



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

Processo n° 16327.720693/2011-79
Recurso n° 942.122 Voluntário
Acórdão n° 3402-001.914 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de setembro de 2012
Matéria PIS/COFINS - FALTA DE RECOLHIMENTO - CORRETORA DE VALORES - VENDA DE AÇÕES EM BOLSA
Recorrente CORRETORA SOUZA BARROS CÂMBIO E TÍTULOS S/A
Recorrida DRJ SÃO PAULO I - SP

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 31/10/2007 a 31/12/2007

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - PAF - NORMAS PROCESSUAIS - COMPETÊNCIA - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS - CARF - FATOS CUJA APURAÇÃO SERVIU PARA APURAR INFRAÇÕES DE IRPJ - COMPETÊNCIA DA 1ª SEÇÃO DO CARF.

A competência para julgamento de recurso relativo a exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ é da 1ª Seção do CARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos não conheceu do recurso para declinar competência para 1ª Seção de Julgamento.

GILSON MACEDO ROSENGURG FILHO

Presidente Substituto

FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Gilson Macedo Rosenberg Filho (Presidente Substituto), Fernando Luiz da Gama Lobo d'Eça (Relator), Silvia de Brito Oliveira, Naira Bastos Manatta, Adriana Oliveira e Ribeiro, Mario César Fracalossi

Bais (Suplente), João Carlos Cassuli Júnior e Francisco Mauricio Rabelo de Albuquerque Silva.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (constante de arquivo em PDF sem numeração de páginas do processo físico) contra o v. Acórdão DRJj/SP1 nº 16-36.018 exarado em 02/02/12 (fis. 533/554) pela 7ª Turma da DRJ de São Paulo - SP que, por unanimidade de votos, houve por bem “julgar procedentes” os seguintes lançamentos originais de:

a) COFINS (MPF nº 0816600/00183/09 - constante de arquivo em PDF sem numeração de páginas do processo físico), notificado em 20/06/11, no valor total de R\$ 17.958.888,75 (COFINS R\$ 8.54.506,23; Juros R\$ 3.006.002,85 e Multa de 75% R\$ 6.408.379,67) que acusou a ora Recorrente de falta de recolhimento da COFINS no período de 31/10/07 a 31/12/07 conforme descrito no TVF, em razão do que, a d. Fiscalização considerou infringidos os arts. capitulados no AI, e devida a multa de 75% capitulada no art. 44, inc. I, da Lei nº 9430/96, e juros à taxa SELIC nos termos do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96; e

b) Contribuição para o PIS/PASEP (MPF nº 0816600/00183/09 - constante de arquivo em PDF sem numeração de páginas do processo físico), notificado em 20/06/11, no valor total de R\$ 2.918.319,35 (PIS R\$ 1.388.482,24; Juros R\$ 488.475,44; e Multa de 75% R\$ 1041.361,67), que acusou a ora Recorrente de falta de recolhimento do PIS no período de 31/10/07 a 31/12/07 conforme descrito no TVF, em razão do que, a d. Fiscalização considerou infringidos os arts. capitulados no AI e, devida a multa de 75% capitulada no art. 44, inc. I, da Lei nº 9430/96, e juros à taxa SELIC nos termos do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

No Termos de Verificação Fiscal (constante de arquivo em PDF sem numeração de páginas do processo físico), a d. Fiscalização da Delegacia Especial de Instituições Financeiras – DEINF - SP, explicita os motivos das autuações nos seguintes termos:

“DAS CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Inicialmente a ação fiscal foi instaurada em relação ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e somente depois ela se estendeu à Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), motivada pela falta de recolhimento sobre os ganhos obtidos com as vendas das ações envolvidas nos processos de desmutualização das bolsas.

Assim, para a perfeita compreensão da matéria tributável sujeita à incidência das contribuições ao PIS e à COFINS vimos a necessidade de se conhecer, na sua essência, as particularidades desses processos, que estarão sendo abordados nos tópicos seguintes.

DOS FATOS

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 09/10/2012 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D ECA, Assinado digitalmente em 09/10/2012 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D ECA, Assinado digitalmente em 18/10/2012 por GILSON MA CEDO ROSENBERG FILHO

Impresso em 11/02/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Em 10 de junho de 2008, a contribuinte apresentou a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) relativa ao ano-calendário de 2007 em que optou pela Apuração Anual do IRPJ e da CSLL. Neste ano-calendário ocorreram as operações conhecidas como "desmutualização das bolsas", envolvendo as associações civis sem fins lucrativos Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa) e Bolsa de Mercadorias & Futuros (BM&F).

A desmutualização da Bovespa ocorreu por deliberação da Assembléia Geral Extraordinária realizada em 28 de agosto de 2007, data em que a Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. era proprietária de 06 (seis) títulos patrimoniais, avaliados e contabilizados pelo valor de R\$ 9.413.341,14.

No caso da BM&F, a desmutualização ocorreu em 01 de outubro de 2007, e nesta data a Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. detinha quatro títulos patrimoniais, sendo um de Membro de Compensação, um de Corretora de Mercadorias e dois de Sócio Efetivo, avaliados e contabilizados pelos valores de R\$ 4.961.610,00, R\$ 4.898.015,00 e R\$ 20.000,00, respectivamente. Ao todo, esses títulos somavam R\$ 9.879.625,00.

Em decorrência desses dois processos de desmutualização, ela apurou resultados positivos da ordem de R\$ 133.587.697,85, contabilizados nas seguintes contas:

	Contas	Valores em Reais
7.3.1.10.00.001-3	Receitas Não Operacionais Lucros na Alienação de Investimentos	146.953.050,75
7.3.1.10.00.002-0	Receitas Não Operacionais Lucros na Alienação de Investimentos	13.365.352,90
Resultado líquido		133.587.697,85

Na DIPJ 2008 (ano-calendário de 2007), os valores acima foram declarados na Ficha 06B- Demonstração do Resultado, em duas linhas distintas, uma de receitas e outra de custos, a saber:

–Na Linha 52. Receitas de Alienações de Bens e Direitos do Ativo Permanente, foi declarado o valor total das alienações.

–Na Linha 55. (-) Valor Contábil dos Bens e Direitos Alienados, foi declarado o valor total dos custos considerados nas alienações.

Cabe aqui observar que nestas linhas os valores declarados abrigaram também outros valores menores, de R\$ 1.413.000,00 e R\$ 444.379,36, respectivamente, mas que nada tinham a ver com os processos de desmutualização das bolsas.

Constatamos, porém, que aos valores envolvidos nestas operações não foi dispensado tratamento tributário adequado, ensejando a adoção de algumas medidas de ofício, conforme

teremos a oportunidade de demonstrar ao longo do presente termo de verificação fiscal.

DOS PROCESSOS DE DESMUTUALIZAÇÃO DAS BOLSAS

Em síntese, os processos de desmutualização das bolsas consistiram na redução substancial da Bovespa e na extinção da BM&F, duas associações sem fins lucrativos. Essas reduções se deram mediante transferências de seus patrimônios e de suas atividades essenciais a favor das duas sociedades empresariais (sociedades anônimas) constituídas para este fim, a Bovespa Holding S.A. e a Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F S.A., respectivamente.

Nestes processos, os títulos patrimoniais passaram a ter valores ínfimos, no caso da Bovespa, ou foram extintos, no caso da BM&F, mas as pessoas que os detinham, pessoas físicas ou jurídicas, foram recompensadas com o recebimento de ações representativas dos novos capitais, das sociedades constituídas.

As desmutualizações contemplavam a necessidade de que fossem promovidas ofertas públicas iniciais, conhecida pela sigla "IPO" (do idioma inglês initial public offering), destinadas à colocação das novas ações no mercado. Oportuno dizer que, "antes" de receber as ações da Bovespa Holding S.A. e da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F S.A., os associados já tinham ciência de tal fato.

Isto fica claro quando nos "prospectos preliminares" com o quais foram instruídos os respectivos pedidos de registro das ofertas públicas de distribuição secundária de ações, junto à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), protocolados em 30 de agosto de 2007, no caso da Bovespa, e em 28 de setembro de 2007, no caso da BM&F, eles já tinham sido nominalmente identificados como "ofertantes" (Bovespa) e "acionistas vendedores" (BM&F), cada um com as respectivas quantidades de ações ofertadas.

No prospecto preliminar da Bovespa, a Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. consta da relação como ofertante de 1.660.445 ações da Bovespa Holding S.A., enquanto no prospecto preliminar da BM&F, apenas o sócio majoritário da referida corretora, Sr. Marcos de Souza Barros, consta como acionista vendedor de 8.891.662 ações da BM&F S.A.

É de se chamar a atenção, portanto, para um documento chamado Termo de Adesão ao Instrumento Particular de Assunção de Obrigações Celebrado no Âmbito da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F (Anexo I), de 04 de setembro de 2007, firmado pela Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A., no qual a "aderente" assumia todos os direitos e obrigações imputados às partes (associados), inclusive a obrigação referente à alienação de 35% (trinta e cinco por cento) das ações a ela atribuídas no processo de desmutualização. A título de observação, esclarecemos que 10% das ações seria alienado ao investidor estratégico "General Atlantic" e 25% seria destinado à alienação no "IPO".

Sabidamente, os 25% da alienação no "IPO" prevista no referido termo de adesão não viria a ocorrer na forma ali definida, haja vista que a "aderente" sequer constou da relação de acionistas vendedores, no prospecto preliminar com o qual foi instruído o pedido de registro da oferta pública de ações da BM&F S.A., protocolado na CVM dias após a assinatura daquele documento. Em seu lugar constou o nome do sócio majoritário, Sr. Marcos de Souza Barros, como já mencionamos antes, porém, com uma oferta de ações superior àquela inicialmente prevista.

Saliente-se, contudo, que a "formalização" da nova adesão, do Sr. Marcos de Souza Barros, pode ser vista em outro documento firmado em 05 de novembro de 2007, chamado "Anexo II-A — Termo de Adesão e Procuração (Pessoa Física)". Neste documento, a oferta foi de 8.891.662 ações, ou seja, quantidade exatamente igual àquela que constou do prospecto preliminar levado a registro na Comissão de Valores Mobiliários.

Voltando à oferta pública de ações da Bovespa Holding S.A., observa-se que tendo por objetivo disciplinar os casos de alterações das quantidades de ações a serem ofertadas e os casos de desistências de acionistas vendedores, a Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. firmou com a Bovespa Holding S.A., em data posterior à do protocolo do pedido de registro na CVM, um documento chamado "Instrumento Particular de Contrato de Indenização e Outras Avenças".

Na mesma data, a Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A., através de um instrumento de mandato chamado "Procuração", autorizava formalmente a oferta das 1.660.445 ações da Bovespa Holding S.A. que já constava do prospecto preliminar, outorgando a ela os poderes para atuar na negociação.

Sob os efeitos dos compromissos dessa natureza, no mesmo ano-calendário em que ocorreram os eventos das desmutualizações, a contribuinte vendeu parte das ações da Bovespa Holding S.A. e a totalidade das ações da BM&F S.A., conforme resumos a seguir:

VENDAS DE AÇÕES ORDINÁRIAS DA BOVESPA HOLDING S.A							
Data	NC	Tipo	Prazo	Especificação	Quant	Preço	Venda
24/10/2007	-	ON	D+3	Bovespa Holding ON	1.660,445	23,00	38.190.235,00
Totais	-	-	-	-	1.660.445	-	38.190.235,00
VENDAS DE AÇÕES ORDINÁRIAS DA BOLSA DE MERCADORIAS & FUTUROS- BM&F S.A							
Data	NC	Tipo	Prazo	Especificação	Quant	Preço	Venda
01/11/07	-	ON	-	Venda antes do "IPO"	8.891.662	11.0000	97.808.282,00
16/11/07	-	ON	-	Venda antes do "IPO"	987.963	11.0880	10.954.533,75
Totais					9.979.625		108.762.815,75
Observação: Sobre a venda das 8.891.662 ações ocorrida no dia 01 de novembro de 2007, ressaltamos que ela foi feita a favor do acionista da corretora, Sr. Marcos de Souza Barros, antes do "IPO", tratando-se, pois, de um caso à parte sobre o qual faremos, oportunamente, alguns comentários mais. Adiantamos, todavia, que o fato de seu nome ter sido contemplado como acionista vendedor, no prospecto preliminar protocolado na CVM em 28 de setembro de 2007, inclusive com a exata quantidade de ações por ele ofertada, constitui uma prova inequívoca de que na pior das hipóteses, naquela data já se sabia da efetiva transação entre a corretora e seu sócio.							

Além dos prospectos preliminares, foram firmados outros documentos com os quais a contribuinte formalizara seu compromisso de participar das ofertas públicas iniciais, bem como, de uma alienação isolada ao investidor estratégico GA Latin America Investments, LLC, como segue:

Na Bovespa Holding S.A.

• Instrumento Particular de Contrato de Indenização e Outras Avenças, de 27 de setembro de 2007, e Procuração, de mesma data, dos quais destacamos os seguintes pontos:

a. A Acionista Vendedora obrigava-se a manter inalterada a quantidade de ações ordinárias ofertada, conforme indicada no Mandato, bem como mantê-lo em pleno vigor durante todo seu prazo de duração, até a conclusão da Oferta. (cláusula 2.1. do contrato)

b. O referido Mandato não poderia ser alterado ou revogado, total ou parcialmente, a qualquer tempo. (parágrafo único da cláusula 2.1. do contrato)

c. A Bovespa Holding S.A. (procuradora) poderia atuar na negociação e acompanhamento da formação do preço por ação ordinária no âmbito da Oferta, por meio de procedimento de coleta de intenções de investimento ("Bookbuilding"), ficando autorizada a realizar a oferta de até 1.660.445 ações ordinárias de emissão da Companhia de titularidade da outorgante, desde que o preço por ação ordinária fosse fixado em, no mínimo, R\$ 14,50. (poderes conferidos no item "ii" da procuração)

Na Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F S.A.

• Instrumento Particular de Assunção de Obrigações, de 17 de agosto de 2007, ainda quando a Bolsa de Mercadorias & Futuros era apenas uma associação sem fins lucrativos. Desse documento destacamos os seguintes pontos:

a. As partes tinham interesse em estabelecer determinados princípios e regras para disciplinar suas relações na qualidade de detentoras de títulos patrimoniais de emissão da BM&F, bem como em estipular determinados princípios e regras que deveriam reger suas relações na qualidade de acionistas da BM&F S.A., notadamente no que se referia às hipóteses de compra e venda de títulos patrimoniais de sua propriedade e das ações que seriam a elas atribuídas.

b. As partes concordavam que era do interesse da BM&F S.A. que, após a conclusão do processo de desmutualização, um investidor estratégico, que se dispusesse a deter participação equivalente a, no máximo, 10% (dez por cento) do capital social da BM&F S.A., viesse a ingressar na sociedade.

c. As partes tinham conhecimento de que a General Atlantic, fundo de investimento norte-americano apresentara à BM&F uma proposta firme de aquisição das futuras ações de emissão da BM&F S.A., representativa de 10% (dez por cento) do capital social da BM&F S.A.

d. As partes também tinham interesse em que, após o IPO, estivessem em circulação no mercado, em poder de outros investidores, ações representativas de, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) do capital votante da BM&F S.A.

e. As partes que firmassem o Termo de Adesão na forma prevista no Anexo I ao referido Instrumento Particular de Assunção de Obrigações (partes alienantes) estariam submetidas aos direitos e obrigações previstos na sua cláusula terceira, comprometendo-se, de forma irrevogável e irretroatável, a alienar 35% (trinta e cinco por cento) das ações que a elas fossem atribuídas em decorrência do processo de desmutualização da BM&F.

f. As partes alienantes, desde então já declaravam que tinham conhecimento e manifestavam sua concordância com a proposta firme apresentada por General Atlantic para a aquisição de ações representativas de 10% (dez por cento) do capital social da BM&F S.A.

g. No IPO que seria realizado após a conclusão do processo de desmutualização, as partes alienantes já estariam comprometidas a alienar 25% das ações que a elas fossem atribuídas em decorrência da desmutualização da BM&F.

Nota: Os destaques retro-elencados têm suas correspondências nas letras "d" a "g" dos "considerandos" do Instrumento Particular de Assunção de Obrigações, e também nas cláusulas 3.1, 3.2 e 3.4 do mesmo documento, respectivamente.

• Termo de Adesão ao Instrumento Particular de Assunção de Obrigações Celebrado no Âmbito da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F (Anexo I), de 04 de setembro de 2007.

Nota: Ao assinar este documento, a Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A., na qualidade de titular dos títulos patrimoniais (um de corretora de mercadorias, um de membro de compensação e dois de sócio efetivo) de emissão da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F, aderiu expressamente, passando a integrar o rol de Partes, ao Instrumento Particular de Assunção de Obrigações (documento analisado anteriormente). Assim, declarava ter conhecimento e concordar com todos os seus termos, assumindo todos os direitos e obrigações imputados às Partes daquele instrumento, inclusive no tocante à obrigação prevista na cláusula terceira, referente à alienação, nos prazos e condições estabelecidos, de 35% (trinta e cinco por cento) das ações a ela atribuídas no processo de desmutualização da BM&F.

• Instrumento de Aceitação de Venda de Ações Ordinárias da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F S.A. e Outorga de Poderes, de ?? (dia ilegível) de outubro de 2007, com destaque aos seguintes pontos:

a. A Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. (outorgante vendedora) se declarava, irrevogável e irretroatavelmente, concordar em alienar 987.963 ações ordinárias (sujeita a ajustes

em decorrência de desdobramentos, bonificações de ações, reorganizações, recapitalizações e outros eventos de diluição similares) de emissão da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F S.A., nos termos e condições previstas no Contrato de Aquisição, datado de 20 de setembro de 2007, celebrado entre Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F, a Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F S.A. e a GA Latin America Investments, LLC.

b. A Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. nomeava e constituía como sua bastante procuradora a Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F S.A., em caráter irrevogável e irreatável, para representá-la na alienação das ações ordinárias para a GA Latin America Investments, LLC, conferindo-lhe amplos e ilimitados poderes para esse fim.

