



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 16327.720402/2013-12
Recurso n° Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão n° 9303-007.482 – 3ª Turma
Sessão de 16 de outubro de 2018
Matéria PIS e COFINS
Recorrentes BANCO DE INVESTIMENTOS CREDIT SUISSE (BRASIL) S/A.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 30/08/2008, 31/10/2009, 30/04/2010, 31/05/2010

RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

Não se conhece do recurso especial quando ausente a comprovação de divergência jurisprudencial quanto à interpretação da legislação tributária, mas há apenas diferente valoração das provas e dos fatos constantes nos autos. No caso dos autos, não ficou evidenciada a intenção de venda das ações da BM&F e de parte das ações da CETIP no momento de sua aquisição, pois não assinado qualquer compromisso de posterior alienação das mesmas e, além disso, ocorrida a alienação muitos meses após o seu recebimento. Os acórdãos paradigmas retratam situações fáticas subjacentes em que houve compromisso de posterior alienação das ações.

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, recebidas em virtude da operação chamada "desmutualização" da Bolsa de valores de São Paulo Bovespa e BM&F, que foram negociadas dentro do mesmo ano, poucos meses após o seu recebimento, devem ser registradas no Ativo Circulante.

PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA OPERACIONAL. BANCO E CORRETORA DE VALORES MOBILIÁRIOS. VENDA DE AÇÕES. "DESMUTUALIZAÇÃO".

As pessoas jurídicas que exercem atividade de corretora de valores mobiliários/banco que tem por objeto a subscrição de ações compra e venda de ações, por conta própria e de terceiros, a base de cálculo das contribuições sociais é o faturamento (Receita Bruta) operacional, receitas típicas de compra e venda de ações da BM&F/S.A. e da Bovespa Holding S.A.,

recebidas em decorrência das operações societárias denominadas “desmutualização”.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidas as Conselheiras Vanessa Marini Ceconello (Relatora), Tatiana Midori Migiyama e Érika Costa Camargos Autran, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Demes Brito. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito e Jorge Olmiro Lock Freire.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Vanessa Marini Ceconello - Relatora

(assinado digitalmente)

Demes Brito - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Ceconello e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de recursos especiais de divergência interpostos pela FAZENDA NACIONAL (e-fls. 2.671 a 2.719) e pelo Contribuinte BANCO DE INVESTIMENTOS CREDIT SUISSE (BRASIL) S.A. (e-fls. 2.736 a 2.769) com fulcro nos artigos 67 e seguintes do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, buscando a reforma do **Acórdão nº 3401-003.126** (e-fls. 2.648 a 2.669) proferido pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento, em 15/03/2016, no sentido de dar parcial provimento ao recurso voluntário, com ementa nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 30/08/2008, 31/10/2009, 30/04/2010, 31/05/2010

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

No processo denominado “desmutualização”, realizado pela BM&F e CETIP, consistente na cisão de associações sem finalidade lucrativa com versão do patrimônio correspondente a sociedades empresárias, criadas sob forma de sociedades anônimas, a entrega de ações destas novas companhias aos detentores de títulos patrimoniais daquelas associações caracteriza devolução de patrimônio e não substituição de títulos.

DESMUTUALIZAÇÃO. AÇÕES. REGISTRO CONTÁBIL. IMPUTAÇÃO FISCAL. PROVA.

A classificação contábil das ações recebidas, na “desmutualização”, está intimamente vinculada à intenção da empresa em negociar ou não em curto prazo as ações. No entanto, incumbe à autoridade autuante apresentar os elementos que comprovem que a recorrente, no momento do recebimento das ações, tinha efetivamente a intenção (ou mesmo a obrigação) de negociá-las em curto prazo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 30/08/2008, 31/10/2009, 30/04/2010, 31/05/2010

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

No processo denominado “desmutualização”, realizado pela BM&F e CETIP, consistente na cisão de associações sem finalidade lucrativa com versão do patrimônio correspondente a sociedades empresárias, criadas sob forma de sociedades anônimas, a entrega de ações destas novas companhias aos detentores de títulos patrimoniais daquelas associações caracteriza devolução de patrimônio e não substituição de títulos.

DESMUTUALIZAÇÃO. AÇÕES. REGISTRO CONTÁBIL. IMPUTAÇÃO FISCAL. PROVA.

A classificação contábil das ações recebidas, na “desmutualização”, está intimamente vinculada à intenção da empresa em negociar ou não em curto prazo as ações. No entanto, incumbe à autoridade autuante apresentar os elementos que comprovem que a recorrente, no momento do recebimento das ações, tinha efetivamente a intenção (ou mesmo a obrigação) de negociá-las em curto prazo.

Recurso voluntário provido em parte.

Na análise da possibilidade de incidência do PIS e da COFINS sobre os valores decorrentes da venda das ações recebidas no processo de desmutualização da Bovespa e BM&F (no 2º semestre de 2007) e/ou da CETIP (no 1º semestre de 2008), a Turma *a quo* deu parcial provimento ao recurso voluntário para manter a exigência somente sobre a alienação de parte as ações da CETIP, ocorrida em 30.10.2009, excluindo da tributação as ações da BM&F e as demais da CETIP, em razão da ausência de comprovação pela fiscalização da intenção de venda das mesmas no momento de sua aquisição, sendo correta a sua classificação no ativo permanente.

Não resignada em parte com a decisão, a FAZENDA NACIONAL interpôs recurso especial (e-fls. 2.671 a 2.719) alegando divergência jurisprudencial quanto à “[...]”

incidência dos arts. 2º e 3º da Lei n.º 9.718, de 27 de novembro de 1998, nas alienações decorrentes do processo de desmutualização das bolsas, em interpretação ao art. 179 da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976". Para comprovar a divergência, indicou como paradigmas os acórdãos n.º 3301-002.839 e 3202-000.377.

Consoante despacho de admissibilidade s/n.º, de 02/06/2016 (e-fls. 2.721 a 2.727), o apelo especial da Fazenda Nacional teve prosseguimento, pois comprovada a divergência jurisprudencial, à luz do acórdão paradigma n.º 3401-003.126 e atendidos os demais requisitos do art. 67, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343/2015.

Nessa esteira, devidamente cientificado, o Contribuinte também se insurge por meio de recurso especial (e-fls. 2.736 a 2.769) alegando dissenso interpretativo quanto às seguintes matérias: (a) caracterização da permanência dos ativos recebidos em decorrência do processo de desmutualização para fins de registro em conta de ativo permanente; e (b) necessidade de registro no ativo circulante como consequência da assunção do compromisso de alienação de parte das ações recebidas no processo de desmutualização. Para embasar as divergências jurisprudenciais colacionou como paradigmas os acórdãos n.º 3403-003.384 e 3403-001.734 (a); e 3302-001.850 (b), respectivamente.

