



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

Processo n° 16327.720693/2011-79
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1401-002.157 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de fevereiro de 2018
Matéria PIS/COFINS
Recorrente CORRETORA SOUZA BARROS CÂMBIO E TÍTULOS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Exercício: 2007

PIS. COFINS. DESMUTUALIZAÇÃO DAS BOLSAS. ALIENAÇÃO DAS AÇÕES RECEBIDAS. VENDA DE ATIVO IMOBILIZADO. NÃO INCIDÊNCIA.

Os títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F dos associados foram somente substituídos por ações da Bovespa Holding S.A e da BM&F S.A, havendo simples “troca” dos ativos - em devolução e dissolução patrimonial, e não “aquisição” das referidas ações que demandem nova reclassificação contábil. As ações substituídas pelos títulos recebem o mesmo tratamento fiscal e contábil a que eles estavam sujeitos.

A classificação como ativo permanente deve ser observada no momento da sua aquisição, e o investimento original não foi realizado com o fim de se obter ganho por sua venda. Era um ativo permanente porque adquirido originariamente com o objetivo de dar participação à entidade e trazer desenvolvimento de suas atividades; e que foi trocado por outro ativo, e que se colocado à venda, não perde a característica de um ativo permanente.

Em razão disso, não há o que se falar em incidência de PIS e COFINS.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Exercício: 2007

PIS. COFINS. DESMUTUALIZAÇÃO DAS BOLSAS. ALIENAÇÃO DAS AÇÕES RECEBIDAS. VENDA DE ATIVO IMOBILIZADO. NÃO INCIDÊNCIA.

Os títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F dos associados foram somente substituídos por ações da Bovespa Holding S.A e da BM&F S.A, havendo simples “troca” dos ativos - em devolução e dissolução patrimonial, e não “aquisição” das referidas ações que demandem nova reclassificação

contábil. As ações substituídas pelos títulos recebem o mesmo tratamento fiscal e contábil a que eles estavam sujeitos.

A classificação como ativo permanente deve ser observada no momento da sua aquisição, e o investimento original não foi realizado com o fim de se obter ganho por sua venda. Era um ativo permanente porque adquirido originariamente com o objetivo de dar participação à entidade e trazer desenvolvimento de suas atividades; e que foi trocado por outro ativo, e que se colocado à venda, não perde a característica de um ativo permanente.

Em razão disso, não há o que se falar em incidência de PIS e COFINS.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente.

(assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Livia de Carli Germano (Vice-Presidente), Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa, Abel Nunes de Oliveira Neto, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva e Letícia Domingues Costa Braga.

Relatório

1. Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Curitiba (PR) que manteve o crédito tributário decorrente do auto de infração lavrado em decorrência de supostas infrações à legislação tributária, referente ao ano calendário de 2007 por meio dos quais são exigidos da Recorrente, a Contribuição ao Programa de Integração - (PIS/PASEP) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - (COFINS), tendo os créditos consolidados nos valores indicados às Fls. 285 e 291 do TVF.

2. O procedimento fiscal junto ao sujeito passivo acima identificado, restringiu-se à verificação da regularidade fiscal pertinente pela falta de recolhimento sobre os ganhos obtidos com as vendas das ações envolvidas nos processos de “desmutualização das bolsas” - ocorrida no ano de 2007, envolvendo as associações civis sem fins lucrativos - Bolsa de Valores de SP (Bovespa) e a Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F).

3. Extrai-se do Termo de Verificação Fiscal – TVF (fls.229/269), que no processo de Desmutualização das Bolsas, "os títulos patrimoniais passaram a ter valores ínfimos, ou foram extintos, mas as pessoas que os detinham, PF ou PJ, foram recompensadas com o recebimento de ações representativas dos novos capitais, das sociedades constituídas”.