Conforme já adiantamos de relance, a despeito de toda essa documentação com a qual se deu o processo de desmutualização da Bolsa de Mercadorias & Futuros, a contribuinte não cumpriu à risca o compromisso assumido através do Termo de Adesão ao Instrumento Particular de Assunção de Obrigações Celebrado no Âmbito da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F (Anexo I), de 04 de setembro de 2007. Essa questão abordaremos oportunamente, mais adiante.

DOS TÍTULOS PATRIMONIAIS DA BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO

A partir da documentação apresentada pela contribuinte, verificamos que por ocasião do processo de desmutualização da Bovespa ela detinha a propriedade de 06 (seis) títulos patrimoniais da Bovespa, avaliados e contabilizados pelo valor de R\$ 1.568.890,19 cada um, o que resultava num total de R\$ 9.413.341,14. Esse valor constava da conta 2.1.4.10.10.001-2 Títulos Patrimoniais- Bolsa de Valores de São Paulo.

O histórico destes títulos vem desde a data de 19 de dezembro de 1944, quando ainda bem antes da abertura da Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. o sócio fundador fora nomeado "corretor oficial", pelo então governador do Estado de São Paulo.

Esse título de "corretor oficial" teria permitido ao sócio fundador da Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A., a subscrição de um título patrimonial da Bovespa, em nome da pessoa jurídica, sem qualquer custo financeiro, fato que ocorrera por ocasião da constituição da sociedade, em 17 de outubro de 1967.

Depois, por deliberação da Assembléia Geral Extraordinária da Bovespa, realizada em 02 de fevereiro de 2000, houve um processo de desdobramento e a quantidade de títulos patrimoniais passou de um para doze, dos quais a metade já tinha sido vendida há longa data, o que se vê pelo razão contábil de janeiro de 2003 em diante, onde somente os seis títulos remanescentes estavam registrados.

No tocante ao procedimento contábil, os valores dos títulos patrimoniais foram sendo atualizados monetariamente através

de cálculos efetuados com base nos balanços e demonstrações financeiras da Bolsa de Valores de São Paulo. As contrapartidas dos lançamentos, registradas diretamente em conta de reserva no patrimônio líquido, sem transitar por contas de resultado, não eram submetidas à tributação do IRPJ e da CSLL.

Após uma capitalização parcial de R\$ 4.847.000,00 deliberada pela Assembléia Geral Extraordinária realizada em 30 de março de 2007, porém contabilizada somente em 02 de maio de 2007, a conta 6.1.3.70.00.001-6 Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais-Reserva de Títulos da Bolsa de Valores de São Paulo ainda abrigou novos lançamentos até o dia 22 de agosto de 2007, quando ficou com saldo de R\$ 1.695.853,23, visto também no balanço encerrado em 31 de dezembro daquele ano.

Advindo o processo de desmutualização, a contribuinte recebeu 4.240.572 ações da Bovespa Holding S.A., avaliadas em R\$ 9.412.822,26, quando simultaneamente o valor de seus títulos foi reduzido a R\$ 518,88 (06 títulos a R\$ 86,48 cada um), nos termos do OFÍCIO CIRCULAR 225/2007-DG BOVESPA.

O procedimento contábil das operações envolvendo as baixas dos títulos patrimoniais será objeto de abordagem em tópico à parte, mais adiante.

DOS TÍTULOS PATRIMONIAIS DA BOLSA DE MERCADORIAS & FUTUROS

No que tange à BM&F, também verificamos a partir da documentação apresentada pela contribuinte que por ocasião do processo de desmutualização ela possuía quatro títulos patrimoniais de categorias diferentes, contabilizados em contas analíticas de Títulos Patrimoniais de Bolsas de Mercadorias e de Futuros, no montante de R\$ 9.879.625,00, a saber:

TÍTULO PATRIMONIAL BM&F NA DATA DA DESMUTUALIZAÇÃO				
Conta COSIF		Títulos Patrimoniais		
Código	Nomenclatura	Quant.	Vr.unitário	Vr Total
2.1.4.10.20.002-2	Sócio efetivo da Bolsa de Mercadorias & Futuros	2	10.000,00	20.000,00
2.1.4.10.20.003-9				
	Título de Corretora de Mercadorias & Futuros	1	4.898.015,00	4.898.015,00
2.1.4.10.20.004-6	Título de Membro Compensação- BM&F	1	4.961.610,00	4.961.610,00
	Total			9.879.625,00

Verificamos, ainda, que além desses títulos patrimoniais ela também detinha dois títulos de Sócio Efetivo Não Patrimonial, mas dada a inexistência de valor econômico nos títulos dessa categoria, estes casos são desprovidos de implicações perante a legislação tributária, razão pela qual não os abordaremos em nossos trabalhos.

Os históricos a respeito desses títulos teriam se perdido ao longo do tempo e com vistas no atendimento à nossa solicitação

documental, apenas algumas informações foram obtidas, via "e-

mail", na BM&F Bovespa S.A. Soube-se, assim, que os títulos de corretora de mercadorias e de membro de compensação, detidos pela corretora antes do processo de desmutualização, foram adquiridos em 17 de julho de 1985, nada mais.

Também neste caso, o procedimento contábil era idêntico ao adotado em relação aos títulos da Bovespa, exceto no diz respeito aos valores dos "títulos de sócio efetivo", que não eram atualizados monetariamente. Os demais, "título de corretora de mercadorias" e "título de membro de compensação", foram sendo atualizados através de cálculos efetuados com base nos balanços e demonstrações financeiras da Bolsa de Mercadorias & Futuros e as contrapartidas dos lançamentos, registradas diretamente em conta de reserva no patrimônio líquido, sem transitar por contas de resultado, não eram igualmente submetidas à tributação do IRPJ e da CSLL.

A mesma Assembléia Geral Extraordinária realizada em 30 de março de 2007, que deliberou sobre a capitalização parcial do saldo da conta 6.1.3.70.00.001-6 Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais- Reserva de Títulos da Bolsa de Valores de São Paulo, no valor de R\$ 4.847.000,00, também deliberou sobre a capitalização parcial do saldo da conta 6.3.1.70.00.002-3 Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais- Reserva de Títulos da Bolsa de Mercadorias & Futuros, no valor de R\$ 5.153.000,00, contabilização também ocorrida somente em 02 de maio de 2007. Juntas, a capitalização foi de R\$ 10.000.000,00.

No final daquele mês e nos meses seguintes a conta 6.3.1.70.00.002-3 Reserva de Atualização de Títulos Patrimoniais- Reserva de Títulos da Bolsa de Mercadorias & Futuros ainda abrigou novos lançamentos, até o dia 19 de setembro de 2007, quando ficou com saldo de R\$ 6.334.636,04, que também podia ser visto no balanço encerrado em 31 de dezembro daquele ano.

Advindo a desmutualização, ocorreram as baixas de todos os títulos, pelos seus valores integrais, que totalizando a importância de R\$ 9.879.625,00 se constituíram no custo das 9.879.625 ações ordinárias recebidas da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F S.A. ao valor de R\$ 1,00 cada uma. O saldo da Reserva de Capital, no entanto, permaneceu na conta, onde podia ser visto até o balanço final, encerrado em 31 de dezembro de 2007.

O procedimento contábil das operações envolvendo as baixas dos títulos patrimoniais aqui tratados também será objeto de abordagem em tópico à parte, mais adiante.

DAS AÇÕES DA BOVESPA HOLDING S.A.

Conforme já dissemos anteriormente, advindo a desmutualização, a contribuinte que na qualidade de associada da Bovespa detinha 06 (seis) títulos patrimoniais recebeu 4.240.572 ações ordinárias da nova sociedade empresarial constituída, Bovespa Holding S.A., no valor de R\$ 9.412.822,26, contabilizadas como Ativo Permanente, no grupo de contas Ações e Cotas de Empresas de Liquidação e Custódia

Vinculadas a Bolsas, sob a rubrica 2.1.5.10.10.006-0 Bovespa Holding S.A.

Ainda como parte do processo de desmutualização, também foram substituídas as ações da CBLC- Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia, cabendo à Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. o direito a 1.294.244 ações da Bovespa Holding S.A., correspondentes às suas 700 ações daquela sociedade.

Lembramos que nos termos da Circular Externa n.º 018/2007-DG, de 15 de agosto de 2007, a CBLC comunicou aos seus acionistas que o Conselho de Administração, em reunião realizada em 10 de agosto de 2007, decidira atribuir aos acionistas que compunham a base acionária daquela data, a título de bonificação, duas ações novas para cada cinco ações possuídas. Com isso, a Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. que possuía quinhentas ações recebeu mais duzentas, ficando com setecentas.

Esclarecemos, outrossim, que no âmbito das considerações acerca da desmutualização, a substituição das ações da CBLC por ações da Bovespa Holding S.A. é fato meramente informativo, uma vez que decorreu do processo de incorporação da CBLC, que já era uma sociedade empresarial. As novas ações recebidas fizeram parte da base de cálculo sobre a qual foi aplicado o percentual mínimo da participação na oferta pública inicial.

Nos termos do Instrumento Particular de Contrato de Indenização e Outras Avenças e respectivas procurações, firmados em 27 de setembro de 2007, foram vendidas 1.660.445 ações (30% do total recebido), pelo valor de R\$ 38.190.235,00 (valor unitário de R\$ 23,00). A venda, via oferta pública inicial, foi contabilizada no dia 24/10/2007, porém, de acordo com a informação prestada pela contribuinte não houve emissão de nota de corretagem.

Ao final do processo de desmutualização, as 3.874.371 ações remanescentes ficaram registradas no balancete de 31/10/07 pela importância de R\$ 8.133.363,71, assim permanecendo até o balanço final daquele ano-calendário, ou seja, até 31/12/07.

***DAS AÇÕES DA BOLSA DE MERCADORIAS & FUTUROS-
BM&F S.A.***

Relativamente à BM&F, a desmutualização proporcionou à associada o direito de fazer parte da nova sociedade empresarial, com número de ações de acordo com os títulos patrimoniais que ela detinha (um título de membro de compensação, um de corretora de mercadorias e dois de sócio efetivo).

Assim, ela recebeu 9.879.625 ações ordinárias da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F S.A. pelo valor unitário de R\$ 1,00, totalizando R\$ 9.879.625,00, valor este contabilizado como

Ativo Permanente, no grupo de contas Ações e Cotas de Empresas de Liquidação e Custódia Vinculadas a Bolsas, sob a rubrica 2.1.5.10.10.007-7 BM&F S.A., conforme lançamentos seguintes:

LANÇAMENTOS CONTÁBEIS DAS AÇÕES RECEBIDAS NA DESMUTUALIZAÇÃO DA BM&F		
Data	Histórico	Valor
01/10/07	Conversão de Títulos Patrimoniais (Sócio Efetivo)	20.000,00
01/10/07	Conversão de Título Patrimonial (Corretora de Mercadorias)	4.898.015,00
01/10/07	Conversão de Título Patrimonial (Membro de Compensação)	4.961.610,00
	Soma	9.879.625,00

Através do "Instrumento de Aceitação de Venda de Ações Ordinárias da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F S.A. e Outorga de Poderes", datado de ?? (dia ilegível) de outubro de 2007, houve a concordância em alienar 987.963 ações (10% do total recebido). Na realidade, um compromisso nesse sentido já tinha sido firmado anteriormente através do "Instrumento Particular de Assunção de Obrigações", datado de 17 de agosto de 2007, ao qual ela se aderiu mediante assinatura do "Termo de Adesão", em 04 de setembro de 2007.

Sob os efeitos de tais compromissos, a venda desses dez por cento ocorreu antes da oferta pública inicial, no mercado de balcão, efetivada em 16 de novembro de 2007, pelo valor total de R\$ 10.954.533,75 (valor unitário de R\$ 11,088). Com esta venda o saldo das ações da BM&F S.A. ficou reduzido a "zero", pois noventa por cento delas já tinha sido objeto de uma alienação anterior, ao acionista da corretora, Sr. Marcos de Souza Barros, também realizada no mercado de balcão.

O "Instrumento Particular de Compromisso de Venda de Ações Ordinárias da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F e Outras Avenças", datado de 1º de Novembro de 2007, com o qual se dera a alienação anterior dos noventa por cento das ações recebidas continha diversas cláusulas que versavam sobre condições resolutivas, destacando-se as seguintes:

– O preço e a efetivação da compra e venda dependiam essencialmente da consolidação de todas as condições contidas no Contrato de Aquisição celebrado entre a BM&F S.A., a BM&F e a GA Latin America Investments, LLC, em 20/09/2007. (cláusula 5)

– O preço ajustado seria pago, integralmente, na mesma data da liquidação financeira que constasse do Prospecto Definitivo de Oferta Pública de Distribuição Secundária de Ações Ordinárias da BM&F S.A. (cláusula 6)

– O negócio ajustado só se aperfeiçoaria com a implementação da vontade das partes, se fosse efetivado, nos seus objetivos e termos contratuais, o mencionado contrato entre a BM&F, a BM&F S.A. e a GA Latin America Investments, LLC. (cláusula 7)

Era certo, portanto, que as condições do Termo de Adesão ao Instrumento Particular de Assunção de Obrigações Celebrado no Âmbito da BM&F, especialmente no que dizia respeito à "Alienação no IPO" (Cláusula Terceira, item 3.4. do contrato),

precisariam ser modificadas, uma vez que a corretora não possuía mais as ações ofertadas. Em outras palavras, o que a "aderente" poderia ainda honrar era apenas no tocante à alienação dos dez por cento, à investidora estratégica GA Latin America Investments, LLC.

Assim, o novo adquirente, Sr. Marcos de Souza Barros, formalizou o compromisso de aderir à Oferta Pública de Distribuição Secundária de Ações da BM&F S.A. para vender as 8.891.662 ações que acabara de adquirir da corretora, fato que se deu através do "Termo de Adesão e Procuração (Pessoa Física)", Anexo II-A.

A hipótese de alienação de ações nos moldes desta que ocorreu com a Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. estava prevista na cláusula quarta do Instrumento Particular de Assunção de Obrigações, de 17 de agosto de 2007, já mencionado em várias ocasiões. Sua implementação, contudo, dependia de que fosse previamente submetida à administração da BM&F e fosse por ela aprovada.

Nesse particular, não nos parece remanescer qualquer dúvida de que tudo isso tenha ocorrido, uma vez que no prospecto preliminar apresentado à CVM a própria BM&F S.A. relacionou o Sr. Marcos de Souza Barros no lugar da Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A., na qualidade de acionista vendedor, informando inclusive a quantidade de 8.891.662 ações por ele ofertada.

Com estas operações, a contribuinte se desfez de todas as ações da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F S.A. recebidas no processo de desmutualização.

DOS PROCEDIMENTOS CONTÁBEIS E FISCAIS ADOTADOS Atualizações dos Valores dos Títulos Patrimoniais

Sabidamente, "expedir normas gerais de contabilidade e estatística a serem observadas pelas instituições financeiras" é uma das competências atribuídas ao Conselho Monetário Nacional, conforme dispõe o artigo 4º, inciso XII, da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Ao amparo dessa competência verifica-se no tocante à atualização contábil dos títulos patrimoniais, a imposição de norma editada nos moldes das sociedades anônimas, como dispõe o artigo 10 da Resolução CMN n.º 1656/89, a saber:

Art. 1º. Ao término de cada exercício social, o valor do patrimônio social deve ser atualizado com base nas demonstrações financeiras correspondentes, feitas de acordo com os procedimentos e critérios adotados pelas sociedades anônimas.

§ 1º O valor do patrimônio, apurado anualmente, dividido pelo número de títulos patrimoniais, computados, inclusive, os que não tenham sido ainda colocados ou que estejam em tesouraria,

dará o valor nominal destes, e terá vigor nos 12 (doze) meses subsequentes.

Já o artigo 9º do Regulamento anexo à Resolução CMN n.º 2.690, de 28 de janeiro de 2000, que altera e consolida as normas que disciplinam a constituição, a organização e o funcionamento das bolsas de valores, assim dispõe:

Art. 9º- Ao término de cada exercício social, o valor do patrimônio social deve ser apurado com base nas demonstrações financeiras correspondentes, feitas de acordo com os procedimentos e critérios adotados pelas sociedades anônimas.

Sob estes fundamentos, os valores tanto dos títulos patrimoniais da Bovespa quanto dos títulos patrimoniais da BM&F vinham sendo periodicamente atualizados, tomando-se por base de cálculo os balanços e as demonstrações financeiras das respectivas associações. Os lançamentos contábeis das atualizações tinham por contrapartidas contas analíticas de Reserva de Capital, no Patrimônio Líquido, em observância ao disposto no Capítulo 1, item 11, subitem 3, parágrafo 3º alínea "a", do COSIF- Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional.

Vê-se, portanto, que as "mais valia" não transitavam por contas de resultado, não produziam efeito na apuração do lucro líquido, nem tampouco eram objeto de ajustes por "adição" para fins fiscais. Consequentemente, não se sujeitavam às incidências do IRPJ e da CSLL, procedimento este que tinha amparo na seguinte portaria ministerial:

Portaria MF n.º 785, de 20 de dezembro de 1977:

Dispõe sobre o acréscimo do valor nominal dos títulos patrimoniais das Bolsas de Valores, em decorrência de alteração do seu patrimônio social.

Não constitui receita nem ganho de capital de sociedades corretoras associadas e, por isso, pode ser excluído do lucro real destas desde que não seja distribuído e constitua reserva para oportuna e compulsória incorporação ao capital.

O Ministro de Estado da Fazenda, no uso de suas atribuições, e, com fundamento no que dispõe o art. 223 "m" do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto n.º 76.186/75, RESOLVE:

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

II. Aos aumentos de capital assim procedidos aplica-se o disposto no Decreto-lei n.º 1.109/70, art. 3º, § 3º.

• *Baixas Parciais nos Valores dos Títulos Patrimoniais Bovespa*

Com base nos critérios de avaliação estabelecidos pelo artigo 10 da Resolução CMN n.º 1656/89, os 06 (seis) títulos patrimoniais da Bovespa estavam contabilizados, na data da desmutualização, pelo valor de R\$ 9.413.341,14, como pode ser visto no razão contábil da conta 2.1.4.10.10.001-2 Títulos Patrimoniais- Bolsa de Valores de São Paulo.