O recurso especial do Sujeito Passivo teve seguimento, nos termos do despacho s/n.º, de 24 de fevereiro de 2017 (e-fls. 2.991 a 3.000), pois comprovada a divergência jurisprudencial e atendidos os demais requisitos regimentais.

Na mesma oportunidade, o Contribuinte apresentou contrarrazões ao recurso especial da Fazenda Nacional (e-fls. 2.887 a 2.917), postulando, preliminarmente, o não conhecimento do apelo e, no mérito, a sua improcedência.

De outro lado, a Fazenda Nacional, em sede de contrarrazões (e-fls. 3.002 a 3.035), roga pelo desprovimento do apelo especial do Banco.

O presente processo foi distribuído a essa Relatora, estando apto a ser relatado e submetido à análise desta Colenda 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - 3ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheira Vanessa Marini Cecconello, Relatora

Consigne-se que o presente voto apresentado pela Relatora restou vencedor no que tange ao não conhecimento do recurso especial da Fazenda Nacional e conhecimento do recurso especial do Contribuinte, posição que foi acompanhada pelo Colegiado. Quanto ao mérito do apelo especial do Banco Credit Suisse, vencido o voto da Relatora, foi designado o nobre conselheiro Demes Brito para redigir o voto vencedor.

1. Admissibilidade

a) Recurso especial da Fazenda Nacional

O recurso especial de divergência interposto pela FAZENDA NACIONAL é tempestivo, restando analisar-se o atendimento aos demais pressupostos de admissibilidade constantes no art. 67 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015 (anteriormente, Portaria MF n.º 256/2009), devendo, portanto, ter prosseguimento.

A Fazenda Nacional, por meio do recurso especial, insurge-se contra a exclusão da tributação pelo PIS e pela COFINS das receitas decorrentes da venda das ações da BM&F-Bovespa e de parte das ações da CETIP - "não-compromissadas", pois a fiscalização não teria comprovado a intenção de venda quando da aquisição das mesmas.

Em sede de contrarrazões, o Contribuinte alega a inadmissibilidade do recurso especial da Fazenda, com fulcro na inexistência de similitude fática entre os acórdãos ora recorrido e aqueles indicados como paradigmas, pois:

a) no caso dos autos, após a realização de diligência, a Turma *a quo* entendeu por dar provimento parcial ao recurso voluntário pois entendeu que não restou comprovada, pela fiscalização, a intenção de venda das ações BM&F e de parte das ações CETIP. Com relação aos acórdãos paradigmas, a solução empregada foi diversa porque o julgador restou convencido da caracterização da intenção de venda naquelas situações, e não por ter interpretado as normas de forma divergente;

b) embora os paradigmas também versem sobre autos de infração lavrados em decorrência da alienação de ações da BM&F e da CETIP na desmutualização da bolsa de valores, a questão fática subjacente aos casos restou valorada de forma diversa daquela empreendida no acórdão recorrido, não sendo esta hipótese que admite interposição de recurso especial;

c) além disso, os acórdãos paradigmas tratam de casos envolvendo corretoras de títulos e valores mobiliários, fato determinante para a conclusão, naqueles julgados, de incidência do PIS e da COFINS. Aqui está-se diante de banco de investimentos, que tem atividade econômica diversa daquelas instituições tratadas nas decisões tidas por paradigmáticas.

Entende-se assistir razão à contrarrazoante no que tange à inadmissibilidade do recurso especial da Fazenda Nacional.

O art. 67, §1º, do Anexo II do RICARF - aprovado pela Portaria MF n.º 343/2015, estabelece como condição para a interposição de recurso especial a demonstração da legislação que estaria sendo interpretada de modo divergente pelos acórdãos confrontados - recorrido e paradigma.

No caso ora em análise, depreende-se que o dissenso interpretativo não se deu quanto à lei tributária, mas sim quanto à valoração das provas acostadas aos autos. Neste processo administrativo, após realizada a diligência, o recurso voluntário foi julgado parcialmente procedente em razão de não ter sido comprovada, pela Fiscalização, a intenção da Contribuinte de venda das ações da BM&F e de parte das ações da CETIP no momento de sua aquisição, pois não assinado qualquer compromisso de posterior alienação das mesmas.

Por outro lado, os acórdãos indicados como paradigmas embora também tratem de autos de infração decorrentes da alienação de ações recebidas no processo de desmutualização da BM&F e da CETIP, **apresentaram conclusões diversas daquela trazida pela decisão recorrida em razão da diferente valoração dos fatos e das provas produzidas em cada um dos feitos, à luz da mesma legislação.** Tal assertiva fica evidenciada dos trechos transcritos pela Procuradoria da Fazenda Nacional nas razões do recurso especial, *in verbis*:

Acórdão Paradigma n.º 01

[...]

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

[...]

Todos os elementos constantes do presente processo, demonstram a nítida intenção da venda das ações, tanto é que foram vendidas todas as ações no curto prazo de 6 meses, sendo uma parte, nos IPO da Bovespa S/A e BM&F S/A e o restante após o cumprimento da cláusula de lock up".

Acórdão paradigma n.º 02

"A meu sentir, não há dúvidas que havia intenção de negociar parte das ações recebidas no curso do ano subsequente, na verdade no curso do próprio ano de 2007, desde a data da criação da BM&F S.A., em setembro de 2007, e da Bovespa Holding S.A., em agosto de 2007."

O caso em análise distancia-se dos demais que também envolvem operações de desmutualização das bolsas de valores em razão de uma particularidade: o espaço de tempo entre o recebimento das ações em substituição aos títulos patrimoniais e a sua venda para terceiros. O Contribuinte passou a ser titular das ações da BM&F S.A. em 01/10/2007, data da implementação do processo de desmutualização da BM&F; e na data de 01/07/2008 tornou-se titular das ações da CETIP S.A., também como decorrência da desmutualização da CETIP Associação.

Nessa esteira, verifica-se que as operações de alienação em discussão não foram realizadas em curto espaço de tempo, mas tão somente após (a) 7 meses - alienação das ações recebidas da BM&F em 30/04/2008; (b) 1 ano e 4 meses, (c) 1 ano e 10 meses e (d) 1 ano e 11 meses após o recebimento das respectivas ações - alienação das ações da CETIP S.A em 30/10/2009, 30/04/2010 e 17/05/2010. A proximidade temporal entre o recebimento das ações e a venda a terceiros é justamente a premissa utilizada nos acórdãos indicados como paradigmas para embasar entendimento de que as ações deveriam ter sido classificadas no ativo circulante, pois já haveria a intenção de venda, o que não se verificou aqui.

Tanto é assim que a autuação foi mantida com fulcro no entendimento da Fiscalização de que os bancos de investimento não podem contabilizar títulos ou valores mobiliários no seu ativo permanente, pois em razão de sua natureza, só poderiam adquiri-los com a intenção de revenda, nos termos da Resolução CMN nº 2.624/1999.