4. “No Termo de Adesão ao Instrumento Particular de Assunção de Obrigações Celebrado no Âmbito da Bolsa de Mercadorias & Futuros – BM&F, a Corretora Souza Barros consta como aderente, assumindo a obrigação de alienar 35% das ações que lhe foram atribuídas na desmutualização, sendo 10% ao investidor estratégico General *Atlantic* e 25% no IPO. No entanto, a corretora não constou no prospecto preliminar do IPO da BM&F como acionista vendedor, mas sim o seu sócio Marcos de Souza Barros, que havia formalizado sua adesão ao IPO em 05.11.2007, ofertando 8.891.662 ações”.

5. Afirma a Fiscalização, que “a alienação das ações da BM&F S/A ao sócio da corretora enquadra-se como planejamento tributário, de maneira que o seu acionista majoritário (que detinha 99,9% do capital da sociedade, sendo que o outro sócio, com 0,01%, é seu filho) fosse contemplado com um ganho de capital na oferta pública com a menor incidência possível de tributos, já que a incidência se daria na pessoa física”.

6. No tocante a desmutualização da Bovespa, ao compulsar dos autos, nota-se que a Autuação Fiscal informa que “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”.

7. O Auditor Fiscal afirma que a classificação no Ativo Permanente das ações vendidas em 2007 está incorreta, já que, antes mesmo de recebê-las, o contribuinte assumira compromisso de alienar parte delas.

8. Aduz a fiscalização, que “os patrimônios das "associações", que não tinham fins lucrativos foram revertidos em favor das novas "sociedades empresariais", já nascidas com interesses voltados para os lucros. (...) Ao receberem as novas ações os associados deixaram de ter participações de natureza meramente associativa, passando ter participações societárias com "status" de acionistas”.

9. Informa a fiscalização, que a recorrida ao ser intimada para esclarecer acerca da existência ou não de recolhimentos do PIS e/ou da COFINS, relacionados a valores envolvidos nos processos de desmutualização, "apresentou peças processuais relativas ao Mandado de Segurança nº 2007.61.00.001337-3, em trâmite na 7ª Vara Cível da Justiça Federal - Seção Judiciária do Estado de São Paulo”.

10. Segundo entendimento da fiscalização, “os ganhos líquidos auferidos nas vendas das ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A decorreram da atividade regular explorada pelo contribuinte e da consecução do seu objeto social, devem compor o seu faturamento”.

11. Argumenta que “o conceito de faturamento acatado pelo STF exclui tão somente as receitas não operacionais, ou seja, não decorrentes da atividade regular explorada pelo contribuinte. Em relação às instituições financeiras, integram o seu faturamento todas as receitas típicas da atividade de intermediação financeira, como o “spread”. Embora não se

enquadrem no conceito de faturamento para a maioria das pessoas jurídicas, as receitas financeiras, para as instituições financeiras, decorrem diretamente da consecução do seu objeto social”. E que, portanto, “restou comprovado que, de fato, os ganhos líquidos auferidos nas vendas das ações da Bovespa Holding S.A e da BM&F S.A decorrem da atividade regular explorada pela contribuinte, receitas operacionais que compõe as receitas brutas da pessoa jurídica”.

12. Cientificado da autuação em 20/06/201 (fl. 269), **o interessado apresentou impugnação em 19/01/2011 (fls. 285/325)**, na qual alegou:

i) **DA CLASSIFICAÇÃO CONTÁBIL DAS AÇÕES RECEBIDAS:** Aduz a impugnante que o entendimento tradicional da RFB era a de que um bem ou direito original e corretamente classificado no ativo permanente não poderia ser reclassificado para o circulante, em virtude de poder ser vendido. Alega que "quando uma entidade transforma seu tipo societária ou associativo, como se deu com as bolsas, a acepção jurídica adequada é substituição de ativos por outros ativos”;

ii) Informa que “os títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F eram classificados no ativo permanente e isso não comporta controvérsias, pois se destinavam à exploração da atividade das corretoras (negociar em bolsas)”;

iii) Requereu a impugnante, o afastamento da multa e dos juros dos autos de infração, que se prestaria apenas para prevenir a decadência, em virtude “da existência de sentença concessiva da segurança no Mandado de Segurança nº 2007.61.00.0013373, confirmada pelo TRF da 3ª Região, afastando a aplicação do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98”;

