades fiscais excedera completamente os limites da lei, concluindo-se que: (i) no momento da “desmutualização”, por configurar-se mera sucessão, não há incidência de tributação, pelo IR ou pela CSLL, sobre eventual ganho gerado e (ii) na venda das ações, o ganho de capital deve ser calculado a partir do custo de aquisição atualizado pela forma preconizada pela Portaria 785/77 e pelo COSIF e, após, submetido à tributação pelo IR e pela CSLL.

2.3.6.2 PIS e COFINS

No que se refere à incidência das contribuições devidas ao PIS e à COFINS, pelas instituições financeiras, determina a Lei nº 9.718/98 que a sua base de cálculo é o faturamento, correspondente à receita bruta da pessoa jurídica, assim entendida a totalidade de receitas por ela auferida, sendo irrelevantes a classificação contábil adotada para as receitas. Admite a lei sejam excluídas à base de cálculo das contribuições o valor das receitas oriundas da venda de ativo permanente (art. 3º, § 2º, IV).

Como a participação societária oriunda da troca de títulos, por ações, caracteriza-se como sucessão, não afetando a natureza de investimento permanente de que os títulos já desfrutavam, cabe o registro das ações em igual rubrica. É de se entender, portanto, que a receita correspondente à venda das ações deve ser excluída de tributação a essas contribuições, especialmente porque, como já comentado, o adequado registro contábil deve ele ser feito na conta 2.1.9.90.00-3 - Outros Investimentos (COSIF), integrante do Ativo Permanente, Investimentos

Nesse contexto, entendo não haver incidência das contribuições ao PIS e COFINS, nos termos do art. 3º, § 2º, IV da Lei nº 9.718/98, sobre o montante do ganho de capital apurado (ou que vier a ser apurado enquanto durar a vigência do citado dispositivo) por ocasião da alienação das ações representativas do capital das novas companhias. Caso houvesse a incidência, ainda assim entendo que deveria para esse fim, ser computado como custo o valor atualizado do investimento na data da substituição dos títulos anteriormente detidos por ações, cujo montante deveria corresponder ao percentual de participação detido pela sociedade no patrimônio líquido informado pelas respectivas bolsas de valores.

Enfatize-se, novamente, que o fato de o ativo ser destinado à venda, por acordo de sócios, não o caracteriza como bem realizável, de curto ou longo prazo, pois que essa caracterização é dada no momento da aquisição. Dessa forma, eventual transferência da conta de ativo permanente para conta de circulante, como pretendeu a fiscalização, além de ser procedimento contrário à lei societária, não poderia gerar qualquer reflexo tributário para fins de PIS e COFINS, pois a alienação é de bem destinado ao objeto da sociedade que mantém essa característica até sua transferência ao comprador.

Observe-se que a legislação atinente ao PIS e à COFINS considera **irrelevante** a contabilização (classificação), em que pese meu entendimento de que essa norma carece sempre de interpretação casuística, dada à receita auferida para fins de tributação, no sentido de que à tributação não se excluem verbas que revestindo a natureza de receita bruta foram contabilizadas em rubricas que não permitem inferir essa condição.

Esse é justamente o caso em que a norma deve ser interpretada à luz dos fatos, do caso concreto, sob pena de relegar à insignificância todo o ordenamento jurídico-econômica pátrio, em especial a lei societária e as normas cogentes reguladoras.

A suposta irrelevância de que se revestiria a norma contábil, em termos de contribuições sociais, permite afirmar, em contrapartida, que uma indevida e antecipada contabilização de investimento, que sempre se caracterizou como permanente e assim esteve registrado, em rubrica do circulante, não ensejaria a tributação da correspondente receita, por ocasião da venda, sob a alegação de que a operação foi de investimento voltado à operação, sempre classificado no permanente e que essa transferência não seria suficiente para retirar-lhe tal condição. Reforça esse argumento a ausência de operação nova, alienação, distribuição de lucros ou similares.

Isso posto, voto no sentido de dar provimento integral ao recurso voluntário. Caso vencido, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso voluntário para determinar a atualização contábil dos valores que serviram de base para o cálculo da receita, deduzindo-a do “ingresso” que servira de base para a tributação, no mais atendendo as disposições da legislação de regência das contribuições atinentes às instituições financeiras, que permite a dedução dos custos das operações, e a tributação da mais-valia obtida nas operações de caráter financeiro.

É como voto.

Sala das Sessões, em 24 de outubro de 2012

(assinado digitalmente)

GILENOGURJÃO BARRETO