Portanto, ausente a necessária divergência quanto à interpretação da legislação tributária, mas havendo apenas diferente valoração das provas e dos fatos constantes nos autos, não deve ter prosseguimento o recurso especial da Fazenda Nacional.

b) Recurso especial do contribuinte BANCO DE INVESTIMENTOS CREDIT SUISSE (BRASIL) S.A.

O recurso especial de divergência interposto pelo Contribuinte atende aos pressupostos de admissibilidade constantes no art. 67 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015 (anteriormente, Portaria MF nº 256/2009), devendo, portanto, ter prosseguimento.

2. Mérito

a) Recurso especial da Fazenda Nacional

Consoante decisão proposta pela Relatora e que prevaleceu no Colegiado no julgamento do processo, não foi conhecido o recurso especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional, razão pela qual não há análise de mérito das suas razões.

Dessa forma, o mérito do presente voto restringir-se-á à apreciação dos argumentos trazidos no recurso especial da Contribuinte.

b) Recurso especial do Contribuinte

No que tange ao recurso especial do Contribuinte, gravita a divergência em torno do tratamento tributário a ser aplicado à receita da venda de parte das ações recebidas pelo Contribuinte em substituição aos títulos patrimoniais que detinha da CETIP ASSOCIAÇÃO, e que foram objeto de compromisso de venda, por meio do "Termo de Adesão e Procuração".

A tributação imposta no lançamento tem por base as disposições contidas na Lei nº 9.718/98, pois o Sujeito Passivo é uma sociedade submetida às disposições de referida norma, que estabelece que a base de cálculo das contribuições é o faturamento (e não a receita bruta), conceito este que está descrito e limitado pelas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Da desmutualização

O processo que se convencionou chamar de "desmutualização das bolsas de valores" consistiu em um conjunto de atos societários por meio dos quais a Bovespa e a BM&F sofreram abertura de capital, tendo ocorrido a cisão parcial das referidas entidades associativas sem fins lucrativos e incorporação da parcela do capital cindido pelas sociedades anônimas (com fins lucrativos) Bovespa Holding S/A ("Bovespa Holding") e BM&F S/A ("BM&F S/A"), respectivamente. Nesta operação de cisão parcial seguida de incorporação, os detentores de

títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F passaram a ser titulares de ações representativas do capital da Bovespa Holding e da BM&F S/A, respectivamente, recebidas em substituição aos antigos títulos.

A contribuinte era detentora de títulos patrimoniais da BM&F e da CETIP Associação, ambas originalmente organizada sob a forma de associações sem fins lucrativos, e cujos títulos estavam registrados em contas do seu ativo permanente.

No caso dos presentes autos, há diferença fática importante para a conclusão do litígio. Apenas parte das ações recebidas no processo de desmutualização foram compromissadas para a venda. Além disso, aquelas que não foram objeto de compromisso de venda, foram alienadas em operações realizadas em 30.10.2009, 30.04.2010 e 17.05.2010, mais de um ano após a implementação do processo de desmutualização da CETIP Associação.

Nessa esteira, a Fiscalização entendeu que no processo de desmutualização o recebimento das ações consistiu em pagamento pela devolução do patrimônio das associações sem fins lucrativos, bem como ter havido por parte do banco a intenção de venda dos novos ativos, e, portanto, deveriam ser contabilizados no Ativo Circulante, estando o resultado positivo da alienação sujeito à incidência do PIS e da COFINS.

Antes de se adentrar à análise da controvérsia suscitada no presente processo administrativo, entende-se necessário tecer breves considerações quanto (i) ao princípio da estrita legalidade e (ii) à impossibilidade de o Fisco sobrepor-se à legislação privada.

O princípio da estrita legalidade embasa o sistema jurídico brasileiro, estando previsto no rol de direitos e garantias individuais do art. 5º, *caput* e inciso II, da Constituição Federal, e também se constitui no mais importante dos princípios constitucionais tributários, conforme redação do art. 150, inciso I, da Constituição Federal, que proclama vedada a exigência ou aumento de tributo sem que a lei assim estabeleça. O princípio da legalidade é informado pelos valores da certeza e da segurança jurídica, sendo uma garantia do Estado de Direito e tendo o papel de proteção dos direitos dos cidadãos. No Direito Tributário, a segurança jurídica é garantida por meio da reserva absoluta de lei, que, nos dizeres de Alberto Xavier¹, implica "na necessidade de que toda a conduta da Administração tenha o seu fundamento positivo na lei, ou, por outras palavras, que a lei seja o pressuposto necessário e indispensável de toda a atividade administrativa".

A legalidade tributária impõe que todos os aspectos do fato gerador estejam estabelecidos em lei, os quais são imprescindíveis para a quantificação do tributo devido em cada caso concreto que venha a refletir a hipótese descrita na lei. Como consectário do princípio da estrita legalidade, está o princípio da tipicidade tributária, dirigido ao legislador e ao aplicador da lei. O doutrinador Luciano Amaro² bem sintetiza o princípio da tipicidade ao explicitar que:

[...] Deve o legislador, ao formular a lei, definir, de modo taxativo (numerus clausus) e completo, as situações (tipos) tributáveis, cuja ocorrência será necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária, bem como os critérios de quantificação (medida) do tributo. Por outro lado, ao aplicador da lei veda-se a interpretação extensiva e a analogia, incompatíveis com a taxatividade e determinação dos tipos tributários. A vista da impossibilidade

¹ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 14 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 112.

² AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 14 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 113.

de serem invocados, para a valorização dos fatos, elementos estranhos ao contido no tipo legal, a tipicidade tributária costuma-se qualificar-se de fechada ou cerrada, de sorte que o brocardo nullum tributum sine lege traduz "o imperativo de que todos os elementos necessários à tributação do caso concreto se contenham e apenas se contenham na lei". [...] (grifou-se)

Além da necessidade de observância ao princípio da estrita legalidade, na interpretação da legislação tributária é vedada a utilização de analogia para tributar, conforme artigos 108, §1º e 112, ambos do Código Tributário Nacional. A analogia é um dos instrumentos de integração previstos no CTN, e se constitui na aplicação de regra prevista para caso semelhante a uma determinada situação que não se encontra regulamentada. No entanto, referido mecanismo tem um campo de atuação restrito no Direito Tributário, justamente pela limitação que lhe é conferida pelo princípio da reserva de lei para efeitos de ser exigido determinado tributo.