Em um dos tópicos precedente intitulado "DOS TÍTULOS PATRIMONIAIS DA BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO" já abordamos com maior detalhe, a origem histórica dos referidos títulos patrimoniais, ocasião em que também fizemos algumas observações a respeito das contrapartidas dos lançamentos de atualização dos seus valores, que se constituíam em conta de reserva de capital, no patrimônio líquido, da qual uma parcela já tinha sido capitalizada em março de 2007.

No processo da desmutualização da Bovespa, estes títulos tiveram seus valores reduzidos a R\$ 86,48 cada um, passando o conjunto a valer R\$ 518,88. A redução de valor foi compensada pelo recebimento das 4.240.572 ações da Bovespa Holding S.A., avaliadas em R\$ 9.412.822,26, sendo o valor unitário da ordem de R\$ 2,2197.

Sem adentrarmos ainda na etapa seguinte do processo de desmutualização que envolve também a oferta pública inicial conhecida pela sigla "IPO", mas, limitando-nos ao momento em que foram recebidas as ações da nova sociedade empresarial, a baixa dos títulos na contabilidade foi efetuada através do seguinte lançamento:

Data: 31/08/2007

Débito: 2.1.5.10.10.006-0 Ativo Permanente- Investimentos

Ações e Cotas- De Empresas de Liquidação e Custódia

Bovespa Holding S.A.

Crédito: 2.1.4.10.10.001-2 Ativo Permanente- Investimentos

Títulos Patrimoniais de Bolsas de Valores Bolsa de Valores de São Paulo

Histórico: Transf de 4.240.572 ações Bovespa Holding.

Valor: R\$ 9.413.341,14

• *Baixas das Ações da CBLC*

Ainda no contexto da desmutualização da Bovespa, a Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia foi incorporada pela Bovespa Holding S.A., de sorte que a Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A., que na qualidade de acionista da extinta companhia possuía setecentas ações, recebeu 1.294.244 ações da nova sociedade incorporadora. A troca das ações se

deu pela paridade de 46.223 ações Bovespa Holding S.A. para cada lote de 25 ações da CBLC.

Diante deste fato, a baixa das ações da CBLC que estavam contabilizadas na conta 2.1.5.10.10.004-6 Ações e Cotas- De Empresas de Liquidação e Custódia-Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia, pelo valor de R\$ 2.206.269,35, ocorreu através do seguinte lançamento:

Data: 31/08/2007

Débito: 2.1.5.10.10.006-0 Ativo Permanente- Investimentos Ações e Cotas- De Empresas de Liquidação e Custódia Bovespa Holding S.A.

Crédito: 2.1.5.10.10.004-6 Ativo Permanente- Investimentos

Ações e Cotas- De Empresas de Liquidação e Custódia Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia

Histórico: Transf de 1.294.244 ações Bovespa Holding.

Valor: R\$ 2.206.269,35

• Baixas dos Títulos Patrimoniais BM&F

Quanto à BM&F, também já dissemos que as contas representativas dos quatro títulos (dois de sócio efetivo, um de corretora de mercadorias e um de membro de compensação) somavam a importância de R\$ 9.879.625,00, estando os detalhes históricos sobre suas origens e a disposição contábil de cada um abordados no tópico intitulado "DOS TÍTULOS PATRIMONIAIS DA BOLSA DE MERCADORIAS & FUTUROS".

A determinação dos valores de cada título seguia critérios semelhantes àqueles aplicados nos títulos da Bovespa, visto que as normas disciplinadoras eram as mesmas. Vimos também que as contrapartidas dos lançamentos de atualização dos valores desses títulos se constituíram em conta de reserva de capital, no patrimônio líquido, assim como, que parte da reserva fora capitalizada em março de 2007, juntamente com uma parte da reserva originária de atualizações dos títulos da Bovespa.

Verifica-se, contudo, que no processo de desmutualização da BM&F os valores dos seus títulos foram reduzidos a "zero", qualquer que fosse a sua categoria. No presente caso, a perda de valor dos títulos foi compensada pelo recebimento de 9.879.625 ações da BM&F S.A. ao preço unitário de R\$ 1,00, num total de R\$ 9.879.625,00.

Assim, a contabilidade da contribuinte registrou o recebimento das novas ações, em contrapartida a baixas dos saldos das contas representativas dos três títulos patrimoniais, de acordo com os seguintes lançamentos:

Pelo recebimento das ações correspondentes aos títulos de sócio efetivo

Data: 01/10/2007

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 09/10/2012 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D ECA, Assinado digitalmente em 09/10/2012 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D ECA, Assinado digitalmente em 18/10/2012 por GILSON MA CEDO ROSENBERG FILHO

Impresso em 11/02/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Débito: 2.1.5.10.10.007-7 Ativo Permanente- Investimentos

Ações e Cotas- De Empresas de Liquidação e Custódia BM&F S.A.

Crédito: 2.1.4.10.20.002-2 Ativo Permanente- Investimentos

Títulos Patrimoniais de Bolsas de Mercadorias & de Futuros Sócio Efetivo da Bolsa de Mercadorias & Futuros

Histórico: Conversão de títulos patrimoniais.

Valor: R\$ 20.000,00

Pelo recebimento das ações correspondentes ao título de corretora de mercadorias

Data: 01/10/2007

Débito: 2.1.5.10.10.007-7 Ativo Permanente- Investimentos

Ações e Cotas- De Empresas de Liquidação e Custódia BM&F S.A.

Crédito: 2.1.4.10.20.003-9 Ativo Permanente- Investimentos

Títulos Patrimoniais de Bolsas de Mercadorias & de Futuros

Título de Corretora de Mercadorias da BM&F

Histórico: Conversão de títulos patrimoniais.

Valor: R\$ 4.898.015,00

Pelo recebimento das ações correspondentes ao título de membro de compensação

Data: 01/10/2007

Débito: 2.1.5.10.10.007-7 Ativo Permanente- Investimentos

Ações e Cotas- De Empresas de Liquidação e Custódia BM&F S.A.

Crédito: 2.1.4.10.20.004-6 Ativo Permanente- Investimentos

Títulos Patrimoniais de Bolsas de Mercadorias & de Futuros

Título de Membro de Compensação da BM&F

Histórico: Conversão de títulos patrimoniais.

Valor: R\$ 4.961.610,00

Alienações de Ações da Bovespa Holding S.A. e da BM&F S.A.

Conforme aqui já dissemos, os processos de desmutualização das bolsas contemplavam a necessidade de promover uma oferta pública inicial para colocação das novas ações no mercado,

evento conhecido pela sigla "IPO" (do idioma inglês initial public offering).

No caso específico da BM&F havia também um fundo de investimento norte-americano identificado pelo nome General Atlantic, que se apresentava como "investidor estratégico", com proposta firme de aquisição das futuras ações da BM&F S.A., representativa de dez por cento do seu capital social. Assim, a negociação com este fundo de investimento ocorreu no mercado de balcão, alguns dias antes da oferta pública inicial.

Sob essas duas formas se dariam as alienações de uma parte das ações recebidas nos processos de desmutualização, mas ainda em relação à BM&F houve uma alienação que antecedeu àquela feita com a General Atlantic. Reservados aqueles dez por cento, a Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. vendeu as demais ações (noventa por cento) ao Sr. Marcos de Souza Barros, no mercado de balcão.

O novo adquirente, por sua vez, foi quem participou da oferta pública inicial, porém não mais com a quantidade inicialmente prevista, e sim, com uma oferta maior, de 8.891.662 ações, ou seja, dos noventa por cento adquiridos da corretora.

E foi assim, portanto, que se deram as alienações de parte das ações da Bovespa Holding S.A. e da totalidade das ações da BM&F S.A., cujos lançamentos contábeis foram os seguintes:

Pela alienação de 1.660.445 ações da Bovespa Holding S.A.

Lançamento 01: (venda de 30% das ações recebidas)

Data: 24/10/2007

Débito: 1.8.8.35.00.002-3 Ativo Circulante e Realizável a Longo Prazo

Outros Créditos- Devedores por Compra de Valores e Bens Venda Bovespa Holding S.A.

Crédito: 7.3.1.10.00.001-3 Receitas Não Operacionais

Lucros na Alienação de Investimentos

Valor da Alienação

Histórico: Venda 1.660.445 ações Bovespa Holding.

Valor: R\$ 38.190.235,00

Lançamento 02: (apropriação do custo pela venda dos 30% das ações recebidas) Data: 24/10/2007

Débito: 7.3.1.10.00.002-0 Receitas Não Operacionais

Lucros na Alienação de Investimentos

(-) Custo da Alienação

Crédito: 2.1.5.10.10.006-0 Ativo Permanente- Investimentos

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 09/10/2012 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D ECA, Assinado digitalmente em 09/10/2012 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D ECA, Assinado digitalmente em 18/10/2012 por GILSON MA CEDO ROSENBERG FILHO

Impresso em 11/02/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Ações e Cotas- De Empresas de Liquidação e Custódia Bovespa Holding S.A.

Histórico: Custo 1.660.445 ações Bovespa Holding

Valor: R\$ 3.485.727,90

Pela alienação de 9.879.625 ações da BM&F S.A.

Lançamento 01: (venda de 90% das ações recebidas, ao Sr. Marcos de Souza Barros) Data: 01/11/2007

Débito: 1.8.8.35.00.003-0 Ativo Circulante e Realizável a Longo Prazo

Outros Créditos- Devedores por Compra de Valores e Bens Venda BM&F S.A.

Crédito: 7.3.1.10.00.001-3 Receitas Não Operacionais

Lucros na Alienação de Investimentos

Valor da Alienação

Histórico: Venda 8.891.662 ações BM&F S.A. conforme contrato.

Valor: R\$ 97.808.282,00

Lançamento 02: (apropriação do custo pela venda dos 90% das ações recebidas) Data: 01/11/2007

Débito: 7.3.1.10.00.002-0 Receitas Não Operacionais

Lucros na Alienação de Investimentos

(-) Custo da Alienação

Crédito: 2.1.5.10.10.007-7 Ativo Permanente- Investimentos

Ações e Cotas- De Empresas de Liquidação e Custódia BM&F S.A.

Histórico: Venda 8.891.662 ações BM&F S.A.

Valor: R\$ 8.891.662,00

Lançamento 03: (venda de 10% das ações recebidas, à General Atlantic) Data: 16/11/2007

Débito: 1.8.8.35.00.003-0 Ativo Circulante e Realizável a Longo Prazo

Outros Créditos- Devedores por Compra de Valores e Bens Venda BM&F S.A.

Crédito: 7.3.1.10.00.001-3 Receitas Não Operacionais

Lucros na Alienação de Investimentos Valor da Alienação

Histórico: Venda 987.963 ações da BM&F S.A. conforme contrato.

Valor: R\$ 9.858.882,78

Lançamento 04: (apropriação do custo pela venda dos 10% das ações recebidas) Data: 16/11/2007

Débito: 7.3.1.10.00.002-0 Receitas Não Operacionais

Lucros na Alienação de Investimentos

(-) Custo da Alienação

Crédito: 2.1.5.10.10.007-7 Ativo Permanente- Investimentos

Ações e Cotas- De Empresas de Liquidação e Custódia BM&F S.A.

Histórico: Venda 987.963 ações da BM&F S.A.

Valor: R\$ 987.963,00

Lançamento 05: (recebimento complementar, da General Atlantic) Data: 04/12/2007

Débito: 1.8.8.35.00.003-0 Ativo Circulante e Realizável a Longo Prazo

Outros Créditos- Devedores por Compra de Valores e Bens

Venda BM&F S.A.

Crédito: 7.3.1.10.00.001-3 Receitas Não Operacionais

Lucros na Alienação de Investimentos Valor da Alienação

Histórico: Venda ações da BM&F S.A. conforme contrato.

Valor: R\$ 1.095.650,97

A partir dos lançamentos contábeis retratados neste tópico, além dos demais elementos analisados, chega-se às seguintes conclusões:

– Nas vendas das ações da Bovespa Holding S.A. os resultados positivos somaram a importância de R\$ 34.704.507,10.

– Nas vendas das ações da BM&F S.A. os resultados positivos apurados foram da ordem de R\$ 98.883.190,75, sendo R\$ 88.916.620,00 na operação de 01 de novembro de 2007 e R\$ 9.966.570,75 na operação de 16 de novembro de 2007.

– Com a prévia oferta dessas ações, em caráter irrevogável e irretratável, elas deveriam ter sido classificadas no ativo circulante e não no ativo permanente, de modo que os resultados obtidos nas vendas foram de fato "operacionais", a despeito de terem sido impropriamente contabilizados como "não operacionais". Isto, contudo, não afeta a determinação do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL.

DAS BENESSES FISCAIS E SEUS EFEITOS NAS AVALIAÇÕES DOS TÍTULOS

Antes dos processos de desmutualização, a Bovespa e a BM&F eram associações civis sem fins lucrativos, e como ocorre com entidades dessa natureza elas gozavam de certas benesses fiscais no âmbito da legislação tributária federal, notadamente em relação ao IRPJ e à CSLL, desde que observadas algumas regras específicas que lhes eram impostas como, por exemplo, as seguintes:

Código Civil, instituído pela Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002:

Art. 56 - A qualidade de associado é intransmissível, se o estatuto não dispuser o contrário.

Parágrafo único. Se o associado for titular de quota ou fração ideal do patrimônio da associação, a transferência daquela não importará, de per si, na atribuição da qualidade de associado ao adquirente ou ao herdeiro, salvo disposição diversa do estatuto.

Art. 61- Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissa esta, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

§ 1º Por cláusula do estatuto ou, no seu silêncio, por deliberação dos associados, podem estes, antes da destinação do remanescente referida neste artigo, receber em restituição, atualizado o respectivo valor, as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação.

§ 2º Não existindo no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território, em que a associação tiver sede, instituição nas condições indicadas neste artigo, o que remanescer do seu patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União.

Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997:

Art. 12- Para efeito do disposto no art. 150, inciso VI, alínea "c", da Constituição, considera-se imune a instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos.

§ 2º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos:

a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados;

b) *aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais;*

c) *manter escrituração completa de suas receitas e despesas em livros revestidos das formalidades que assegurem a respectiva exatidão;*

d) *conservar em boa ordem, pelo prazo de cinco anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem assim a realização de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial;*

e) *apresentar, anualmente, Declaração de Rendimentos, em conformidade com o disposto em ato da Secretaria da Receita Federal;*

§ 3º *Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais. (Redação dada pela Lei n.º 9.718, de 1998)*

Art. 13- Sem prejuízo das demais penalidades previstas na lei, a Secretaria da Receita Federal suspenderá o gozo da imunidade a que se refere o artigo anterior, relativamente aos anos-calendários em que a pessoa jurídica houver praticado ou, por qualquer forma, houver contribuído para a prática de ato que constitua infração a dispositivo da legislação tributária, especialmente no caso de informar ou declarar falsamente, omitir ou simular o recebimento de doações em bens ou em dinheiro, ou de qualquer forma cooperar para que terceiro sonegue tributos ou pratique ilícitos fiscais.

Parágrafo único. Considera-se, também, infração a dispositivo da legislação tributária o pagamento, pela instituição imune, em favor de seus associados ou dirigentes, ou, ainda, em favor de sócios, acionistas ou dirigentes de pessoa jurídica a ela associada por qualquer forma, de despesas consideradas indedutíveis na determinação da base de cálculo do imposto sobre a renda ou da contribuição social sobre o lucro líquido.

Art. 14- À suspensão do gozo da imunidade aplica-se o disposto no art. 32 da Lei n.º 9.430, de 1996.

Art. 15- Consideram-se isentas as instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural e científico e as associações civis que prestem os serviços para os quais houverem sido instituídas e os coloquem à disposição do grupo de pessoas que se destinam, sem fins lucrativos.

§ 1º *A isenção a que se refere este artigo aplica-se, exclusivamente, em relação ao imposto de renda da pessoa jurídica e à contribuição social sobre o lucro líquido, observado o disposto no parágrafo subsequente.*

§ 2º *Não estão abrangidos pela isenção do imposto de renda os rendimentos e ganhos de capital auferidos em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável.*

§ 3º Às instituições isentas aplicam-se as disposições do art. 12, § 2º, alíneas "a" a "e" e § 3º e dos artigos 13 e 14.

Conclui-se da combinação desses dispositivos, principalmente do § 3º do artigo 15 com a alínea "b" do § 2º do artigo 12, ambos da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, que para gozo da isenção do IRPJ e da CSLL a Bovespa e a BM&F estariam obrigadas a "aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais".

Sob os efeitos das mencionadas isenções os resultados positivos (superavits) auferidos pelas bolsas aumentavam os respectivos patrimônios, que por sua vez valorizavam os títulos patrimoniais, na mesma proporção. As "mais valias" dos títulos eram contabilizadas pelos associados também sem incidência tributária, como já dissemos em outra oportunidade.

É notório o caráter da "neutralidade tributária" do acréscimo do valor nominal dos títulos das bolsas de valores, atribuído pela Portaria MF n.º 785, de 20 de dezembro de 1977, dada a condição de associação civil sem fins lucrativos, que impunha a elas uma série de quesitos a serem observados para gozo de isenções fiscais.

O antigo Código Civil Brasileiro já falava sobre a adoção de "deliberação eficaz" dos sócios ao tratar da extinção de uma "associação de intuítos não econômicos". No atual Código Civil instituído pela Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o § 1º do artigo 61 prevê a possibilidade dos associados receberem em restituição, com a devida atualização, as contribuições que prestaram à formação do patrimônio social, antes da destinação do remanescente, se cláusula estatutária permitir ou se houver deliberação dos associados nesse sentido.