iv) **DO ABUSO DE DIREITO:** Alega a impugnante “que não há no ordenamento jurídico dispositivo legal que caracterize a hipótese de tal figura, ou que indique quais são os elementos que, com a desconstituição dos atos, darão as diretrizes da nova realidade. Por isso, o lançamento é ilegal e nulo. E que a Administração Pública (incluindo-se o AFRFB), deve respeitar os estritos termos legais, sem qualquer margem para discricionariedade ou invenção” (...) Afirma “que ainda que houvesse necessidade de identificar uma razão não fiscal para a venda das ações da impugnante ao sócio Marcos Souza Barros, argumenta que há no caso inúmeras justificativas, de caráter societário”;

v) **DO PREÇO PRATICADO DE R\$ 11,00:** Argumenta que “ o preço praticado de R\$ 11,00 na venda das ações para o sócio, considerado pelo autuante inadequado, por ter tomado como base o preço da alienação praticado com a *General Atlantic*, já que naquela operação a quantidade de ações foi muito superior, a impugnante afirma que tal critério não se aplica no mercado de títulos e valores mobiliários. Na realidade, na venda de grande lotes de ações, os controladores conseguem normalmente preço superior ao do mercado em geral, pois a alienação pressupõe transferência de controle. Tanto é assim que a Lei nº 10.303/2001 inseriu no sistema legal o conceito de “tagalong”, ou seja, a obrigação de quem adquire o controle acionário de uma empresa de praticar preços no máximo 20% mais baixos do que os praticados com a compra do controle, para a compra dos minoritários”;

vi) SOBRE AS CLÁSULAS CONTRATUAIS DE NATUREZA RESOLUTÓRIA: Afirma que havia uma expectativa de que o preço no IPO alcançasse patamares entre R\$ 14,50 e R\$ 16,50, como se verifica nos prospectos de preço, e que o ofertante determinou como piso mínimo o valor de R\$ 14,00 para a realização da operação. Porém este valor estava condicionado à necessidade de se realizar a operação, pois desde já se arrastava uma discussão judicial entre o sócio majoritário Sr. Marcos e o ex. sócio Sr. Álvaro de Souza Barros, como era de conhecimento do público em geral”;

vii) Diz que “havia a necessidade de a venda ser realizada pelo sócio, e não pela corretora, devido a um litígio entre ele e seu irmão, Álvaro de Souza Barros, acionista minoritário da companhia, cuja origem remonta a agosto de 2002, quando é proposta ação de dissolução da sociedade e devolução de haveres ao autor. Conclui que a operação, na forma como realizada, não ocorreu simplesmente pelo interesse na redução da carga tributária, mas se deu por conta de uma complexa disputa judicial onde o sócio majoritário, com o objetivo de manter a responsabilidade na formação do IPO, transferiu as ações para sua propriedade para futuramente realizá-las, com o objetivo de se evitar o bloqueio destes bens, o que poderia inviabilizar o processo”;

viii) Requereu o “cancelamento integral do auto de infração, caso provida a argumentação da classificação contábil do ativo permanente para as ações “desmutualizadas”, ou que seja provida a impugnação para cancelar juros e multa, se o auto de infração visou apenas à prevenção da decadência”.

13. O Acórdão ora Recorrido (1636.018 - 7ª Turma da DRJ/SP1) recebeu a seguinte ementa:

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.

14. Isto porque, segundo entendimento da Turma, “o que ocorreu, na realidade, dissolução (parcial, no caso da Bovespa) das associações, sendo o seu patrimônio devolvido aos associados, que, ato contínuo, adquiriram ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A, tornando-se seus sócios. Não se trata aqui de aplicar o Parecer CST nº 3/80, no sentido de que um bem ou direito original e corretamente classificado no ativo permanente não poderia ser reclassificado para o circulante, em virtude de poder ser vendido. Não há, na hipótese, venda de ativo (ações) já anteriormente classificadas no ativo permanente, e que estariam sendo reclassificadas para o ativo circulante, mas sim contabilização no ativo circulante já no momento de sua aquisição, devido à intenção de venda no curto (curtíssimo) prazo”.

15. Quanto à alegação de Abuso de Direito, a Turma julgadora concluiu que “da maneira como realizado o negócio jurídico, pretendia-se, além de economizar tributo, tornar ineficaz provimento judicial no sentido de bloquear a transação, caso realizada pela corretora, ou de reservar a quantia necessária a satisfazer o direito do sócio minoritário, em discussão na ação de dissolução da sociedade. Tratando-se de ato ilícito, de certo o ordenamento jurídico não pode tutelar os efeitos pretendidos pelo agente, entre os quais se inclui a economia tributária almejada, independentemente, até mesmo, do que prevê o parágrafo único do artigo 116 do CTN”.

16. Acerca do Mandado de Segurança impetrado pelo recorrente, verificou-se *in casu*, “que o contribuinte não discute as particularidades da aplicação da legislação à sua atividade empresarial, mas sim a inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da lei, entendendo que, após a decisão do STF, volta a valer o conceito de faturamento contido na Lei Complementar nº 70/91 (receita bruta das vendas de mercadorias e prestação de serviços). Não chega também a discutir o que se pode entender como serviço para as instituições financeiras e assemelhadas. O pedido é no sentido de afastar a exigibilidade do PIS e da COFINS nos moldes daquele §1º. (...) Dessa forma, considero que no Mandado de Segurança nº 2007.61.00.0013373 não se tratou da incidência do PIS e da COFINS em relação à receita obtida pela impetrante no exercício de suas atividades típicas, e, mesmo tendo sido afastada a aplicação do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, a tributação de que se trata nestes autos está amparada amparada pelo “caput” do mesmo artigo, em conformidade com o entendimento do Auditor Fiscal autuante”.

17. Intimado da decisão do Acórdão em 24/02/2012 (fl.557), o contribuinte apresenta **Recurso Voluntário em 22/03/2012** (fls.558/608), trazendo em seu bojo os seguintes argumentos:

i) Preliminarmente, requereu a reunião dos processos de nº 16327.720692/2011-24 e 16.327.720691/2011-80, por tratar-se de matéria conexa ao presente processo, oriundos de ações fiscalizatórias de IRPJ e CSLL, que sem encontram com a exigibilidade do crédito tributário normal/suspensa;

ii) DA DECISÃO JUDICIAL CONCOMITANTE - PREJUDICIALIDADE: Alega o contribuinte que na data em que o acórdão recorrido foi proferido, ainda não havia terminado o julgamento final do processo judicial que discute a incidência do PIS/COFINS. Entretanto, o acórdão transitou em julgado somente em 2012, exonerando o contribuinte do recolhimento do PIS/COFINS sobre as receitas operacionais de corretora;

iii) ART. 116 CTN - EFICÁCIA CONTIDA X EFICÁCIA LIMITADA: Aduz a recorrente acerca da 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 Fiscalização;

iv) DA IMPOSSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE GANHOS GARANTIDOS PELO SÓCIO PESSOA FÍSICA (...): Discorre acerca da “impossibilidade de ganhos garantidos pelo sócio em função da “expectativa de que o preço de negociação alcançasse patamares entre R\$ 14,50 e R\$ 16,50. O ofertante, por sua vez, determinou um piso mínimo na negociação de suas ações, valor este de R\$ 14,00”;

v) DA MANUTENÇÃO DO AUTO PELO ENTENDIMENTO DA OCORRÊNCIA DE VÍCIO DE NEGÓCIO JURÍDICO: Alega que as operações acerca da venda das ações da bm&f ao sócio, são completamente distintas. Uma vez que "uma venda é da Corretora ao Sr. Marcos de Souza e a outra é a venda destas ações e o fundamento desta venda foi pela possibilidade de o Sr. Álvaro pudesse bloquear a venda das ações." (...) Argumenta ainda, 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”.