O art. 112 do CTN, por sua vez, também traz a interpretação restritiva como regra para as matérias referentes a infrações, penalidades e definição das hipóteses de incidência do tributo: *in dubio pro reo*. Constitui-se na forma de interpretação benigna preconizada pelo CTN “quando houver dúvida sobre a capitulação do fato, sua natureza ou circunstâncias materiais, ou sobre a natureza ou extensão dos seus efeitos, bem como sobre a autoria, imputabilidade ou punibilidade, e ainda sobre a natureza ou graduação da penalidade aplicável (art. 112)”³. Quanto ao tema, pertinente trazer a lição de Luciano Amaro, que conclui dizendo que em caso de dúvida, a solução a ser adotada é a mais favorável ao Sujeito Passivo, *in verbis*⁴:

Na verdade, embora o art. 112 do Código Tributário Nacional pretenda dispor sobre “interpretação da lei tributária”, ele prevê, nos seus incisos I a III, diversas situações nas quais não se cuida da identificação do sentido e do alcance da lei, mas sim da valorização dos fatos. Nessas situações, a dúvida (que se deve resolver a favor do acusado, segundo determina o dispositivo) não é de interpretação da lei, mas de “interpretação” do fato (ou melhor, de qualificação do fato). Discutir se o fato “x” se enquadra ou não na lei, ou se ele se enquadra na lei “A” ou na lei “B”, ou se a autoria do fato é ou não do indivíduo “Z”, diz respeito ao exame do fato e das circunstâncias em que ele teria ocorrido, e não ao exame da lei, A questão atém-se à subsunção, mas a dúvida que se põe não é sobre a lei, e sim sobre o fato.

Já o inciso IV do dispositivo pode ser referido tanto a dúvidas sobre se o fato ocorrido se submete a esta ou àquela penalidade (problema de valorização do fato) como à discussão sobre o conteúdo e alcance da norma punitiva ou sobre os critérios legais de graduação da penalidade.

De qualquer modo, o princípio in dubio pro reo, que informa o preceito codificado, tem uma aplicação ampla: qualquer que seja a dúvida, sobre a interpretação da lei punitiva ou sobre a valorização dos fatos concretos efetivamente ocorridos, a solução há de ser a mais favorável ao acusado. (grifou-se)

De outro lado, há que ser considerada a impossibilidade de o Fisco sobrepor-se às normas de direito privado, nos termos dos artigos 109 e 110 do CTN. O direito tributário,

³ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 14 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 222.

⁴ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 14 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 222 – 223.

embora ramo do direito público, tem estreita relação com o direito privado, utilizando-se de muitos conceitos deste na sua codificação. Entretanto, a definição dos referidos conceitos presentes no direito tributário deve ser buscada na legislação de direito privado. Embora a legislação tributária possa se utilizar dos princípios do direito privado, não lhe é lícito alterar conceitos que estejam definidos na norma de direito privado.

Analisando a matéria posta no recurso especial do Contribuinte sob a ótica dos princípios acima mencionados, que são informadores do direito tributário, e da legislação aplicável ao caso, entende-se que assiste razão ao Sujeito Passivo ao manter o registro das ações recebidas em substituição aos títulos patrimoniais em conta do ativo permanente.

O processo que se convencionou chamar de "desmutualização" das bolsas de valores caracterizou-se pela cisão de parcela do patrimônio das associações sem fins lucrativos com a substituição dos títulos patrimoniais que antes detinham as corretoras e as instituições financeiras por ações. Não há, portanto, de se falar em extinção das entidades com devolução do patrimônio social à Recorrente.

A possibilidade de cisão das associações sem fins lucrativos está prevista no art. 2033 do Código Civil combinado com o art. 44 do mesmo diploma legal, dispondo que podem ser objeto de cisão, incorporação, transformação e fusão as entidades elencadas no dispositivo do art. 44 do CC, dentre elas as associações.

Cumprido consignar que à Fiscalização não é permitido alterar o fato de ter ocorrido a cisão parcial das entidades, nos termos do art. 110 do CTN explicitado supra, uma vez a operação ter sido aprovada em assembleia (que exerce a função de legislador dentro das instituições), prevalecendo o princípio da autonomia de vontade das partes. Além disso, os atos da transformação societária foram devidamente arquivados na Junta Comercial e no Registro Civil das Pessoas Jurídicas competentes, tornando-se válidos e definitivos no mundo jurídico.

A aplicação do art. 17 da Lei 9532/97 pelo Fisco para caracterizar a desmutualização como o processo em que houve a devolução do patrimônio em decorrência da extinção das associações, implica na exigência de tributo por analogia, o que é vedado pelo art. 108, §1º do CTN, conforme antes explicitado. No sentido da vedação de tributação por analogia, há precedentes desta Câmara Superior de Recursos Fiscais, como por exemplo o Acórdão CSRF nº 01-05.059.

Outro argumento que corrobora a tese defendida pelo Sujeito Passivo, é o fato de que proferida pela Receita Federal a Solução de Consulta COSIT nº 13, no ano de 1997, reiterando o caráter da neutralidade fiscal da operação da desmutualização da bolsa de valores, no mesmo sentido da Portaria MF nº. 785/77 (que trata do ganho de capital). No ano de 2007, a COSIT proferiu entendimento contrário ao da Solução de Consulta nº. 13/1997, consubstanciada na Solução de Consulta COSITI nº 10/07, posicionando-se pela necessidade de tributação de eventual diferença entre o valor dos títulos e o valor das ações em razão de uma suposta subsunção da situação à regra do art. 17 da Lei 9532/97. O CARF já proferiu entendimento no sentido de que o Fisco teria a obrigação de observar a Solução de Consulta COSIT nº 13/97 até o dia 30/10/2007, data em que foi publicado no DOU a mudança de posicionamento.

A mudança de critério jurídico pela RFB entre uma solução de consulta e outra traz violação ao art. 146 do CTN.

Assim, tendo em vista que não houve dissolução das associações e nem devolução do patrimônio aos antigos sócios, tendo sido o mesmo transferido diretamente para a nova entidade, os títulos patrimoniais antigos e as ações em que se transformou são papéis que representam o mesmo patrimônio, constituindo-se em ativo permanente. Portanto, o faturamento da alienação das ações se enquadra como venda de um investimento, isto é, constitui-se em venda de patrimônio próprio, não havendo de se falar na incidência de PIS e COFINS, conforme art. 3º, IV, da Lei nº 9.718/98.

Entende-se que esses argumentos, por si só, são suficientes para excluir do âmbito de incidência do PIS e da COFINS as receitas decorrentes da venda de ações recebidas no processo de desmutualização das bolsas de valores, devendo ser provido o recurso especial do Contribuinte.

3. Dispositivo

Diante do exposto: (a) não se conhece do recurso especial da Fazenda Nacional e, no mérito, caso conhecido, nega-se provimento; e (b) é conhecido o recurso especial do Contribuinte para, no mérito, dar-lhe provimento.

É o Voto.

(assinado digitalmente)

Vanessa Marini Cecconello

Voto Vencedor

Conselheiro Demes Brito - Redator designado

Em que pese os argumentos da Ilustre Relatora, divirjo de seu entendimento.

O apelo da Contribuinte, cuja admissibilidade ora se analisa, suscita divergência jurisprudencial referente a duas matérias: (i) à caracterização da permanência ou não dos ativos recebidos em decorrência do processo de "*desmutualização*" para fins de registro em conta de ativo permanente, e (ii) à necessidade ou não de registro no ativo circulante como consequência da assunção do compromisso de alienação de parte das ações recebidas no processo de "*desmutualização*".

In caso, a decisão recorrida, ao tratar de incidência de PIS e COFINS sobre a venda das ações oriundas do processo de "*desmutualização*", o Colegiado entendeu que o recebimento das Ações CETIP em substituição dos Títulos CETIP, no qual estivesse caracterizado inequivocamente a intenção posterior de venda, não teria se dado a título de sucessão, não representando a continuidade dos investimentos na CETIP ASSOCIAÇÃO, devendo ter sido contabilizadas em seu ativo circulante e que, por conseguinte, os ganhos auferidos com a alienação das mesmas estariam sujeitos à tributação pelo PIS e pela COFINS.

Com efeito, quanto à "desmutualização" da Bovespa e BM&F, implicando na tributação da venda de ações, esta matéria não é nova nesta Turma. Já aqui enfrentada reiteradas vezes, inclusive recentemente, sendo que, em todas as oportunidades, por maioria de votos, restou decidido que a venda posterior de tais ações gera receita tributada pela contribuição para o PIS e pela Cofins.

No julgamento do acórdão nº 9303-003.468, de 24/02/2016, fui designado Redador do voto vencedor, por se tratar de matéria idêntica, adoto como fundamento em minhas razões decidir, que passa a fazer parte integrante do presente voto. Vejamos:

"Com efeito, versa o presente processo sobre o lançamento de ofício das contribuições do PIS e da COFINS sobre a receita auferida com as operações de alienação das ações da Bovespa Holding S/A e BM&F S/A, relativo aos períodos de apuração de outubro a novembro 2007, recebidas em razão do processo conhecido como "desmutualização", consistente em um conjunto de alterações societárias ocorridas na Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA) e na Bolsa de Mercadorias e Futuro (BM&F) que deixaram de ser associações sem fins lucrativos e se transformaram em sociedade anônimas.

Como consequência do processo de "desmutualização", os detentores dos Títulos Patrimoniais da Bovespa e da BM&F receberam ações representativas do capital da Bovespa Holding S/A e da BM&F Holding S/A, que foram posteriormente vendidas.

Autoridade fiscal alega que as ações recebidas deveriam compor o "ativo circulante" e, quando da venda, haveria a incidência das contribuições; por outro lado, o sujeito passivo entende que a contabilização deveria ocorrer em contas distintas do Grupo de Investimento em seu Ativo Permanente, e as receitas auferidas de bens do ativo permanente, deveria por força de imposição legal, ser excluída da receita bruta para fins de apuração do que for devido a título de PIS e de COFINS.

Da origem dos Títulos Patrimoniais da BM&F e BOVESPA

Com efeito, até o advento das operações chamadas de "desmutualização", as bolsas de valores eram intituladas como associações civis, sem fins lucrativos, tendo como função primordial manter o sistema adequado para negociação de valores mobiliários.

Contudo, a Lei nº 4.728/65, disciplinou o mercado de capitais, regulando a autonomia administrativa, financeira e patrimonial das bolsas de valores, e sua supervisão operacional pelo Banco Central, de acordo com a regulamentação expedida pelo Conselho Monetário Nacional, a quem competia fixar as normas gerais a serem observadas na constituição, organização, funcionamento, e relativas a constituição, extinção e forma jurídica das bolsas de valores.

Neste passo, eis que surge a Lei nº 6.385/76, a qual, criou a Comissão de Valores Mobiliários, disciplinando o mercado de valores e as operações realizadas na bolsa de valores.

A Resolução CMN nº 1.656, de 26 de outubro de 1989, aprovou o regulamento que disciplinou a constituição, organização e funcionamento das Bolsas de Valores:

CAPÍTULO I - Bolsas de Valores

SEÇÃO I - Natureza e Características

NATUREZA E OBJETO SOCIAL

Art. 1º As Bolsas de Valores são constituídas como associações civis, sem finalidade lucrativa, tendo por objeto social:

I - manter local ou sistema adequado à realização de operações de compra e venda de títulos e valores mobiliários, em mercado livre e aberto, especialmente organizado e fiscalizado pela própria Bolsa, sociedades corretoras membros e pelas autoridades competentes;

II - dotar, permanentemente, o referido local ou sistema de todos os meios necessários à pronta e eficiente realização e visibilidade das operações;

III - estabelecer sistemas de negociação que propiciem continuidade de preços e liquidez ao mercado de títulos e valores mobiliários;

IV - criar mecanismos regulamentares e operacionais que possibilitem o atendimento, pelas sociedades corretoras membros, de quaisquer ordens de compra e venda dos investidores, sem prejuízo de igual competência da Comissão de Valores Mobiliários, que poderá, inclusive, estabelecer limites mínimos considerados razoáveis em relação ao valor monetário das referidas ordens;

V - efetuar registro das operações;

VI - preservar elevados padrões éticos de negociação, estabelecendo, para esse fim, normas de comportamento para as sociedades corretoras e companhias abertas, fiscalizando sua observância e aplicando penalidades, no limite de sua competência, aos infratores;

VII - divulgar as operações realizadas, com rapidez, amplitude e detalhes;

VIII - conceder, à sociedade corretora membro, crédito para assistência de liquidez, com vistas a resolver situação transitória, até o limite do valor de seu título patrimonial, mediante apresentação de garantias subsidiárias de pelo menos 120% (cento e vinte por cento) do valor do crédito;

IX - exercer outras atividades expressamente autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários.

Parágrafo único. As Bolsas de Valores não podem distribuir a sociedades corretoras membros parcela de patrimônio ou resultado, exceto nos casos de dissolução e na forma que a Comissão de Valores Mobiliários aprovar.

Dessa forma, todas as bolsas de valores autorizadas a funcionar no Brasil ficaram obrigadas a assumir a forma de associação, ou seja, pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos e regidas pelo Código Civil brasileiro vigente à época (Lei nº 3.071, de 1916, arts. 20 a 22).

A Resolução nº 1.656, de 1989, sofreu várias alterações pelas Resoluções nº 1.760, de 1990; nº 1818, de 1991; nº 2.549, de 1998; e nº 2.597, de 1999, sendo que somente com a edição da Resolução CMN nº 2.690, de 2000, que aprovou um novo regulamento, é que as bolsas de valores foram autorizadas a se constituírem, alternativamente, sob a forma de sociedade anônima:

Art. 1º As bolsas de valores poderão ser constituídas como associações civis ou sociedades anônimas, tendo por objeto social:

De acordo com a Resolução CMN nº 1.656/89, o ato constitutivo das Bolsas de Valores compreendia seu Estatuto Social assinado por todos os fundadores, devidamente registrado no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Seu patrimônio social era dividido em títulos patrimoniais, que eram adquiridos por sociedades corretoras como requisito para sua admissão como associadas das bolsas:

Art. 7º O patrimônio social das Bolsas de Valores deve ser formado mediante realização em dinheiro e será dividido em títulos patrimoniais, cuja quantidade e valor inicial de emissão devem ser fixados pela Comissão de Valores Mobiliários.

[...]

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

§ 1º Nenhuma sociedade corretora pode adquirir mais de um título patrimonial de cada Bolsa de Valores.

§ 2º As sociedades corretoras têm iguais direitos e obrigações perante a Bolsa de Valores.

§ 3º A sociedade corretora, antes de iniciar suas operações, deve caucionar o seu título patrimonial em favor da Bolsa de Valores.

§ 4º Aprovada a sua admissão e cumprido o disposto no parágrafo anterior, a sociedade corretora entra em pleno gozo dos direitos de associada da Bolsa de Valores.

Conforme o art. 3º, §2º, do Regulamento Anexo à Resolução nº1.655/1989 do Conselho Monetário Nacional, para que pudessem operar no mercado de capitais por meio de recinto bursátil, as sociedades corretoras e distribuidoras de valores mobiliários deveriam deter títulos representativos do patrimônio daquelas entidades.

Art. 3º A constituição e o funcionamento de sociedade corretora dependem de autorização do Banco Central.

§ 1º A sociedade corretora deverá ser constituída sob a forma de sociedade anônima ou por quotas de responsabilidade limitada.

§ 2º São condições indispensáveis para a concessão da autorização prevista neste artigo, dentre outras, a admissão como membro de bolsa de valores, em razão da aquisição de título patrimonial de emissão dessa e a aprovação da Comissão de Valores Mobiliários para o exercício de atividades no mercado de valores mobiliários.

Também a Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F) foi constituída sob a forma de associação civil sem fins lucrativos, tendo por objetivo “organizar e prover o funcionamento de mercados para negociação de títulos e contratos que possuam como referência ou tenham como objeto ativos financeiros, índices, indicadores, taxas, mercadorias, moedas, energia, transportes, commodities e outros bens ou direitos direta ou indiretamente relacionados a tais ativos, nas modalidades à vista e de liquidação futura”. O funcionamento das bolsas de mercadorias e de futuros foi regulamentado pela Resolução CMN nº 1.645/89.

*Portanto, as sociedades corretoras possuíam, antes do procedimento de “desmutualização”, títulos patrimoniais das **associações civis, sem finalidades lucrativas denominadas BOVESPA e BM&F.***

Da Desmutualização das Bolsas de Valores

No ano de 1997, houve a primeira operação de reestruturação da BOVESPA, pela qual foram criadas duas empresas distintas, a Clearing S.A. (“Clearing”) – posteriormente denominada Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (“CLBC”) – e a Bovespa Serviços e Participações S.A. (“Bovespa Serviços”).

A CLBC foi criada mediante cisão de parte do patrimônio da BOVESPA e ficou incumbida de atuar como câmara de compensação e custodiar ações e títulos. Por sua vez, a Bovespa Serviços, subsidiária integral da BOVESPA, ficou com as funções de dar suporte aos serviços de informática e telefonia da BOVESPA, portanto responsável por exercer atividades relacionadas com negociação, controle, fiscalização e difusão de informações.

Em 2007 as Bolsas iniciaram mais uma reestruturação societária, que se deu mediante cisão das associações e incorporação da parcela cindida por sociedades anônimas de capital aberto. Nessa medida, os títulos patrimoniais detidos pelas sociedades corretoras na BM&F e na BOVESPA foram trocados por ações das novas companhias – BM&F S.A. e BOVESPA HOLDING S.A., respectivamente.

A “desmutualização” da Bovespa ocorreu em 28 de agosto de 2007 e envolveu as seguintes etapas, todas realizadas na mesma data:

(i) cisão parcial da Bovespa, com a versão das parcelas de seu patrimônio em duas sociedades: Bovespa Holding e Bovespa Serviços S.A. (“Bovespa Serviços”); e

(ii) incorporação das ações da Bovespa Serviços e da CBLC ao capital da Bovespa Holding.

Em decorrência das operações em questão, os antigos detentores de títulos patrimoniais da Bovespa passaram a ser titulares de ações representativas do capital da Bovespa Holding, a qual, por sua vez, passou a ter como subsidiária integral a Bovespa Serviços e a CBLC.

Portanto, a associação civil sem fins lucrativos Bovespa deixou de existir em 28 de agosto de 2007, e os detentores de seus títulos patrimoniais passaram a ser acionistas da Bovespa Holding.

A “desmutualização” da BM&F ocorreu em 20 de setembro de 2007, e seguiu modelo jurídico similar ao da BOVESPA:

(i) a cisão parcial da BM&F, com a versão das parcelas de seu patrimônio em duas sociedades: BM&F Holding e BM&F Serviços S.A.; e

(ii) a incorporação das ações da BM&F Serviços ao capital da BM&F Holding.

Em consequência das apontadas etapas, os antigos detentores de títulos patrimoniais da BM&F passaram a ser titulares de ações representativas do capital da BM&F Holding, por sua vez detentora da integralidade do capital da BM&F Serviços.

Durante o ano de 2007, o procedimento de “desmutualização” foi seguido da abertura do capital das companhias resultantes de referida “transformação” para a negociação das respectivas ações em bolsa de valores.

Em decorrência da participação no processo de oferta pública inicial de distribuição secundária de ações ordinárias de emissão da Bovespa Holding S.A., foram outorgados poderes à essa sociedade para praticar todos os atos necessários à obtenção do registro de oferta pública inicial de distribuição secundária de ações ordinárias de sua emissão, inclusive no que se refere à distribuição, alienação ou qualquer outra forma de transferência de ações ordinárias de emissão da Companhia. Também foi assinado o “Instrumento Particular de Contrato de Indenização e Outras Avenças”, onde foi autorizada a alienação, no âmbito da Oferta, da quantidade de ações indicada no instrumento de Mandato.

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

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

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

(i) Incorporação da BM&F pela Nova Bolsa, a valor contábil, resultando na emissão, pela Nova Bolsa, em favor dos acionistas de BM&F, de ações ordinárias, na proporção de 1:1, e na conseqüente extinção de BM&F;

(ii) na mesma data, em deliberação distinta e subseqüente, Incorporação das Ações da Bovespa Holding, pela Nova Bolsa, nos termos deste Protocolo e Justificação, incluindo a emissão, pela Nova Bolsa, em favor dos acionistas da Bovespa Holding, de ações ordinárias e de ações preferenciais resgatáveis;

(iii) resgate das ações preferenciais da Nova Bolsa emitidas em favor dos acionistas da Bovespa Holding;

(iv) como resultado da Incorporação das Ações da Bovespa Holding e do resgate das ações preferenciais, o conjunto de acionistas da Bovespa Holding passará a ser titular do mesmo número de ações ordinárias da Nova Bolsa de titularidade do conjunto de acionistas da BM&F, assumindo o integral exercício, até a data da assembléia geral da Bovespa Holding que deliberar sobre este Protocolo e Justificação, das opções de compra de ações outorgadas no âmbito do Programa de Reconhecimento do atual Plano de Opções de Compra de Ações da Bovespa Holding e, em data futura, das opções de compra de ações contratadas no âmbito do atual Plano de Opções de Compra de Ações da BM&F;

(v) a partir da realização das assembléias que aprovarem as incorporações e o resgate acima referidos, será iniciado processo de registro da Nova Bolsa perante a Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) e a listagem de suas ações no Novo Mercado da Bolsa de Valores de São Paulo S.A. – BVSP (“BVSP”). Até a obtenção desses registros, as ações da Bovespa Holding e as ações de BM&F continuarão a ser negociadas no Novo Mercado da BVSP sob os atuais códigos BOVH3 e BMEF3, respectivamente, conforme autorização a ser solicitada da BVSP.