Importante ressaltar, todavia, a diferença entre os conceitos de "atualização do valor da contribuição" e de "acréscimo do valor nominal dos títulos patrimoniais das bolsas de valores, em decorrência de alteração de seu patrimônio social". No primeiro caso, temos atualização monetária com base em índice oficial fixado em decorrência de efeitos inflacionários, enquanto no segundo, o acréscimo decorre de atualização feita com base em balanço e demonstrações financeiras das bolsas de valores, onde se incluem os efeitos decorrentes de "superavits" ou de "lucros" apurados nas contas da associação.

A portaria ministerial se preocupou em "neutralizar" o efeito da contabilização do acréscimo ao valor nominal do título patrimonial das bolsas de valores, de molde a evitar o ônus da incidência tributária para as sociedades corretoras, no momento em que tal lançamento, por si só, não registrava a ocorrência de fato representativo de disponibilidade econômica, financeira ou jurídica, nem tampouco de efetivo acréscimo patrimonial.

Essa medida fazia claro sentido, inclusive sob a ótica da remota e quase improvável realização econômica e/ou financeira daqueles acréscimos, porque havia impedimento legal no sentido

de que as bolsas de valores, como associações civis isentas, distribuísssem lucros ou quaisquer vantagens aos associados, inclusive na eventual hipótese de sua extinção.

Além dessa vedação, vimos também que o mesmo Código Civil instituído pela Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, prevê no seu artigo 56 que a qualidade de associado é intransmissível, se o estatuto não dispuser o contrário, fato que de per si diminuía bastante a liquidez dos títulos de associações civis sem fins lucrativos, cujos interesses se restringiam às pessoas que deles realmente necessitassem para o exercício de suas atividades.

É oportuna a abordagem antecipada desse tema, pois ele vem elucidar a razão pela qual as parcelas advindas dos acréscimos decorrentes das alterações do patrimônio social das bolsas não serão levadas em consideração nos cálculos de apuração dos resultados tributáveis obtidos nos processos de desmutualização. O motivo é exatamente porque embora computados nos valores contábeis dos títulos patrimoniais, eles jamais foram tributados.

DOS REPASSES DAS BENESSES FISCAIS A FAVOR DOS ASSOCIADOS

No tópico anterior falamos que a Bovespa e a BM&F, enquanto associações sem fins lucrativos e comprometidas com a aplicação integral de seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais, obtiveram "superavits" isentos de IRPJ e da CSLL que aumentaram os respectivos patrimônios e os valores dos seus títulos patrimoniais.

Entretanto, é preciso frisar que com as desmutualizações essas benesses fiscais foram indiretamente repassadas a todos os associados, pois, para cada real de título patrimonial, a valor contábil, o associado recebeu igual valor em ações, cabendo a essa assertiva apenas uma pequena ressalva em relação a um ínfimo resíduo. Estando os associados sujeitos à contabilização das "mais valias" dos títulos, esse mecanismo trazia para dentro das suas contabilidades os exatos valores dos "superavits" obtidos pelas bolsas.

Como os valores dos títulos patrimoniais agregavam uma grande parcela de "superavits" obtidos ao longo de anos e anos de atividades exercidas pelas "extintas" bolsas, durante todo o período em que elas detinham a condição de instituições isentas, resta claro que tais parcelas foram definitivamente transferidas para os novos acionistas, incluídas nos valores das ações que lhes foram entregues.

Os repasses destes "superavits" isentos têm conseqüências tributárias que precisam ser reparadas, e na falta de apresentação dos documentos de origem dos títulos, seus valores contábeis serão considerados como sendo totalmente decorrentes de atualizações efetuadas com fundamento nas normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional, na forma já explicitada em um dos tópicos anteriores.

Este procedimento, se dá uma vez que não resta ao Fisco outra alternativa senão a de atribuir-lhes custo de aquisição "zero".

nos termos do artigo 923 do Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda- RIR/99), que assim dispõe: Art. 923. A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou definidos em preceitos legais (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 9º, § 1º).

DAS DEVOLUÇÕES DE PATRIMÔNIO DE INSTITUIÇÕES ISENTAS

A questão da "mais valia" começa a ganhar corpo quando, sem nenhuma contrapartida reservada para si, os patrimônios das "associações" que não tinham fins lucrativos foram vertidos a favor das novas "sociedades empresariais", estas já nascidas com interesses voltados para os lucros. Aqui, entenda-se por patrimônio o conjunto de diversos elementos (recursos humanos, recursos materiais, recursos financeiros, banco de dados, clientes, tradição, etc.), devidamente estruturados, com os quais as bolsas exerciam suas atividades diárias, embora seu valor em reais, para os fins das desmutualizações, tenha sido somente aquele constante da contabilidade.

Nada seria mais natural do que ao verterem seus respectivos patrimônios, fossem as antigas bolsas (associações) as legítimas detentoras do direito ao recebimento das ações emitidas pelas novas sociedades, mas elas, em detrimento das suas "extinções", abriram mão desse direito, permitindo que as referidas ações fossem entregues diretamente aos seus respectivos associados.

Ao receberem as novas ações os associados deixaram de ter participações de natureza meramente associativa (títulos de associações sem fins lucrativos), passando a ter participações societárias com "status" de acionistas (ações de sociedades anônimas, com fins lucrativos), sem que para isto eles tivessem qualquer custo financeiro. As trocas se deram pelos valores que figuravam na contabilidade, de acordo com as seguintes paridades:

VALOR UNITÁRIO DOS TÍTULOS PATRIMONIAIS		DIREITO A AÇÕES				
Categorias	VR.Contábil	Resíduo	Redução	Quant.	VR.un.	VR.Total
Bovespa	1.568.890,19	86,48	1.568.803,71	706.762	2,2197	1.568.803,71
BM&F-Membro Compensação	4.961.610,00	0,00	4.961.610,00	4.961,610	1,00	4.961.610,00
BM&F-Corretora Mercadorias	4.898.015,00	0,00	4.898.015,00	4.898,01	1,00	4.898.015,00
BM&F-Sócio Efetivo	10.000,00	0,00	10.000,00	10,00	1,00	10.000,00

Quando abordamos os procedimentos contábeis e fiscais adotados na escrituração dos fatos ligados aos processos de desmutualização, vimos que os lançamentos levaram para as

contas representativas das ações os mesmos valores dos títulos patrimoniais, ficando a exceção por conta dos valores residuais unitários de R\$ 86,48, no caso dos títulos da Bovespa.

Sem dúvida, nestes processos de desmutualização ficaram plenamente caracterizadas as ocorrências das "devoluções de patrimônio" promovidas pelas instituições isentas, a favor dos seus associados que, por sua vez, viram os valores de seus títulos patrimoniais serem reduzidos a zero, no caso da BM&F, ou a importâncias ínfimas, no caso da Bovespa, sendo-lhes aplicável os seguintes dispositivos legais:

• *Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997:*

Art. 17- Sujeita-se à incidência do imposto de renda à alíquota de quinze por cento 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 que houver entregue para a formação do referido patrimônio.

§ 1º Aos valores entregues até o final do ano de 1995 aplicam-se as normas do inciso 1 do art. 17 da Lei n.º 9.249, de 1995.

§ 2º O imposto de que trata este artigo será:

a) considerado tributação exclusiva;

b) pago pelo beneficiário até o último dia útil do mês subsequente ao recebimento dos valores.

§ 3º Quando a destinatária dos valores em dinheiro ou dos bens e direitos devolvidos for pessoa jurídica, a diferença a que se refere o caput será computada na determinação do lucro real ou adicionada ao lucro presumido ou arbitrado, conforme seja a forma de tributação a que estiver sujeita.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, para a determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido a pessoa jurídica deverá computar:

a) a diferença a que se refere o caput, se sujeita ao pagamento do imposto de renda com base no lucro real;

b) o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos, se tributada com base no lucro presumido ou arbitrado.

• *Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda- RIR/99):*

Art. 239- A diferença entre o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos recebidos de instituição isenta, a título de devolução de patrimônio, e o valor em dinheiro ou o valor dos bens e direitos que houver entregue para a formação do referido patrimônio, será computada na determinação do lucro real ou adicionada ao lucro presumido ou arbitrado, conforme seja a forma de tributação a que a pessoa jurídica estiver sujeita (Lei n.º 9.532, de 1997, art. 17, § 3).

DA ALIENAÇÃO DE AÇÕES BM&F S.A. AO SR. MARCOS DE SOUZA BARROS

Conforme aventado em tópicos anteriores, a Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. vendeu a seu acionista majoritário, Sr. Marcos de Souza Barros, 8.891.662 ações da BM&F S.A. ao preço unitário de R\$ 11,00. A operação se deu através do documento chamado "Instrumento Particular de Compromisso de Venda de Ações Ordinárias da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F e Outras Avenças", datado de 1º de novembro de 2007.

É de se notar, contudo, que a despeito de tal documento só ter sido formalizado em 1º de novembro de 2007, as evidências dos fatos mostram claramente que a negociação fora efetivada em data anterior, inclusive com o conhecimento e a aprovação da BM&F. Senão vejamos:

—Em 04 de setembro de 2007, a Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. assinou o Termo de Adesão ao Instrumento Particular de Assunção de Obrigações Celebrado no Âmbito da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F, passando a integrar o rol das "partes" e assumindo a obrigação de alienar 35% das ações que a ela seria atribuída no processo de desmutualização.

—De acordo com a cláusula terceira do referido Instrumento Particular de Assunção de Obrigações, cuja data é de 17 de agosto de 2007, 10% das ações seria destinado à investidora estratégica "General Atlantic" (GA Latin America Investments, LLC) e 25% seria destinado à alienação no IPO. Seu compromisso com o IPO, portanto, era da ordem de 2.469.906 ações.

—A Lei do Mercado de Valores Mobiliários (Lei n.º 6.385, de 07 de dezembro de 1976), dispõe em seu artigo 19 que nenhuma emissão pública de valores mobiliários será distribuída no mercado sem o prévio registro na Comissão de Valores Mobiliários. No caso da oferta pública inicial das ações da BM&F S.A., o pedido de registro foi instruído com o prospecto preliminar cujo protocolo na CVM data de 28 de setembro de 2007.

—Considerando-se, porém, que deste documento já constava como acionista vendedor o Sr. Marcos de Souza Barros, com uma oferta de 8.891.662 ações (com o exercício de Opção de Ações Suplementares), ou de 7.731.880 ações (sem o exercício de tal opção), podemos depreender então que desde 28 de setembro de 2007, pelo menos, a corretora já havia vendido ao sócio as referidas ações.

—Não fosse assim, por ocasião do protocolo do pedido de registro da oferta pública a BM&F S.A. ainda não teria como acionista o Sr. Marcos de Souza Barros, no lugar da Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A., que então deveria ali ter constado, com urna oferta de apenas 2.469.906 ações.

Outro documento em que fica também evidenciado o comprometimento da corretora com a venda total das ações que ela receberia no processo da desmutualização é o próprio "Extrato de Movimentação de Ativos", documento emitido pela instituição custodiante, Banco Bradesco S.A. No terceiro dia após a "implantação" das ações houve uma "vinculação" do saldo, compreendendo a parte da venda à General Atlantic e a parte da venda ao Sr. Marcos de Souza Barros.

Agora, sem mais as eventuais dúvidas sobre a anterioridade da negociação, que antecede até mesmo a data da desmutualização ocorrida em 01 de outubro de 2007, resta concluir que as partes envolvidas na negociação tinham bastante informações a respeito das condições em que provavelmente se daria a oferta pública inicial das ações da BM&F S.A. Passaremos então a uma rápida análise dos fatos:

O prospecto preliminar da oferta pública apresentado à CVM no dia 28 de setembro de 2007, estimava um preço unitário de mercado situado entre R\$ 14,50 e R\$ 16,50, com a possibilidade de que eventualmente fosse fixado um valor fora desta faixa, embora a confirmação do preço ainda estivesse na dependência da realização do procedimento de "bookbuilding", no qual os investidores institucionais apresentariam suas ordens de compra no contexto da oferta. A BM&F S.A. considerou na relação dos acionistas vendedores um preço unitário médio de R\$ 15,50.

Não obstante o mercado já apontasse para essa faixa de preço por ação, a Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A., tendo reservado a parcela comprometida com a alienação à General Atlantic, negociou com o Sr. Marcos de Souza Barros todo o remanescente das ações que receberia da BM&F S.A., ao preço unitário de R\$ 11,00. A venda, de 8.891.662 ações, foi documentada pelo "Instrumento Particular de Compromisso de Venda de Ações Ordinárias da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F e Outras Avenças", datado de 1º de novembro de 2007.

Com evidente intuito de justificar o preço praticado na operação, constou do referido instrumento particular que tal valor era superior ao de mercado, assim reconhecido, tendo em vista o "Contrato de Aquisição", celebrado em 20 de setembro de 2007 entre a Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F S.A., a Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F e a GA Latin America Investments, LCC, através do qual este fundo de investimento concordava em adquirir ações da BM&F S.A., representando 10% (dez por cento) da participação acionária em uma base de diluição plena por uma valor da compra total de R\$ 900.000.000,00 (novecentos milhões de reais) e mais um pagamento especial de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais).

Não resta dúvida de que este valor não era o mais apropriado para ser tomado como valor de mercado, uma vez que sabidamente as tratativas com o grupo General Atlantic já vinha de longa data, apenas foi formalizado com o "Contrato de Aquisição" em 20 de setembro de 2007. É possível, por exemplo, ver no considerando da letra "f" e na cláusula 3.2. do

de agosto de 2007, ao qual as partes se aderiram, que o tal grupo já fazia parte do esquema da desmutualização, na qualidade de investidor estratégico.

Ademais, o preço a ser praticado com a General Atlantic envolvia uma operação global da ordem de 90.187.729 ações no valor de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais), não comparável com a operação aqui analisada, de apenas 8.891.662 ações. O Decreto Lei n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977, no § 5º do artigo 60, embora tratando de bem negociado frequentemente no mercado, ou em bolsa, fala das vendas efetuadas em condições normais de mercado, que tenham por objeto bens em "quantidade" e em qualidade semelhantes. O instrumento particular relativo à venda promovida pela Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A., a favor do Sr. Marcos de Souza Barros, contempla algumas condições resolutivas cujas ocorrências seriam determinantes para a efetivação do negócio. Verificadas essas condições, o preço ajustado de R\$ 11,00 por ação seria pago na mesma data da liquidação financeira que constasse do "Prospecto Definitivo de Oferta Pública de Distribuição Secundária de Ações Ordinárias da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F S.A.".

–Por outro lado, já no primeiro dia útil seguinte ao da assinatura do instrumento particular da compra, o Sr. Marcos de Souza Barros firmou o "Anexo II-A – Termo de Adesão e Procuração (Pessoa Física)" aderindo à oferta pública das ações, desde que o preço por ação ofertada fosse fixado no procedimento de "bookbuilding" em valor igual ou superior a R\$ 14,00 (quatorze reais). Lembramos que o primeiro documento citado data de 1º de novembro de 2007 e o segundo é de 05 de novembro de 2007, compreendendo neste intervalo de tempo um feriado nacional, seguido de um sábado e um domingo.

–Visto por todos estes ângulos, é possível concluir que ao realizar a compra das ações mediante cláusulas contratuais de natureza resolutória o Sr. Marcos de Souza Barros iria auferir um ganho de pelo menos R\$ 3,00 (três reais) por ação, valor este que se obtém deduzindo-se do preço mínimo da oferta no IPO (R\$ 14,00) o custo de aquisição ajustado com a Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. (R\$ 11,00). Ressaltamos que o preço mínimo por ação, aqui considerado, foi aquele que constou do citado "Anexo II-A – Termo de Adesão e Procuração (Pessoa Física)".

–Nesta operação o comprador não precisaria dispor de nenhum recurso financeiro próprio, pois tudo se resolveria com um repasse parcial do valor obtido na oferta pública inicial, programado para coincidir com a data daquela liquidação financeira.

–Fica claro, portanto, que a venda das 8.891.662 ações da BM&F S.A. feita pela Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A., a favor do Sr. Marcos de Souza Barros, tinha o evidente e único propósito de proporcionar um ganho de capital ao

acionista majoritário, através de sua participação direta no evento da oferta pública inicial.

–Considerando-se que a alienação no IPO ocorreu pelo preço de R\$ 20,00 (vinte reais) por ação, temos então que a pessoa jurídica vendedora deixou de se apropriar de um resultado positivo correspondente a R\$ 9,00 (nove reais) para cada ação vendida, isto é, o valor que ela teria obtido com sua participação direta na oferta pública, menos o valor de R\$ 11,00 que ela considerou na venda ao acionista, Sr. Marcos de Souza Barros.

DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO MEDIANTE OPERAÇÕES ESTRUTURADAS

A operação realizada na forma explicitada no tópico anterior se enquadra no contexto de um caso típico de "planejamento tributário", em que a Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A., vislumbra a possibilidade de proporcionar um ganho de capital ao acionista majoritário, Sr. Marcos de Souza Barros, com a menor incidência possível de tributos e contribuições sociais.

O esquema operacional adotado neste planejamento tributário consistiu na alienação de uma grande parcela das ações que lhe caberia no processo de desmutualização da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F, a favor do Sr. Marcos de Souza Barros, acionista que na época detinha 99,99% do capital da corretora, para que ele, como pessoa física, participasse da oferta pública inicial das ações da BM&F S.A. O sócio minoritário com 0,01% do capital era seu filho, Sr. Carlos Alberto Botelho de Souza Barros.

A expectativa do mercado, na época, era de que no evento que viria a ocorrer em data próxima, as referidas ações fossem negociadas por um preço unitário compreendido na faixa entre R\$ 14,50 e R\$ 16,50, com já tivemos a oportunidade de mencionar também no tópico anterior. No entanto, pelo preço unitário de R\$ 11,00, a corretora vendeu ao sócio majoritário as 8.891.662 ações no valor total de R\$ 97.808.282,00, sendo importante ressaltar que o pagamento desta transação ocorreria somente na data da liquidação financeira da oferta pública inicial.