vi) **DA DESMUTUALIZAÇÃO - DEVOLUÇÃO DE CAPITAL AO SÓCIO:** Alega que "quando uma entidade transforma seu tipo societária ou associativo, como se deu com as bolsas, a aceção jurídica adequada é substituição de ativos por outros ativos. (...)" 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”;

vii) **CLASSIFICAÇÃO CONTÁBIL DAS AÇÕES RECEBIDAS NA DESMUTUALIZAÇÃO:** Argumenta “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”;

viii) Alega por fim, que “as Corretoras não adquiriram ações da BOVESPA, elas substituem os títulos patrimoniais pelas ações, tampouco trocaram esses ativos, porque a BOVESPA não poderia permutar os títulos de seu próprio capital, como ato de gestão ordinária”;

ix) Requereu o cancelamento do auto de infração lavrado.

18. Autos encaminhado ao CARF para julgamento do Recurso Voluntário interposto.

19. Às fls. 659/717 consta **Acordão de nº 3402-001.914** da 4ª Câmara/ 2ª Turma Ordinária/ 3ª seção, de 27/09/2012, que declinou da competência, por tratar-se de matéria relacionada à prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ, matéria de competência da 1ª Seção do CARF.

20. Às fls. 688/692 dos autos, consta **petição do Contribuinte** requerendo a distribuição dos processos conexos de nº (16327.720692/2011-24 e 16327.720691/2011-80), para as mesmas turmas e Câmara (1ª Turma da 2ª Câmara), a fim de evitar divergência decisória.

21. Em 26/08/2014 foi proferida a Resolução n. **1201-000.142 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária** (fls. 701 a 701), pelo então Relator Cons. Marcelo Cuba Neto, convertendo o julgamento em diligência para que os presentes autos tramitassem em conjunto com o processo conexo nº 16327.720692/2011-24.

22. Em que pese o quanto determinado em diligência, o processo permaneceu vinculado ao Conselheiro Marcelo Cuba Neto, não tendo sido apensado ao processo principal.

23. Em 04/02/2016 foi proferido o Acórdão de n. 1201-001.360 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, proferido pelo Relator Marcelo Cuba Neto, onde declinou a competência para a 3ª Seção.

24. Na mesma oportunidade, o Conselheiro Relator julgou o Processo principal, sendo formalizado o Acórdão n. 1201-001.359, onde negou provimento, por maioria de votos, ao Recurso Voluntário do contribuinte, tendo recebido a seguinte ementa:

NORMA GERAL ANTIELISIVA. EFICÁCIA.

O art. 116, parágrafo único, do CTN requer, com vistas a sua plena eficácia, que lei ordinária estabeleça os procedimentos a serem observados pelas autoridades tributárias dos diversos entes da federação ao desconsiderarem atos ou negócios jurídicos abusivamente praticados pelos sujeitos passivos.

No que concerne à União, há na doutrina nacional aqueles que afirmam ser ineficaz a referida norma geral antielisiva, sob o argumento de que a lei ordinária regulamentadora ainda não foi trazida ao mundo jurídico. Por outro lado, há aqueles que afirmam ser plenamente eficaz a referida norma, sob o argumento de que o Decreto nº 70.235/72, que foi recepcionado pela Constituição de 1988 com força de lei ordinária, regulamenta o procedimento fiscal.

Dentre as duas interpretações juridicamente possíveis deve ser adotada aquela que afirma a eficácia imediata da norma geral antielisiva, pois esta interpretação é a que melhor se harmoniza com a nova ordem constitucional, em especial com o dever fundamental de pagar tributos, com o princípio da capacidade contributiva e com o valor de repúdio a praticas abusivas.

ATO JURÍDICO. ABUSIVIDADE.

Revela-se abusiva e, portanto, deve ser desconsiderada para fins tributários, a alienação de ações da BM&F S.A. promovida pela a pessoa jurídica a seu sócio majoritário pouco antes da oferta pública inicial daquelas ações, quando provado que tal alienação foi realizada com o único propósito de reduzir a incidência dos tributos e contribuições que seriam devidos pela pessoa jurídica se fosse ela própria a participar da IPO.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2007

IRPJ E CSLL. FALTA DE PAGAMENTO POR ESTIMATIVA. MULTA ISOLADA. CABIMENTO.

A partir do advento da Medida Provisória nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, tornou-se juridicamente indiscutível o cabimento da incidência da multa isolada pela falta de pagamento das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, ainda que cumulativamente haja imposição da multa de ofício proporcional ao imposto e à contribuição devidos ao final do respectivo ano-calendário.

IMPOSTO PAGO PELA PESSOA FÍSICA. REQUALIFICAÇÃO.

Requalificada juridicamente, por abusiva, a operação de alienação das ações da BM&F pela contribuinte a seu sócio majoritário S.A., deve-se requalificar também o imposto de renda efetivamente pago pela pessoa física do sócio naquela operação.

24. Em 18/05/2016 foi proferido o Acórdão de nº 3402-003.075 da 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária/3ª Seção, que declinou da competência para a 1ª seção do CARF, em virtude de alterações na legislação interna - RICARF (dada suas alterações pela Portaria de nº 152/2016), que “prevê a competência da 1ª seção de julgamento do CARF para a solução do caso da recorrente, uma vez que se trata de processos sobre Contribuição ao PIS e COFINS reflexos ao IRPJ, formalizados com base nos mesmos elementos de prova”. Desse modo, determinou, mais uma vez, o encaminhamento do processo para o Relator original do Processo Principal n. 16327.720692/2011-24, o Conselheiro Marcelo Cuba Neto.

25. Então, os autos viram distribuídos para este Relator.

26. É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva - Relator.

Observo que as referências a fls. feitas no decorrer deste voto se referem ao e-processo.

A controvérsia posta cinge-se a determinar o tratamento tributário a ser aplicado à receita da venda das ações recebidas pelo Contribuinte em substituição aos títulos patrimoniais que detinha da BM&F e da Bovespa, no processo chamado de "desmutualização", para efeitos de incidência das contribuições devidas ao Programa de Integração Social PIS e ao Financiamento da Seguridade Social COFINS.

A "desmutualização das bolsas de valores", consistiu em um conjunto de atos societários por meio dos quais a Bovespa e a BM&F sofreram abertura de capital, tendo ocorrido a cisão parcial das referidas entidades associativas sem fins lucrativos e incorporação da parcela do capital cindido pelas sociedades anônimas (com fins lucrativos) Bovespa Holding S/A ("Bovespa Holding") e BM&F S/A ("BM&F S/A"), respectivamente. Nesta operação de cisão parcial seguida de incorporação, os detentores de títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F passaram a ser titulares de ações representativas do capital da Bovespa Holding e da BM&F S/A, respectivamente, recebidas em substituição aos antigos títulos.

O caso não é novo neste Conselho, havendo decisões em todos os sentidos.

Segundo o TVF, no Termo de Adesão ao Instrumento Particular de Assunção de Obrigações Celebrado no Âmbito da Bolsa de Mercadorias & Futuros – BM&F, a Corretora Souza Barros consta como aderente, assumindo a obrigação de alienar 35% das ações que lhe foram atribuídas na desmutualização, sendo 10% ao investidor estratégico General *Atlantic* e 25% no IPO. No entanto, a corretora não constou no prospecto preliminar do IPO da BM&F como acionista vendedor, mas sim o seu sócio Marcos de Souza Barros, que havia formalizado sua adesão ao IPO em 05.11.2007, ofertando 8.891.662 ações.

Com a alienação da Pessoa Jurídica para o seu sócio majoritário, a Contribuinte auferiu resultado positivo, mas não efetuou o recolhimento das contribuições para o PIS e para a COFINS sobre as operações, por entender se tratar de venda de ativo permanente, não sujeito à tributação.

No tocante a 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.

O Auditor Fiscal afirma que a classificação no Ativo Permanente das ações vendidas em 2007 está incorreta, já que, antes mesmo de recebê-las, o contribuinte assumira compromisso de alienar parte delas.

A venda das ações pela Contribuinte ao seu sócio foram realizadas pelo preço unitário correspondente ao valor de venda ajustado com a empresa General Atlantic.

Outrossim, com a posterior venda das ações pelo sócio na IPO, igualmente não houve tributação do PIS/COFINS.

Este fato deu ensejo à ação da Fiscalização e conseqüente constituição de crédito tributário, onde fora desconsiderada a venda das ações para a pessoa física, e promovida a tributação de todo o ganho diretamente pela pessoa jurídica.

Assim, ao contrário dos demais casos, o presente processo guarda esta peculiaridade, qual seja, a venda das ações da Contribuinte a seu sócio, que foi considerada abusiva pelo agente fiscal e pela DRJ.

Entretanto, antes de analisar a questão da legalidade ou não da operação realizada entre as partes, passo a analisar os pontos relativos à correta classificação contábil das ações (ativo circulante ou imobilizado), bem como a incidência do PIS/COFINS em tais operações. Isto porque, a depender do entendimento que esta Câmara chegue quanto a estes pontos, os demais restarão prejudicados uma vez que, mesmo desconsiderando a venda para o sócio, a tributação não subsistiria.

Da correta classificação contábil das ações recebidas no processo de desmutualização.

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

Assim como a Conselheira Érika Costa Camargos Autran no Processo 16327.720706/201118, permito-me valer dos fundamentos exarados pela Conselheira Vanessa Marini Ceconello no processo nº 16327.721116/201102, proferido com os seguintes fundamentos, que passam a integrar essa decisão, *in verbis*:

Antes de se adentrar à análise da controvérsia suscitada no presente processo administrativo, entende-se necessário tecer breves considerações quanto

(i) ao princípio da estrita legalidade; e,

(ii) à impossibilidade de o Fisco sobrepor-se à legislação privada.

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

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

[...] Deve o legislador, ao formular a lei, definir, de modo taxativo (numerus clausus) e completo, as situações (tipos) tributáveis, cuja ocorrência será necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária, bem como os critérios de quantificação (medida) do tributo. Por outro lado, ao aplicador da lei veda-se a interpretação extensiva e a analogia, incompatíveis com a taxatividade e determinação dos tipos tributários. À vista da impossibilidade de serem invocados, para a valorização dos fatos, elementos estranhos ao contidos no tipo legal, a tipicidade tributária costuma-se qualificar-se de fechada ou cerrada, de sorte que o brocardo nullum tributum sine lege traduz "o imperativo de que todos os elementos necessários à tributação do caso concreto se contenham e apenas se contenham na lei". [...] (grifou-se)

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

O art. 112 do CTN, por sua vez, também traz a interpretação restritiva como regra para as matérias referentes a infrações, penalidades e definição das hipóteses de incidência do tributo: in dubio pro reo. Constitui-se na forma de interpretação benigna preconizada pelo CTN "quando houver dúvida sobre a capitulação do fato,

sua natureza ou circunstâncias materiais, ou sobre a natureza ou extensão dos seus efeitos, bem como sobre a autoria, imputabilidade ou punibilidade, e ainda sobre a natureza ou graduação da penalidade aplicável (art. 112)”. Quanto ao tema, pertinente trazer a lição de Luciano Amaro, que conclui dizendo que em caso de dúvida, a solução a ser adotada é a mais favorável ao Sujeito Passivo, in verbis:

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

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

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

De outro lado, há que ser considerada a impossibilidade de o Fisco sobrepor-se às normas de direito privado, nos termos dos artigos 109 e 110 do CTN. O direito tributário, embora ramo do direito público, tem estreita relação com o direito privado, utilizando-se de muitos conceitos deste na sua codificação. Entretanto, a definição dos referidos conceitos presentes no direito tributário deve ser buscada na legislação de direito privado. Embora a legislação tributária possa se utilizar dos princípios do direito privado, não lhe é lícito alterar conceitos que estejam definidos na norma de direito privado.

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

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

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

Cumprе consignar que à Fiscalização não é permitido alterar o fato de ter ocorrido a cisão parcial das entidades, nos termos do art. 110 do CTN explicitado supra, uma

vez a operação ter sido aprovada em assembleia (que exerce a função de legislador dentro das instituições), prevalecendo o princípio da autonomia de vontade das partes. Além disso, os atos da transformação societária foram devidamente arquivados na Junta Comercial e no Registro Civil das Pessoas Jurídicas competentes, tornando-se válidos e definitivos no mundo jurídico.

A aplicação do art. 17 da Lei 9532/97 pelo Fisco para caracterizar a desmutualização como o processo em que houve a devolução do patrimônio em decorrência da extinção das associações, implica na exigência de tributo por analogia, o que é vedado pelo art. 108, §1º do CTN, conforme antes explicitado. No sentido da vedação de tributação por analogia, há precedentes desta Câmara Superior de Recursos Fiscais, como por exemplo o Acórdão CSRF nº 0105.059.

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

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

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

Na cisão seguida de incorporação, há a transferência de todos os direitos e obrigações dos negócios em curso da cindida para a incorporadora sucessão universal.

Assim, concordando com as supra citadas Conselheiras, também entendo que os títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F dos associados foram somente substituídos por ações da Bovespa Holding S.A e da BM&F S.A, havendo simples “troca” dos ativos – em devolução e dissolução patrimonial, e não “aquisição” das referidas ações que demandem nova reclassificação contábil.

Desta feita, as ações substituídas pelos títulos recebem o mesmo tratamento fiscal e contábil a que eles estavam sujeitos. O que não procede é tratar tais ativos como devolução do patrimônio da associação aos seus associados com posterior aquisição.

Dessa forma, considerando se tratar de mera substituição de títulos patrimoniais que, por sua vez, estavam registrados no ativo permanente, quando da substituição desses títulos por ações, devem observar idêntica qualificação contábil até o momento de sua alienação.

Ainda se alinha a nosso entendimento o fato de que o investidor que sofre a troca dos ativos não se obriga a informar o custodiante sobre a “nova aquisição”. A troca ocorre diretamente pelo custodiante sem motivação do investidor.

A classificação como ativo permanente deve ser observada no momento da sua aquisição, e o investimento original não foi realizado com o fim de se obter ganho por sua venda. Era um ativo permanente porque adquirido originariamente com o objetivo de dar participação à entidade e trazer desenvolvimento de suas atividades; e que foi trocado por outro ativo que podia agora ter sua classificação mantida, e que se colocado à venda, não perde a característica de um ativo permanente.

Tal posição também foi defendida no Acórdão n. 1103001.047 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária, que negou provimento ao recurso de Ofício mantendo a decisão da DRJ que entendeu em caso semelhante ter havido a cisão parcial:

BOLSAS DE VALORES CONSTITUÍDAS SOB A FORMA DE ASSOCIAÇÕES CIVIS. DESMUTUALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CISÃO.

Os acréscimos de valor dos títulos patrimoniais decorrentes de valorização do patrimônio social das bolsas de valores constituídas sob a forma de associações civis sem fins lucrativos não constituem receita nem ganho de capital das sociedades corretoras associadas, autorizando-se a sua exclusão na apuração do lucro real desde que não sejam distribuídos e formem reserva para oportuna e compulsória incorporação ao capital. As associações civis são passíveis de cisão, não se limitando tal instituto apenas às pessoas jurídicas reguladas especificamente pela Lei Societária (Lei 6.404/1976). A desmutualização das bolsas de valores processo de reorganização da sua estrutura societária, alterando-as de associações civis sem fins lucrativos para sociedades anônimas não resulta em receita tributável sujeita à incidência de IRPJ e CSLL nas corretoras decorrente da valorização dos títulos patrimoniais (avaliados pelo valor contábil atualizado pelo patrimônio líquido das bolsas) permutados por ações. Descabida a alegação do Fisco de devolução de patrimônio das bolsas às corretoras associadas.

Desta feita, pelos fundamentos acima relatados, entendo que deve ser dado provimento ao Recurso Voluntário do contribuinte, restando prejudicados os seus demais argumentos.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva

