



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.720368/2014-59
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3401-011.384 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de dezembro de 2022
Recorrente FATOR S/A -CORRETORA DE VALORES
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Ano-calendário: 2008

DESMUTUALIZAÇÃO DAS BOLSAS. ALIENAÇÃO DAS AÇÕES RECEBIDAS.

O aumento patrimonial percebido com a alienação das ações recebidas em troca de títulos patrimoniais nos processos de desmutualização, ainda que enseje a tributação pelo IRPJ e pela CSL, não se sujeita à incidência da Cofins, seja por não representar faturamento, seja diante da isenção aplicável à alienação de ativo permanente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, em dar provimento ao Recurso Voluntário. Vencidos os Conselheiros Oswaldo Gonçalves de Castro Neto (relator), Winderley Moraes Pereira, Carlos Delson Santiago e Arnaldo Diefenthaeler Dornelles, que negavam provimento ao Recurso Voluntário. Designado para redigir o Voto Vencedor o Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araujo Branco.

(documento assinado digitalmente)

Arnaldo Diefenthaeler Dornelles- Presidente

(documento assinado digitalmente)

Oswaldo Gonçalves de Castro Neto - Relator

(documento assinado digitalmente)

Leonardo Ogassawara de Araujo Branco – Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Winderley Moraes Pereira, Oswaldo Goncalves de Castro Neto, Carlos Delson Santiago (suplente convocado(a)), Fernanda

Vieira Kotzias, Renan Gomes Rego, Carolina Machado Freire Martins, Leonardo Ogassawara de Araujo Branco, Arnaldo Diefenthaler Dornelles (Presidente), a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária. Ausente (s) o conselheiro(a) Gustavo Garcia Dias dos Santos, substituído(a) pelo(a) conselheiro(a) Carlos Delson Santiago.

Relatório

1.1. Trata-se de lançamento de ofício de PIS e COFINS apurados nos anos de 2008 e 2009 incidentes sobre a venda de ações da Nova Bolsa e da CETIP.

1.2. Para tanto, narra o auto de infração que a **Recorrente** recebeu ações após processo de desmutualização da CETIP e da BOVESPA, vendendo-as a terceiros, obtendo assim receita operacional tributada pelas contribuições.

1.3. Em impugnação a **Recorrente** alega (no que importa à solução da lide em voga) que a venda das ações recebidas no processo de desmutualização da CETIP e da BOVESPA configura venda de ativo permanente expressamente excluída da base de cálculo das contribuições. Ademais, assevera a impossibilidade de incidência de juros de mora sobre multa de ofício e da SELIC como índice de correção monetária.

1.4. A DRJ Brasília negou provimento à Impugnação, porquanto:

1.4.1. *“As ações da Cetip S/A [e da Nova Bolsa] que ingressaram no patrimônio da impugnante tem natureza distinta do título patrimonial da Cetip Associação, não havendo a continuidade alegada pela interessada, e, conseqüentemente, tratando-se de um ativo novo, cuja manutenção no patrimônio da empresa não se sujeita a qualquer condição de obrigatoriedade dessa permanência, sua classificação contábil não deve, obrigatoriamente, ter o mesmo tratamento do título patrimonial baixado”;*

1.4.2. Inaplicável ao caso a regra do artigo 179 inciso III da Lei 6.404/76 uma vez que a **Recorrente** não manteve as ações da CETIP S/A (e Nova Bolsa) em seu patrimônio até o encerramento do exercício social;

1.4.3. *“A incidência tributária independe do modo como o fato foi escriturado pelo sujeito passivo em seus assentamentos contábeis”* e, conseqüentemente, das conclusões de auditorias acerca da correção ou não dos registros contábeis;

1.4.4. Nos termos do artigo 61 da Lei 9.430/96 é possível a incidência de juros de mora sobre as multas de ofício;

1.4.5. Não é possível a declaração de inconstitucionalidade da incidência da SELIC na esfera administrativa.

1.5. Em Voluntário, a **Recorrente** reitera o descrito em Impugnação (no que pertine ao PIS e a COFINS) e destaca:

1.5.1. “Ora, o processo de reorganização societária da Cetip (i.e., cisão parcial de tal entidade) não resultou na aquisição de um novo investimento pela Recorrente, mas tão somente na substituição dos títulos patrimoniais por ações, em operação típica de sub-rogação”;

1.5.2. “A DRJ espera que a Recorrente apure e pague PIS e COFINS a partir de um método de “apuração” dos fatos geradores dissociado de sua contabilidade, bem como da documentação que a suporta e retrata os fatos e negócios jurídicos levados a cabo pela Recorrente, o que não guarda qualquer amparo jurídico”;

1.5.3. O artigo 118 do CTN não permite a desconsideração de negócios jurídicos ou de registros contábeis;

1.5.4. “A mera intenção de alienar um ativo permanente não resulta em sua reclassificação como um ativo circulante”;

1.5.5. “Ainda que se admitisse que as ações da Cetip S.A. correspondiam a um novo investimento, o que somente se faz a título argumentativo, a Recorrente permaneceu com referidas ações por mais de um ano-calendário (i.e., alienação somente ocorreu em setembro de 2009), corroborando, assim, a natureza de referido investimento como um ativo permanente”;

1.5.6. Por faltar o elemento volitivo, a incorporação de ações não é equivalente a uma alienação para o sócio minoritário, como destaca parecer da CVM e a DRJ SPO em julgamento de caso semelhante;

1.5.7. “As receitas auferidas pela Recorrente com a alienação destes investimentos não poderiam ser tributadas por PIS e COFINS visto que não fazem parte do seu faturamento por se tratarem de receitas não operacionais”.

1.6. Após decisão acerca de conflito de competência os autos retornaram a esta Turma para julgamento.

Voto Vencido

Conselheiro Oswaldo Gonçalves de Castro Neto, Relator.

2.1. Antes de sairmos uma importante constatação. **RECEITA** - e todas as demais qualificações desta - **É UM CONCEITO JURÍDICO**; sua definição **independe** da classificação contábil na lição cristalina do artigo 3º § 1º da Lei 9.718/98. Não que a contabilidade não seja importante, o é, como ciência em si e como auxiliar ao direito. A contabilidade auxilia o jurista a entender a realidade pois ela registra os efeitos da receita (e da despesa). Entretanto, não se pode tomar conceito contábil como conceito jurídico, sob pena de aceitarmos o efeito (registro da receita) pela causa (auferir receita).

2.1.1. Com isto se quer dizer que, por mais valiosas que sejam (e são) as opiniões do BACEN e da CVM acerca do local onde tal ou qual valor deve ser registrado, para se ter algo como receita a primeira *opinião* a ser *consultada* é a do Egrégio Sodalício, até mesmo porque, este, há muito, define em precedente vinculante receitas como “*o ingresso financeiro que se integra no patrimônio na condição de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições*” (RE 606107 / RS).

2.2. Evidentemente, sem nenhuma intenção (e até mesmo capacidade) de ajustar ou de aclarar os votos dos Ministros do Tribunal Constitucional, parece haver aqui um excesso de palavras.

2.2.1. Patrimônio é o conjunto das relações jurídicas apreciáveis economicamente. Justamente por este motivo, o artigo 57 do Código Bevilacqua dispunha pela subsistência do patrimônio “*embora não constem de objetos materiais*”. Não são bens (e tampouco, valores) que compõe o patrimônio, mas relações jurídicas. Se há *ingresso* no patrimônio este é elemento novo, de relação jurídica nova; não há aumento de patrimônio pelo aumento do valor do patrimônio ou pelo número de bens que o compõe se não houver relação jurídica nova. Se o conjunto *patrimônio* é composto de relações jurídicas, ele só pode aumentar quando somam-se relações jurídicas; e não quaisquer relações jurídicas, somente as “*dotadas de valor econômico*” (art. 91 do Código Civil 2002, que, por sinal, substituiu o artigo 57 citado). Portanto, “*ingresso financeiro*” também é redundante, tudo o que está no patrimônio é apreciável economicamente, é um *ingresso* com valor financeiro.

2.2.2. Desta forma, “*ingresso financeiro que se integra no patrimônio na condição de elemento novo e positivo*” significa aquisição de relação jurídica apreciável economicamente, claro, relação jurídica positiva, que concede direitos ao titular. Para se afirmar que uma pessoa auferiu receita, é necessário que tenha ingressado no patrimônio desta pessoa relação jurídica nova e positiva.

2.3. No caso em análise, a **Recorrente** tinha em seu patrimônio títulos associativos com CETIP, BM&F e BOVESPA. Os títulos associativos, além do direito a voto e de participar das decisões das associações (como, de regular, todos os demais títulos associativos), garantiam à **Recorrente** o direito de transacionar com títulos e valores mobiliários negociados por intermédio destas associações, direito este concedido apenas e tão somente aos associados, nos termos do artigo 25 da Resolução CMN 1.656/89:

Art. 25. Somente pode ser admitida como membro da Bolsa de Valores a sociedade corretora que adquirir o respectivo título patrimonial.

2.4. Após a Resolução CMN nº 2.690, de 2000 permitir as Bolsas organizarem-se também como Sociedades Anônimas (e não somente como associações) as associações, CETIP, BM&F e BOVESPA (e, posteriormente a BM&F S/A e a BOVESPA Holding S/A), passaram, cada um a seu tempo e seu modo, por um processo que foi nomeado de *desmutualização* – nome que faz todo o sentido se pensarmos que o resultado do processo foi o *desaparecimento* (a que

título, na sequência) das associações e, com elas, do aspecto de *mutualismo* (da biologia, relação entre indivíduos de espécies diferentes, em que ambos são beneficiados pela interação) que marca as associações e o início de sociedades anônimas que, como sociedades de capitais, prescindem de *affectio societatis*.

2.4.1. A CETIP Associação passou por um processo nomeado de cisão. O primeiro passo deste processo foi a assinatura de um protocolo de intenções entre a CETIP Associação e a **já existente** CETIP S/A. Por este protocolo restou definido que o patrimônio líquido da CETIP Associação, com todos os bens e direitos desta, seria avaliado e posteriormente incorporado na CETIP S/A. Em razão da operação o capital social da CETIP Associação seria reduzido no montante cindido.

2.4.2. Desta feita, independentemente do debate acerca da possibilidade em tese de uma associação transformar-se em S/A (em que há bons argumentos de lado a lado), o que os documentos coligidos aos autos estão a nos contar é que no caso não houve transformação, mas, sim, cisão.

2.4.2.1. Rápido parêntesis. Transformação e cisão são conceitos jurídicos inconfundíveis, não existe transformação com efeito de cisão e vice e versa. Uma das características da transformação é a ausência de dissolução e liquidação (art.220 da LSA), enquanto o elemento definitivo da cisão é a dissolução e liquidação (art. 219 da LSA).

2.4.2.2. Ademais, na transformação uma pessoa jurídica (por óbvio) transforma-se em outra, não há sucessão entre empresas e, retornando ao nosso caso, aqui claramente há uma sucessão. Há duas pessoas jurídicas; e, no nosso caso, a CETIP S/A preexistia à CETIP Associação. E mais! A CETIP Associação ainda existe, agora *transformada* em CETIP Educacional.

2.4.2.3. Em segundo lugar, o protocolo de intenções já em seu preambulo fala em cisão – e repete inúmeras vezes a palavra cisão. O protocolo de intenções descreve um procedimento com protocolo, avaliação patrimonial, assembleias e concessão de procuração aos administradores para praticar os atos que se façam necessários para implementar a operação...; tudo como descrito nos artigos 223 e seguintes da LSA que tratam uma e justamente do procedimento de cisão.

2.4.3. Tratando-se de cisão parcial, por expressa dicção legal, “*as ações integralizadas com parcelas de patrimônio da companhia cindida serão atribuídas a seus titulares, em substituição às extintas*” (art. 229 § 5º da LSA), isto é, a ação da cindida não é a ação da incorporadora, uma é substituída pela outra. No nosso caso concreto, o título patrimonial da CETIP Associação não é a Ação da CETIP S/A. O título patrimonial da CETIP Associação não tem a *mesma natureza* que a Ação da CETIP S/A, ao contrário do que afirma textualmente alguma Jurisprudência desta Casa.

2.4.3.1. E nem poderia ser diferente! Ser associado é um direito personalíssimo. É dizer, embora a fração ideal do patrimônio da associação seja transmissível, a qualidade de associado depende da aprovação da associação(art. 56, Parágrafo Único do Código Civil) – e aqui vale o lembrete de transmissão de títulos associativos com pagamento de joia em caso de sucessão *causa mortis*. Já na ação, a transmissibilidade do valor mobiliário sem intervenção da pessoa jurídica é imanente ao mercado secundário, sendo que a sociedade é vedada de negar a

condição de sócio ao titular de ação (v. art. 109 da LSA). Some-se a isto ao fato de ser terminantemente proibida a distribuição de lucros ao titular de título associativo e de ser direito do titular de ação ordinária o recebimento de lucros. Com a devida vênia, não há como se afirmar identidade de natureza de dois institutos se de um lado há uma proibição de algo (de receber lucros) e de outro um mesmo direito de algo (de receber lucros!!!). Um mesmo instituto jurídico não pode ao mesmo tempo proibir uma conduta e determinar a mesma conduta.

2.4.3.2. Por sinal, CARVALHO DE MENDONÇA e REQUIÃO ressaltam que o direito a eventuais lucros – presente na ação e ausente no título associativo – representam um incremento no plano patrimonial do acionista. Com isto se quer dizer que, ainda que ação e título associativo tenham o mesmo *valor* (assim como 10 litros de gasolina e uma caixa de cerveja – e nem a presença de álcool em ambos permite beber um e se locomover com outro) são: a) coisas, institutos jurídicos diferentes (e só por isto, a substituição já importaria em aquisição de patrimônio), b) a ação concede ao titular desta direito patrimonial novo, de participar de eventuais lucros.

2.4.4. O mesmo se aplica quase integralmente às ações da Nova Bolsa. Claro que as incorporadas no caso já eram sociedades anônimas, ou seja, não houve aqui uma mudança dos *direitos* do associado em direitos acionista (se bem que, ocorrera antes quando da cisão/incorporação das associações em sociedades anônimas). Todavia, a incorporação é uma forma de extinção da pessoa jurídica (art. 219 inciso II da LSA), isto é, BM&F S/A deixou de existir, e suas ações (tal qual na cisão) foram “*substituídas por ações em tesouraria da incorporadora*”. A Ação da Nova Bolsa não é a Ação da BM&F S/A:

Sucessão e Estatuto Social Bovespa Holding

9.5. A efetivação da Incorporação BM&F acarretará a extinção de BM&F, que será sucedida por Nova Bolsa em todos os seus bens, direitos e obrigações.

2.4.4.1. A seu turno, a BOVESPA HOLDING S/A passou a ser subsidiária integral da NOVA BOLSA, ou seja, as ações da BOVESPA HOLDING S/A passaram a pertencer à NOVA BOLSA e os antigos titulares das ações da BOVESPA HOLDING S/A (entre eles, a **Recorrente**) receberam **em troca** ações da NOVA BOLSA:

5. Composição do capital social e ações de Nova Bolsa após a Incorporação BM&F e a Incorporação de Ações Bovespa Holding e outras Alterações ao Estatuto Social de Nova Bolsa.

5.1. O capital social de Nova Bolsa, após a Incorporação BM&F, a Incorporação de Ações Bovespa Holding, e o resgate das ações preferenciais, será de R\$2.537.023.263,88, dividido em 2.040.797.995 ações ordinárias, e a totalidade das ações de emissão de Bovespa Holding passará a ser de propriedade de Nova Bolsa, tornando-se a Bovespa Holding sua subsidiária integral.

4.7. Os acionistas da Bovespa Holding receberão 1,42485643 ações ordinárias para cada ação ordinária e 1 ação preferencial resgatável de Nova Bolsa para cada 10 ações ordinárias de Bovespa Holding de sua propriedade, resultando na emissão total, por Nova Bolsa, de 1.030.012.191 ações ordinárias e 72.288.840 ações preferenciais resgatáveis (“Novas Ações”).

2.4.5. Portanto, ao receber ações *em substituição* ao título patrimonial da CETIP, e ao receber Ações da NOVA Bolsa em *substituição* das ações da BM&F S/A e BOVESPA Holding S/A a **Recorrente** adquiriu relação jurídica nova e positiva, isto é, receita (que tipo, em instantes).

2.5. Entretanto, a tese da **Recorrente** parte de premissa já afastada: a de que o momento da aquisição da ação vendida é o momento da aquisição do título associativo e neste deve ser analisada a natureza de *ativo permanente* da receita. A aquisição da ação da CETIP S/A ocorreu em 1º de julho de 2008; a aquisição das ações da Nova Bolsa ocorreram em 17 de abril de 2008; foram nestes momentos em que os direitos de acionista da CETIP S/A e da NOVA Bolsa adentraram o patrimônio da **Recorrente**, e nestes momentos devem ser observados a natureza de **ATIVO PERMANENTE OU CIRCULANTE** das ações.

2.5.1. À época da aquisição das ações (2008), a conta de ativo permanente subdividia-se em investimentos, ativo imobilizado, intangível e diferido (art. 178 § 1º da LSA). Em investimentos, deveriam ser registradas “*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, inciso III da LSA). O ativo imobilizado destinava-se aos “*direitos que tenham por objeto bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da companhia ou da empresa ou exercidos com essa finalidade, inclusive os decorrentes de operações que transfiram à companhia os benefícios, riscos e controle desses bens*” (art. 179, inciso IV da LSA), diferindo este registro dos intangíveis apenas pela natureza dos bens, aqui, incorpóreos, lá corpóreos. Por fim, deveriam ser registrados no diferido “*as despesas pré-operacionais e os gastos de reestruturação que contribuirão, efetivamente, para o aumento do resultado de mais de um exercício social e que não configurem tão-somente uma redução de custos ou acréscimo na eficiência operacional*” (art. 179, inciso V da LSA).

2.5.2. De baixo para cima.

2.5.2.1. Para a **Recorrente** a entrada das ações não se configuraram como despesas pré-operacionais – posto que ela estava em operação há muito – ou como gasto de reestruturação – ela, **Recorrente**, não foi transformada, cindida, incorporada ou passou por processo de fusão.

2.5.2.2. As ações, também, não se devem ser registradas no intangível, vez que, o artigo 25 da Resolução CMN 1.656/89 que determinava que “*somente pode ser admitida como membro da Bolsa de Valores a sociedade corretora que adquirir o respectivo título patrimonial*”, foi revogado pela Resolução CMN nº 2.690, de 2000. De outro modo, a partir da publicação da Resolução CMN nº 2.690, de 2000 as corretoras de valores não precisavam mais

ser titulares de títulos associativos (das Bolsas organizadas como S/A) para exercerem a sua atividade lícita, não precisavam mais ser titulares de títulos associativos para “*manutenção das atividades da companhia*”.

2.5.2.3. Pelo mesmo motivo apontado acima (as ações não serem necessárias para a manutenção das atividades da companhia) e por serem as ações bens não corpóreos, descabida a sua classificação como ativo permanente.

2.5.2.4. Ao final, os investimentos. Investimentos são *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*. Ficou dito acima que as ações da Nova Bolsa e da CETIP S/A não eram (e não são) necessárias à manutenção da atividade da **Recorrente**, sendo cumprido, portanto, um dos requisitos para o enquadramento como investimentos; qual seja, não se destinar à manutenção das atividades da empresa. Também ficou dito que ação concede ao titular o exercício de uma (de algumas, em verdade) pretensões contra a emissora deste valor mobiliário, logo, ação é direito de qualquer natureza.

2.5.2.4.1. Todavia, não basta serem *direitos de qualquer natureza que não se destinem à manutenção da atividade da companhia* para o registro como investimento (e consequentemente, como ativo permanente). Para o registro como investimento o ativo deve ser *direitos de qualquer natureza, não classificáveis no ativo circulante*. Ora, no ativo circulante devem ser registrados “*as disponibilidades, os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente e as aplicações de recursos em despesas do exercício seguinte*” (art. 179 inciso I da LSA) e as ações adquiridas pela **Recorrente** no exercício de 2008 foram, todas, realizadas antes do **término** do exercício social subsequente, leia-se, de 2009.

2.5.3. Portanto, as Ações da CETIP S/A e da NOVA BOLSA não se qualificam como ativo permanente, mas como ativo circulante e, consequentemente, as vendas destas ações não estão acobertadas pela exclusão contida no artigo 3º inciso IV da Lei 9.718/98, como já se pronunciou alguma Jurisprudência desta Casa (embora com frequência oscile e com a mesma frequência o tema não seja votado por unanimidade) e, de forma absolutamente pacífica, a Jurisprudência Judicial:

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. (Acórdão 3401-003.867)

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

Classificam-se no Ativo Circulante as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente. As ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A recebidas em decorrência da operação denominada desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo BOVESPA e da Bolsa de Mercadorias & Futuros de São Paulo BM&F, que foram negociadas dentro do mesmo ano ou poucos meses após o seu recebimento, devem ser registradas no Ativo Circulante. (Acórdão 9303-005.844)

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTANTE DO PA Nº 16327.000857/2010-67. BOVESPA E BM&F. OPERAÇÃO DE DESMUTUALIZAÇÃO. TÍTULOS CONVERTIDOS EM AÇÕES DE S/A E ALIENADOS CONFORME OBJETO SOCIAL DA AGRAVANTE. INCIDÊNCIA DE PIS E COFINS.

6. A agravante tem como objeto social a compra e venda de títulos e valores mobiliários, por conta própria ou de terceiros, portanto, a alienação de ações ocorrida no período acima mencionado deveria ter sido contabilizada como ativo circulante da empresa, com base no disposto na Lei n. 6.404/1976 (art. 179) e não no ativo permanente. (Processo 0011804-81.2016.4.03.0000)

2.6. Somente em Voluntário a **Recorrente** descreve que as receitas com as vendas das ações da NOVA BOLSA e da CETIP S/A são receitas não operacionais e, por este motivo, não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos dos Recursos Extraordinários 346.084/PR, 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG. O fato de ter sido aventada a tese apenas em Voluntário pode levar à conclusão de restar **PRECLUSA** a matéria.

2.6.1. Preclusão é – na escoreita lição de CHIOVIENDA – perda de uma faculdade processual das partes. Portanto, o decreto de preclusão é apenas concebível naquelas matérias de disponibilidade exclusiva das partes, isto é, cabe preclusão para as teses em que seu conhecimento dependa de manejo da parte.

2.6.2. Como sabido, ao lado das teses disponíveis às partes, há outras chamadas de ordem pública, matérias que transcendem o interesse das partes conflitantes, disciplinando relações que as envolvam mas fazendo-o com atenção ao interesse público (DINAMARCO). Com isto temos que as matérias de ordem pública são aquelas que antecedem ou impedem a análise do conflito de interesses em juízo; são relações regulamentadas por normas jurídicas cuja observância é subtraída, em medida mais ou menos ampla, segundo os casos, à livre vontade das partes e à valorização arbitrária que as mesmas podem fazer de seus interesses individuais (CALAMANDREI).

2.6.3. Em assim sendo, as matérias objeto de Recursos Repetitivos e com Repercussão Geral são de ordem pública e cognoscíveis de ofício. Acerca de tais matérias não cabe qualquer discussão das partes sendo de observância obrigatória, inclusive pelo Julgador, sob pena de gravíssimas sanções. Mais do que o antedito. A formulação de decisões de repetitivos de observância obrigatória atendem a importantes princípios de ordem Constitucional, tais como, princípio da segurança jurídica, livre concorrência, isonomia e legalidade.

2.6.4. Portanto, os Precedentes Vinculantes (Súmulas CARF, Repetitivos, Repercussão Geral) não encontram-se sujeitos à preclusão, como se manifestou esta Turma (com composição diferente) no Acórdão 3401-007.435.

2.7. O tema sobre o conteúdo e alcance da decisão proferida no RE 346.084/PR não é novo nesta Turma. Parte dos Conselheiros acompanham o quanto decidido pela DRJ para restringir a **BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES AS RECEITAS** operacionais e

outra Parte (dentre elas, este Relator) entendem que a base de cálculo das contribuições, nos termos da decisão proferida no RE 346.084/PR é restrita à **VENDA DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS**. Como exemplo, aponto o Acórdão 3401-007.238, de relatoria do Conselheiro João Paulo Mendes Neto:

3. Pois bem, após o sobrestamento do processo 1999.61.00.013331-8 o Regional Bandeirante, reformou sua decisão anterior e declarou a inconstitucionalidade da majoração da base de cálculo das contribuições descritas na Lei 9.718/98 nos termos dos Recursos Extraordinários n. 357.950/RS, n. 390.840/MG, n. 358.273/RS e n. 346.084/PR:

Em suma, estando o acórdão, anteriormente proferido, em divergência com a orientação atual da Turma e das Cortes Superiores, cabe, nos termos do artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil, o reexame da causa para adequação à jurisprudência consolidada, reconhecendo-se a inexigibilidade da contribuição ao COFINS e ao PIS, no tocante à base de cálculo instituída pela Lei n. 9.718/98.

Ante o exposto, com esteio no artigo 543-B, § 3º c/c artigo 557, ambos do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação e à remessa oficial.

3.1. O dispositivo do voto vencedor - de lavra do Ministro Marco Aurélio - do RE 346.084/PR define mais do que a norma aplicável para a definição da base de cálculo da COFINS; o Acórdão define os limites positivos e negativos do conteúdo do termo faturamento:

existentes no momento em que aperfeiçoado o ato normativo. A constitucionalidade de certo diploma legal deve se fazer presente de acordo com a ordem jurídica em vigor, da jurisprudência, não cabendo reverter a ordem natural das coisas. Daí a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. Nessa parte, provejo o recurso extraordinário e com isso acolho o segundo pedido formulado na inicial, ou seja, para assentar como receita bruta ou faturamento o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de serviços ou de mercadorias e serviços, não se considerando receita de natureza diversa. Deixo de acolher o pleito de compensação de valores, porque não compôs o pedido inicial.

3.2. Mais do que simplesmente afirmar que a base de cálculo da COFINS é a descrita no artigo 2º da Lei Complementar 70/91. O Egrégio Sodalício decidiu que a base de cálculo da COFINS é a venda de mercadoria e serviços, apenas; "*não se considerando receita de natureza diversa*".

3.3. É claro que, o mesmo Acórdão da Corte Guardiã equipara em alguns trechos receita bruta da venda de mercadorias e serviços com a receita decorrente da atividade descrita no objeto social da empresa (chamada, por tal motivo, de receita operacional pela fiscalização). Entretanto, o Ministro Aires Brito (um dos que equiparam receita bruta à receita proveniente da atividade normal da empresa) deixa claro que a receita operacional, em seu entender, é a descrita no artigo 22 § 1º alínea 'a' do Decreto-Lei 2.397/87:

Receita operacional consiste naquilo que já estava definido pelo Decreto-lei 2397, de 1987, art.22, § 1º, "a", assim redigido - parece que o Ministro Velloso acabou de fazer também essa remissão à lei:

"Art.22.....

.....

§

1º.....

a) a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, de qualquer natureza, das empresas públicas ou privadas definidas como pessoa jurídica ou a elas equiparadas pela legislação do Imposto de Renda;"

3.4. Assim, receita operacional é a receita bruta da venda de mercadorias e serviços de qualquer natureza. E o que **não** é receita operacional (faturamento, base de cálculo da COFINS)? As demais receitas, entre as quais as descritas nas demais alíneas do artigo 22 § 1º do Decreto-Lei 2.397/87:

Art. 22 (...) § 1º (...)

b) **as rendas e receitas operacionais** das instituições financeiras e entidades a elas equiparadas, permitidas as seguintes exclusões: encargos com obrigações por refinanciamentos e repasse de recursos de órgãos oficiais e do exterior; despesas de captação de títulos de renda fixa no mercado aberto, em valor limitado aos das rendas obtidas nessas operações; juros e correção monetária passiva decorrentes de empréstimos efetuados ao Sistema Financeiro de Habitação; variação monetária passiva dos recursos captados do público; despesas com recursos, em moeda estrangeira, de debêntures e de arrendamento; e despesas com cessão de créditos com coobrigação, em valor limitado ao das rendas obtidas nessas operações, somente no caso das instituições cedentes;

c) as receitas operacionais e patrimoniais das sociedades seguradoras e entidades a elas equiparadas.

2.7.1. Aproveitando o ensejo, o único voto proferido no RE 609.906, que trata da tributação pelas contribuições de receitas de instituições financeiras (de lavra do Ministro Lewandowski) é no sentido de permitir a incidência das contribuições apenas e tão somente na venda de mercadorias e prestação de serviços. Em assim sendo, se a receita é decorrente de venda de mercadorias ou prestação de serviços, há incidência da COFINS, caso contrário, não.

2.7.2. O artigo 481 do Código Civil trata da compra e venda nos seguintes termos: "*pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro*". Da dicção acima temos que para que ocorra uma venda é necessário que uma relação jurídica positiva saia do patrimônio de alguém e vá para o patrimônio de outrem, é nisto que consiste "*transferir o domínio de certa coisa*".

2.7.3. Sobre a transferência de domínio falou-se, por duas vezes, linhas acima. Valor mobiliário ou título de crédito (para nós o tema não é importante, embora para a doutrina de direito empresarial o seja), a ação representa para o seu titular parte do patrimônio da sociedade emitente. Assim, ao transferi-la, a qualquer título, o cedente transfere, minimamente, este direito (de titularidade do patrimônio) a terceiro, além do direito à participação nos lucros e, no caso (por se tratarem de Ações Ordinárias) o direito a voto.

2.7.4. Sabedores que a **Recorrente** recebeu como contraprestação das cessões das ações “*preço em dinheiro*”, estamos ante uma compra e venda.

2.7.5. Resta saber se a ação é uma mercadoria ou apenas uma coisa.

2.7.5.1. A doutrina majoritária em direito tributário aponta, sem titubear, que para se caracterizar como uma mercadoria, o bem deve ser corpóreo. ALCIDES JORGE COSTA chega a dizer que o atributo de bem corpóreo de uma mercadoria “*dispensa explicações*”. Todavia, a evolução tecnológica com a conversão de bens com existência física que definitivamente eram mercadorias (livros, v.g.) em bens intangíveis, leva escritores contemporâneos de *direito tributário* a abandonar o antigo apego ao físico.

2.7.5.2. Por incrível que pareça (e talvez não devesse parecer tanto) para os Tradadistas de Direito Comercial o fato de um bem não possuir existência física é indiferente para trata-lo como mercadoria. PONTES DE MIRANDA, após afirmar, textualmente que mercadoria “*há de ser recebida, hoje (em 1.956), no sentido de qualquer bem corpóreo ou incorpóreo (...) que possa ser alienado como elemento de circulação comercial*” elenca dentre os bens que entende como mercadorias títulos de crédito, categoria onde se encontram as Ações para o Gênio das Alagoas. CARVALHO DE MENDONÇA, em seu Tratado, leciona que o revogado Código Comercial não é claro ao conceituar mercadoria, “*ora, é empregada a antítese a coisas móveis, dinheiro, papéis de crédito e valores, ora compreende qualquer objeto que, tendo valor de troca, pode entrar na circulação comercial*”, porém, linhas antes, o Autor destaca que “*as coisas, quando objeto da atividade mercantil, (...) quando objeto de troca, de circulação econômica, tomam o nome específico de mercadoria*” sem qualquer distinção entre bens com existência física ou sem.

2.7.5.3. A Jurisprudência dos Tribunais Superiores não discrepa das lições dos Comercialistas. Após longo período subdividindo mercadorias e serviços entre obrigação de dar e fazer, o Supremo reconheceu em precedente vinculante a obsolescência da divisão na ADI 5659. Inclusive, o Eminentíssimo Ministro Relator do Voto Vencedor, Dias Toffoli, (neste ponto acompanhado por todos os demais Ministros da Corte) afirmou que:

A expressão mercadoria, para fins de incidência do ICMS, não é inequívoca no sentido de que abrange tão somente os bens corpóreos (tangíveis) que são objeto de comércio ou destinados a sê-lo. Levando-se em conta, por exemplo, ter a Constituição (art. 155, § 3º) previsto a possibilidade de o imposto incidir sobre operações relativas a energia elétrica, não há como sustentar que as coisas incorpóreas estariam necessariamente fora do conceito de mercadoria.

2.7.5.3.1. Igualmente, a 1ª Seção do Tribunal da Cidadania ao analisar a incidência de COFINS na locação de imóveis (AR 2248/RS) apoiado em lição do já citado CARVALHO DE MENDONÇA descreve que a limitação do conceito de mercadoria “*não se justifica hodiernamente (1.946, diga-se). Baseava-se ela na antiga máxima 'mercis appellatio ad*

res mobiles tantum pertinet', fundada na opinião errônea, de que o transporte era da essência do comércio” e conclui que “ninguém de sua consciência pode negar que, para tais empresas[incorporadoras], os imóveis, objeto de seu ato de comércio, são mercadorias”.

2.7.5.3.1.1. Rápido parêntesis para evitar os embargos: sim, o Supremo analisava a incidência de ISS e ICMS sobre software e, também sim, o STJ analisava a incidência de COFINS sobre a venda de imóveis. No entanto, em ambos os casos restou decidido que a constituição física das coisas em nada importa para enquadrá-las ou não como mercadorias.

2.7.5.4. A verdade é que, desde o direito romano, *Commercium est commutatio mercium*, mercadoria é o que é objeto do comércio, objeto da compra e venda empresarial. O que muda, no curso do tempo, é o que se entende por “objeto da compra e venda empresarial” – basta lembrar que até o advento da Lei 3.353/1888 a liberdade humana era (de forma nojenta e odiosa) considerada mercadoria, objeto de comércio. E, as ações são mercadorias (de corretagem, mais especificamente) desde, pelo menos, 25 de novembro de 1.850, vez que elencadas dentre os objetos sujeitos à mercancia no Regulamento 737/1850:

Art. 19. Considera-se mercancia:

§ 1º A compra e venda ou troca de efeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma especie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso.

§ 2º As operações de cambio, banco e corretagem.

§ 3º As empresas de fabricas; de com missões ; de depositos ; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espectaculos publicos. [\(Vide Decreto nº 1.102, de 1903\)](#)

§ 4.º Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contratos relativos ao commercio maritimo.

§ 5.º A armação e expedição de navios.

2.7.5.4.1. Claro, muita água passou por debaixo da ponte desde então (ou, talvez nem tanto assim, tendo em mente que a Companhia das Índias Ocidentais já existia há 250 anos quando da publicação do Regulamento e a crise do Encilhamento ocorreu pouco tempo depois) porém, o artigo 2º da Lei 6.385/76 elenca dentre os valores mobiliários, as ações. Por sua vez, o artigo 16 da Lei 4.728/65 fixa que os valores mobiliários serão negociados (e o são) no *mercado* de capitais. Ora, em uma *mercado* são vendidas...

2.8. Se as ações são objeto de mercancia, são mercadorias. Se são mercadorias, sua venda é tributada pelas contribuições e, portanto, sem razão a **Recorrente** ao invocar o precedente vinculante.

3. Pelo exposto, admito, porquanto tempestivo, e conheço do Recurso Voluntário e a ele nego provimento.

(documento assinado digitalmente)

Oswaldo Gonçalves de Castro Neto

Voto Vencedor

Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araujo Branco – Redator Designado

1. Em que pese o como de costume bem fundamentado voto do relator, Conselheiro Oswaldo Gonçalves de Castro Neto, ousou discordar, pelo motivos expostos na sessão de 19 de dezembro de 2022, cujo vídeo se encontra disponível neste [link](#).¹

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.

¹ <https://youtu.be/77Os2wrVEuw?t=16125>

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. Ao nos voltarmos especificamente ao caso sob análise, o que se observou foi: **(i)** a substituição dos **títulos Bovespa e ações CBLC** por ações da Bovespa Holding, que incorporou a BSB, sendo que o mesmo raciocínio se aplica à incorporação da CBLC pela Bovespa Holding, em que se observou **(ii)** a substituição de **ações da CBLC** por ações da Bovespa Holding. Assim, no contexto da desmutualização, em resumo, **os títulos da Bovespa e as ações da CBLC foram convertidos em ações**, permanecendo tais ativos contabilizados no permanente da recorrida.

6. Na espécie, a contribuinte recorrente detinha 570.535 ações recebidas em substituição à devolução de título patrimonial da Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa), 136.227 ações recebidas de incorporação de ações da Bovespa Serviços e Participações S/A, e 3.882.732 ações recebidas da incorporação de ações da Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (CBLC), adquiridos com a intenção de permanência e, portanto, contabilizados em conta de ativo permanente.

7. 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.

8. 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.

9. 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.

10. 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.

11. 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).

12. 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”*.² 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.

13. 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

² FERNANDES, Edison Carlos. Direito Contábil na prática da governança corporativa. São Paulo: All Print Editora, 2017, pp. 106-107.

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.

14. 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.

15. **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 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.

16. 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,³ 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.⁴ 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 “(...) *contrato entre duas sociedades*”,⁵ 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

³ 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.

⁴ 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.

⁵ 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.

substituídas por um fenômeno de sub-rogação real"⁶ - (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 n.º 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*"⁷, 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*",⁸ 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.

⁶ *Ibidem.*

⁷ 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.

⁸ *Ibidem.*

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.

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*”⁹, ou seja, um fazer apropriado e necessário à empresa.¹⁰ 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*”.¹¹

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*”.¹² 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*”,¹³ e a causa concreta, intenção concretamente buscada, assim entendida como os “(...) *interesses concretos e*

⁹ DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. Elisão e evasão fiscal. São Paulo: Editora José Bushatsky, 1977, p. 76.

¹⁰ 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*”.

¹¹ BOZZA, Fabio Piovesan. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo: Editora QuartierLatin/Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), 2015, p. 134.

¹² GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, pp. 337-338.

¹³ BOZZA, Fabio Piovesan. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo: Editora QuartierLatin/Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), 2015, p. 136.

comuns que as partes pretendem alcançar, revelados ou extraídos do ajuste contratual".¹⁴

A divergência, desde que consciente, entre uma e outra poderá indicar a simulação no direito civil,¹⁵ 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*".¹⁶ 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.¹⁷ 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 subsista*",¹⁸ 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.¹⁹ 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*

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Idem*, p. 161.

¹⁶ *Idem*, pp. 166-169. Também chamado de "contradeclaração", 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*".

¹⁷ *Idem*, p. 188: trata-se da previsão do art. 166, inciso VI do Código Civil de 2002.

¹⁸ *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.

¹⁹ 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*".

declarada”,²⁰ e aplicada “(...) em seu sentido restrito, formalista”.²¹ 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”.²² Por fim, o período das (iii) decisões proferidas entre 2006 e abril de 2015²³ 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”.²⁴ (...). 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 1302-001.325,²⁵ e do Acórdão nº 1301-001302,²⁶ ou, ainda, o Acórdão nº 1102-001.182.^{27,28} – (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 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).

²⁰BOZZA, Fabio Piovesan. Planejamento tributário e autonomia privada. São Paulo: Editora QuartierLatin/Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), 2015, p. 214.

²¹*Ibidem*.

²²*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”.

²³*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.

²⁴*Ibidem*.

²⁵Acórdão CARF nº 1302-001.325, sessão de 11/03/2014.

²⁶Acórdão CARF nº 1301-001302, sessão de 09/10/2013.

²⁷Acórdão CARF nº 1102-001.182, sessão de 27/08/2014.

²⁸BRANCO, 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.

17. 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

18. 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 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**.

19. Desta feita, há de se ter em conta a ponderação do Ministro Marco Aurélio Mello, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 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 n.º 1-1/DF no sentido de que a Lei Complementar n.º 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 n.º 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 n.º 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.

20. Neste sentido, o Acórdão CARF n.º 3401-003.752, publicado em 07/06/2017, de relatoria do Conselheiro Augusto Fiel Jorge D'Oliveira (por maioria), bem como o Acórdão CSRF n.º 9101-005.786, publicado em 11/11/2021, de relatoria da Conselheira Edeli Pereira Bessa (por empate decidido favoravelmente ao contribuinte), cuja ementa abaixo se transcreve:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Ano-calendário: 2007

DESMUTUALIZAÇÃO DAS BOLSAS. ALIENAÇÃO DAS AÇÕES
RECEBIDAS.

O aumento patrimonial percebido com a alienação das ações recebidas em troca de títulos patrimoniais nos processos de desmutualização, ainda que enseje a tributação pelo IRPJ e pela CSLL, não se sujeita à incidência da COFINS, seja por não representar faturamento, seja em face da isenção aplicável à alienação de ativo permanente.

Pelo exposto, voto no sentido de conhecer e, no mérito, dar integral provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Leonardo Ogassawara de Araújo Branco