Considerando-se que a oferta feita pelo Sr. Marcos de Souza Barros estava condicionada à fixação do preço em valor igual ou superior a R\$ 14,00 por ação, segundo consta do Termo de Adesão e Procuração (Pessoa Física), a conclusão lógica é no sentido de que seu ganho seria de pelo menos R\$ 26.674.986,00 (8.891.662 ações x R\$ 3,00 por ação).

É oportuno frisar que os diversos preços por ação mencionados ao longo deste termo de verificação fiscal, embora possam confundir um pouco a leitura do texto, derivam de diferentes fontes e por isso variam conforme a correlação estabelecida com o documento a que estiverem sendo referidos. Assim temos:

a) Quando referir-se ao "Prospecto Preliminar" com o qual foi instruído o pedido de registro da oferta pública inicial (documento elaborado pela BM&F);

–Faixa de Preço: entre R\$ 14,50 e R\$ 16,50

–Preço das Ações Ofertadas: R\$ 15,50

b) Quando referir-se ao "Anexo 11-A – Termo de Adesão e Procuração (Pessoa Física)" (documento elaborado e assinado pelo ofertante das ações no IP0):

–Preço das Ações Ofertadas: valor igual ou superior a R\$ 14,00

c) Quando referir-se às vendas efetivadas na oferta pública inicial:

–Preço das Ações Alienadas (vendidas): R\$ 20,00

O alvo principal, portanto, era a transferência de parte do ganho a favor da pessoa física do sócio, no tocante ao que excedesse ao preço unitário de R\$ 11,00, neste caso os R\$ 26.674.986,00, pelo menos, em detrimento de um ganho menor da corretora. Com isso, verifica-se também uma vantagem de natureza tributária, uma vez que a incidência de tributos e contribuições sociais na pessoa jurídica é maior do que na pessoa física, pelas seguintes motivos:

a) Na pessoa jurídica o ganho líquido seria tributado pelo Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) à alíquota de 15% acrescido de um Adicional de 10%, portanto, haveria uma incidência total de 25%.

b) Ainda na pessoa jurídica o ganho líquido sofreria uma incidência de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) à alíquota de 9%, além da incidência da Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) à alíquota de 0,65% e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) à alíquota de 4%.

c) Como ganho de capital da pessoa física a tributação pelo Imposto de Renda Pessoa Física seria de apenas 15%.

Com esse subterfúgio e dado o fato de que o preço alcançado na oferta pública inicial foi de R\$ 20,00, o valor do ganho transferido para a pessoa física do acionista acabou superando as expectativas, pois, quando se podia contar com pelo menos R\$ 26.674.986,00 (8.891.662 ações x R\$ 3,00 por ação), ele se efetivou por um valor notoriamente superior, de R\$ 80.024.958,00 (8.891.662 ações x R\$ 9,00 por ação), aumentando também o valor do benefício fiscal

A operação em tela faz parte das chamadas "operações estruturadas", que no presente caso é de fácil compreensão e pode resumidamente ser assim descrita:

— A Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. era detentora de alguns títulos patrimoniais de uma associação civil sem fins lucrativos chamada Bolsa de Mercadorias & Futuros, que estava passando por um processo de reestruturação para transformá-la em uma sociedade empresarial com fins lucrativos

sob a denominação de Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F S.A. Este processo passou a ser conhecido como "Desmutualização da BM&F".

-Neste processo, os títulos de propriedade da corretora que estavam avaliados pela importância total de R\$ 9.879.625,00 lhe assegurava o direito de receber 9.879.625 ações da nova sociedade, pelo valor unitário de R\$ 1,00, totalizando R\$ 9.879.625,00. Este seria o valor das ações que constaria da contabilidade.

-Resguardado os dez por cento dessas ações, em virtude do compromisso de venda ao investidor estratégico (Grupo General Atlantic), pelo valor unitário de R\$ 11,088, as 8.891.662 ações remanescentes estariam livres para que a corretora as destinasse à oferta pública inicial, que sabidamente ocorreria em breve, uma vez que o pedido de registro junto à Comissão de Valores Mobiliários já tinha sido protocolado no dia 28 de setembro de 2007. A partir desta data, nem mesmo os investidores menos avisados poderiam alegar desconhecimento do preço que as referidas ações poderiam alcançar no mercado, na faixa entre R\$ 14,50 e R\$ 16,50 por ação (preço médio de R\$ 15,50, considerado pela própria BM&F S.A., conforme prospecto preliminar).

-Assim, mesmo diante de uma clara possibilidade de alienar suas ações pela importância estimada de R\$ 137.820.761,00 (8.891.662 ações ao preço unitário de R\$ 15,50, previsto no prospecto preliminar) a corretora as vendera ao Sr. Marcos de Souza Barros pelo valor de R\$ 97.808.282,00 (8.891.662 ações ao preço unitário efetivo de R\$ 11,00), abrindo mão de obter um ganho adicional da ordem de R\$ 40.012.479,00.

-Aqui não havia sequer alguma vantagem financeira temporal para a corretora, visto que contratualmente o pagamento se daria somente no dia da liquidação financeira do IPO, data em que ela poderia receber um valor maior, caso a venda na oferta pública ocorresse em seu próprio nome. A pessoa física (Sr. Marcos de Souza Barros) só faria o pagamento quando recebesse os recursos da venda no IPO.

-Projetando uma falsa imagem de que a operação estaria sendo realizada a preço de mercado, houve a abordagem desse tema em uma das cláusulas contratuais, mal comparando o preço praticado com aquele que seria o preço da alienação ao investidor estratégico.

-Dizemos mal comparando, primeiro, porque naquela alienação o valor global chegaria a R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais) para um volume de 90.187.729 ações, o que resultaria em um valor unitário maior, de R\$ 11,088, depois, porque aquela era uma operação com características especiais, podendo ser citadas as tratativas que já vinham de longa data, o perfil do comprador que se apresentava como investidor estratégico, o considerável volume de ações envolvendo a transação, e, talvez outras mais que nem precisariam ser aqui mencionadas.

Sem qualquer outra motivação de ordem econômica e/ou financeira, resta concluir que a operação foi estruturada para se

prestar única e exclusivamente à transferência de parte do ganho da pessoa jurídica para a pessoa física do sócio, esta última sujeita a uma incidência tributária menor que a imposta às pessoas jurídicas.

-A respeito da nova visão sobre as questões ligadas ao planejamento tributário, inclusive como o do presente caso, envolvendo operação estruturada, o professor e doutor Marco Aurélio Greco, autor do livro "Planejamento Tributário", 2ª edição, Dialética, São Paulo - 2008, nos ensina:

Capítulo VI- Posicionamento Contextualizado do Planejamento

VII Tema Central é a Oponibilidade ao Fisco

Durante muitos anos vigoraram dois critérios.

O primeiro de caráter 'cronológico', no sentido de que os atos do contribuinte que implicassem redução da carga tributária deveriam ser realizados antes da ocorrência do fato gerador, pois se posteriores, surgiriam quando já nascida a obrigação tributária ou, quando menos, a situação positiva do Fisco que o autoriza a agir no sentido da respectiva cobrança.

O segundo é o critério da 'licitude; no sentido de que o efeito deveria resultar de atos lícitos. Este seria, em última análise, o elemento fundamental do planejamento que tornaria os atos ou negócios realizados inquestionáveis pelo Fisco, que não poderia impedir a produção dos efeitos pretendidos pelo contribuinte.

Implícito a este modelo – amplamente exposto pela doutrina – estava também o requisito de que as condutas, além de lícitas e anteriores ao fato gerador, não poderiam envolver simulação. Ou seja, a existência de simulação contaminaria o caso e retiraria a proteção jurídica aos efeitos buscados, que decorreria do ordenamento não fora esta patologia do negócio jurídico.

A questão fundamental é, então, saber quais as circunstâncias ou requisitos que, por um lado, protegem a conduta do contribuinte especificamente quanto à produção de seus efeitos tributários e, por outro lado, quais os aspectos ou elementos que o Fisco pode questionar quando se depara com determinada conduta do contribuinte.

Isto significa que, 'além dos requisitos clássicos' (cronológico, licitude e sem simulação), outros aspectos também merecem análise, pois se lhes acrescentam. O primeiro ponto, que implica mudança do paradigma clássico, está em o foco da análise não estar apenas na licitude dos atos, mas igualmente na sua 'eficácia perante o Fisco'.

Em suma, o núcleo do tema é a eficácia fiscal dos atos ou negócios jurídicos realizados, vale dizer, 'não basta ser lícito, é preciso ser eficaz perante o Fisco'.

VI.2. Espaço em que se põe o Debate sobre Planejamento

Uma vez excluídas várias figuras, especialmente as infrações ao ordenamento, começa a surgir uma área em que o tema do planejamento se posiciona.

Em primeiro lugar, trata-se de uma área que tem por requisito inicial ser formada por atos lícitos (primeiro requisito). O requisito da licitude corresponde à primeira exigência para reconhecer a existência de planejamento tributário.

Em segundo lugar, esta área é formada por condutas que – para usar uma terminologia de teoria geral do direito – estão negativamente reguladas pelo ordenamento. Vale dizer, não encontram uma previsão expressa autorizando-as como opções ou incentivos, mas também não estão proibidas.

Em suma, quando mencionamos planejamento tributário, estamos falando do conjunto de condutas que o contribuinte pode realizar visando buscar a menor carga tributária legalmente possível. Ao dizer legalmente" estou falando de atos lícitos. Mas não estou me referindo apenas á licitude no sentido de não haver agressão a nenhuma norma específica; "conduta legal" neste contexto tem um sentido mais amplo por dizer respeito às condutas que estejam de acordo com a lei (preceitos específicos) e com o Direito (que abrange além das leis, os princípios jurídicos e os valores prestigiados pelo ordenamento).

Enfim, o ordenamento constitucional consagra uma liberdade para o cidadão e o planejamento tributário surge a partir da idéia de exercício dessa liberdade de montar os próprios negócios, organizar a própria vida de modo a pagar o menor tributo "validamente" possível considerando as três perspectivas acima mencionadas. Ou seja, o menor tributo legalmente" possível, o menor tributo "efetivamente" (faticamente) possível e o menor tributo legitimamente" possível.

Não há duvida de que existe essa liberdade individual. A questão não é esta. O ponto é saber se a simples existência da liberdade é suficiente para justificar qualquer substituição ou montagem jurídica ou se o ordenamento impõe limites ao seu exercício.

VI.3. Características do Plano

De início, cabe mencionar a circunstância de haver um objetivo escolhido previamente à escolha dos instrumentos a serem utilizados. Vale dizer, o fim (redução de tributo) é definido antes dos meios (contratos etc.). Isto leva ao predomínio do fim sobre o meio, pois este é escolhido unicamente porque e desde que sirva ao objetivo visado.

Por objetivo refiro-me ao resultado prático visado consistente na menor carga tributária vista na sua dimensão pecuniária ou no momento temporal em que ela venha a ser exigida do contribuinte.

Plano pode se materializar numa única operação ou num conjunto delas (daí falar-se em 'step transaction).

No caso de um conjunto, importante é sublinhar que ele deve ser visto como uma unidade formada por uma pluralidade de

negócios, operações ou etapas e não como distintos e autônomos negócios, operações ou etapas. Nestes casos, é frequente existir um único negócio jurídico que se desdobra em outros negócios instrumentais e dependentes do negócio global do qual são meras etapas de implementação.

VI.4. Indicadores da Existência de um Plano

A primeira circunstância consiste no encadeamento de etapas, assim reconhecível quando houver umnexo relevante e necessário entre elas. Não se trata de mera justaposição ou sucessão de negócios ou eventos, mas da identificação de situação em que:

a) a posterior só existe se ocorrer a anterior (e vice-versa); e

b) a anterior "construir" o pressuposto legal ou de fato do cabimento e da realização da posterior.

A segunda consiste na inexorabilidade da seqüência no sentido de que o conjunto não pode deixar de se concluir o que leva à mutua implicação dos atos e declarações de vontade que perdem sua autonomia para deverem ser vistos como frações de uma unidade maior.

A terceira é a não celebração dos negócios intermediários com terceiros, no sentido de que ao contribuinte só interessa realizá-los daquela forma e com aqueles personagens.

A quarta é o uso de institutos em hibernação; vale dizer, buscar no arcabouço legal existente uma estrutura formal que sirva ao objetivo visado ainda que ela seja inusual e, por vezes, até mesmo inadequada ao

Caso concreto.

A quinta – e muito relevante – é a neutralização de efeitos indesejáveis que adviriam dos negócios celebrados se eles se mantivessem com o perfil que lhes é próprio. A neutralização é importante no bojo do plano, pois o contribuinte, por vezes, utiliza instituto jurídico que, por si só, produz certos efeitos, mas que não são buscados, assumidos" pelo contribuinte. Esta neutralização pode se dar pela introdução nos instrumentos negociais de cláusulas de bloqueio parcial dos efeitos ou de esvaziamento de sua eficácia, sempre como instrumento para não ter de arcar com os efeitos próprios do instituto escolhido.

As duas últimas são a ocorrência de "coincidências" (que podem existir, mas é raro) e a realização de condutas aparentemente conflitantes que só se justificam se o conjunto for visto de outra perspectiva que não aquela apresentada pelo contribuinte. Nestas duas hipóteses, a variável "tempo" em que os fatos ocorreram, pode assumir papel relevante para aferir a natureza do negócio global e levar à sua adequada qualificação jurídica.

VI.6. Efeitos do Planejamento Visto da Perspectiva Clássica

A área dentro da qual se encontra o planejamento tributário é desenhada a partir da concepção tradicional dessa figura vista como organização da vida com base na liberdade para diminuir a carga tributária independentemente de haver uma razão extratributária que o justifique. Às vezes, até a única razão que motiva a operação é a tributária, de diminuir o ônus do tributo.

De fato, caso se admita estarem protegidos pelo ordenamento, os efeitos fiscais de condutas que atendam apenas aos requisitos da anterioridade em relação ao fato gerador, licitude e sem simulação, o contribuinte passa a ficar numa posição diferenciada em relação a outros contribuintes, sejam eles competidores ou não. Portanto, implica criar situação diferenciada que vai arranhar a isonomia e a liberdade de competir. Este é o núcleo do objeto da presente análise, ou seja, examinar o que acontece dentro da área formada pelos atos lícitos e que, em geral, viabilizam substituições ou montagens jurídicas.

A questão fundamental, então, é saber se todos estes casos estão protegidos ou se há outros requisitos e elementos que devem ser encontrados para que o ordenamento aceite proteger os efeitos fiscais do caso concreto.

VI.8. Perspectivas de Análise da Realidade

Não é possível, no plano abstrato, dar uma resposta conclusiva e categórica quanto à oponibilidade ou não das operações ao Fisco. Não é possível responder em abstrato que determinada conduta está ou não protegida. A resposta dependerá das circunstâncias do caso concreto.

No primeiro período do debate sobre elisão e planejamento sempre haveria um "sim ou não": porque todo debate se resumia a uma discussão sobre licitude, vista ela como linha divisória a partir da qual ou estamos de um lado ou de outro; ou é lícito ou ilícito. A evolução da experiência mostra que não existe uma linha divisória, mas sim uma faixa na qual pode ser que caiba e pode ser que não caiba aquela hipótese.

A priori' não é possível saber se o caso está dentro ou fora da previsão, se está ou não protegido em seus efeitos. Não há uma resposta pronta; hoje em dia há certo consenso que a interpretação envolve construir a resposta adequada diante do caso concreto. Não existe mais um "produto" bom para obter economia fiscal que possa ser aplicado múltiplas vezes a pessoas diferentes que se encontram em situações díspares.

Não existem produtos, existem casos. Não existem teses de planejamento, existe determinada situação individual e cada uma se submeterá a uma série de avaliações a partir de múltiplos critérios de relevância que permitirão chegar a mais de uma solução.

Capítulo XVII- Operações Preocupantes

XVIII. Razão desta Denominação

A experiência no campo do Direito Tributário nos mostra que, muitas vezes, surgem casos em que são desenhadas determinadas operações que exigem uma particular atenção do intérprete antes de emitir um pronunciamento quanto à sua oponibilidade ou não contra o Fisco.

XVII.2. Operações Estruturadas em Seqüência

Sob esta denominação estão as "step transactions"; vale dizer, aquelas seqüências de etapas em que cada uma corresponde a um tipo de ato ou deliberação societária ou negociada encadeado com o subsequente para obter determinado efeito fiscal mais vantajoso. Neste caso, cada etapa só tem sentido se existir a que lhe antecede e se for deflagrada a que lhe sucede.

Uma operação estruturada indica a existência de um objetivo único, predeterminado à realização de todo o conjunto. E mais, indica a existência de uma causa jurídica única que informa todo o conjunto. Neste caso, cumpre examinar se há motivos autônomos, ou não, pois se estes inexistirem, o fato a ser enquadrado é o conjunto e não cada uma das etapas.

Diante de uma situação complexa, é essencial considerar a figura como um todo, examinando ao mesmo tempo os vários aspectos que a cercam, pois o conhecimento e o enquadramento de determinada realidade será a resultante das diversas circunstâncias reunidas no caso concreto.

Assim, a postura metodológica mais adequada é aquela que sem perder de vista as peculiaridades de cada etapa ou dos segmentos de que a operação se compõe visualiza o conjunto assim formado e busca determinar o enquadramento que este, globalmente considerado, deve ter perante o ordenamento tributário brasileiro.

Vale dizer, ao invés de analisar cada fotografia (etapa) é importante analisar o filme (conjunto delas). Mais do que um evento (etapa) é importante analisar a estória (conjunto).

No caso concreto em análise, todos os elementos caracterizadores da "Operação Estruturada em Seqüência" estão à mostra, quais sejam:

a) A seqüência de etapas, compreendendo:

28/09/2007- Inclusão "antecipada" do comprador (Sr. Marcos de Souza Barros) no prospecto preliminar com o qual foi instruído o pedido de registro da oferta pública de ações da BM&F S.A., com indicação das 8.891.662 ações ofertadas ao preço médio de R\$ 15,50 por ação.

19/10/2007- Vinculação "antecipada" de todas as ações recebidas no processo de desmutualização, junto à instituição financeira custodiante, Banco Bradesco S.A., compreendendo as 987.963 da General Atlantic, mais as 8.891.662 anunciadas no prospecto preliminar. O compromisso formal com a oferta

pública inicial ainda era aquela em nome da Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A., para cerca de 2.469.906 ações (apenas 25% do que ela viria a receber). Somente em 05 de novembro de 2007 é que foi formalizado a adesão em nome do Sr. Marcos de Souza Barros, com a oferta de 8.891.662 ações.

01/11/2007- Formalização da venda através do Instrumento Particular de Compromisso de Venda de Ações Ordinárias da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F e Outras Avenças, relativamente às 8.891.662 ações ao preço unitário de R\$ 11,00, com pagamento de R\$ 97.808.282,00 previsto para ser efetivado somente no dia da liquidação financeira da oferta pública inicial. Assim, o comprador não precisaria dispor de recursos próprios, pois, o pagamento seria efetuado com parte do valor obtido no IPO, embolsando o restante.

05/11/2007- Formalização da adesão do comprador (Sr. Marcos de Souza Barros) à oferta pública de distribuição secundária de ações ordinárias, para vender as 8.891.662 ações, desde que o preço fosse fixado em valor igual ou superior a R\$ 14,00 por ação, conforme Termo de Adesão e Procuração (Pessoa Física). Sem assumir qualquer risco e sem dispor de qualquer recurso próprio ele iria obter um ganho de capital de, pelo menos, R\$ 3,00 por ação.

29/11/2007- Alienação relativa a 7.731.880 ações no valor de R\$ 154.637.600,00 (preço de R\$ 20,00 por ação), na oferta pública inicial, em nome do Sr. Marcos de Souza Barros. Este número de ações corresponde exatamente à quantidade ofertada, sem considerar o exercício de "Opção de Ações Suplementares". A liquidação financeira ocorreu em D+3 (terceiro dia útil), ou seja, no dia 04 de dezembro de 2007.

04/12/2007- Pagamento feito pelo Sr. Marcos de Souza Barros a favor da corretora, correspondente a 7.731.880 ações no valor de R\$ 85.050.680,00, com parte dos recursos vindos da venda no IPO.

04/12/2007- Alienação relativa a 1.159.782 ações no valor de R\$ 23.195.640,00 (preço de R\$ 20,00 por ação), também na oferta pública inicial e igualmente em nome do Sr. Marcos de Souza Barros. Este número de ações corresponde exatamente à quantidade prevista para o exercício de "Opção de Ações Suplementares", perfazendo o volume global da oferta, de 8.891.662 ações no valor total R\$97.808.282,00.

b) Objetivo da operação:

Repassa de uma parte do ganho líquido que a Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. iria apurar no evento da oferta pública inicial, pela alienação de ações da BM&F S.A. que ela receberia no processo de desmutualização. O repasse era da pessoa jurídica (Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A.) para a pessoa física do principal acionista (Sr. Marcos de Souza Barros), que detinha 99,99% do seu capital, mas isto deveria ocorrer de tal forma que o ganho não transitasse por contas de resultado, na contabilidade da pessoa jurídica.

c) A causa jurídica:

Caso a Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. participasse diretamente da oferta pública inicial, todo o ganho líquido que fosse apurado na alienação das ações da BM&F S.A. mantidas em seu próprio nome, ficaria sujeito às normas de incidência tributária aplicáveis às pessoas jurídicas, mais onerosas do que as que são aplicáveis às pessoas físicas.

Enquanto os ganhos líquidos auferidos pelas pessoas jurídicas estavam sujeitos à incidência de 15% de IRP.1, 10% de Adicional, 9% de CSLL, 0,65% de PIS e 4% de COFINS, os ganhos de capital auferidos pelas pessoas físicas sofriam uma incidência única de apenas 15%.

Nada impedia, no entanto, que após ser tributado na pessoa jurídica o ganho auferido fosse distribuído na forma de lucro. Resta claro, portanto, que a contribuinte buscou na operação estruturada uma maneira de efetuar o repasse do ganho, sem antes submetê-lo à incidência tributária pela legislação aplicável às pessoas jurídicas.

d) A inexistência de motivos autônomos que justifiquem as seguintes etapas:

A corretora dispunha de todas as condições necessárias para participar diretamente da oferta pública inicial onde poderia realizar a pretendida alienação de ações da BM&F S.A., sem se valer de qualquer etapa intermediária.

Assim procedendo, ela receberia o valor da operação na mesma data em que receberia o valor da venda efetuada ao Sr. Marcos de Souza Barros, dada a condição resolutive constante do contrato e que de certo modo justificava a fixação de uma data futura para o pagamento, coincidente com a data da liquidação da oferta pública inicial.

A principal diferença neste caso é que sem a etapa intermediária a corretora faria a alienação pelo real preço de mercado, aliás, muito maior do que aquele efetivamente praticado com o acionista. Uma vez apurado o ganho na pessoa jurídica e submetido-o à incidência tributária cabível ela poderia então fazer uma distribuição de lucro no valor desejado.

Vê-se, pois, que nada justifica a alienação feita a favor do seu principal acionista, às vésperas do evento da oferta pública inicial, principalmente por saber-se que os ativos alienados (ações) tiveram origem em títulos patrimoniais mantidos ao longo de anos e anos no ativo permanente da instituição vendedora.

Estabelecendo um paralelo entre os ganhos líquidos que seria obtido com o curso normal das 8.891.662 ações alienadas no IPO da BM&F S.A. e a soma dos ganhos de capital obtidos com o curso forçado mediante emprego da operação estruturada,

teremos uma clara visão do que realmente aconteceu em termos de planejamento tributário, a saber:

(...)

Aqui entra um outro tema a ser analisado, qual seja, o direito de auto-organização do contribuinte que não é absoluto. O próprio ordenamento jurídico impõe limites ao exercício dessa liberdade, sem o que estaria aberto o caminho para uso das patologias reprimidas pelo Direito, dentre as quais a que diz respeito ao "Abuso do Direito", a todos aqueles que dispusessem de algum recurso para contratar uma assessoria tributária.

Aceitar pacificamente uma clara operação estruturada em sequência como a que acabamos de desnudar, evidentemente seria ignorar os limites da liberdade de auto-organização. A operação consistiu em repasse parcial de ganhos líquidos, de uma pessoa jurídica para a pessoa física de um dos sócios, o principal deles, que detém 99,99% do capital, sabendo-se ainda que o outro sócio com 0,01% da participação societária é filho do primeiro.

Também sobre esta questão, o citado livro "Planejamento Tributário" de Marco Aurélio Grego nos traz o seguinte ensinamento:

Capítulo IX- Segunda Fase do Debate: Liberdade, salvo Patologias -Abuso do Direito

IX.1. Uma Pergunta que Incomoda

A segunda fase do debate sobre planejamento tributário principia com urna pergunta incômoda para os defensores ferrenhos do modelo da primeira fase.

Resulta ausente na primeira fase que o contribuinte não pode cometer simulação, pois a simulação é um defeito do negócio jurídico, uma patologia que pode atacá-lo. Ora, se uma patologia do negócio jurídico contamina (perante o Fisco) o que o contribuinte fizer, pergunta-se: por que só esta patologia do negócio jurídico contamina? Por que outras patologias do negócio jurídico também não contaminam tributariamente o que o contribuinte fizer? Por que os efeitos tributários benéficos são obtidos apesar de existirem outras patologias no negócio jurídico celebrado pelo contribuinte?

Diante desta pergunta tem início a segunda fase do debate na qual o foco abrange não só a simulação, mas também outras patologias do negócio jurídico. Importante sublinhar que a principal consequência da identificação de outras patologias consiste no mesmo efeito provocado pela simulação, ou seja, contaminar o planejamento feito e torná-lo inoponível perante o Fisco.

Assumem importância nesta análise duas patologias examinadas pela doutrina: o abuso do direito e a fraude à lei. Ao lado delas, por vezes, é feita menção do abuso de formas jurídicas que também contamina os planejamentos tributários.

11.2. Panorama do Tema

Não é de hoje que o relacionamento entre Fisco e contribuinte tem se caracterizado: de uma lado, pela constante busca de maior eficácia na aplicação das leis visando obter a maior arrecadação possível e, de outro lado, por uma preocupação dos agentes econômicos no sentido de se verem onerados com a menor carga tributária legalmente admissível.

No âmbito dessa permanente tensão de justos interesses, especialmente no âmbito do imposto sobre a renda (tributo a respeito do qual são desenvolvidas estas considerações), surgiu – como visto – o que se convencionou chamar de "planejamento tributário" consistente na adoção, pelo contribuinte, de providências lícitas voltadas à reorganização de seus próprios negócios com vistas a dar vida a hipótese que não configuraria (aos olhos do contribuinte) um fato gerador do imposto, ou à sua configuração de um modo que resulte tributo em dimensão inferior à que existiria caso não tivessem sido adotadas tais providências.

Esta figura encontrou na doutrina a designação de "elisão fiscal" ou «evasão lícita»; para diferenciá-la da evasão propriamente dita, assim entendida a figura não legal de redução de carga tributária.

Neste contexto, são conhecidas as reorganizações societárias, a celebração de negócios especialmente desenhados para construir o pressuposto legal necessário para haver o aproveitamento de facilidades contidas nas leis fiscais etc. Muitas são as formas adotadas que vão desde formulações adequadas e pertinentes à situação concreta do contribuinte e que encontram razão de ser em motivos econômicos reais e sem desvios ou agressões ao ordenamento, até formulações canhestras e pré-fabricadas que são indistintamente aplicadas a um universo indeterminado de contribuintes, tendo como intuito único diminuir o montante do imposto devido, independentemente da existência de quaisquer motivos que as justifiquem, beirando, por vezes, à própria evasão (se não à sonegação).

Direito de Auto-organização não é Absoluto

As manifestações doutrinárias e jurisprudenciais existentes até cerca de cinco anos atrás fixam sua atenção predominantemente nas condições necessárias à configuração do "Vireito" de que está investido o contribuinte, e as limitações apontadas dizem respeito à sua existência. Vale dizer, a falta de qualquer dos requisitos mencionados implicaria não existir o direito do contribuinte.

No entanto, creio que há outro aspecto a ser ponderado, ao examinar o tema do planejamento tributário (ou da elisão fiscal), e que não se prende, propriamente, à existência do direito, mas 'ao seu uso', ao modo de 'seu exercício': A pergunta que se põe é: admitida a existência do direito de o contribuinte organizar sua

vida, este direito pode ser utilizado sem quaisquer restrições? Ou seja, tal direito é ilimitado? Todo e qualquer planejamento é admissível?

Minha resposta é negativa. E assim entendo por várias razões.

IX.8. A Figura do Abuso de Direito

É preciso distinguir entre critérios ligados à existência do direito e critérios ligados ao seu uso. A doutrina até aqui se preocupou com os primeiros, bem identificando os requisitos da existência do direito. Cabe agora examinar se há limites ligados ao plano do 'exercício desse direito: e se existirem (como é minha opinião), quais as consequências que advirão na hipótese de os limites serem ultrapassados e se estes efeitos consistem na ilegalidade do ato, ou, então, na ineficácia fiscal dos atos realizados no exercício desse direito, independentemente de haver ilegalidade ou ilicitude de conduta.

Neste passo, tem pertinência o tema do abuso do direito': categoria construída para inibir práticas que, embora possam encontrar-se no âmbito da licitude (se o ordenamento positivo assim tratar o abuso), implicam, no seu resultado, uma distorção no equilíbrio do relacionamento entre as partes, (i) seja pela utilização de um poder ou de um direito em finalidade diversa daquela para a qual o ordenamento assegura sua existência, (h) seja pela sua distorção funcional, por implicar inibira eficácia da lei incidente sobre a hipótese sem uma razão suficiente que a justifique. De qualquer modo, seja o ato abusivo considerado lícito ou ilícito a consequência perante o Fisco será sempre a sua inoponibilidade e de seus efeitos.

Figura originalmente formulada no campo do Direito Civil que, nesta e em tantas outras questões, é a matriz dos conceitos e princípios de Teoria Geral do Direito, vem paulatinamente encontrando sua aplicação em outros campos, e não vejo porque não possa ser pertinente em se tratando de tributação, especialmente no que se refere ao exercício desse "direito à auto-organização".

O abuso de direito consiste num "limite funcional do direito" e se configura quando há uma alteração na função objetiva do ato relativamente ao poder de autonomia que o configura em relação às condições às quais está subordinado o exercício desse poder':

Recusa de Tutela

No âmbito do Direito Privado, como a disciplina da atividade do indivíduo se apóia no princípio da liberdade, no sentido de que toda ação pode ser realizada desde que não venha ferir uma proibição ou contrariar um preceito do ordenamento, a consequência do abuso sempre é vista como ilegalidade, mas, muitas vezes, os efeitos da tipificação de um abuso consistem na 'neutralização' das consequências do ato abusivo e não na sua desconstituição.

Em matéria tributária, a identificação de um ato abusivamente praticado apresentará inegáveis consequências. Quando o abuso

de direito não era expressamente considerado ato ilícito, implicava a inibição da eficácia do ato ou a consequência de impedir que se conseguissem ou que se conservassem as vantagens visadas.

Assim, configurando-se caso de abuso de direito, as consequências que dele podem advir, eventualmente, serão diferentes, umas no âmbito civil, ou comercial, e outras no âmbito tributário.

Do ângulo propriamente fiscal, a legalidade ou ilegalidade do ato ou negócio jurídico não é, em si mesma, razão suficiente para inibir a incidência da norma tributária, bastando lembrar a tributação dos atos ilícitos. Mas a ilicitude ou ilegalidade do ato contamina o planejamento feito e impede a produção dos efeitos vantajosos buscados pelo contribuinte, pois um dos requisitos primários exigidos é que todos os atos sejam lícitos.

Depois do Código Civil de 2002, como o abuso de direito passou a ser expressamente qualificado como ato ilícito, a questão tributária é muito mais relevante, pois o abuso faz desaparecer um dos requisitos básicos do planejamento, qual seja, o de se apoiar em atos lícitos. Vale dizer, a configuração de um ato ilícito (por abusivo) implica não estarmos mais diante de um caso de elisão, mas sim de evasão.

IX:11. Ato com Finalidade predominantemente Fiscal

No Brasil, entendo que esta possibilidade de recusa de tutela ao ato abusivo (mesmo antes do Código Civil de 2002) encontra base no ordenamento positivo, por decorrer dos princípios consagrados na Constituição de 1988 e da natureza da figura. Porém, a atitude do Fisco no sentido de desqualificar e requalificar os negócios privados somente poderá ocorrer se puder demonstrar de forma inequívoca que o ato foi abusivo porque sua única ou principal finalidade foi conduzir a um menor pagamento de imposto.

IX.15. Limites ao Poder de o Fisco desqualificar e requalificar o Ato Esta faculdade não é absoluta; está sujeita a condições e limites de exercício os quais resultam, exatamente, da conjugação dos valores liberdade e solidariedade para chegar ao valor justiça da tributação.

Sustentei acima que toda pessoa tem o direito de dispor de sua vida como melhor lhe aprouver, porém, no exercício desse direito não poderá fazê-lo de maneira abusiva, buscando como única ou preponderante finalidade obter um menor pagamento de tributos.

Os negócios jurídicos que não tiverem nenhuma causa real e predominante, a não ser conduzir a um menor imposto, terão sido realizados em desacordo com o perfil objetivo do negócio e, como tal, assumem caráter abusivo; neste caso, o Fisco a eles pode se opor, desqualificando-os fiscalmente para requalificá-los segundo a descrição normativo-tributária pertinente à

situação que foi encoberta pelo desnaturamento da função objetiva do ato. Ou seja, se o objetivo predominante for a redução da carga tributária, ter-se-á um uso abusivo do direito.

Conforme diversas vezes afirmado acima, o contribuinte tem o direito de se auto-organizar; e dispor de sua vida como melhor lhe aprouver; não está obrigado a optar pela forma fiscalmente mais onerosa.

Porém, o que disse acima é que esta reorganização deve ter uma causa real, uma razão de ser, um motivo que não seja 'predominantemente' fiscal. Sublinhei o termo "predominantemente": pois este é o conceito chave. Se determinada operação ou negócio privado tiver por efeito reduzir carga tributária, mas se apóia num motivo empresarial, o 'direito' de auto-organização terá sido adequadamente utilizado. Não haverá abuso! O Fisco nada poderá objetar!

Com a tese do abuso de direito aplicado ao planejamento fiscal, se o motivo predominante é fugir à tributação, o negócio jurídico será abusivo e seus efeitos fiscais poderão ser neutralizados perante o Fisco. Ou seja, sua aplicação não se volta a obrigar ao pagamento de maior imposto, mas a 'inibir as práticas sem causa; que impliquem menor tributação.

Por outro lado, isto não significa que o Fisco possa simplesmente invocar o abuso para desqualificar o negócio jurídico. Ao contrário, como o negócio jurídico é resultado do exercício de um 'direito' de auto-organização que se apóia no valor liberdade, os negócios lícitos gozam da presunção de não-abusividade. Assim, cabe ao Fisco o 'ônus da prova' da finalidade predominantemente fiscal do negócio para que, aí sim, possa justificara desqualificação.

DO ABUSO DO DIREITO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

No tópico anterior, abordamos a questão dos limites que o ordenamento jurídico impõe ao exercício do direito de auto-organização do contribuinte, sem o que estaria aberto o caminho para uso das patologias reprimidas pelo Direito, dentre as quais a que diz respeito ao "Abuso do Direito".

Vimos também, naquela oportunidade, os abalizados ensinamentos do ilustre professor e doutor Marco Aurélio Grego, esposados em seu livro "Planejamento Tributário", 2ª edição, Dialética São Paulo- 2008, a respeito da aplicabilidade dessa limitação em matéria tributária, bem como, as conseqüências decorrentes dos excessos praticados.

