



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

**Processo n°** 16327.720268/2012-61  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 3401-004.414 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 19 de março de 2018  
**Matéria** AUTO DE INFRAÇÃO - PIS/COFINS - INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS  
**Recorrente** MERRILL LYNCH S/A CTVM  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Ano-calendário: 2008

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**

Ano-calendário: 2008

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**

Ano-calendário: 2008

PROCESSO JUDICIAL E ADMINISTRATIVO. CONCOMITÂNCIA. SÚMULA CARF Nº 1.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

## JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

Incidem juros de mora sobre a multa de ofício, por existência de fundamento legal exposto.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso voluntário no que se refere a matéria em relação à qual há concomitância de objeto entre processo administrativo e judicial, e, na matéria conhecida, em negar provimento ao recurso voluntário, da seguinte forma: (a) por voto de qualidade, para, no mérito, manter o lançamento, vencidos os Conselheiros André Henrique Lemos, Tiago Guerra Machado, Renato Vieira de Ávila e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco, que indicou a intenção de apresentar declaração de voto; e (b) por maioria de votos, para manter a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, vencidos os Conselheiros André Henrique Lemos, Renato Vieira de Ávila e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco.

ROSALDO TREVISAN - Presidente.

FENELON MOSCOSO DE ALMEIDA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rosaldo Trevisan (Presidente), Robson Jose Bayerl, André Henrique Lemos, Fenelon Moscoso de Almeida, Tiago Guerra Machado, Marcos Roberto da Silva (Suplente), Renato Vieira de Ávila (Suplente) e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco.

## Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, o qual passo a transcrever:

### “Relatório

Conforme o **Termo de Verificação de Infração Fiscal (TVIF)** de fls. 237- 254, em ação fiscal empreendida junto à contribuinte supramencionada, a fiscalização apurou os fatos descritos a seguir:

#### 1) Introdução

A Merrill Lynch S/A Corretora de Títulos e Valores Mobiliários (Merrill), CNPJ 02.670.590/0001-95, tem como **objeto social**, dentre outros, operar em bolsa de valores na **compra e venda de títulos e valores mobiliários, por conta própria e de terceiros**. Para tanto, a contribuinte detinha títulos patrimoniais da Bolsa de Valores de São Paulo – Bovespa e da Bolsa Mercantil e Futuros – BM&F, fato que a levou a participar da desmutualização e da Oferta Pública de ações dessas duas bolsas.

As infrações apuradas referem-se a:

- créditos referentes ao PIS e à Cofins incidentes sobre ganhos auferidos na venda de ações da Bovespa Holding S/A (Bovespa Holding) e da BM&F S/A;
- falta de declaração em DCTF de parcelas de PIS e de Cofins, do período 01/2008, apuradas em Dacon.

## **2) Da ação judicial impetrada pela contribuinte contra a Lei nº 9.718/98**

A contribuinte é litisconsorte no **Mandado de Segurança (MS) nº 2005.61.00.011085-0**, impetrado com o objetivo de afastar o **art. 3º, caput, e §1º, da Lei nº 9.718/98**, e recolher o PIS e a Cofins com base no faturamento, entendido como receita de venda de mercadorias, prestação de serviços ou combinação de ambas, tal como definido pela Lei Complementar (LC) nº 70/91. O pedido também abrangeu o afastamento do art. 3º da LC nº 118/2005 (fls.45-59).

A sentença julgou procedente o pedido e a União apelou da decisão. Em 09/09/2010 o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) decidiu que “Receita bruta é pois sinônimo de faturamento, traduzindo-se como a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais”.

As partes apresentaram embargos de declaração, sendo acolhidos apenas os da União, para declarar a inaplicabilidade do regime de não cumulatividade às instituições financeiras.

## **3) Da desmutualização das bolsas de valores**

A desmutualização foi o processo pelo qual as associações sem fins lucrativos Bovespa e BM&F transferiram seu patrimônio e atividades para as novas sociedades empresariais Bovespa Holding e BM&F S/A.

Para ter acesso às operações organizadas pela Bovespa e BM&F, as corretoras deveriam possuir títulos patrimoniais dessas associações. A Merrill detinha, à época da desmutualização, **13 títulos patrimoniais da Bovespa, e 2 da BM&F**, nas categorias de sócio efetivo e de corretora de mercadorias.

Com a desmutualização da Bovespa (08/2007) e da BM&F (10/2007), esses títulos foram devolvidos aos associados sob a forma de ações das novas sociedades constituídas.

Após a desmutualização, realizou-se as operações de Oferta Pública de Distribuição Secundária de Ações (IPO) das novas companhias, nas quais os acionistas originários ofertaram parte de suas ações ao público em geral.

### **3.1) Bovespa**

Em **Assembléia Geral Extraordinária (AGE) de 28/08/2007**, foi deliberada a desmutualização da Bovespa. Houve a cisão parcial da Bovespa, pela qual reduziu-se o patrimônio da associação, com versão de parte de patrimônio para a Bovespa Serviços e Participações S/A (Bovespa Serviços) e para a Bovespa Holding, emitindo-se ações dessas empresas para os detentores dos títulos patrimoniais daquela associação.

Na mesma data houve a incorporação de ações, pela Bovespa Holding, da totalidade das ações da Bovespa Serviços da Companhia Brasileira de

Liquidação e Custódia (CBLC), recebendo os titulares das ações dessas duas empresas mais ações da Bovespa Holding.

Ao final, cada título patrimonial da Bovespa rendeu 706.762 ações da Bovespa Holding, e cada lote de 25 ações da CBLC deu direito a 46.223 ações da nova companhia.

Ainda no mesmo dia de 28/08/2007, houve a AGE da Bovespa Holding, na qual o Conselho de Administração dessa companhia foi autorizado a tomar todas as providências necessárias à realização da Oferta Pública.

Portanto, **a venda de ações da Bovespa Holding era formalmente prevista já na data da desmutualização**, estando presente no planejamento da reestruturação da Bovespa.

De fato, dois meses após a desmutualização, em 31/10/2007, ocorreu a Oferta Pública de parte das ações recebidas pelos detentores dos antigos títulos patrimoniais da Bovespa. No ano de 2008, meses depois da Oferta Pública, houve ainda duas outras oportunidades para negociação dessas ações, propiciando a vendas do restante das ações ao mercado.

### 3.2) BM&F

Em **20/09/2007 foi aprovada em AGE a desmutualização da BM&F**, pela qual as atividades dessa associação foram transferidas para a nova sociedade empresarial BM&F S/A.

Os antigos associados receberam, a título de devolução de capital, ações da BM&F S/A, de acordo com a quantidade e o tipo de título patrimonial detido:

Título patrimonial	Valor patrimonial (R\$)	Ações BM&F S/A
Sócio efetivo	10.000,00	10.000
Corretora de mercadorias	4.898.015,00	4.898.015
Membro de compensação	4.961.610,00	4.961.610
Operador especial	1.335.141,00	1.335.141
<b>Total de ações</b>		<b>901.877.292</b>

Em 17/09/2007 a BM&F expediu o **Ofício Circular 071/2007-PRES**, o qual previa a realização da Oferta Pública de ações da BM&F S/A até 31/12/2007, bem como a possibilidade de um investidor estratégico adquirir 10% das ações (fls.98-103).

Posteriormente, foi expedido o **Comunicado Externo 082/2007-DG**, de 19/09/2007, contendo esclarecimentos sobre a AGE que, no dia seguinte, deliberaria sobre a desmutualização, e fazendo referência à possibilidade de alienação das ações ao investidor estratégico antes de ocorrida Oferta Pública (fls.104-106). De fato, em 16/11/2007, esse investidor estratégico adquiriu 10% do capital social da BM&F S/A pelo valor de um bilhão de reais.

Por sua vez, na **AGE de 20/09/2007**, restou consignada a aprovação da Oferta Pública de ações da BM&F S/A (fls.107-112).

Portanto, **a venda de ações da BM&F S/A ao mercado foi formalmente prevista na desmutualização**, estando presente no planejamento da reestruturação.

No próprio projeto apresentado aos associados da BM&F havia a previsão de que a venda das ações da BM&F S/A dar-se-ia até o final do ano em curso, como de fato ocorreu em 30/11/2007 a Oferta Pública dessas ações, seguida da oferta de um lote suplementar em 07/12/2007. Seis meses depois da Oferta Pública foram liberadas as vendas das ações restantes detidas pelos titulares originais.

#### **4) Dos procedimentos de contabilização utilizados pela Corretora Merrill Lynch na subscrição e na venda de ações recebidas na desmutualização das bolsas**

Na desmutualização, a contribuinte creditou o saldo das contas do grupo 2.1.4.00.00 – Investimentos/Títulos Patrimoniais, do ativo permanente, e debitou os mesmos valores em contas do grupo 2.1.5.00.00 – Investimentos/Ações e Cotas, também do ativo permanente.

Considerando os títulos patrimoniais que detinha nas duas bolsas, a Merrill recebeu **9.187.906 ações da Bovespa Holding** e **4.898.015 ações da BM&F S/A**, nos valores respectivos de R\$22.822.542,72 e R\$4.898.015,00.

**Todas essas ações recebidas nas desmutualizações foram alienadas** pela contribuinte entre o último trimestre de 2007 (quando houve as duas Ofertas Públicas de ações) e 10/2008. A renda líquida obtida com essas vendas foi contabilizada incorretamente como receitas não operacionais na conta 7.3.1.10.00.002 – Lucro na Alienação de Investimentos, sendo excluídas da base de cálculo do PIS e da Cofins.

#### **5) Do cronograma de alienação das ações da Bovespa Holding e da BM&F S/A**

##### **5.1) Acordos de restrições à negociação de ações (lock-up)**

A fim de garantir a estabilidade da valorização esperada, celebraram-se acordos de restrição à negociação das ações (lock-up), impondo-se limites temporais e quantitativos às alienações das ações restantes após a Oferta Pública.

No caso da Bovespa, a contribuinte firmou, em 04/10/2007, 27 dias antes da Oferta Pública, o Acordo de Restrição à Negociação de Ações, comprometendo-se a não vender as ações em tela pelo prazo de 180 dias da publicação do anúncio de início da Oferta, e também a não vender mais de 40% das ações em igual período subsequente ao primeiro (fls.95- 96).

Além disso, a quantidade de ações a serem vendidas na Oferta Pública de ações da Bovespa Holding, 4.593.953, já havia sido previamente estabelecida na procuração outorgada pela contribuinte à Bovespa Holding em 27/09/2007, sendo exatamente obedecida (fls.92-94).

Também no caso da BM&F S/A foi firmado um Acordo de Acionistas, reratificado em 05/11/2007 (25 dias antes da Oferta Pública), contendo cláusula de lock-up (223-224). A mesma restrição consta ainda do Instrumento Particular de Assunção de Obrigações celebrado entre a contribuinte e a BM&F em 17/08/2007 (fls.225-235).

##### **5.2) Vendas efetuadas pela Corretora Merrill Lynch**

No caso da BM&F S/A, as vendas na Oferta Pública ocorreram em 11 e 12/2007, e após 6 meses de lock-up, em 06/2008 a contribuinte alienou a totalidade das ações de sua propriedade que remanesceram da Oferta Pública.

Quanto à Bovespa, a Oferta Pública de suas ações ocorreu em 10/2007, e, em 04-05/2008, após o primeiro período de lock-up, foram vendidas pela contribuinte 1.837.581 ações (40% do saldo restante após a Oferta Inicial). Em 10/2008, vencido o segundo prazo de lock-up, a contribuinte alienou a totalidade das ações da Bovespa Holding (então denominada BovespaBMF, após a fusão das duas bolsas em 05/2008) que ainda detinha.

Pelo exposto, no intervalo de 10 meses a contribuinte desfez-se da totalidade das ações da BM&F S/A e da Bovespa Holding, conforme havia sido planejado.

#### **6) Do Direito – tributação dos ganhos auferidos na venda das ações recebidas na desmutualização**

A contribuinte tem seu faturamento (receita bruta) tributado pelo PIS e pela Cofins nos termos da Lei nº 9.718/98, permitindo-se algumas exclusões da receita bruta, tais como a receita da venda de bens do ativo permanente (art.3º, § 2º, IV, da Lei nº 9.718/98).

As ações recebidas em razão da devolução do capital das associações foram classificadas no Ativo Permanente, e o lucro das respectivas vendas foram escriturados na conta Cosif 7.3.1.10.00 – Lucros na Alienação de Investimentos, do grupo de Receitas Não Operacionais.

Todavia, tais ações devem ser classificadas no Ativo Circulante, e os respectivos ganhos não podem ser excluídos da base de cálculo do PIS e da Cofins.

#### **6.1) Classificação contábil das ações da Bovespa Holding e da BM&F S/A vendidas após a desmutualização**

Cabe registrar que as ações recebidas na desmutualização não se confundem com os títulos patrimoniais, eis que estes foram extintos.

De acordo com o art.179, da Lei nº 6.404/76, as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente devem ser classificados no Ativo Circulante. Nessa linha, o Parecer Normativo (PN) da Coordenação CST nº 108/78 esclarece que será presumida a intenção de permanência de um investimento sempre que o valor registrado não for alienado até o exercício seguinte àquele em que for adquirido.

Na situação em tela, o cronograma de venda das ações das bolsas de valores seguiu exatamente os acordos previamente firmados entre as partes e constantes do planejamento das Ofertas Públicas. Cerca de dois meses após as AGE que deliberaram as desmutualizações, ainda no mesmo exercício social, houve a alienação das ações, por valores superiores aos que foram recebidas como devolução de patrimônio.

As vendas nas Ofertas Públicas e aquelas ocorridas em 2008 não foram fruto de repentina decisão empresarial, mas sim resultado de um planejamento precisamente executado, significando que a Merrill tinha a intenção de

comercializar esses ativos no curso do exercício social subsequente àquele em que os recebeu.

Ressalte-se que a alienação das ações pelos antigos associados era da natureza da operação societária realizada; o objetivo da desmutualização era transformar as antigas bolsas em companhias de capital aberto.

Do exposto, as ações da BM&F S/A e da Bovespa Holding devem ser classificadas no Ativo Circulante da contribuinte.

### **6.2) O resultado da venda das ações recebidas na desmutualização compõe o resultado operacional da Corretora Merrill Lynch**

Conforme o art.11 do Decreto-Lei nº 1.598/77, o resultado das atividades que constituem o objeto da pessoa jurídica é classificado como lucro operacional.

Por sua vez, a corretora Merrill possui como objeto social, dentre outros, a compra e venda de títulos e valores mobiliários, conforme o art. 3º de seu estatuto social (fls.66-74). Portanto, a venda de ações compõe o resultado operacional da corretora, sendo tributada pelo PIS e Cofins.

### **7) Do cotejo entre os demonstrativos da base de cálculo do PIS e da Cofins e os valores declarados em Dacon e DCTF**

Comparando-se os valores das contribuições informados no Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais – Dacon, com os valores lançados na DCTF (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais) constataram-se as diferenças (R\$) a seguir:

01/2008	Dacon	DCTF	Diferença
PIS	116.071,56	114.492,06	1.579,50
COFINS	714.286,50	704.566,54	9.719,96

Intimada, a contribuinte reconheceu o erro no preenchimento da DCTF e solicitou autorização para retificá-la, o que não foi concedido por falta de previsão legal (fls.14-15).

### **8) Do auto de infração**

Pelo exposto foram lançados o PIS e a Cofins relativos:

- aos ganhos líquidos auferidos na venda das ações da Bovespa Holding e da BM&F S/A, no ano-calendário 2008; e - à diferença apurada entre os valores informados no Dacon e os declarados em DCTF.

Observe-se ainda que o PIS e a Cofins sobre as vendas de ações ocorridas nas Ofertas Públicas do ano-calendário de 2007 constam do processo 16327.001329/2009-91.

Os autos de infração constam às fls. 255-269, e foram fundamentados nos seguintes dispositivos legais:

(...)

### **Da Impugnação**

Inconformada, a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 297-321, acompanhada dos documentos de fls.322-405, alegando, em síntese:

## **1) Dos fatos**

Os títulos patrimoniais foram contabilizados em conta do ativo permanente, pois foram adquiridos para que a corretora atuasse nas bolsas de valores, sendo intenção da impugnante permanecer com esses ativos.

Na desmutualização, os títulos patrimoniais foram transformados em ações das novas sociedades empresariais constituídas. Houve mera troca de nome dos bens, permanecendo as ações contabilizadas no ativo permanente.

## **2) Do Direito**

### **2.1) Da inoccorrência da extinção dos títulos e da não tributação das receitas decorrentes da venda de bens do ativo permanente**

A contabilização de um ativo em conta do permanente deve se basear na intenção da sociedade em permanecer com tal ativo no momento de sua aquisição.

Os títulos patrimoniais eram essenciais para as corretoras operarem nas bolsas de valores, tendo natureza de permanente, sendo correta a classificação da contribuinte, a teor do art.179, IV, da Lei nº 6.404/76.

Houve mera transformação dos títulos em ações, devendo ser mantida a mesma contabilização, eis que representam os mesmos ativos, de mesmo valor, apenas com denominação diferente.

O fundamento utilizado pela fiscalização para justificar o registro das ações no ativo circulante foi a suposta extinção dos títulos patrimoniais, decorrente da devolução do patrimônio investido, e posterior subscrição das sociedades anônimas. Para a fiscalização, a desmutualização compreendeu a extinção das associações e a criação das sociedades anônimas.

Porém, no processo de desmutualização não houve subscrição de ações, nem extinção das associações. Houve mera transformação dos ativos, em uma sucessão universal, sem alienação do ativo original, nem aquisição de novos ativos, eis que as corretoras não tinham alternativa que não fosse a substituição dos títulos pelas ações.

A pessoa jurídica continuou com as mesmas atividades, apenas com alteração da forma para S/A, e recebeu ações de valores idênticos aos títulos, os quais eram contabilizados na conta “Títulos Patrimoniais”. Assim, a contabilização não deveria ser alterada, devendo ser mantido o mesmo tratamento tributário.

Não tendo ocorrido a extinção das associações, também não ocorreu a extinção dos respectivos títulos, nem a devolução do patrimônio das associações.

A transformação dos títulos em ações (desmutualização) não altera a classificação contábil, pois a intenção da impugnante ao comprar os títulos patrimoniais era de permanecer com tais ativos, para poder atuar como corretora.

O entendimento da fiscalização de que as ações devem ser classificadas no ativo circulante é incompatível com os Pareceres Normativos (PN) CST nº 108/78 e 03/80, os quais confirmam o procedimento adotado pela impugnante.

Portanto, não há que se falar em reclassificação contábil de ativos, como entendeu a fiscalização.

Sendo assim, a receita de venda das ações não integra a base de cálculo do PIS e da Cofins, conforme art.3º, § 2º, IV, da Lei nº 9.718/98 e decisão nº 3.427 da DRJ Ribeirão Preto, devendo ser cancelados os autos de infração.

### **2.2) Da não tributação das receitas que não compõem o faturamento**

Mesmo se as ações fossem classificadas no ativo circulante, não haveria incidência de PIS e de Cofins, pois tais receitas não compõem a base de cálculo dessas contribuições.

O STF decidiu que o faturamento ou receita bruta compõe-se apenas das receitas da venda de bens e de prestação de serviços, sendo inconstitucional a tributação de todas as receitas da empresa, pretendida pela Lei nº 9.718/98. É irrelevante saber se as receitas são, ou não, operacionais; o que deve ser verificado é se elas se incluem no conceito de faturamento.

A venda de ações não pode ser equiparada à venda de bens ou prestação de serviços. O conceito de faturamento distinto para diferentes setores da atividade econômica afronta o art. 150, II, da C/F/88. Ademais, o art. 195, § 4º, c/c o art.154, I, também da CF/88, determina que somente lei complementar pode dispor sobre bases de cálculo distintas que não encontram fundamento na CF.

Além disso, a venda das ações das bolsas de valores não foi realizada no exercício do objeto social da impugnante, o que ocorreu foi uma venda de ativos próprios, que não haviam sido adquiridos para negociação.

Frise-se ainda que a impugnante impetrou o MS nº 2005.61.00.011085-0, pleiteando o recolhimento do PIS e da Cofins nos termos da legislação anterior à Lei nº 9.718/98, afastando a tributação pretendida pelo art.3º, caput, e § 1º, ambos da Lei nº 9.718/98.

A sentença proferida em 09/05/2007 julgou procedente o pedido, e a União apelou da decisão.

Os autos seguiram para o TRF3, o qual deu parcial provimento ao recurso da União, decidindo que receita bruta é sinônimo de faturamento, e constitui a soma das receitas das atividades empresariais.

Contudo, a base de cálculo das contribuições em tela é o faturamento representado pelas receitas de venda de mercadorias e prestação de serviços, e não as receitas da atividade empresarial, o que deverá ser reconhecido por essa DRJ, cancelando-se os autos de infração combatidos.

### **2.3) Pagamento do item 02 dos autos de infração**

A impugnante efetuou o pagamento, com redução de 50% da multa, relativo ao PIS e à Cofins declarados no Dacon e não declarados na DCTF (fls.371-372).

Sendo assim, requer-se o reconhecimento da extinção dos créditos e o cancelamento dessa exigência pela DRJ.

### **2.4) Da ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa**

Caso se entenda correta a utilização da taxa Selic para cobrança dos juros de mora, estes não poderão ser exigidos sobre a multa de ofício por ausência de previsão legal.

O art.13 da Lei nº 9.065/95 remete ao art.84 da Lei nº 8.981/95, o qual estabelece cobrança de juros apenas sobre tributos, e tributo não se confunde com multa, conforme os art.3º e 113, §1º, do CTN. Portanto, a cobrança de juros sobre multa afronta o princípio da legalidade.

É o relatório. ”

A **decisão de primeira instância** da DRJ-São Paulo/SP julgou, às fls. 464/489, improcedente a impugnação, nos termos da ementa adiante transcrita:

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Ano-calendário: 2008

DESMUTUALIZAÇÃO DAS BOLSAS DE VALORES. EXTINÇÃO DOS TÍTULOS PATRIMONIAIS. AÇÕES RECEBIDAS COMO DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO DAS ENTIDADES ISENTAS.

Na desmutualização das entidades isentas houve a devolução do patrimônio entregue pelos associados, sob a forma de ações das novas sociedades empresariais constituídas com finalidade lucrativa.

CORRETORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS. VENDA DE AÇÕES. RECEITA OPERACIONAL.

A venda das ações subscritas das novas sociedades constituídas com a desmutualização das bolsas de valores é receita operacional da contribuinte, pois decorre do exercício de atividade empresarial típica de sociedade corretora de títulos e valores mobiliários.

VALORES MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

Devem ser classificados, no Ativo Circulante, as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente, como as ações das novas sociedades anônimas formadas após a desmutualização das Bolsas de Valores constituídas sob forma de associação sem fins lucrativos, subscritas pela interessada com manifesta intenção de venda, e cuja alienação efetivamente ocorreu até o curso do exercício subsequente ao recebimento das ações.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP**

Ano-calendário: 2008

DESMUTUALIZAÇÃO DAS BOLSAS DE VALORES. EXTINÇÃO DOS TÍTULOS PATRIMONIAIS. AÇÕES RECEBIDAS COMO DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO DAS ENTIDADES ISENTAS.

Na desmutualização das entidades isentas houve a devolução do patrimônio entregue pelos associados, sob a forma de ações das novas sociedades empresariais constituídas com finalidade lucrativa.

**CORRETORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS. VENDA DE AÇÕES. RECEITA OPERACIONAL.**

A venda das ações subscritas das novas sociedades constituídas com a desmutualização das bolsas de valores é receita operacional da contribuinte, pois decorre do exercício de atividade empresarial típica de sociedade corretora de títulos e valores mobiliários.

**VALORES MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.**

Devem ser classificados, no Ativo Circulante, as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente, como as ações das novas sociedades anônimas formadas após a desmutualização das Bolsas de Valores constituídas sob forma de associação sem fins lucrativos, subscritas pela interessada com manifesta intenção de venda, e cuja alienação efetivamente ocorreu até o curso do exercício subsequente ao recebimento das ações.

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2008

**AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE.**

Satisfeitos os requisitos do art. 10 do Decreto 70.235/72 e não tendo ocorrido o disposto no art. 59 do mesmo decreto, válidos são os autos de infração.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2008

**PROCESSO JUDICIAL E IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA. CONCOMITÂNCIA.**

A propositura pelo contribuinte de ação judicial contra a Fazenda, antes ou após a autuação, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

**JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.**

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

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Após ciência ao acórdão de primeira instância (AR à fl. 492), em 20/09/2013, irresignada, a contribuinte apresentou o recurso voluntário de fls. 494/527, em 21/10/2013, basicamente, reproduzindo os argumentos da impugnação anteriormente interposta.

## Voto

Conselheiro Fenelon Moscoso de Almeida

O recurso apresentado preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele se toma conhecimento.

A acusação fiscal considerou que a totalidade das vendas das ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A, em questão, estaria sujeita à incidência das contribuições sociais, levando em conta que a empresa tem como objeto social, dentre outros, a compra e venda de títulos e valores mobiliários, por conta própria e de terceiros, representando, o produto desta venda, faturamento e compondo o seu resultado operacional.

## Mérito

### **Da inocorrência da extinção dos títulos e da não tributação das receitas decorrentes da venda de bens do ativo permanente**

Em relação à essa primeira questão, a recorrente alegou, em resumo, que teria havido apenas **transformação do patrimônio de bens (títulos por ações) classificados no ativo permanente**, e que, portanto, não estaria o resultado da venda sujeito à incidência das contribuições sociais.

A Fiscalização considerou que, **desde o início, as ações foram emitidas com a finalidade de venda em curto prazo** e, assim, não poderiam ser registradas no permanente. Tal interpretação estaria de acordo com o art. 179, inc. I, da Lei das S/A, sendo aplicável ao caso o Parecer Normativo CST nº 108, de 1978; além do Ofício Circular nº 225-DG, de 2007.

A tributação das vendas das ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A, relativas ao processo de 'desmutualização' das bolsas de valores, é uma matéria recorrente no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ainda que a jurisprudência das Turmas Ordinárias<sup>1</sup> e da CSRF<sup>2</sup>, em especial, quanto às 'Corretoras', tenha se solidificado no sentido da tributação, pelo PIS e pela Cofins, das vendas das ações no processo de 'desmutualização' das bolsas de valores, existem, ainda, decisões antagônicas<sup>3</sup>, no sentido de que houve uma cisão seguida de incorporação, e os **antigos títulos patrimoniais teriam sido substituídos por ações das novas companhias, permanecendo no ativo permanente**, não sendo suas vendas tributadas, por disposição expressa constante do inciso IV, do § 2º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98.

<sup>1</sup> 3201-001.480, de 23/10/13; 3201-001.503, de 26/11/13; 3201-002.517, de 21/02/17; 3202-000.706, de 23/04/13; 3202-000.711, de 23/04/13; 3202-000.713, de 23/04/13; 3202-001.178, de 24/04/14; 3301-002.839, de 24/02/16; 3301-003.001, de 21/06/16; 3302-001.851, de 24/10/12; 3302-002.713, de 16/09/14; 3302-003.236, de 22/06/16.

<sup>2</sup> 9303-003.468, de 24/02/16; 9303-003.469, de 24/02/16; 9303-003.472, de 24/02/16; 9303-003.473, de 24/02/16; 9303-003.540, de 17/03/16; 9303-003.853, de 17/03/16; 9303-004.132, de 08/06/16; 9303-004.182, de 06/07/16; 9303-004.185, de 06/07/16; 9303-004.232, de 11/08/16; 9303-004.558, de 07/12/16; 9303-004.570, de 08/12/16.

<sup>3</sup> 3403-001.757, de 25/09/12; 3403-001.829, de 27/11/12; 3403-002.518, de 22/10/13; 3402-003.078, de 18/05/16; 3402-003.187, de 21/07/16.

Mas não é o entendimento que prevalece, quanto às operações societárias ocorridas na operação de desmutualização, entende-se não houve uma mera sucessão da associação sem fins lucrativos pelas sociedades anônimas de capital aberto, inclusive, por expressa vedação legal, do artigo 61, do Código Civil.

Conclui-se que, com a desmutualização, as associações sem fins lucrativos Bovespa e BM&F foram parcialmente dissolvidas, sendo seus títulos patrimoniais devolvidos, aos respectivos patrimônios dos associados, nos termos do §1º, do artigo 61, do Código Civil, na forma de ações das novas sociedades anônimas, constituídas em decorrência do processo de desmutualização.

Não aceita-se a tese de que houve uma simples transformação dos títulos patrimoniais associativos, por ações das novas companhias, uma vez que se trata de direitos de naturezas jurídicas absolutamente distintas e até então inexistentes, emitidos por pessoas jurídicas constituídas sob formas distintas de sociedades.

Tal entendimento, inclusive, já se encontra pacificado no âmbito dos TRFs da 2ª e 3ª Região, que analisaram a incidência de imposto de renda e da contribuição social sobre lucro líquido sobre valor correspondente a atualização de títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F que foram convertidos em ações; além da própria incidência das contribuições sociais ora em discussão.

*APELACAO CIVEL 2008.51.01.006559-0*

*RELATOR :JUIZ FEDERAL CONVOCADO THEOPHILO MIGUEL*

*ORIGEM :SEXTA VARA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO*

*E M E N T A*

*TRIBUTÁRIO. IRPJ. CSSL. BOVESPA - OPERAÇÃO DE DESMUTUALIZAÇÃO. TÍTULOS CONVERTIDOS EM AÇÕES DE S/A. LEI 9.532/97, ART. 17, INCIDÊNCIA.*

*- A Bovespa, em reestruturação societária datada de 28.08.2007, iniciou a “desmutualização”, deixando de ser uma sociedade civil e convertendo-se em sociedade anônima, a Bovespa Holding S/A. Nesse processo de transformação societária, os títulos patrimoniais da impetrante foram substituídos por ações da Bovespa e da BM&F.*

*-Tal processo de desmutualização trouxe, efetivamente, ganhos patrimoniais à impetrante que passou de simples associada da Bovespa à detentora de ações na nova holding, acrescendo ao seu patrimônio as novas ações adquiridas com os valores que havia dispendido para a formação da associação e que lhe fora devolvido - devidamente corrigido, repisa-se - em razão da desmutualização.*

*- O fato apto a desencadear a incidência dos tributos, nesse caso, é o ganho obtido pela impetrante com a devolução de valores, ou seja, com a própria operação de desmutualização, na forma como foi efetuada. [...]*

*(TRF2 - 3ª TURMA ESPECIALIZADA - Decisão: 09/10/2012)*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO 2016.03.00.019977-6*  
*DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA*  
*ORIGEM :NONA VARA FEDERAL DE SÃO PAULO*

*E M E N T A*

*DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. BOVESPA E BM&F. DESMUTUALIZAÇÃO. AÇÕES. ALIENAÇÃO. PIS. COFINS. DESPROVIMENTO DO RECURSO.[...]*

*2. Encontra-se consolidada a jurisprudência desta Corte, no sentido de que o processo de "desmutualização" da BOVESPA e da BM&F implicou efetiva dissolução das associações, com a respectiva devolução do patrimônio aos então associados que, então adquiriram as ações da Bovespa Holding S/A e BM&F S/A, não se cogitando, assim, de mera "sucessão patrimonial" ou "substituição de investimento", sobretudo para fins de garantir a manutenção da natureza e do tratamento contábil dos anteriores títulos patrimoniais de associada.*

*3. Nem se poderia mesmo classificar tais ações como ativo permanente, como fez a agravante, pois firmado, já no processo de "desmutualização", o compromisso de alienar parte delas tão logo adquiridas, o que efetivamente ocorreu. Portanto, correta a tributação apurada, a incidir sobre receita decorrente de alienação de ativo circulante da agravante, nos termos do artigo 179 da Lei 6.404/1976, assim não se cogitando da isenção prevista no artigo 3º, § 2º, IV, da Lei 9.718/1998.*

*4. A agravante tem como objeto social a compra e venda de títulos e valores mobiliários, por conta própria ou de terceiros, de modo que a alienação das ações da Bovespa Holding S/A e BM&F S/A constitui atividade empresarial típica, cujas receitas sujeitam-se à incidência do PIS e da COFINS, nos termos dos artigos 2º e 3º, caput, da Lei 9.718/1998.*

*5. Agravo de instrumento desprovido.*

*(AI 590434 - TRF3 - 3ª TURMA - Decisão: 15/03/2017)*

Notar que os créditos constituídos nestes autos, relacionam-se ao PIS e à COFINS sobre as alienações subseqüentes às vendas no "IPO": **PAF nº 16327.001329/2009-91 [Acórdão nº 3302-001.851, de 24/10/12] (10/2007, 11/2007 e 12/2007)**, após os períodos de "lock-up"<sup>4</sup>, ocorridas em 04/2008, 05/2008, 06/2008 e 10/2008, em nada se relacionando com objeto do **PAF nº 16327.001258/2009-27 [Acórdão nº 1301-001.109, de 04/12/12] (28/08/2007 e 01/10/2007)**, sobre o IRPJ e a CSLL, devidos na ocasião da "desmutualização".

**Ações Bovespa Holding S.A.**

mês	vendas/bonif	saldo
08/07		9.187.906
10/07	(4.593.953)	4.593.953
04/08	(350.000)	4.243.953
05/08	(1.487.581)	2.756.372
06/08	1.171.062	3.927.434
10/08	(3.927.435)	-

Obs.: evento
ações recebidas na desmutualização
Venda no IPO
Vendas após 1º lock-up de 6 meses
(+) bonificacao fusão BovespaBM&F
Vendas após 2º lock-up de 6 meses

<sup>4</sup> Cláusula de "lock up": fixados prazos nos quais a interessada ficava impedida de vender as quantidades ali especificadas das ações da Bovespa Holding e da BM&F.

**Ações BM&F S.A.**

mês	vendas	saldo	evento
10/07		4.896.015	
11/07	(1.984.545)	2.913.470	ações recebidas na desmutualização
12/07	(224.062)	2.689.408	Vendas no IPO
06/08	(2.689.408)	-	Vendas após lock-up de 6 meses

Prevalece, portanto, o entendimento de que a transformação de associação sem fins lucrativos para sociedade anônima ensejou na modificação da natureza jurídica dos direitos possuídos. Sendo novos os bens que ingressaram no patrimônio da recorrente e inexistindo a alegada continuidade em relação aos títulos patrimoniais, não devem, necessariamente, a escrituração das ações recebidas ser feita no ativo permanente, como eram escriturados os títulos patrimoniais, dado estes serem necessários para o exercício de sua atividade de operar nas Bolsas, distinguindo-se claramente da natureza das novas ações.

Portanto, não assiste razão ao argumento de simples troca de ativos permanentes, devendo-se perquirir a intenção de permanência, no momento da classificação do novo ativo adquirido, para melhor caracterização da natureza da venda futura desses ativos, mostrando-se fundamental a análise do aspecto volitivo destas aquisições e a intenção de permanência no momento em que efetuou-se a escrituração das ações na contabilidade.

Apontou a decisão recorrida diversos documentos que confirmariam a aludida intenção de venda subsequente às aquisições: (i) Prospecto Definitivo de Oferta Pública Inicial de Distribuição Secundária de Ações Ordinárias de Emissão da Bovespa Holding S/A; (ii) Prospecto Definitivo de Oferta Pública de Distribuição Secundária de Ações Ordinárias de Emissão da BM&F S/A; (iii) Comunicado Externo BM&F nº 082/2007-DG, de 19/07/2007; (iii) Procuração da impugnante (fls. 92/94), datada de 27/09/2007, outorgando poderes à Bovespa Holding S/A para venda das ações; (iv) Instrumento Particular de Assunção de Obrigações, celebrado entre a BM&F e os detentores de títulos patrimoniais dessa bolsa ("partes") (fls. 225/235), datado de 17/08/2007; (v) Re-ratificação do Acordo de Acionistas da Bolsa de Mercadorias & Futuros-BM&F S.A. (fls. 223/224), de 05/11/2007; **inclusive**, tratados no precedente do **Acórdão nº 3302-001.851, de 24/10/12, PAF nº 16327.001329/2009-91 (10/2007, 11/2007 e 12/2007)**.

Reitere-se que os créditos nestes autos, relacionam-se ao PIS e à COFINS sobre as alienações subsequentes às vendas no "IPO", após os períodos de "lock-up", ocorridas em **04/2008, 05/2008, 06/2008 e 10/2008**; e a intenção de vender as ações em tela **também** é comprovada pelo próprio estabelecimento da cláusula de "lock up", previamente ao recebimento das ações, pela qual eram fixados prazos nos quais a atuada ficava impedida de vender as quantidades ali especificadas das ações da Bovespa Holding e da BM&F, conforme a Procuração de fls. 92/93, o Acordo de Restrição à Negociação de Ações (fls. 95/96) e o Instrumento Particular de Assunção de Obrigações celebrado com a BM&F (fls. 225/235). Caso não houvesse intenção prévia de venda, desnecessário seria adotar tal cláusula, confirmando-se, no presente caso, a intenção prévia de venda da totalidade das ações, no momento em que todas foram vendidas, imediatamente após os prazos de proibição de venda (lock-up).

Assim como a decisão recorrida, entendo, que a intenção da contribuinte, ao receber as ações das novas bolsas, era efetuar a venda dessas ações até porque não precisava mantê-las para operar nas bolsas, ao contrário dos títulos patrimoniais das antigas bolsas, não possuindo tais ações natureza de permanente da empresa, eis que não houve nenhuma intenção de permanecer com tais ativos.

No mesmo sentido, precedente recente desta Turma, por maioria de votos, no Acórdão nº 3401-003.867, de 25/07/2017 (Relator: Cons. Leonardo Ogassawara de Araújo Branco)

*DESMUTUALIZAÇÃO. ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS. DEVOLUÇÃO DE PATRIMÔNIO. CARACTERIZAÇÃO.*

*No processo denominado desmutualização, consistente na cisão de associação sem finalidade lucrativa com versão do patrimônio correspondente a sociedade empresária, criada sob forma de sociedade anônima, a entrega de ações desta nova companhia aos detentores de títulos patrimoniais daquelas associações caracteriza devolução de patrimônio e não substituição de títulos.*

*DESMUTUALIZAÇÃO. AÇÕES. REGISTRO CONTÁBIL. ATIVO CIRCULANTE.*

*As ações recebidas no processo de desmutualização devem ser registradas no Ativo Circulante quando for a intenção do subscritor a sua alienação, segundo inteligência do PN CST 108/78, o que se revela pelo prévio conhecimento de processo de oferta pública. Caso contrário, sendo o interesse pela sua permanência em carteira, diante da necessidade para o exercício de suas atividades, devem ser contabilizadas no Ativo Permanente, subgrupo Investimentos.*

Diante do exposto, conclui-se que a recorrente, ao fim do processo de desmutualização da Bovespa e da BM&F, obteve ações com a intenção de negociá-las em curto período, tendo efetivado a venda destas ações ainda no mesmo exercício de sua aquisição, não caracterizada a intenção de permanência com o ativo, à permitir a exclusão da recita de sua venda, da base de cálculo do PIS e da Cofins, conforme art. 3º, § 2º, IV, da Lei nº 9.718/98, restando demonstrada a intenção prévia de venda da totalidade das ações, estampado o intuito negocial, no presente caso, no momento em que todas foram vendidas, imediatamente após os prazos de proibição de venda (lock-up).

Não se trata de reclassificação contábil dos ativos envolvidos. Independente da escrituração contábil correta destas aquisições, para efeitos tributários de caracterização do fato gerador, a luz do artigo 118, do CTN, a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se a validade jurídica dos atos efetivamente praticados, verificando-se a materialidade destes, independentemente da forma como foram escriturados pela recorrente em sua contabilidade.

### **Da não tributação das receitas que não compõem o faturamento**

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

Alega a contribuinte que o valor exigido por meio do auto de infração refere-se às contribuições sociais incidentes sobre receitas que não correspondem ao sentido estrito de "faturamento" e que, portanto, não devem compor a base de cálculo daquelas contribuições. Afirma que possui, a seu favor, decisões judiciais, liminar e sentença, proferidas nos autos da mandado de segurança nº 2005.61.00.011085-0/SP (fls. 45/59), as quais declararam a inconstitucionalidade do §1º, do art. 3º, da Lei nº. 9.718/98.

Há que se analisar, portanto, os teores do pedido formulado na inicial e das decisões judiciais proferidas nos autos do mandado de segurança nº 2005.61.00.011085-0/SP.

Vejamos a petição inicial (fls. 45/59), com pedido liminar, para que fosse reconhecido o direito, dentre outros :

#### DA CONCESSÃO DEFINITIVA DA ORDEM

Concedida a medida liminar, requer seja notificada a Autoridade Coatora para que preste as informações que entender cabíveis e, após ouvido o Ministério Público, requer seja julgado procedente o mandamus com a concessão definitiva da ordem, para o fim de que seja reconhecido o direito líquido e certo das Impetrantes:

- (i) ao afastamento do artigo 3º, *caput*, e de seu parágrafo 1º, ambos da Lei nº 9.718/98, por violarem o Texto Constitucional vigente à época de sua edição;
- (ii) de se sujeitarem à incidência da Contribuição ao PIS e da COFINS tomando como base de cálculo o faturamento (e não a totalidade das receitas), assim entendido o produto exclusivamente da venda de mercadorias, da prestação de serviços ou da combinação de ambas, tal como definido pela Lei Complementar nº 70/91; e

Em **09/09/2010**, no julgamento da apelação à sentença que julgou procedente o pedido, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu (fls. 28/44):

"Em relação ao mérito, é importante deixar consignado que as empresas impetrantes desejam compensar e discutir a legalidade da exigência não apenas da COFINS, mas igualmente do PIS, consoante se depreende da inicial e das guias acostadas às fls. dos autos, que indicam os códigos de receitas 4574-1 referente ao PIS e 7987-01 referente à COFINS.

Inicialmente **em relação ao PIS**, razão assiste à apelante. (...)

No que pertine ao PIS, não há pois que se falar ou imaginar qualquer inconstitucionalidade, matéria que, aliás, não foi objeto de análise pelo STF que se limitou a examinar o § 1º do art. 3º em relação à COFINS e não em relação ao PIS.

Assim não poderia a r. sentença ter remetido as impetrantes ao recolhimento de PIS e COFINS nos moldes da LC 70/91. Vale em relação a essa exação o regramento da Lei nº 9.715/98 e atualmente Lei nº 10.637/02.

**Quanto à COFINS**, permissa venia do e. Relator tenho posição divergente em relação às instituições financeiras.

Primeiramente, quando da impetração da ação estavam já as impetrantes sob a égide da Lei nº 10. 833/03, em relação à COFINS, portanto a partir de sua vigência encontram-se as impetrante sujeitas à incidência desse novo regramento legal.

**Quanto à base de cálculo da COFINS em relação às instituições financeiras** penso que seja extremamente necessária a análise do **art. 109, CTN**, que vem assim estampado:

"Art. 109 - Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos,

conceitos e formas, mas não para a definição dos respectivos efeitos tributários."

Significa dizer que os conceitos de direito privado não podem ditar o alcance dos institutos de direito tributário, até mesmo porque, a norma tributária é de tipicidade fechada; o que importa para o legislador em matéria tributária é o efeito econômico e não privado desses institutos.

Nesse sentido invoco a lição do e. Min. Cezar Peluso no julgamento do **RE 346.084/PR** que assim se expressou:

"Quanto ao 'caput' do art. 3º, julgo-o constitucional, para lhe dar interpretação conforme à Constituição, nos termos do julgamento proferido no **RE 150.755/PE**, que tomou a locução **receita bruta como sinônimo de faturamento ou seja, no significado de 'receita bruta de venda de mercadoria e de prestação de serviços'**, adotado pela legislação anterior, e que, a meu juízo, se traduz na **soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais**".

E mais adiante explicitou S. Exa. o alcance de seu entendimento ao afirmar que nessa expressão "se inclui **todo o incremento patrimonial resultante do exercício de atividades empresariais típicas**".

Se determinadas instituições prestam tipo de serviço cuja remuneração entre na classe das **receitas chamadas financeiras, isso não desnatura a remuneração de atividade própria do campo empresarial**, de modo que tal produto entra no conceito de "receita bruta igual a faturamento".

E nem se diga que a matéria se encontra pacificada no Pleno do Colendo STF, pois a seguir o próprio Relator da matéria o e. Min. Marco Aurélio, afirma enfaticamente: "que seria interessante, em primeiro lugar esperar a chegada de um conflito de interesses, envolvendo uma dúvida quanto ao conceito que, por ora, não passa pela nossa cabeça".

Assim sendo, "permissa vênia" do e. Relator, pelo meu voto dou parcial provimento ao recurso e à remessa para, **explicitando o conteúdo de faturamento, fazer incidir as contribuições sobre todas as operações decorrentes do objetivo social das instituições financeiras.**" (grifei)

Resumindo, em 13/06/2005, foi deferida a medida liminar, julgada procedente em sentença proferida, em 09/05/2007, declarando a **inconstitucionalidade do §1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, de acordo com os precedentes do STF**.

A apelação da União foi julgada pelo TRF da 3ª Região, em **09/09/2010**, tendo o tribunal dado provimento parcial à apelação e à remessa oficial. Desde a consulta ao extrato de fases do processo às fls. 458/463, o referido MS permanece com **recursos suspensos/sobrestados, desde 02/07/2013** (Motivos de suspensão: STF RE 609.096/RS<sup>5</sup> - *Tema 372/STF - Exigibilidade do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras das instituições financeiras - Repercussão Geral*).

Nota-se que as decisões judiciais nessa matéria convergiram no sentido de reconhecer o afastamento da base de cálculo alargada das contribuições sociais em razão da

<sup>5</sup> Leading Case, em que se discute, à luz do art. 195, I, da CF e do art. 72, V, do ADCT, a exigibilidade da contribuição ao PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras das instituições financeiras.

inconstitucionalidade do §1º, do art. 3º, da Lei nº. 9.718/98, declarada pelo STF, determinando-se que a base de cálculo daquela contribuição seja o faturamento da empresa, assim considerado como a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, por aplicação do disposto na LC nº 70/91.

Acontece, porém, que a decisão judicial proferida na apelação do mandado de segurança nº 2005.61.00.011085-0/SP definiu o que deveria ser considerado como “**vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza**”, quando se trata de uma instituição financeira, auferindo receitas típicas do exercício de suas atividades fim, as quais, ainda que denominadas de receitas financeiras, entendeu o TRF da 3ª Região que: “*...isso não desnatura a remuneração de atividade própria do campo empresarial...*” (...) “*...para, explicitando o conteúdo de faturamento, fazer incidir as contribuições sobre todas as operações decorrentes do objetivo social das instituições financeiras.*”

Assim, considerando-se na presente imposição fiscal, cientificada em **09/03/2012**, receitas auferidas pela recorrente no exercício das suas atividades empresariais e em razão da realização de seu objeto social, constituindo-se em receitas operacionais e enquadrando-se no conceito de faturamento para fins de cálculo das contribuições sociais em comento, entendo, deva-se aplicar a **Súmula CARF nº 1**, sendo reconhecida concomitância parcial com o mandado de segurança nº 2005.61.00.011085-0/SP, exclusivamente, quanto ao tema em razão do qual foi determinado sobrestamento judicial da causa, devendo o presente feito, ao final, guardar consonância com o que lá for decidido definitivamente.

*Súmula CARF nº 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.*

### **Da multa de ofício**

Por entender, em relação às receitas de vendas de ações, ora em discussão, que nenhum comando do mandado de segurança nº 2005.61.00.011085-0/SP foi violado pelo presente processo administrativo; seja porque o que tinha com a medida liminar e com a sentença, não lhe garantia a não incidência sobre o objeto da presente autuação; seja porque, com o acórdão em apelação, a pretensão lhe foi expressamente negada; não há de falar-se em lavratura do auto de infração com exigibilidade suspensa, portanto, afastado o mandamento do art. 63, da Lei nº 9.430/96.

Logo, deve ser mantida a multa proporcional lançada, visto que não restou comprovada nenhuma das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, elencadas nos incisos IV e V, do art. 151, do CTN, na data do lançamento de ofício, cientificado em 09/03/2012.

### **Da ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa**

A recorrente também alega que não podem ser exigidos juros sobre a multa lançada, pois o art. 13 da Lei nº 9.065/95 remete ao art. 84 da Lei nº 8.981/95 que, por sua vez, estabelece cobrança de juros apenas sobre tributos. Sustenta que o art. 43 da Lei nº 9.430/96 autoriza apenas a cobrança de juros sobre a multa isolada, que não é a hipótese dos autos.

Argumenta que a cobrança de juros sobre a multa desrespeita o princípio da legalidade, previsto nos art. 5.º, II, e 37 da Constituição Federal.

A incidência de juros de mora sobre o crédito tributário, composto pelo tributo e/ou penalidade pecuniária, guarda consonância com o CTN e leis ordinárias.

*Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.*

*Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.*

*Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.*

*§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.*

Além do CTN afirmar que o crédito tributário decorre da obrigação tributária principal de pagamento de tributo, penalidade pecuniária ou ambos; e que, o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora; a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, após o seu vencimento, está prevista pelos art.43 (multa isolada) e art.61, § 3º (débitos para com a União), da Lei nº 9.430/96.

*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.*

Assim, tem plena previsão legal a incidência de juros moratórios sobre a multa aplicada, visto que se trata de débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Pelo conjunto das razões expostas, entendo, não deva ser conhecido a parcela do recurso voluntário concomitante ao mandado de segurança nº 2005.61.00.011085-0/SP, exclusivamente, quanto ao tema em razão do qual foi determinado sobrestamento judicial da causa e, na parte conhecida, seja NEGADO PROVIMENTO.

Fenelon Moscoso de Almeida - Relator

## Declaração de Voto

Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco

1. Com as vênias de estilo, em que pese o como de costume bem fundado voto do Conselheiro Relator Fenelon Moscoso de Almeida a seguinte declaração de voto, ousando dele discordar.

2. De fato, ao se observar a operação, já bastante conhecida no âmbito deste Conselho, depreende-se que não houve, durante a chamada desmutualização, o recebimento de valores, por parte das associadas, como devolução de valores referentes ao capital investido na associação, nem posterior subscrição de ações. Na verdade, no sentido de uma modernização do mercado brasileiro, não diferente daquilo que se observou em outros países da tradição ocidental, as bolsas de valores, antes constituídas na forma de associações sem fins lucrativos, com verdadeira conotação pública, passaram a se organizar na forma de entidades com fins lucrativos, estimuladas pela própria legislação da década de 1990, segundo a qual, a partir da edição da Lei nº 9.532/1997, a diferença entre o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, por pessoa física, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos entregues originalmente deveriam ser oferecidos a uma tributação exclusiva e favorecida sobre a renda, a uma alíquota fixa de 15%, ou, no caso de a destinatária se tratar de pessoa jurídica, computada na determinação do lucro real. Neste contexto é que, em 28/08/2007 ocorreu a desmutualização da Bovespa e, em 20/09/2007, da Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F), que passariam a ser subsidiárias integrais da Nova Bolsa S/A Bovespa e BM&F.

3. Ocorre que, conforme se denota da leitura da ata da Assembleia Geral Extraordinária (AGE) realizada em 28/08/2007, os membros da Bovespa decidiram que suas atividades passariam a ser realizadas na forma de sociedade anônima, o que levou, como se sabe, à cisão parcial da Associação Bovespa, em conformidade com o art. 2.033 do Código Civil, do art. 227 da Lei nº 6.404/1976 e do art. 5º da Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.690/2000. Assim: (i) uma parte do patrimônio cindido foi incorporada pela recém-criada Bovespa Serviços e Participações S/A (Bovespa Serviços), e (ii) o restante pela Bovespa Holding S/A que, por seu turno, incorporou as ações da BSB e da CBLC, nos termos do art. 1.116 do Código Civil. Observe-se que destino semelhante conheceu a BM&F, cujo patrimônio cindido seria absorvido pela Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F S/A): assim, tanto a Bovespa como a BM&F tiveram as suas designações sociais alteradas.

4. Como efeito desta reestruturação societária, observou-se a **substituição compulsória** dos títulos patrimoniais da Bovespa por ações da Bovespa Holding S/A e os títulos da BM&F por ações da BM&F S/A, uma vez que, em 26/10/2007, ocorreria a oferta pública de ações da Bovespa Holding S/A e, em 30/11/2007, da BM&F S/A.

5. Antes da reestruturação societária descrita mais acima, os títulos detidos estavam contabilizados, evidentemente no ativo permanente das corretoras e, no entendimento da autoridade fiscal, ao convolá-los em ações, deveriam tais ativos sofrer uma reclassificação para o realizável ou circulante. Há de se observar, todavia, quando se fala a respeito da "intenção" das corretoras de alienarem as ações uma vez que o IPO ocorreu logo depois da operação de desmutualização, que a oferta de ações não configura uma certeza de

venda ou sequer uma alta probabilidade de liquidez. O que, no caso da Bolsa em 2007, foi evento exitoso, que atingiu o esperado no “roadshow”, em outros contextos poderia não ser, não havendo, portanto, de se estabelecer uma relação mecânica de causalidade entre IPO e venda e, logo, é falacioso o argumento de que, como se sabia estar na iminência de uma oferta pública, os ativos foram recepcionados como estoque para logo mais serem vendidos.

6. Ademais, é correto afirmar que o processo de desmutualização não possibilitou às corretoras qualquer outra alternativa senão a substituição dos títulos pelas ações, não havendo, ademais, a prerrogativa de venda dos títulos ou de permuta por outro ativo, de forma que, a partir de uma perspectiva objetiva, não se observou, em nenhum momento, a reputada “intenção” das corretoras de se desfazerem de seus títulos (e, *a posteriori*, ações) registrados em seu ativo permanente.

7. Há de se recordar ainda que, do ponto de vista contábil, o mero ato de transformar títulos patrimoniais em ações, mesmo diante de uma expectativa provável de venda, não altera a pretensão do investidor e, logo, não gera efeitos sobre a classificação do ativo que, no início do exercício, foi indicado como permanente. Trata-se de uma sucessão de eventos societários (cisão seguida de incorporação) infensa à intenção do investidor, que apenas assiste à transformação de seu título em ação.

8. Ademais, há de se estabelecer, de um lado, a inexistência de uma prova concreta de “intenção de venda” em contexto de mercado anterior à operação (*e.g.*, um contrato assinado neste sentido). Na verdade, o que se observa é a realização de um investimento não com o objetivo de venda, mas de participação, de acesso ao ambiente bursátil.

9. De outro lado, a intenção de vender ativo permanente não o torna automaticamente circulante – raciocínio, diga-se, que não se justificaria sequer diante da postura mais liberal ou do ponto de vista mais lasso de contabilidade. Esta, aliás, é a orientação expressa que se depreende da leitura do Parecer Normativo CST nº 3, de 04/02/1980, que negou a possibilidade da transferência de ativos ao circulante pela simples pretensão de serem destinados à venda:

*“(…) a simples pretensão da pessoa jurídica no sentido de alienar os 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”* – (seleção e grifos nossos).

10. A expectativa da contribuinte de, com determinado ativo, obter um benefício futuro, ademais, não é suficiente para deslocá-lo para uma classificação diversa, afinal, como preleciona Edison Carlos Fernandes, essa é justamente a característica de qualquer ativo, seja ele circulante ou não: “(…) a evidência econômica de uma operação ou de um evento somente será reconhecida em conta de ativo se for provável a respectiva geração de benefícios futuros; a contrario sensu, os gastos ou desembolsos que não representarem suficiente probabilidade de geração de benefícios futuros, deverão ser reconhecidos como

*despesa*".<sup>6</sup> Toma-se, assim, como necessária referência, ainda, o Pronunciamento Técnico CPC nº 27, que considera ativo imobilizado o item tangível que: **(a)** é mantido para uso na produção ou fornecimento de mercadorias ou serviços, para aluguel a outros, ou para fins administrativos; e **(b)** se espera utilizar por mais de um período. Neste sentido, "(...) *correspondem aos direitos que tenham por objeto bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da entidade ou exercidos com essa finalidade, inclusive os decorrentes de operações que transfiram a ela os benefícios, os riscos e o controle desses bens*". Não é, portanto, um evento posterior que classifica o ativo, de maneira retrospectiva.

11. Assim, inexistente justificativa plausível para que se proceda a uma reclassificação fiscal unicamente decorrente da consciência (posterior) de que, em um segundo momento, o IPO foi exitoso: como se disse mais acima, poderia não ter sido. Logo, há de se estabelecer um segundo desdobramento importante: não é a isolada expectativa de liquidez que serve de critério para a classificação contábil. A base da contabilização deve se dar não pelo destino efetivo de um ativo, mas pela "intenção" da sociedade (causa objetiva) no momento da aquisição. No caso presente, os títulos da Bovespa e as ações da CBLC se verificam como indispensáveis à realização do objeto social da contribuinte e, por isso, foram adquiridos com o desígnio de permanência. Assim, o circulante demanda o congraçamento da intenção (expectativa de venda) no ato do reconhecimento com o critério objetivo de se estar diante de um ativo de liquidez imediata destinado à venda no contexto e uma operação mercantil e, não por outro motivo, aplica-se ao presente caso a exclusão prevista no inciso IV, § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998.

12. Tampouco a existência de cláusula de *lock-up*, presente no caso em apreço, tem qualquer efeito sobre a conclusão acima, pois os acordos de restrições à negociações de ações, firmados com o objetivo de garantir estabilidade à valorização esperada, impõem unicamente limites (temporais e quantitativos) às alienações após o IPO. Após o prazo estabelecido pelo instrumento, *pode ou não* ocorrer a venda, tratando-se de mero mecanismo estabilizador.

13. Na verdade, no caso da incorporação da CBLC pela Bovespa Holding resta ainda mais evidente o caráter de "troca de ações", pois, como em qualquer operação societária de incorporação de ações, houve a entrega das ações da incorporada e recebimento de ações da incorporadora, continuando a CBLC a existir e operar, tendo como sua controladora integral a Bovespa Holding S/A.

14. Já escrevemos a respeito deste entendimento em outras oportunidades, como no **Acórdão CARF nº 3401003.752**, de relatoria do Conselheiro Augusto Fiel Jorge d'Oliveira, proferido em sessão pública de 26/04/2017, com trecho da ementa abaixo transcrito:

*REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. BANCO MÚLTIPLO. ATIVIDADE EMPRESARIAL ATÍPICA.*

*A operação de incorporação de ações da Bovespa Holding S.A. pela Nova Bolsa S.A. realizada em 08/05/2008 não se caracteriza como atividade empresarial típica das instituições financeiras acionistas da Bovespa*

<sup>6</sup> FERNANDES, Edison Carlos. Direito Contábil na prática da governança corporativa. São Paulo: All Print Editora, 2017, pp. 106-107.

*Holding, estando fora do campo de incidência das contribuições para o PIS/COFINS os valores relativos às ações incorporadas recebidas.*

*REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. RESGATE DE AÇÕES PREFERENCIAIS. BANCO MÚLTIPLO. ATIVIDADE EMPRESARIAL ATÍPICA.*

*O resgate de ações preferenciais da Nova Bolsa realizado em 08/05/2008 não se caracteriza como atividade empresarial típica das instituições financeiras que receberam tais ações no processo de reestruturação societária das bolsas de valores, estando fora do campo de incidência das contribuições para o PIS/COFINS os valores recebidos a esse título.*

15. Naquela oportunidade, externamos, em voto de nossa lavra, o posicionamento ora reafirmado no sentido de que se está diante de ativo imobilizado:

“Trata-se, em resumo, de cobrança de PIS e Cofins decorrente de operação de incorporação de ações da Bovespa Holding S/A pela Nova Bolsa S/A. Da leitura dos documentos trazidos à colação no presente feito, depreende-se que a contribuinte recorrida celebrou em 24/08/2007 instrumento particular com objeto de cessão e transferência de títulos patrimoniais de corretora e emissão da BOVESPA, por meio do qual adquiriu 12 títulos patrimoniais da BOVESPA com a finalidade de viabilizar o funcionamento da Goldman Sachs Corretora de Valores Mobiliários LTDA no ambiente bursátil.

Com a superveniência da desmutualização da Bolsa em 28/08/2007, os títulos detidos pela contribuinte foram substituídos por ações da Bovespa Holding S/A e, em momento posterior, 08/05/2008, a Nova Bolsa procedeu à incorporação das ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F, que passaram, portanto, à condição de subsidiárias integrais.

Em síntese, a autoridade fiscal entendeu que a incorporação de ações consubstanciaria alienação com reconhecimento de ganho que deveria ter sido oferecido à tributação na condição de ativo circulante, ainda que contabilizadas como não circulante (ANC, ou “ativo permanente”). Como receita bruta operacional, estariam tais valores sujeitos à incidência das contribuições em debate.

A decisão recorrida exonerou integralmente o crédito tributário, pois entendeu que a incorporação de ações da Bovespa Holding pela Nova Bolsa não se caracterizou como atividade empresarial “típica” das instituições financeiras e, desta feita, o ganho de capital havido entre valor de mercado das ações incorporadas e valor histórico ou contábil passaria ao largo da incidência do PIS e da Cofins.

É conhecido e consabido o debate em torno da tributação da incorporação de ações, entendida por parte da doutrina, em síntese, como mera substituição de ações em virtude de sub-rogação real,<sup>7</sup> em que não se reconhece a existência de uma alienação, e, por outra parte, como aumento de capital mediante conferência de bens, o que implica alienação das ações incorporadas.<sup>8</sup> Sobre se tratar de fenômeno de “substituição”, o bem adveniente toma o lugar do bem substituído e, neste sentido, Alberto Xavier preconiza que se está diante de um “(...)

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Incorporação de ações no direito tributário - conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2014.

<sup>8</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo e ANDRADE JR., Luís Carlos de. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. São Paulo: Editora Dialética, Revista Dialética de Direito Tributário nº 200, maio de 2012.

*contrato entre duas sociedades*",<sup>9</sup> e não entre sócio e sociedade como ocorre na conferência de bens, tratando-se, ainda, de evento societário que deve ser aprovado pela maioria, ainda que qualificada, e não pela unanimidade dos sócios. Neste sentido, "(...) o titular das ações a serem objeto de incorporação nada faz, nada transmite, nada permuta":

*"(...) limita-se 'passivamente' a receber da sociedade incorporadora ações substitutivas das originariamente detidas e que ocupam, no seu patrimônio, lugar equivalente ao das ações substituídas por um fenômeno de sub-rogação real"*<sup>10</sup> - (seleção e grifos nossos).

No entanto, ao nos voltarmos ao estudo do presente caso e às suas peculiaridades, há de se constatar, em primeiro lugar, que a receita operacional, a fim de se evitarem as dificuldades das expressões “própria” ou “típica”, das instituições financeiras é, por evidente, aquela que exsurge da intermediação financeira, da gerência de recursos de terceiros, e não da venda e compra de ações, o que desnaturaria o seu curso social.

Assim, tal receita, não decorrente da atividade operacional de tais instituições, não deve ser tributada pelas contribuições sociais em referência, o que antecede a questão sobre o seu registro contábil, sob pena de se extrapolar o âmbito da competência tributária delineada pelo constituinte, o que, de todo modo, foi objeto de longo e bem conhecido debate, que culminou com a declaração da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998.

Sob o escólio de Eliseu Martins, é possível se afirmar que, no caso das "(...) combinações de negócios, as exigências passaram a ser extremamente rígidas e detalhadas"<sup>11</sup>, não havendo de se olvidar que importante função do "(...) registro contábil é para fins informacionais". Problemático, entretanto, é, em nome da melhora da qualidade da informação contábil, desejar-se "(...) estender os números contábeis aos efeitos da tributação",<sup>12</sup> desconsiderando-se a classificação dos investimentos mesmo diante da demonstração bastante verossímil de que a manutenção de tais títulos seria condição *sine qua non* para seu desempenho no mercado de ações. Todos os elementos comungam para a constatação de que se está diante de um ativo permanente.

Há de se destacar, do presente processo, que a troca dos títulos por ações seguida por oferta pública de ações (IPO), que restou conhecida como “desmutualização”, caracteriza uma primeira fase não contemplada pelo caso em espécie, que se volta, a bem da verdade, a um segundo momento, que concerne às ações que remanesceram do IPO e que foram objeto de incorporação pela contribuinte recorrida. Trata-se de situação com especificidade própria que não pode ser desconsiderada: um banco múltiplo estrangeiro que precisava, para operar na bolsa como corretora de títulos e participar do IPO, de um número mínimo de títulos patrimoniais.

Não obstante, foi com tal objetivo específico que adquiriu títulos que sobejavam da Bruxelas Holding S/A do Grupo Bradesco por meio de contrato celebrado em 24/08/2007, ou seja, aproximadamente um mês antes da chamada desmutualização, que restringiu (i) o ganho da recorrida à remuneração do Certificado de Depósito Interbancário (CDI) e (ii) a possibilidade de revenda unicamente à empresa cedente ou ao próprio Bradesco.

<sup>9</sup> XAVIER, Alberto. "Incorporação de ações: natureza jurídica e regime tributário". In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de, e ARAGÃO, Leandro Santos de (coords.). Sociedade Anônima: 30 anos da Lei nº 6.404/1976. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2007, pp. 121-143.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> MARTINS, Eliseu. "PREFÁCIO". In: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Incorporação de ações no direito tributário - conferência de bens, permuta, dação em pagamento e outros negócios jurídicos. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2014, pp. 16-17.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

Em outras palavras, qualquer excedente havido, caberia ao Grupo Bradesco, o que foi divulgado por meio do prospecto do IPO, tendo a recorrida figurado na condição de *joint bookrunner*. Não por outro motivo que a recorrida realizou a revenda da integralidade das ações da Bolsa ao Grupo Bradesco, não tendo auferido qualquer ganho acima da variação do CDI, valor este que ofereceu à tributação do PIS e da COFINS na condição de remuneração de operação conjugada de renda fixa.

Assim, a convergência entre a forma utilizada para participar, e não alienar, transparece de maneira clara: trata-se de banco sem carteira própria, cuja venda, ademais, é condicionada à existência do IPO, com trava da operação ao limite da remuneração do CDI. Tais elementos denotam “(...) *algum objetivo, propósito ou utilidade de natureza material ou mercantil, e não puramente tributária*”<sup>13</sup>, ou seja, um fazer apropriado e necessário à empresa.<sup>14</sup> Todavia, ainda que se discuta com profusão a intenção, o que transparece das próprias peças de defesa, atentas à jurisprudência deste Conselho, “(...) *o que assume proeminência na teoria causalista não é a vontade, mas a função que o negócio desempenha*”.<sup>15</sup>

E, neste sentido, há de se buscar um interesse minimamente objetivo, que não pode ser atribuído à vontade. Em seu lugar, cabe se perscrutar sobre como “*o exercício da autonomia privada (...) deve ser fiscalizado e controlado*”.<sup>16</sup> Neste sentido, a verificação do negócio jurídico exige o cotejo entre a causa abstrata ou causa típica do negócio, assim entendida como a “(...) *função econômico-social do tipo contratual a ser utilizado*”,<sup>17</sup> e a causa concreta, intenção concretamente buscada, assim entendida como os “(...) *interesses concretos e comuns que as partes pretendem alcançar, revelados ou extraídos do ajuste contratual*”.<sup>18</sup>

A divergência, desde que consciente, entre uma e outra poderá indicar a simulação no direito civil,<sup>19</sup> e seu núcleo será o acordo ou pacto simulatório intentado pelas partes, assim entendido como a “(...) *ressalva secreta, escrita ou verbal, que as partes fazem contra a produção dos efeitos [típicos] do negócio*”.<sup>20</sup> Cabe, em *excursus*, o seguinte registro:

“Diferente será, ainda, a fraude, vez que o vício neste caso estará no fato de a finalidade, a causa concreta que move as partes, tratar-se de uma ilegalidade.<sup>21</sup> Assim, no caso da simulação, há o desejo de produzir uma aparência, e o negócio simulado é fictício e quer ludibriar. Já no caso da fraude, quer-se produzir uma realidade objetiva e concreta defesa pelo ordenamento, de modo a contornar a norma proibitiva: “(...) *embora tanto o negócio simulado quanto o negócio em fraude à lei sejam nulos, é possível que o negócio dissimulado*”.

<sup>13</sup> DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. Elisão e evasão fiscal. São Paulo: Editora José Bushatsky, 1977, p. 76.

<sup>14</sup> ROSEMBUJ, Tulio. El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el derecho tributario. Madrid: Marcial Pons, pp. 94-97 e 260-262: “(...) *aun cuando sean verdaderas, no son apropiadas ni necesarias a la empresa, dirigidos como están a obtener una situación de ventaja tributaria*”.

<sup>15</sup> BOZZA, Fabio Piovesan. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo: Editora QuartierLatin/Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), 2015, p. 134.

<sup>16</sup> GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, pp. 337-338.

<sup>17</sup> BOZZA, Fabio Piovesan. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo: Editora QuartierLatin/Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), 2015, p. 136.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 161.

<sup>20</sup> *Idem*, pp. 166-169. Também chamado de “contradecaração”, por meio do qual se “(...) *explica por que a inexistência dos efeitos é bem distinta da inexistência do negócio (ou seja, o negócio continua a existir, ainda que viciado (...). Embora a letra do CC/2002 não aluda a este elemento, ele resultaria da própria natureza das coisas*”.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 188: trata-se da previsão do art. 166, inciso VI do Código Civil de 2002.

*subsista*”,<sup>22</sup> desde que válido na forma e substância (...) a falta de propósito negocial é elemento indiciário da dissonância entre causa concreta e abstrata do negócio jurídico que, caso constatada, repercutiria na simulação. Observe-se, contudo, que sequer o tratamento da prática simulatória foi uniforme ao longo do tempo no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, sendo possível se entender que os aplicadores se voltaram, em determinado momento, a um conceito amplo de simulação, para além das hipóteses previstas no art. 167 do Código Civil.<sup>23</sup> Em um primeiro período, de (i) decisões proferidas até o ano 2000, a jurisprudência do CARF foi marcada pela concepção voluntarista da simulação entendida como vício de consentimento, “(...) *estruturada na divergência entre a vontade interna e a vontade declarada*”,<sup>24</sup> e aplicada “(...) *em seu sentido restrito, formalista*”.<sup>25</sup> Em seguida, (ii) decisões proferidas entre 2001 e 2005, quando passam a conviver decisões com entendimento restrito e com sentido amplo de simulação, estes mais próximos da corrente causalista. Nesta etapa, “(...) *enxerga-se o fenômeno simulatório quando há ausência de propósito negocial, assim entendida a falta de causa econômica ou a existência de negócios considerados artificiais*”.<sup>26</sup> Por fim, o período das (iii) decisões proferidas entre 2006 e abril de 2015<sup>27</sup> que marca um conflito entre as duas noções de simulação, em sentido restrito de um lado, e em sentido amplo de outro: “(...) *o resultado dessa tensão pode ser encontrado em acórdãos que chegam a conclusões diametralmente opostas*”.<sup>28</sup> (...). A disposição da presença de propósito negocial no elemento de refutação permite a sua consideração como um elemento protetivo que, uma vez comprovado, elide a hipótese de simulação ou abuso. Assim ocorreu, por exemplo, no caso do Acórdão nº 1302-001.325,<sup>29</sup> e do Acórdão nº 1301-001302,<sup>30</sup> ou, ainda, o Acórdão nº 1102-001.182.<sup>31,32</sup> – (seleção nossa).

Não há espaço, portanto, no presente caso, para requalificação do fato gerador, ou sequer integração por analogia com o objetivo de se desconsiderar a natureza jurídico-contábil da operação, mas verdadeira demonstração ou afirmação de sua vera substância por parte da defesa da recorrida ao longo do processo, como elemento eficaz de refutação da acusação

<sup>22</sup> *Idem*, p. 189. Fábio Piovesan Bozza não deixa de esclarecer, ainda, que ambos os vícios poderão estar presentes no mesmo negócio, utilizando-se a simulação para encobrir um negócio fraudulento, conforme Recurso Especial nº 260.462-PR, sessão de 17/04/2001.

<sup>23</sup> Lei nº 10.406/2002 – (Código Civil) – “Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1o Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados”.

<sup>24</sup> BOZZA, Fábio Piovesan. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo: Editora QuartierLatin/Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), 2015, p. 214.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> *Idem*, pp. 223 e 224: “(...) é possível visualizar a tendência (...) desse segundo período de construir um conceito amplo de simulação, que considera as preferências pessoais dos julgadores. Exemplo disso é o conceito peculiar de simulação (...) que mescla elementos subjetivos e objetivos”.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 224. A classificação de Fábio Piovesan Bozza se refere ao momento “(...) a partir de 2006”, mas nos parece possível realizar o recorte até abril de 2015, momento da paralisação das atividades do CARF.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Acórdão CARF nº 1302-001.325, sessão de 11/03/2014.

<sup>30</sup> Acórdão CARF nº 1301-001302, sessão de 09/10/2013.

<sup>31</sup> Acórdão CARF nº 1102-001.182, sessão de 27/08/2014.

<sup>32</sup> BRANCO, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco. Argumentação tributária de lógica substancial. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, pp. 35-41 e 182.

fiscal que reclama a aplicação do racional do inciso IV do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, que expressamente determina que tais valores “*excluem-se da receita bruta*” (*sic*) para a determinação da base de cálculo das contribuições, motivo pelo qual voto pelo conhecimento e não provimento do recurso de ofício” – (seleção e grifos nossos).

16. Assim, não se vislumbra, logo após a operação de desmutualização, a aquisição de um ativo novo, mas a sucessão de um mesmo ativo cuja contabilização permaneceu inalterada: não se vislumbra a dissolução da Associação Bovespa, mas a transformação em uma sociedade anônima, não devendo o art. 2.033 do Código Civil ser interpretado, como deseja a autoridade fiscal, à luz do art. 61 da LSA: tratou-se, antes, de uma cisão seguida de incorporação. Neste contexto é que a contribuinte, de maneira correta, aplicou entendimento consoante com o Parecer Normativo CST nº 108, de 31/12/1978, que trata da classificação de contas para efeito da correção monetária de que trata o Decreto-Lei nº 1.598/1977, assinado pelo então Ministro Mário Henrique Simonsen:

INVESTIMENTOS

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

7.1 - Por participações permanentes em outras sociedades se entendem as importâncias aplicadas na aquisição de ações e outros títulos de participação societária, com a intenção de mantê-las em caráter permanente, seja para obter o controle societário, seja por interesses econômicos, como, por exemplo, a constituição de fonte permanente de renda. Essa intenção será manifestada no momento em que se adquire a participação, mediante a sua inclusão no subgrupo de investimentos - caso haja interesse de permanência -, ou registro no ativo circulante, não havendo esse interesse. Será, no entanto, presumida a intenção de permanência sempre que o valor registrado no ativo circulante não for alienado até a data do balanço do exercício seguinte àquele

17. Em segundo lugar, ainda que se considere a existência de uma alienação, não se está diante de uma receita operacional e, logo, não há que se falar em tributação de PIS e Cofins, pois tais valores não se amoldam ao conceito de faturamento, uma vez que não é derivada da venda de mercadorias e serviços, e sequer foi realizada no exercício do seu objeto social, caracterizando-se a operação como venda de ativos próprios, em conformidade com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no consabido julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários nº 346.084-6, 357.950, 358.273 e 390.840 em que se assentou que a norma do art. 110 do Código Tributário Nacional assevera a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos de direito privado, bem como a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3 da Lei 9.718/98, ao ampliar o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas

jurídicas, **independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada**.

18. Desta feita, há de se ter em conta a ponderação do Ministro Marco Aurélio Mello, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 390.840/MG, no sentido de que a Lei 9.718/98 ultrapassou o conceito de faturamento estabelecido no voto condutor do Ministro Moreira Alves na ADI nº 1-1/DF no sentido de que a Lei Complementar nº 70/1991, apesar de falar em “receita bruta”, não ultrapassou o conceito de **faturamento**, mesmo entendimento do voto do Ministro Ilmar Galvão no Recurso Extraordinário nº 150.755, oportunidade na qual, ademais, em dezembro de 1993, estabeleceu-se, como fundamento de validade da Cofins o art. 195 da Constituição de 1988 e, do PIS, o art. 239, que fez menção expressa à Lei Complementar nº 7/1970. O amadurecimento institucional resultante da tensão entre os textos autênticos dos três poderes resultou em um conceito de faturamento insuscetível de transposição posterior por parte da autoridade fiscal, sob pena de verdadeira usurpação da competência constitucional.

Pelo exposto, na parte conhecida, voto no sentido de dar integral provimento ao recurso voluntário.

Leonardo Ogassawara de Araújo Branco