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

Dos Efeitos dos registros contábeis das ações subscritas e integralizadas

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

Originalmente, os títulos patrimoniais eram escriturados no ativo permanente das sociedades corretoras.

Com a dissolução da associação e a subsequente subscrição e integralização das ações das novas sociedades (Bovespa Holding e BM&F Holding), a recorrente deixou de possuir títulos patrimoniais e passou a ter ações das novas companhias, de natureza diversa, que deveriam ter sido escrituradas conforme dispõe o artigo 179 da Lei 6.404/1976, verbis:

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

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

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

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

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

A escrituração das ações no ativo da empresa, ou no ativo circulante, ou no ativo permanente, é baseada na possibilidade de o contribuinte escolher entre permanecer como proprietário de tais ações (permanente) ou se desfazer delas (circulante).

Constata-se que, desde o início do processo de desmutualização das bolsas, fica clara a intenção dos então detentores de títulos patrimoniais da BM&F e da Bovespa, de, após receberem as ações das novas entidades formadas como sociedades anônimas, efetivarem a alienação dessas ações, seja pela fixação de prazos para venda das ações acordados entre as companhias e seus acionistas, seja pela disponibilização de parte das ações recebidas para compor o lote destinado à Oferta Pública Inicial (IPO), ou ainda, pela alienação das ações propriamente ditas.

No caso das ações da Bovespa Holding S/A, tem-se que, em 27 de setembro de 2007, foram outorgados poderes à essa sociedade para praticar todos os atos necessários à obtenção do registro de oferta pública inicial de distribuição secundária de ações ordinárias de sua emissão, inclusive no que se refere à distribuição, alienação ou qualquer outra forma de transferência

de ações ordinárias de emissão da Companhia. Também foi assinado o “Instrumento Particular de Contrato de Indenização e Outras Avenças”, onde foi autorizada a alienação, no âmbito da Oferta, da quantidade de ações indicada no instrumento de Mandato. Dessa forma, resta claro que a recorrente pretendia vender, no curso do exercício social, como o fez, parte das ações recebidas.

Em relação às ações detidas junto à BM&F S.A., as sociedades corretoras se comprometeram, em 31 de agosto de 2007, por meio da assinatura de “Termo de Adesão ao Instrumento Particular de Assunção de Obrigações Celebrado no âmbito da Bolsa de Mercadorias & Futuros BM&F”, a alienar 35% das ações a elas atribuídas no processo de desmutualização da BM&F (o que ocorreu em 01/10/2007), no prazo de seis meses contados a partir da data em que as ações passassem a estar admitidas à negociação na Bovespa.

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

Mencione-se que a acionista poderia ter optado por aderir ao referido termo nos moldes do seu Anexo II, através do qual não haveria tal compromisso venda, porém não poderia alienar as ações, por qualquer forma, antes de passado o prazo de 2 (dois) anos, contados do início das negociações em bolsa; neste caso, as ações poderiam ser consideradas como investimento, e registradas, na sua integralidade, no Ativo Permanente.

Destarte, em atendimento ao artigo 179, inciso I, da Lei nº 6.404/1976 o sujeito passivo deveria ter contabilizado esses direitos sobre as ações no Ativo Circulante, uma vez que em decorrência da modificação da natureza jurídica dos direitos possuídos, caracterizada pela devolução dos títulos patrimoniais e o recebimento das ações, o momento da criação das sociedades anônimas é que deve ser considerado como marco inicial para se averiguar a intenção de alienar aquele determinado ativo, com vistas a classificá-lo no Ativo Circulante, o que o sujeito passivo não fez.

Da Tributação do PIS/COFINS sobre alienação de ações

Com efeito, as ações recebidas pelo sujeito passivo deveriam ter sido classificadas no Ativo Circulante, correto o entendimento da Fiscalização em tributar o PIS/COFINS, sobre valores obtidos com alienação das ações que constituem receita bruta operacional.

Neste passo, os arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 1998, prevêem que a receita bruta, auferida pela pessoa jurídica, será objeto de tributação das contribuições. Vejamos:

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu

faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

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

Assim, o montante recebido pelo sujeito passivo em decorrência da alienação das ações emitidas pela BM&F S.A e pela BOVESPA HOLDING S.A., integram a sua receita bruta operacional. Ressaltando que o sujeito passivo exerce atividade de corretora de valores mobiliários, e tem como atividade principal subscrever títulos para revende-los no mercado futuro. Aliás, essa característica das corretoras está expressamente delineado no art. 2º da Resolução nº 1.655/89:

Art. 2º A sociedade corretora tem por objeto social: (...)

II – subscrever, isoladamente ou em consórcio com outras sociedades autorizadas, emissões de títulos e valores mobiliários para revenda. (destaques não constam no original)

Tem-se que a recorrente, ao vender as ações da Bovespa Holding S.A. e da BM&F S.A., exerceu uma atividade típica de seu ramo de atuação. e, portanto, a inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998 não afasta a incidência das contribuições para o PIS e Cofins sobre a receita dita operacional.

*Conclui-se que as receitas auferidas pela **alienação** das ações da BM&F S.A e Bovespa Holding S.A. de sua titularidade, decorrentes de atividade típica de seu ramo de atuação, devem ser enquadradas como receitas brutas operacionais e por isso estão sujeitas à incidência do PIS e da Cofins, prevista no art. 3º da Lei nº 9.718/98.*

Da discussão judicial quanto à base de cálculo das contribuições sociais

Como amplamente divulgado, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 357.950/RS, 390.840/MG, 358.273/RS e 346.084/PR o STF decidiu que o faturamento das empresas compõe-se, apenas, de suas receitas operacionais (receita bruta da venda de mercadorias ou da prestação de serviços), ligadas a sua atividade principal, não devendo integrá-lo as demais receitas não operacionais. Deste modo, foi decretada a inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

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

Entretanto, a decisão do STF não tem repercussão no presente litígio, uma vez que o enquadramento legal constante da autuação fiscal refere-se ao caput dos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98 (estes artigos prevêem que as contribuições serão calculadas com base no seu faturamento, corresponde à

receita bruta da pessoa jurídica) que não foram declarados inconstitucionais pelo STF.

Jurisprudência dos Tribunais sobre "desmutualização"

Vale destacar que a matéria já recebeu manifestação do Poder Judiciário, o qual emprega o mesmo entendimento e argumentos dos enunciados descritos e manteve os lançamentos tributários, senão vejamos:

TRF 2

Processo nº 0006559-23

.2008.4.02.5101

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 "demutualização", 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 demutualização"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 demutualização".

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 demutualização, na forma como foi efetuada.

O artigo 17 da Lei 9.532/97 constitui supedâneo legal para a inclusão da diferença entre o que foi investido para a formação do capital social de entidade isenta e a devolução do que foi aportado na determinação do lucro da pessoa jurídica, uma vez que constitui, indubitavelmente, acréscimo patrimonial, sujeitando-se à incidência do imposto de renda, nos termos dos artigos 43 e 44 do Código Tributário Nacional.

Não prospera a tese da apelante de que a avaliação dos ativos em questão se dá pela equivalência patrimonial, sistemática que estima o valor do investimento de uma sociedade em outra de acordo com as oscilações do patrimônio da empresa investida e cujos resultados positivos, de acordo com o artigo 225 do Regulamento do Imposto de Renda, não acarretam incidência dos tributos

A avaliação pela equivalência patrimonial, consoante previsto no art. 248 da Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas), aplica-se exclusivamente aos casos de "coligadas sobre cuja administração [a empresa] tenha influência

significativa, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante, em controladas em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum (redação dada pela Lei nº 11.638/2007), não sendo este o caso dos autos que trata, na verdade, de avaliação de títulos patrimoniais que a impetrante detém nas bolsas de valores.

Também não socorre a impetrante a Solução de Consulta nº 13 de 10/11/97, o Parecer CST nº 2.254/81 e a Portaria MF 785/77, porquanto a referida Portaria, assim como os atos administrativos mencionados são anteriores à entrada em vigor da Lei 9.532/97, de 10/12/97, originária da conversão da Medida Provisória nº 1.602, de 14/11/97, sendo esta quem regula as relações ora em análise.

Recurso desprovido.

TRF -3

Processo 2008.03.00.004115-1 - AG 325479 – 6ª Turma TRF3, decisão de 23/05/2008

[...]

*Observo que como a BM&F era uma associação sem fins lucrativos, os superávits obtidos ano a ano eram reinvestidos na própria bolsa, sem incidência de imposto de renda ou contribuição social sobre o lucro. **Parece-me que quando a BM&F converteu seu patrimônio - ao qual se integra o que economizou em impostos -, em uma sociedade com fins lucrativos, a diferença então verificada gerou ganho de capital e em decorrência, incide imposto sobre o que não foi pago durante a fase beneficiada pela isenção.***

O que de fato ocorreu, foi o processo denominado “desmutualização”, através da dissolução parcial da BM&F, que deixou de existir e cujos títulos patrimoniais foram extintos, com a respectiva restituição do seu patrimônio aos seus respectivos sócios, na forma de ações da nova sociedade, a BM&F S/A. [...]

TRF3 - AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008.03.00.004115-1/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de concessão de antecipação de tutela recursal, que visa à reforma de decisão proferida em Primeira instância, adversa aos agravantes. Regularmente processado o agravo, sobreveio a informação, mediante e-mail de fls. 1658/1668, que foi proferida sentença nos autos do processo originário.

*Ante a perda de objeto, julgo prejudicado o presente recurso e, em consequência, **NEGO-LHE SEGUIMENTO**, com fulcro no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, restando prejudicado o agravo regimental interposto.*

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem. Intimem-se. Consuelo Yoshida Desembargadora Federal

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. DESMUTUALIZAÇÃO DA BOVESPA. IRPJ E CSLL. INCIDÊNCIA. ARTIGO 17 DA LEI Nº 9.532/97. APLICABILIDADE. PORTARIA 785/77. PARECER NORMATIVO Nº 78/78. ATO DECLARATÓRIO NORMATIVO Nº 9/81. NORMAS ANTERIORES AO ADVENTO DA LEI Nº 9.532/97. INAPLICABILIDADE. - À mingua do alegado vício - omissão - os embargos de declaração devem ser rejeitados. - No tocante à dissolução da associação BOVESPA, o julgado foi claro ao dispor que ocorreu a efetiva dissolução da sociedade BOVESPA e que, assim sendo, deveria ser observada, no tocante ao seu patrimônio, a disciplina do artigo 61 do Código Civil, acarretando na devolução do aludido patrimônio aos então associados, a ensejar, desse modo, a incidência do IRPJ e da CSLL, ex vi das disposições contidas no artigo 17 da Lei nº 9.532/97. - Não há, portanto, que se falar em omissão do acórdão no tocante a matéria, em especial quanto ao regramento previsto no artigo 1.113 do Código Civil que, diga-se, diz respeito tão-somente às sociedades e não às associações. - Quanto à questão em torno da adoção do método de equivalência patrimonial para avaliação do investimento o acórdão embargado concluiu pela inaplicabilidade, à espécie, do método de equivalência patrimonial que, nos termos dos artigos 248 da Lei nº 6.404/76 e 384 do Decreto nº 3.000/99, somente teria aplicabilidade nas hipóteses de investimentos em empresas controladas ou coligadas, não sendo esse o caso vertido nestes autos. - Conforme precedentes jurisprudenciais colacionados no julgado vergastado, não incide, in casu, a Portaria nº 785/77, bem assim os atos normativos correlatos, dentre os quais se incluem o Parecer Normativo nº 78/78 e Ato Declaratório Normativo nº 9/81, na medida em que anteriores ao advento da Lei nº 9.532/97, norma aplicável à espécie, conforme alhures externado. - O mero intuito de prequestionar a matéria não legitima a oposição dos aclaratórios. Precedentes do C. STJ. - Conforme jurisprudência firmada no âmbito do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça, não se faz necessária a menção a dispositivos legais para que a matéria seja considerada prequestionada, bastando que a tese jurídica tenha sido aquilatada pelo órgão julgador (STF, HC 122932 MC/MT, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 03/09/2014, DJe 08/09/2014; HC nº 120234, Relator Ministro Luiz Fux, j. 19/11/2013, DJe 22/11/2013; STJ, REsp 286.040, Relator Ministro Franciulli Netto, j. 05/06/2003, DJ 30/6/2003; EDcl no REsp 765.975, Relator Ministra Eliana Calmon, j. 11/04/2006, DJ 23/5/2006). - Embargos de declaração rejeitados."AMS - APELAÇÃO CÍVEL - Processo: 308575 0001164-33.2008.4.03.6100-QUARTA TURMA e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/11/2015. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA" TRF3".

Dispositivo

Ex positis, nego provimento ao Recurso interposto.

Processo nº 16327.720402/2013-12
Acórdão n.º **9303-007.482**

CSRF-T3
Fl. 3.066

É como voto.

(assinado digitalmente)

Demes Brito