A figura do "Abuso do Direito" já era discutida na vigência do Código Civil de 1916, mas havia divergências a respeito, todavia, com o advento do Código Civil Brasileiro instituído pela Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a questão ficou bem mais clara, inclusive com a possibilidade de o abuso de direito ser qualificado como hipótese de ato ilícito, como previsto no artigo 187, que assim dispõe:

LIVRO III - DOS FATOS JURÍDICOS

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 09/10/2012 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D ECA, Assinado digitalmente em 09/10/2012 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D ECA, Assinado digitalmente em 18/10/2012 por GILSON MA CEDO ROSENBERG FILHO

Impresso em 11/02/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

TITULO III - DOS ATOS ILÍCITOS

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O artigo 1º da Lei Complementar n.º 104, de 10 de janeiro de 2001, também tratou dessa questão ao incluir o parágrafo único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966), que passou a vigorar com a seguinte redação: Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (incluído pela Lei Complementar n.º 104, de 10 de janeiro de 2001)

DA DESCONSIDERAÇÃO DOS ATOS OU NEGÓCIOS JURÍDICOS

Cabe, inicialmente, deixar claro que o atos ou negócios jurídicos abordados neste tópico compreendem toda a sequência de atos e operações (conjunto) criada para que noventa por cento das ações da BM&F S.A. que a Corretora Souza Barros S.A. receberia no processo da desmutualização fosse alienada, na oferta pública inicial, em nome do Sr. Marcos de Souza Barros. Estes atos e negócios jurídicos são todos aqueles já exaustivamente examinados em um dos tópicos precedentes intitulado "DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO MEDIANTE OPERAÇÕES ESTRUTURADAS".

Assim, pretendia-se que, no conjunto, o ganho líquido ficasse dividido entre uma pessoa jurídica e uma pessoa física, da seguinte forma:

—A Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. contabilizaria um ganho líquido equivalente a R\$ 10,00 por ação (R\$ 11,00 adotado como preço de venda à pessoa física, menos R\$ 1,00 de custo contábil), portanto, pelo lote de 8.891.662 ações haveria um ganho de R\$ 88.916.620,00. Este valor teria a incidência tributária normal, de acordo com as regras impostas às pessoas jurídicas.

—O Sr. Marcos de Souza Barros ficaria com um ganho de capital de, pelo menos, R\$ 3,00 por ação (R\$ 14,00 de preço mínimo autorizado em sua oferta para venda no IPO, menos R\$ 11,00 que pagaria pela compra da pessoa jurídica). Se a alienação fosse efetivada pelo valor mínimo de R\$ 14,00 por ação, seu ganho relativo ao lote de 8.891.662 ações já seria de R\$ 26.674.986,00, a ser tributado segundo as regras aplicáveis às pessoas físicas (menos onerosa), mas o benefício seria tanto maior quanto maior fosse o preço alcançado na negociação.

Como visto, toda a seqüência dos atos e negócios jurídicos compreendida neste "planejamento tributário" se volta para uma clara intenção de repassar ao Sr. Marcos de Souza Barros, parte dos ganhos líquidos que a Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. poderia auferir na alienação das ações da BM&F S.A., no evento da oferta pública inicial, e tudo isso deveria ocorrer com a menor incidência tributária possível.

Contudo, para obter o efeito desejado adotou-se o mecanismo que consistiu na venda das próprias ações a serem alienadas na oferta pública inicial, de modo tal que por ocasião deste evento uma parte dos ganhos fosse apurada já na pessoa física do beneficiário do repasse, ficando assim afastada da incidência tributária na pessoa jurídica; a partir daí tudo passaria a ser visto como absolutamente normal.

O que não soa nada normal, todavia, é a ocorrência de um fato nunca almejado por qualquer pessoa, seja física ou jurídica, em que ela deva abrir mão de um potencial e anunciado ganho, simplesmente para favorecer a um "terceiro". Isto não seria concebível na seara dos negócios, pois um contrato com este perfil jamais seria celebrado com "terceiros" comuns; no presente caso, a negociação só interessava à corretora se formatado daquele modo e com aquela pessoa física (acionista detentor de 99,99% do capital).

Ademais, cada etapa da operação estava atrelada a uma etapa seguinte, ou vice-versa. Senão vejamos, novamente:

A venda das ações da corretora era a primeira condição para que o Sr. Marcos de Souza Barros pudesse participar diretamente da oferta pública inicial e em seu nome auferir o ganho de capital. Sem esta venda não haveria ações a serem ofertadas pela pessoa física, podendo ainda ser lembrado que o ato de incluí-lo no prospecto preliminar também dependia dessa negociação.

Essa venda se deu mediante contrato com condição resolutiva, condicionando sua efetivação à consolidação de todas as condições contidas no contrato firmado com a GA Latin America Investments, LLC, sem o que, provavelmente, a realização da oferta pública inicial ficaria comprometida.

—Caso essa hipótese viesse a ocorrer, a venda da pessoa jurídica para a pessoa física não faria mais sentido, porque a intenção não era simplesmente vender as ações. Era preciso que o Sr. Marcos de Souza Barros as revendesse no IPO, por um preço maior, e com os recursos da liquidação financeira efetuar, na mesma data, o pagamento à corretora.

-Vê-se, assim, que só com o concurso de todas as etapas do plano o pacto firmado através do "Instrumento Particular de Compromisso de Venda de Ações Ordinárias da Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F e Outras Avenças", datado de 1º de novembro de 2007, já mencionado em outras oportunidades anteriores, viria a se consolidar.

É, portanto, plenamente passível de desconsideração, nos termos do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966), os atos e os negócios jurídicos envolvidos nesta operação estruturada em seqüência, porque, como restou demonstrado, farta e exaustivamente, foram praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência dos fatos geradores do imposto e das contribuições da pessoa jurídica e a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

DA CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO E SUAS CONSEQÜÊNCIAS

Diante dos temas abordados nos quatro tópicos precedentes, intitulados "DA ALIENAÇÃO DAS AÇÕES BM&F S.A. AO SR. MARCOS DE SOUZA BARROS", "DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO MEDIANTE OPERAÇÕES ESTRUTURADAS", "DO ABUSO DO DIREITO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA" e "DA DESCONSIDERAÇÃO DOS ATOS OU NEGÓCIOS JURÍDICOS", resta demonstrado a perfeita caracterização do "Abuso do Direito", presente na operação exposta.

Em consequência do "Abuso do Direito" desconsideramos, para fins de aplicação da legislação tributária, todos os atos e negócios jurídicos intermediários envolvidos na mencionada operação, atribuindo à Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. também a parte do ganho de capital auferido em nome do Sr. Marcos de Souza Barros, como se fora ela quem diretamente tivesse participado das alienações no evento da oferta pública inicial.

A diferença tributável a ser considerada será, portanto, correspondente ao valor global de R\$ 80.024.958,00, já demonstrado no tópico intitulado "DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO MEDIANTE OPERAÇÕES ESTRUTURADAS", mas que demonstraremos em novo formato no quadro seguinte:

DEMONSTRATIVO DA DIFERENÇA TRIBUTÁVEL APURADA NA OPERAÇÃO ESTRUTURADA EM SEQUÊNCIA				
DATA	EVENTOS OCORRIDOS	FISCO	CONTRIBUINTE	DIFERENÇA
01/10/07	Recebimento das ações (desmutualização)	8.891.662,00	8.891.662,00	-
01/11/07	Alienação para o Sr. Marcos de Souza Barros:			
	-Receita	0,00	97.808.282,00	
	-(-)Custo das ações vendidas	0,00	-8.891.662,00	
	-Ganho líquido auferido na operação	0,00	88.916.620,00	-88.916.620,00
29/11/07	Alienação no IPO			

	(s/opção de ações suplementares):			
	-Receita	154.637.600,00	0,00	-
	-(-)Custo das ações vendidas	-7.731.880,00	0,00	-
	-Ganho líquido auferido na operação	146.905.720,00	0,00	146.905.720,00
30/11/07	Ganho líquido no mês de novembro de 2007	146.905.720,00	0,00	57.989.100,00
04/12/2007	Alienação no IPO (opção de ações suplementares):			
	-Receita	23.195.640,00	0,00	-
	-(-)Custo das ações vendidas	-1.159.782,00	0,00	-
	-Ganho líquido auferido na operação	22.035.858,00	0,00	22.035.858,00
31/12/2007	-Ganho líquido no mês de novembro de 2007	22.035.858,00	0,00	22.035.858,00
31/12/2007	-Total de ganhos líquidos no ano de 2007	168.941.578,00	88.916.620,00	80.024.958,00

DAS MATÉRIAS TRIBUTÁVEIS E DAS DIFERENÇAS APURADAS

Conforme se depreende do exposto até esse momento, repetimos muito do que dissemos em relação à fiscalização do Imposto de Renda Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, mas tudo isso vem para facilitar o entendimento a respeito da forma como se desenvolveram os processos de desmutualização das bolsas.

No primeiro momento tivemos operações que se caracterizaram como "devoluções de patrimônio de instituições isentas" nas quais os bens recebidos pelos associados foram as ações das sociedades Bovespa Holding S.A. e Bolsa de Mercadorias & Futuros- BM&F S.A. Estas operações, como restou comprovado, geraram ganhos de capital classificáveis como "resultados não operacionais", portanto, não sujeito à incidência do PIS e da COFINS.

• Ganhos Líquidos Contabilizados, Auferidos nas Vendas de Ações

A questão agora é no que tange às contribuições ao PIS e à COFINS, que começa com a contabilização dessas ações (Bovespa Holding S.A. e BM&F S.A.) em contas do ativo permanente, indistintamente, nada contra os valores considerados nos lançamentos. Sem adentrarmos muito no mérito da contabilização das ações mantidas em carteira, por não ser objeto desta ação fiscal, trataremos aqui das ações vendidas no ano-calendário de 2007.

Convém lembrar, para tanto, que os processos de desmutualização das bolsas contemplavam a necessidade de que fossem promovidas ofertas públicas iniciais, com vistas à colocação das novas ações no mercado. Sabia-se, também, que no caso específico da BM&F havia um investidor estratégico (fundo de investimento norte-americano) com proposta firme de aquisição de dez por cento das futuras ações.

Assim, em caráter irrevogável e irretratável, foram firmados vários documentos nos quais se evidenciavam que antes mesmo de receber as novas ações, a contribuinte assumira compromissos de alienar parte delas. No caso da Bovespa, a quantidade de ações envolvidas nestes compromissos era exatamente igual à quantidade que foi vendida no mês de outubro de 2007, mas, no caso da BM&F, uma venda ao Sr. Marcos de Souza Barros, de noventa por cento das ações recebidas, zerou a carteira antes do evento da oferta pública inicial.

Então, fica claro que nunca houve qualquer intenção de permanência em relação às tais ações, de sorte que elas jamais poderiam ter sido classificadas em contas de investimentos, no ativo permanente, pois a classificação correta seria no ativo circulante, como determina a Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas), em seu artigo 179, que assim se lê:

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

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

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

Logo, os resultados obtidos nas vendas dessas ações deveriam ser tratados como lucro operacional, nos termos do artigo 11 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Senão vejamos:

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

Não resta dúvida também que a compra e venda de ações por conta própria é uma das atividades das sociedades corretoras, prevista no inciso IV do artigo 2º do Regulamento anexo à Resolução do Conselho Monetário Nacional n.º 1.655, de 26 de outubro de 1989, sendo-lhes vedado adquirir bens não destinados ao uso próprio, como dispõe o artigo 12, inciso III do mesmo regulamento. Eis a seguir a transcrição dos dois artigos:

Capítulo I- Das Características, da Constituição e do Funcionamento Art. 2º. A sociedade corretora tem por objeto social:

IV- comprar e vender títulos e valores mobiliários por conta própria e de terceiros, observada regulamentação baixada pela Comissão de Valores Mobiliários e Banco Central do Brasil nas suas respectivas áreas de competência.

Capítulo IV- Das Normas Operacionais

Art. 12- É vedado à sociedade corretora:

III- adquirir bens não destinados ao uso próprio, salvo os recebidos em liquidação de dívidas de difícil ou duvidosa solução, caso em que deverá vendê-los dentro do prazo de 1 (um) ano, a contar do recebimento, prorrogável até 2 (duas) vezes, a critério do Banco Central.

Desta feita, aos ganhos auferidos nas vendas das ações ao acionista Sr. Marcos de Souza Barros e à investidora estratégica General Atlantic (realizadas no mercado de balcão, antes da oferta pública inicial) e nas demais vendas (realizadas por ocasião das ofertas públicas iniciais), aplicam-se a incidência de PIS e COFINS, prevista no artigos 2º e 3º da Lei n.º 9.718, de 27 de novembro de 1998, não se lhes aplicando a exclusão do inciso IV do § 2º do artigo 3º, a saber:

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.

5 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

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

Como se vê após farta e exaustiva explanação, o histórico dos processos de desmutualização foi decisivo na definição sobre a classificação correta das ações vendidas, fato determinante para que o Fisco discorde da aplicação do artigo 3º, § 2º, inciso IV, da Lei n.º 9.718, de 1998, como fundamento para que não sejam computados na determinação das bases de cálculo do PIS e da COFINS, os ganhos auferidos nas vendas das ações em comento.

É claro que também por força de norma do Conselho Monetário Nacional, mais especificamente do Regulamento aprovado pela Resolução n.º 1.655, de 26 de outubro de 1989, as ações havidas pela Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. nos processos de desmutualização não poderiam ser contabilizadas como bens do ativo permanente, dada a vedação imposta pelo seu artigo 12, inciso III.

Neste caso, as diferenças tributáveis apuradas já correspondem ao exato valor de R\$ 133.587.697,85, considerado pela contribuinte como "Receitas Não Operacionais", valor este resultante do "Valor da Alienação" (R\$ 146.953.050,75, contabilizados na conta 7.3.1.10.00.001-3) deduzidos do "(-) Custo da Alienação" (R\$ 13.365.352,90, contabilizados na conta 7.3.1.10.00.002-0).

Estes dois últimos valores foram declarados, respectivamente, na

Linha 52- Receitas de Alienações de Bens e Direitos do Ativo

Permanente e Linha 55- (-) Valor Contábil dos Bens e Direitos Alienados, ambas da Ficha 06B da DIPJ 2008, contudo, considerando-se que o PIS e a COFINS tem suas apurações por periodicidade mensal, assim faremos o desdobramento:

DIFERENÇAS TRIBUTÁVEIS APURADAS NAS VENDAS CONTABILIZADAS					
Data D/M/A	Especificação do título	Venda		Custo baixado	Dif.Ganho
		Quant.	VR		
24/10/07	Bovespa Holding ON 3	1.660.445	38.190.235,00	3.485.727,90	34.704.507,10
1)Período de Apuração Out/2007		1.660.445	38.190.235,00	3.485.727,00	34.704.507,10
01/11/07	BM&F (Antes do "IPO")	8.891.662	97.808.282,00	8.891.662,00	88.916.620,00
16/11/07	BM&F (Antes do "IPO")	987.963	10.954.533,75	987.963,00	9.966.570,75
2)Período de apuração Nov./2007		9.879.625	108.762.815,75	9.879.625,00	98.883.190,75
3)Totais (01+02)			146.953.050,75	13.365.352,90	133.587.697,85

• Ganhos Líquidos Não Contabilizados

A segunda questão diz respeito à parcela dos ganhos auferidos com as alienações das 8.891.662 ações na oferta pública inicial da BM&F, da qual participou o Sr. Marcos de Souza Barros e não a Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A.

Este fato foi objeto de abordagem em tópicos anteriores, tendo em vista a constatação de houve um planejamento tributário envolvendo a figura do "Abuso do Direito", prevista no artigo 187 do Código Civil Brasileiro, instituído pela Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Em longa exposição, a operação foi tratada nos seguintes tópicos:

– DA ALIENAÇÃO DE AÇÕES BM&F S.A. AO SR. MARCOS DE SOUZA BARROS

– DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO MEDIANTE OPERAÇÕES ESTRUTURADAS

– DO ABUSO DO DIREITO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA DA DESCONSIDERAÇÃO DOS ATOS OU NEGÓCIOS JURÍDICOS

– DA CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Conforme ficou esclarecido e demonstrado, o planejamento tributário consistiu no repasse de parte do ganho líquido da Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. a favor do Sr. Marcos de Souza Barros, valendo-se de uma "transferência injustificada" de ações, da primeira para o segundo, que

permitiu a este último participar do IPO da BM&F S.A. e já em seu nome auferir um previsível ganho de capital.

Agindo desse modo, essa parcela do ganho deixou de ser reconhecida na contabilidade da Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. para ser submetida a uma incidência tributária menor na pessoa física do Sr. Marcos de Souza Barros.

Face ao exposto, os atos e os negócios jurídicos envolvidos na referida "operação estruturada em sequência" foram desconsiderados, para fins tributários, nos termos do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966), atribuindo-se à Corretora Souza Barros Câmbio e Títulos S.A. os resultados auferidos em nome de seu principal acionista, no valor de R\$ 80.024.958,00.

Consequentemente, isto ensejou o cômputo adicional de R\$ 57.989.100,00 na diferença tributável de novembro de 2007 e deu origem a uma diferença tributável no valor de R\$ 22.035.858,00 em dezembro de 2007, relativamente ao PIS e à COFINS, como se demonstra no quadro seguinte:

DIFERENÇAS TRIBUTÁVEIS APURADAS NA OPERAÇÃO ESTRUTURADA EM SEQUÊNCIA		Valor
	DISCRIMINAÇÃO	
1	Ganho na Alienação de 7.731.880 ações em 29/11/07 (IPO sem a opção de ações suplementares)	
	Venda ao preço de R\$ 20,00 por ação	154.637.600,00
	(-) Custo das ações vendidas, ao preço de R\$ 1,00 por ação	-7.731.880,00
	Ganho Líquido auferido na operação	146.905.720,00
2	(-) Ganho declarado na Alienação de 8.891.662 ações em 01/11/07 ao Sr. Marcos de Souza Barros:	
	Venda ao preço de R\$ 11,00 por ação	97.808.282,00
	(-) Custo das ações vendidas, ao preço de R\$ 1,00 por ação	-8.891.662,00
	Ganho Líquido declarado na operação	88.916.620,00
3	Diferença tributável apurada em vendas de ações no mês de novembro de 2007 (01—02)	57.989.100,00
4	Ganho na Alienação de 1.159.782 ações em 04/12/07 (IPO de ações suplementares):	
	Venda ao preço de R\$ 20,00 por ação	23.195.640,00
	(-) Custo das ações vendidas, ao preço de R\$ 1,00 por ação	-1.159.782,00
	Ganho Líquido auferido na operação	22.035.858,00
5	Diferença tributável em vendas de ações no mês de dezembro de 2007 (04)	22.035.858,00
6	Diferença tributável total relativa aos ganhos líquidos no ano de 2007 (03 -r- 05)	80.024.958,00

• *Resumo Geral dos Valores Tributáveis Apurados*

Considerando-se, portanto, as matérias analisadas nos tópicos e subtópicos precedentes, passamos então ao resumo geral das diferenças tributáveis apuradas, consolidando os ganhos contabilizados e os não contabilizados, a saber:

DIFERENÇA TRIBUTÁVEL DO PERÍODO DE APURAÇÃO OUTUBRO DE 2007				
Data D/M/A	Especificação do	Venda	Custo baixado	Dif. Ganho

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 09/10/2012 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D ECA, Assinado digitalmente em 09/10/2012 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D ECA, Assinado digitalmente em 18/10/2012 por GILSON MA CEDO ROSENBERG FILHO

Impresso em 11/02/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

	título	Quant.	VR		
24/10/07	Bovespa Holding ON 3	1.660.445	38.190.235,00	3.485.727,90	34.704.507,10
Totais		1.660.445	38.190.235,00	3.485.727,90	34.704.507,10
DIFERENÇA TRIBUTÁVEL DO PERÍODO DE APURAÇÃO NOVEMBRO DE 2007					
Data D/M/ A	Especificação do título	VENDA		Custo baixado	Dif. (Ganho)
		Quant.	Valor		
01/11/07	BM&F (Antes do "IPO")	8.891.662	97.808.282,00	8.891.620,00	88.916.620,00
16/11/07	BM&F (Antes do "IPO")	987.963	10.954.533,75	987.963,00	9.966.570,75
Subtotais		9.879.625	108.762.815,75	9.879.624,00	98.883.190,75
29/11/07	BM&F (No "IPO")	7.731.880	154.637.600,00	7.731.880,00	146.905.720,00
	(-) Ganho contabilizado	8.891.662	97.808.282,00	8.891.620,00	88.916.620,00
	Ganho não contabilizado				57.989.100,00
Totais					156.872.290,75
DIFERENÇA TRIBUTÁVEL DO PERÍODO DE APURAÇÃO DEZEMBRO DE 2007					
Data D/M/ A	Especificação do título	Venda		Custo baixado	Dif. Ganho
		Quant.	VR		
04/12/07	BM&F (NO "IPO") 3	115.978,2	23.195.640,00	1.159.782,00	22.035.858,00
	(-) Ganho contabilizado	0,00	0,00	0,00	0,00
	Ganho não contabilizado	0,00	0,00	0,00	22.035.858,00
Totais					22.035.858,00
Obs.: Obs. O valor do ganho decorrente da alienação ao Sr. Marcos de Souza Barros foi considerado totalmente no mês de sua contabilização, em novembro de 2007.					

Ao ser intimada a prestar esclarecimentos sobre a existência ou não de recolhimentos de Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e/ou de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), relacionados a valores envolvidos nos processos de desmutualização das bolsas (Bovespa e BM&F), a contribuinte apresentou peças processuais relativas ao Mandado de Segurança n.º 2007.61.00.001337-3, em trâmite na 7ª Vara Cível da Justiça Federal- Seção Judiciária do Estado de São Paulo.

Esta ação, contudo, não lhe dá guarida para afastar a incidência das questionadas contribuições sobre os ganhos líquidos em comento, como veremos no tópico seguinte, uma vez que a compra e venda de ações por conta própria é uma das atividades das sociedades corretoras, prevista no inciso IV do artigo 2º do

Regulamento anexo à Resolução do Conselho Monetário Nacional n.º 1.655, de 26 de outubro de 1989, qual seja: Art. 2º. A sociedade corretora tem por objeto social:

IV- comprar e vender títulos e valores mobiliários por conta própria e de terceiros, observada regulamentação baixada pela Comissão de Valores Mobiliários e Banco Central do Brasil nas suas respectivas áreas de competência.

Como se não bastasse, o estatuto social da instituição também traz no rol do objeto social a atividade de "comprar e vender títulos e valores mobiliários por conta própria e de terceiros, observada a regulamentação baixada pela Comissão de Valores Mobiliários e pelo Banco Central do Brasil nas suas respectivas áreas de competência".

DO MANDADO DE SEGURANÇA PROCESSO N.º 2007.61.00.001337-3

Em 19 de janeiro de 2007 (data do protocolo), a contribuinte impetrou o Mandado de Segurança com Pedido de Medida Liminar, processo n.º 2007.61.00.001337-3, em trâmite na 7ª Vara Cível da Justiça Federal- Seção Judiciária do Estado de São Paulo, com o seguinte pedido:

a) Seja concedida a liminar, inaudita altera pars, a fim de que seja determinada a não aplicação do 5º 1º, do artigo 3º da Lei n.º 9.718/98, afastando, assim, a aplicação da alteração do conceito de faturamento, relativamente à contribuição do PIS e da COFINS, para que a cobrança se dê tão somente sobre o faturamento das empresas.

b) A notificação do impetrado para no prazo de 10 (dez) dias, prestar informações, em conformidade com o disposto no art. 7º, I, da Lei n.º 1.533/51.

c) Ao final, seja concedida definitivamente a segurança ora impetrada, a fim de que seja afastada a exigibilidade de contribuição a título de PIS e COFINS, nos moldes do parágrafo 1º, artigo 3º da Lei n.º 9.718/98.

A sentença foi proferida em 25 de junho de 2007, constando inicialmente que a medida liminar foi deferida e, depois, concluída com decisão de seguinte teor:

Por estas razões, CONCEDO A SEGURANÇA almejada e extingo o processo sem julgamento de mérito, na forma do disposto no Artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para o fim de afastar a exigibilidade do PIS e da COFIAIS, nos moldes previstos no parágrafo 1º do artigo 3º da Lei n.º 9.718/98.

Honorários advocatícios indevidos nos termos da Súmula 512 do E. Supremo Tribunal Federal. Custas "ex lege":

Na esteira do entendimento do C. STJ (Rec. Especial n.º 687216) e da 33 Turma do E. T.R.F. da 3ª Região, fica esta sentença dispensada do reexame necessário em face do art. 475,

§ 2º do Código de Processo Civil.

Comunique-se ao E. TRF da 3 Região, via e-mail, a sentença proferida, tendo em vista o agravo noticiado, nos termos do artigo 149, III, do provimento COGE nº 64/05.

Como se pode depreender da leitura da sentença, ela concedeu a segurança tão somente para afastar a exigibilidade "nos moldes previstos no parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98", dispositivo este que entendia por receita bruta a "totalidade" das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ele exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

Evidentemente, este não é o caso dos ganhos líquidos em questão, que se enquadram no "caput" do citado artigo e não no seu "parágrafo 1º", decorrendo daí a ineficácia deste mandado de segurança em relação às matérias questionadas neste termo de verificação fiscal.

O conceito de faturamento acatado pelo STF exclui tão somente as receitas não operacionais, ou seja, aquelas não decorrentes da atividade regular explorada pela sociedade contribuinte. Em relação às instituições financeiras, integram seu faturamento todas as receitas típicas da atividade de intermediação financeira, como o spread.

Assim, se é verdade que as receitas financeiras não se enquadram no conceito de faturamento para a quase totalidade das pessoas jurídicas, no caso das instituições financeiras essas receitas decorrem diretamente da consecução de seu objeto social.

Por esses motivos, o reconhecimento da inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei n.º 9.718/98 pelo Supremo Tribunal Federal, não afasta, pura e simplesmente a incidência em relação às instituições financeiras ou entidades a elas equiparadas. A incidência é afastada apenas quanto às receitas não provenientes das atividades típicas e características de intermediação financeira.

No presente caso, restou plenamente comprovado que, de fato, os ganhos líquidos auferidos nas vendas das ações da Bovespa Holding S.A. e da BM&F S.A. decorreram da atividade regular explorada pela contribuinte e da consecução de seu objeto social sendo, portanto, "receitas operacionais" que compõem as "receitas brutas da pessoa jurídica".

DOS LANÇAMENTOS DE OFÍCIO

A inobservância às regras estabelecidas na legislação fiscal em vigor enseja a adoção de medidas fiscais de ofício, nos termos do art. 149, incisos I e VI, da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).

O crédito tributário será constituído e exigido através dos autos de infração da Contribuição ao Programa de Integração Social e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social,

lavrados com base no artigo 10 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, dos quais o presente termo de verificação fiscal fará parte integrante.

As apurações foram efetuadas de acordo com o art. 149, inciso I, da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), combinado com o art. 911 do Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999, RIR/99, por inobservância aos artigos 2º e 3º da Lei n.º 9.718, de 27 de novembro de 1998.

Nos campos "Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal", constantes dos autos de infração e de seus respectivos demonstrativos de cálculo, encontram-se mencionados outros dispositivos legais que complementam os citados no presente termo, inclusive no tocante a juros de mora e a penalidades aplicáveis.

DA CONCLUSÃO

A ação fiscal se ateve exclusivamente aos fatos aqui abordados, ressaltando-se à Fazenda Nacional o direito de sempre proceder a novos exames, diante de elementos supervenientes que os justifiquem.

Do que, para constar e produzir os efeitos legais, lavramos o presente termo em três vias de igual teor e forma, uma das quais é entregue neste ato ao representante da empresa."

Por seu turno, reconhecendo expressamente que a impugnação atendia aos requisitos de admissibilidade, a r. decisão de fls. 533/554 da 7ª Turma da DRJ de São Paulo - SP houve por bem "julgar procedentes" os lançamentos de PIS e de COFINS, aos fundamentos sintetizados em sua ementa nos seguintes termos:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2007

RECEITA DECORRENTE DA VENDA DE AÇÕES DAS SOCIEDADES BOVESPA HOLDING S/A E BM&F S/A, RECEBIDAS EM DECORRÊNCIA DA DESMUTUALIZAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES BOVESPA E BM&F. CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES NO ATIVO CIRCULANTE.

O recebimento de ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A, em decorrência das operações de desmutualização das bolsas de valores, caracteriza-se como aquisição de ativo, e não como mera troca ou substituição. Demonstrada desde o início a intenção de venda no curto prazo, devem as ações serem classificadas no ativo circulante, e não no ativo permanente, não cabendo a exclusão da receita decorrente de sua venda da base de cálculo do PIS.

DESMUTUALIZAÇÃO DAS BOLSAS DE VALORES. VENDA DAS AÇÕES DA BM&F S/A NA OFERTA PÚBLICA INICIAL PELA PESSOA FÍSICA DO SÓCIO. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. ABUSO DE DIREITO.

Não produzem efeitos perante o Fisco as operações realizadas sem propósito negocial, com o único intuito de economia

tributária, especialmente quando se constata a ocorrência de abuso de direito, vício que macula o negócio jurídico de ilicitude. Mantém-se a desconsideração da venda das ações da BM&F S/A realizada pela pessoa física do sócio da corretora, tributando-se a pessoa jurídica pelos ganhos obtidos.

CONCEITO DE FATURAMENTO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E ASSEMELHADAS. INCLUSÃO DAS RECEITAS DA ATIVIDADE EMPRESARIAL TÍPICA. INAPLICABILIDADE DE DECISÃO JUDICIAL QUE AFASTA APENAS O §1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98, PARA FINS DE CANCELAR A MULTA DE OFÍCIO LANÇADA.

O faturamento deve ser entendido como a totalidade das receitas decorrentes da atividade empresarial típica, o que, no caso das corretoras de câmbio e títulos, inclui a compra e venda de ações de carteira própria.

Tais receitas estão albergadas no “caput” do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, não tendo sido afastadas por decisão judicial que apenas considerou inconstitucional o §1º do referido artigo. Mantém-se a incidência da multa de ofício de 75%, tendo em vista inexistir causa suspensiva da exigibilidade do tributo.

LANÇAMENTO DE COFINS.

Aplicam-se ao lançamento da COFINS as mesmas conclusões e razões de decidir consideradas para o lançamento do PIS, por serem comuns os seus fundamentos fáticos e jurídicos.

Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido”

Nas razões de Recurso Voluntário (constante de arquivo em PDF sem numeração de páginas do processo físico) oportunamente apresentadas a ora Recorrente sustenta a insubsistência parcial da r. decisão recorrida na parte em que manteve a exigência fiscal tendo em vista: a) preliminarmente a impossibilidade de decisão isolada em relação ao PIS e COFINS oriundos de ações fiscalizatórias de IRPJ e CSLL, com exigibilidades normal e suspensa, que na mesma data, foram julgados pela mesma DRJ/SP1, e que foram, que cuidam de cobranças tributárias que têm como premissa o pretense "abuso de formas ou de direito" na desmutualização das Bolsas de Valores de São Paulo, em 2007 (Processo no 16327.720692/2011-24, Acórdão 16-35.928 - 7a Turma da DRJ/SP1, Assunto: Imposto de Renda sobre a Renda de Pessoa Física - IRPJ e Processo no 16.327.720691/2011-80, Acórdão 16-35.927 - 7a Turma da DRJ/SP1, Assunto: Exigibilidade suspensa); b) que o v. Acórdão exarado pelo Poder Judiciário em Mandado de Segurança impetrado, anexo ao Recurso e ainda não definitivamente julgado à data da r. decisão recorrida teria exonerado a Recorrente dessas contribuições sociais sobre o faturamento com a mesma extensão que livrou as empresas não-financeiras; c) a inaplicabilidade do art. 116 do CTN eis que seria norma de eficácia contida que dependeria de regulamentação, o que impediria a desconsideração de negócios jurídicos e autuação por abuso de forma pela d. Fiscalização; d) impossibilidade da alegação de ganhos garantidos pelo sócio pessoa física, em função do "conhecimento que o preço esperado do IPO estaria entre R\$ 14,50 e R\$ 16,50, para justificar a falta de qualquer propósito comercial; e) que o conceito utilizado pelo D. AFTN é contraditório com aquele que o mercado adota numa relação de compra e venda de posições relevantes, que são as transferências de controle por exemplo; f) que os valores pactuados pela RECORRENTE eram razoáveis naquela data e que

se fossem usados os parâmetros de preço estabelecidos nesta operação independente, os ganhos seriam até maiores para o acionista, o que se conclui que se a operação realizada tivesse como intuito o planejamento tributário, as suas características seriam outras conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade; g) que pela dissolução parcial da Corretora Souza Barros ocorrida em março de 2002, cuja ação foi interposta em 30/08/02, um litígio se instaurou entre os sócios, principalmente com referência aos valores devidos ao sócio excluído, razão pela qual a alegação de ato ilícito de forma a invalidar os atos praticados pela empresa nos termos do artigo 187, não tem como se manter; h) que diferentemente do que sustenta a RFB e seus representantes (AFTN "s), não houve devolução de capital às corretoras na desmutualização das bolsas, mas a natureza jurídica adequada da operação é de substituição de títulos sociais por ações, figura da lei societária, que não tem parâmetro na lei civil ou tributária, mas que certamente não equivale à baixa, alienação, permuta, etc.; i) que a cisão tem a natureza sucessória para fins de classificação contábil dos ativos, de forma que um ativo permanente da cindida continua sendo um ativo permanente na sucessora e, portanto a conversão dos títulos em ações, pela própria Bolsa, foi mera substituição de ativos de pouca liquidez por outros ativos, equivalentes, de maior liquidez, porém sempre dentro da mesma esfera de propriedade; j) que as Corretoras não adquiriram ações da BOVESPA, mas substituíram os títulos patrimoniais pelas ações, tampouco trocaram esses ativos (hipótese em que haveria aquisição) porque a BOVESPA não poderia permutar os títulos de seu próprio "capital", como ato de gestão ordinária, e portanto foram as próprias Corretoras, como associadas da BOVESPA, que determinaram em AGE a substituição dos títulos por ações.

É o relatório.

Voto

Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, Relator

Consoante esclarecem o TVF, e a própria Recorrente o MPF inaugural da ação fiscal, visava auditoria de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS e tinha como premissa o pretenso "abuso de formas ou de direito" na desmutualização das Bolsas de Valores de São Paulo, em 2007, resultando exigências originalmente afetas a IRPJ e CSLL (Processo no 16327.720692/2011-24, Acórdão 16-35.928 - 7a Turma da DRJ/SP1, Assunto: Imposto de Renda sobre a Renda de Pessoa Física - IRPJ e Processo no 16.327.720691/2011-80, Acórdão 16-35.927 - 7a Turma da DRJ/SP1, Assunto: Exigibilidade suspensa).

Portanto, desde logo verifico que a matéria tratada nestes autos versa sobre exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ, cuja competência para julgamento pertence à 1ª Seção do CARF, consoante expressamente dispõe o Regimento Interno do CARF, no Anexo II, em seu art. 2º, "in verbis":

“Art. 2º À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

(...)

IV - demais tributos, quando procedimentos conexos, decorrentes ou reflexos, assim compreendidos os referentes às exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ;

(...)

VI - penalidades pelo descumprimento de obrigações acessórias pelas pessoas jurídicas, relativamente aos tributos de que trata este artigo; e

(...)”

Dos preceitos expostos, não resta dúvida que tratando-se de autuação que tem por objeto supostas exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ, a matéria submetida a julgamento é da competência é da 1ª Seção do CARF, não cabendo manifestação desta 3ª Seção.

Isto posto, preliminarmente voto no sentido de não conhecer da matéria relativa a exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ, ora submetida à apreciação desta C. Câmara e declinar a competência, para seu exame pela 1ª Seção, sendo que após ciência do acórdão à interessada, os autos deverão ser encaminhados à 1ª Seção do CARF.

É como voto.

Sala das Sessões, em 27 de setembro de 2012.

FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA