



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

Processo nº 16327.721516/2012-91
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3202-001.178 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de abril de 2014
Matéria PIS/COFINS. DESMUTUALIZAÇÃO
Recorrente BANCO INTERCAP S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 05/08/1994 a 06/01/1998

DECADÊNCIA

Para fins de contagem do prazo previsto no §4º do art 150 do CTN, considera-se ano o período de doze meses contado do dia do início da contagem ao dia e mês correspondentes do ano seguinte (Lei 810/49).

O artigo 132 do Código Civil, por sua vez, determina que os prazos de meses e anos expirem no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência.

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

Classificam-se no Ativo Circulante as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente.

As ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A recebidas em decorrência da operação denominada desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA - e da Bolsa de Mercadorias & Futuros de São Paulo - BM&F, que foram negociadas dentro do mesmo ano, poucos meses após o seu recebimento, devem ser registradas no Ativo Circulante.

PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA OPERACIONAL. OBJETO SOCIAL. VENDA DE AÇÕES.

Nas sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, que têm por objeto social a subscrição de emissões de ações e/ou a compra e a venda de ações, por conta própria e de terceiros, a base de cálculo das contribuições sociais é o faturamento / receita bruta operacional, o que inclui, necessariamente, as receitas típicas da empresa auferidas com a venda de ações da BM&F S.A. e da Bovespa Holding S.A., recebidas em decorrência das operações societárias denominadas “desmutualização”.

MULTA. NATUREZA CONFISCATÓRIA.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa de ofício, nos moldes da legislação que a instituiu.

APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Não cabe a órgão administrativo apreciar arguição de inconstitucionalidade de leis ou mesmo de violação a qualquer princípio constitucional de natureza tributária. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária. Súmula CARF nº 02.

JUROS DE MORA. MULTA DE OFÍCIO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL

O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada; no mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os conselheiros Gilberto de Castro Moreira Junior e Thiago Moura de Albuquerque Alves. Designado para redigir o voto vencedor, nesta parte, o conselheiro Luís Eduardo Garrossino Barbieri. Ausente, temporariamente, a Conselheira Tatiana Midori Migiyama.

Irene Souza da Trindade Torres Oliveira - Presidente

Gilberto de Castro Moreira Junior – Relator

Luís Eduardo Garrossino Barbieri - Redator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Irene Souza da Trindade Torres, Gilberto de Castro Moreira Junior, Luís Eduardo Garrossino Barbieri, Charles Mayer de Castro Souza e Thiago Moura de Albuquerque Alves.

Relatório

Para melhor elucidação dos fatos ora analisados, transcrevo o relatório da decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis, que julgou improcedente a impugnação da Recorrente:

O presente processo trata de autos de infração decorrentes da falta de declaração e recolhimento pela contribuinte, em 11/2007, da Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) sobre as receitas operacionais auferidas com a venda de ações da Bolsa de Valores, Mercadorias & Futuros de São Paulo (BM&F S/A), na oferta pública inicial da distribuição secundária das ações recebidas (IPO Initial Public Offering) em decorrência do processo de desmutualização da BM&F. Exige-se de Cofins o valor de R\$ 2.885.709,01 e de Contribuição para o PIS o valor de R\$ 468.927,71, valores que foram acrescidos de multa de ofício e juros de mora.

Do Relatório Fiscal

Integra o auto de infração o “Termo de Verificação Fiscal” onde a autoridade fiscal relata: em 28/08/2007 o Banco Intericap S.A., na qualidade de Sócio Majoritário da Distribuidora Intericap de Títulos e Valores Mobiliários Ltda., em Assembléia Geral Extraordinária deliberou e aprovou a cisão parcial desta sociedade com versão da parcela cindida ao Banco Intericap S.A; o acervo da Distribuidora Intericap cindido consistiu dos Títulos Patrimoniais da Associação Bolsa de Mercadorias & Futuros dos quais era detentora; em AGE de 19/09/2007, os sócios (pessoas físicas) do Banco Intericap S.A. deliberaram e aprovaram a redução de capital do Banco a ser realizada com a entrega de parcela de 65% dos títulos patrimoniais da Associação BM&F aos seus sócios; assim, o Banco Intericap passou a deter a parcela de 35% dos títulos patrimoniais da BM&F; em 12/10/2007 – com a desmutualização da Associação Bolsa de Mercadorias & Futuros, em substituição aos seus títulos patrimoniais, a contribuinte recebeu 9.869.625 ações da Bolsa de Mercadorias & Futuros S.A.

Em relação à venda desses 35% de ações recebidas, ocorridas em 16 e 30/11/2007, a autoridade fiscal informa que, intimada, a contribuinte informou à fiscalização ter obtido um resultado de R\$ 53.983.836,89.

Além da venda das ações acima, a contribuinte informou que:

Em 31/10/2007, a BM&F e os Bancos coordenadores do processo IPO solicitaram um adicional de oferta pública de 10% das ações da BM&F, perfazendo um total de 45% das ações a serem vendidas. A oferta pública adicional foi contemplada com parte das ações de propriedade dos acionistas do Banco, mediante contrato de adesão (documento em anexo).

Em relação a este percentual de 10% ações, a autoridade fiscal coloca que, embora o contribuinte informe que a oferta pública adicional tenha sido contemplada com “parte das ações de propriedade dos acionistas do Banco”, o fato é que a “propriedade” das referidas ações só poderia ser considerada dos acionistas do Banco após aprovação da redução de capital por parte do Banco Central do Brasil, que, por disposição da Lei, é o órgão que pode autorizar tal ato, o que se deu após a venda das ações pelo Banco Intericap S/A. Menciona que além da não aprovação do ato de redução de capital antes da data da venda das ações, a própria ata da AGE esclarece que: redução de capital social e a conseqüente alteração do “caput” do artigo 5º do estatuto Social da Companhia, ora deliberadas, somente se tornarão efetivas após o prazo de 60 (sessenta) dias para oposição de credores, contados da publicação da presente ata, nos termos do artigo 174 da lei nº 6.404/76.

Informa que a fiscalizada ofereceu, em nome da Distribuidora Intercap, o total de 3.454.444 ações para venda (conforme Prospecto Definitivo de Oferta Pública de Distribuição Secundária de Ações Ordinárias de Emissão da BM&F S.A.), mas que na apuração do resultado da venda das ações da BM&F S/A e em seus registros contábeis a contribuinte considerou somente o ganho na venda de 2.467.481 ações no processo de IPO, ou seja, não incluiu o ganho na venda de 986.963 ações ofertadas e vendidas.

Também consta do relatório da auditoria efetuada, os fatos que fundamentam a conclusão do Fisco de que a contribuinte tinha a intenção clara de vender parte das ações de emissão da BM&F S/A (quando do recebimento destas em decorrência do processo de desmutualização da BM&F, ocorrida em 01/10/2007) antes do termo do exercício social subsequente, razão pela qual tais ações deveriam ter sido, quando recebidas, escrituradas no Ativo Circulante (conforme o inciso I do artigo 179 da Lei nº 6.404/76 Lei das S.A.) e que, portanto, as receitas auferidas com a venda destas ações nos IPO da BM&F S/A, enquanto receita operacional, deveriam ter sido consideradas como base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins.

A autoridade fiscal traz um resumo do lançamento dos créditos como segue:

6.1 Ações "transferidas" aos sócios (10%)

Valor total da venda de 986.963 ações : R\$ 19.145.852,10

*Custo de aquisição * : R\$ 986.963,00*

GANHO : R\$ 18.158.889,10

**Valor unitário das ações da BM&F recebidas no processo de "desmutualização" R\$ 1,00*

6.1 Ações contabilizadas pela companhia (35%)

O Banco Intercap S.A., em seu Dacon Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais do PIS e da Cofins de novembro de 2007 informou a Secretaria da Receita Federal o seu "faturamento" total. Todavia, para apuração das bases de cálculo das referidas contribuições realizou a exclusão dos ganhos nas vendas das ações da BM&F S.A., no valor de R\$ 53.983.836,12, que, pelos motivos expostos, deveriam compor a base de cálculo do PIS e da Cofins.

Ao final, a autoridade fiscal firma que, na qualidade de sociedade cindida, a Distribuidora Intercap de Títulos e Valores Mobiliários Ltda, CNPJ nº 02.927.433/000112, responde solidariamente pelos créditos tributários ora constituídos por meio os respectivos autos de infração.

Da Impugnação

A contribuinte recorre alegando, em síntese, que dois são os obstáculos legais que afastam os resultados das vendas das ações em tela da tributação pela Contribuição para o PIS e da Cofins: primeiro, a não incidência por não se caracterizarem como faturamento, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.719/98 e, segundo, a exclusão as base de cálculo das contribuições por força da disposição inserta no inciso IV do § 2º do art. 3º da mesma Lei.

Inicialmente, a impugnante intenta afastar da incidência das contribuições o resultado das vendas das ações da BM&F alegando que tal resultado, por não consistir de receita de venda de mercadorias ou de prestação de serviços, mas receita financeira, não integraria o seu faturamento, na aceção posta na legislação brasileira e firmada na jurisprudência do

Supremo Tribunal Federal, especialmente após a declaração de inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

No mais, defende que, ante a natureza das operações societárias envolvidas na “desmutualização” (cisão seguida de incorporação), defende que corretamente classificou os ativos “atrelados à BM&F” no ativo permanente. Nesse sentido:

Insurge-se contra o posicionamento do Fisco defendendo a legitimidade da operação de cisão da Associação BM&F com a versão/incorporação do seu patrimônio para a/pela BM&F S/A e a substituição proporcional dos títulos patrimoniais detidos por seus, então associados e posteriormente acionistas, por ações representativas de seu capital social;

Aduz que não houve no processo de desmutualização ora analisado, como não há em nenhuma operação de cisão, a devolução de patrimônio aos donos dos títulos patrimoniais da Associação, como entendeu a autoridade fiscal; e afirma que o que ocorreu foi a simples substituição dos títulos patrimoniais por ações em decorrência da transferência direta, e sem qualquer intermediação, do patrimônio da Associação para a BM&F S/A, tal como ocorre em toda e qualquer cisão;

as ações recebidas deviam, portanto, ser contabilizadas exatamente sob a mesma rubrica contábil dos títulos patrimoniais substituídos, isto é, no ativo permanente.

Corroborando tais alegações traz decisão do CARF (acórdão 3403001.757). Conclui que o resultado obtido com a venda das ações, enquanto decorrente da venda de bem do ativo permanente, deve ser excluído da base de cálculo das contribuições por força do inciso IV do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Na sequência, com fundamento no art 150, §4º do CTN, considerando que antecipou parte dos valores que estão sendo cobrados (conforme Doc. 05), a impugnante suscita a decadência do direito da Fazenda constituir os créditos decorrentes de fatos geradores ocorridos em 30/11/2007 alegando que entre esta data e data da notificação do lançamento, ocorrida em 30/11/2012, transcorreu 5 anos e um dia, portanto, tempo maior que o prazo previsto no referido artigo.

A impugnante alega ilegitimidade passiva em relação ao lançamento na parte em que se refere ao resultado da venda das ações de seus acionistas pessoas físicas.

Defende que as 986.963 ações não foram vendidas anteriormente aos 60 dias do artigo 174 da Lei das S/A, como alega a fiscalização, isso, considerando que a venda, ocorrida através do processo de IPO, ocorreu em 30/11/2007 e a Ata da Assembleia Geral Extraordinária, em que se deliberou e aprovou a redução de capital, ter sido publicada em 20/09/2007.

Insiste que os prazos legalmente previstos foram cumpridos, ou seja: (i) a sujeição do ato de redução do capital social à aprovação do Banco Central do Brasil imediatamente em seguida à sua deliberação e aprovação, em atendimento à exigência do artigo 10, X, "f", da Lei nº 4.595/64, bem como (ii) a apresentação para arquivamento dos respectivos documentos societários perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo dentro do prazo de 30 dias contado da aprovação pelo Banco Central do Brasil, conforme artigos 35 e 36 da Lei nº 8.934/94 (Doc. 07).

Segue argumentando que

64. Assim tendo sido, faz-se irrecusável, mediante uma interpretação lógico-sistemática dos dispositivos legais acima indicados, a retroação dos efeitos da redução do capital do dia 3 de junho de 2008, em que foram registrados os respectivos atos societários pela Junta Comercial do Estado de São Paulo, para o dia 20 de novembro de 2007, data em se findaram, em se tratando de uma redução de capital, os 60 dias estabelecidos pelo artigo 174 da Lei das SA's.

65. Sabe-se que a regra geral acerca da retroação dos efeitos de atos societários exige a apresentação para arquivamento dos correspondentes documentos dentro de 30 dias contados de sua assinatura, conforme artigo 36 da Lei nº 8.934/94:

"Art. 36. Os documentos referidos no inciso II do art. 32 deverão ser apresentados a arquivamento na junta, dentro de 30 (trinta) dias contados de sua assinatura, a cuja data retroagirão os efeitos do arquivamento; fora desse prazo, o arquivamento só terá eficácia a partir do despacho que o conceder."

66. Todavia, nos casos específicos em que, como o do Requerente, a apresentação para arquivamento somente é legalmente admitida após os 60 dias do artigo 174 da Lei das SA's, por se tratar de uma redução de capital, e após, ex vi do artigo 35, VIII, da Lei nº 8.934/94, aprovação governamental, nada mais juridicamente coerente do que contar os 30 dias do artigo 35 acima a partir de tal aprovação, e não da assinatura do ato.

Alega que o lançamento da multa de ofício, no percentual em que formalizada, por ser confiscatória, deve ser anulado pela DRJ, ou então reduzida a um patamar "razoável e proporcional, que não deve, no entendimento do Requerente, superar os 20% (vinte por cento) previstos para as multas de natureza moratória".

Alega também ser ilegítima a cobrança de juros de mora sobre as multas de ofício imposta, com fundamento no artigo 61, caput e § 3º, da Lei nº 9.430/96. Aduz que o art. 161 do CTN não admite a incidência de juros sobre multa, somente permite a incidência de juros de mora e de multa sobre o valor do tributo não integralmente pago.

Pugna pelo cancelamento dos autos de infração e, alternativamente: pela exclusão do lançamento da parte que se refere ao resultado da venda das 986.963 ações de seus acionistas pessoas físicas; pela anulação das multa de ofício ou sua redução e afastamento da incidência dos juros sobre a multa de ofício.

É o relatório.

A decisão de fls. 1479 e seguintes, proferida pela DRJ de Florianópolis, foi assim ementada:

DECADÊNCIA. PRAZO. CONTAGEM.

Para fins de contagem do prazo previsto no §4º do art 150 do CTN, considera-se ano o período de doze meses contado do dia do início da contagem ao dia e mês correspondentes do ano seguinte.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Ano-calendário: 2007

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. INEXISTÊNCIA.

Ações da BM&F S/A, recebidas em decorrência da operação denominada desmutualização da Bolsa de Mercadorias & Futuros de São Paulo (BM&F), quando negociadas dentro do mesmo ano de seu recebimento, devem ser registradas no Ativo Circulante, inexistindo hipótese de exclusão dos ganhos auferidos por seus detentores da base de cálculo da Cofins.

VENDA DE AÇÕES. RECEITA OPERACIONAL. INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO.

A receita financeira proveniente da venda de ações auferida por instituição financeira, cuja atividade empresarial inclui negociação e intermediação com títulos e valores mobiliários e mercadorias negociáveis em bolsas de valores e bolsas de mercadorias e futuros, integra a base de cálculo da Cofins, enquanto receita operacional da instituição.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2007

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. INEXISTÊNCIA.

Ações da BM&F S/A, recebidas em decorrência da operação denominada desmutualização da Bolsa de Mercadorias & Futuros de São Paulo (BM&F), quando negociadas dentro do mesmo ano de seu recebimento, devem ser registradas no Ativo Circulante, inexistindo hipótese de exclusão dos ganhos auferidos por seus detentores da base de cálculo da Contribuição para o PIS.

VENDA DE AÇÕES. RECEITA OPERACIONAL. INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO.

A receita financeira proveniente da venda de ações auferida por instituição financeira, cuja atividade empresarial inclui negociação e intermediação com títulos e valores mobiliários e mercadorias negociáveis em bolsas de valores e bolsas de mercadorias e futuros, integra a base de cálculo da Contribuição para o PIS, enquanto receita operacional da instituição.

Inconformada com a decisão da DRJ, a Recorrente protocolou recurso voluntário reiterando os termos anteriormente apresentados.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Gilberto de Castro Moreira Junior

O Recurso ora analisado é tempestivo e preenche os pressupostos de admissibilidade. Desta forma, dele tomo conhecimento e passo a analisar as questões de mérito.

Decadência

Com fundamento no art 150, §4º do CTN, considerando que antecipou parte dos valores que estão sendo cobrados, o Recorrente suscita a decadência do direito da Fazenda constituir os créditos decorrentes de fatos geradores ocorridos em 30/11/2007 alegando que entre esta data e a data da notificação do lançamento, ocorrida em 30/11/2012, transcorreu 5 anos e um dia, portanto, tempo maior que o prazo previsto no referido artigo.

Neste ponto concordo com a decisão recorrida, *verbis*:

Note-se que, nos termos do §4º do art 150 do CTN, a contagem do prazo é fixada em anos e não em dias: se o próprio legislador adotou o critério ano, conclui-se que a contagem não pode ser feita dia a dia ou mês a mês. Neste caso, há que se considerar o ano civil, nos termos fixados pela Lei nº 810, de 06 de setembro de 1949, vigente até hoje, que estabelece: “Art. 1º Considera-se ano o período de doze meses contado do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte”.

Observe-se que tal forma de considerar os prazos expressos em anos foi a adotada pelo Código Civil: “Art. 132. [...] § 3º Os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência”.

Desmutualização

A respeito do tema da desmutualização já me manifestei no acórdão 3202000.713, sendo que meu entendimento restou vencido nesta 2ª Turma, senão vejamos:

Em primeiro lugar, gostaria de saudar o ilustre relator, Conselheiro Luís Eduardo Garrossino Barbieri, pelo seu voto bastante abrangente e profundo a respeito do tema da desmutualização da Bovespa e da BM&F. Entretanto, ousou discordar do relator em suas premissas relativas à operação de desmutualização das bolsas, o que ensejará na impossibilidade de tributação das operações em questão pelo PIS e COFINS.

A fiscalização, referendada pela DRJ, entendeu que: (i) as ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A não se confundiriam com os títulos patrimoniais das Associações Bovespa e BM&F anteriormente registrados no ativo permanente; (ii) a desmutualização teria consistido na devolução do

patrimônio investido nas associações civis e posterior subscrição de ações das sociedades anônimas; e (iii) no momento em que os títulos detidos pela Recorrente foram transformados em ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A, estas representariam direitos novos e deveriam ser classificados no ativo circulante.

Não concordo, como lançado pelo relator, que “A conversão dos títulos patrimoniais de Associação sem fins lucrativos para uma sociedade por ações, após a cisão das Associações e incorporação da parcela cindida por sociedades anônimas de capital aberto, como pretende justificar a Recorrente, vai frontalmente de encontro ao que dispõe o artigo 61 do Código Civil”.

A respeito do tema já escrevi que:

Estabelece o artigo 1.113 do atual Código Civil, ao tratar da transformação das sociedades, que:

"Artigo 1.113. O ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrições próprios do tipo em que vai converter-se."

Vê-se, portanto, que o artigo supra foi totalmente inspirado no artigo 220 da Lei das Sociedades Anônimas, cujo conteúdo é o seguinte:

"Artigo 220. A transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro.

Parágrafo único. A transformação obedecerá aos preceitos que regulam a constituição e o registro do tipo a ser adotado pela sociedade."

José Eduardo Tavares Borba é categórico ao afirmar que:

"Não se verifica, na transformação, a extinção da sociedade para a criação de outra, porquanto a sociedade transformada representa a continuidade da pessoa jurídica preexistente, apenas com uma roupagem jurídica diversa.

Não ocorre, por conseguinte, o fenômeno da sucessão, pois que ninguém pode ser sucessor de si próprio; a sociedade permanece com todos os créditos e débitos anteriores exatamente porque eram e continuam sendo de sua responsabilidade. Os bens que constituem o patrimônio social não serão objeto de transmissão, uma vez que não mudaram de titular, cumprindo promover, nos registros de propriedade, uma mera averbação do novo nome da sociedade.

Os preceitos da lei das sociedades anônimas sobre transformação (arts. 220 e 222) aplicavam-se a todas as espécies de societárias, não apenas à S.A. Com o novo Código Civil (arts. 1.113 a 1.115), as demais sociedades passam a contar com uma regulação própria, semelhante à da sociedade anônima."
(11)

No mesmo sentido é a lição de Modesto Carvalhosa destacando jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo acerca do tema:

"A doutrina e a jurisprudência são, atualmente, pacíficas no sentido de que não há constituição de nova sociedade, seja na transformação simples, seja na constitutiva, mas tão-somente alteração da forma adotada anteriormente. Essa tendência é expressa no artigo ora comentado, que não faz, com efeito, qualquer distinção entre transformação simples e constitutiva, que em ambos os casos implicam sempre a permanência da mesma pessoa jurídica. Nesse sentido, Cunha Peixoto entende tratar-se de simples modificação contratual. E Bulgarelli lembra que 'a doutrina brasileira mais atual propende, considerando a transformação como mera alteração contratual, em reconhecer a continuidade da sociedade que se modificou, mantendo a mesma personalidade jurídica adquirida'.

... Nesse sentido o acórdão na Apelação Civil n. 101.142-2 (TJSP, 24-6-1985), em votação unânime: '(...) Prevalece, contudo, o entendimento de que a transformação, prescindindo da dissolução e liquidação da sociedade que vai se transformar, não faz surgir nova sociedade, não se havendo falar em sucessão. É a antiga sociedade mantendo a mesma personalidade jurídica, porém com outras vestes." (12)

Modesto Carvalhosa também deixa claro que, sob a égide do Código Civil anterior, as sociedades civis podiam ser transformadas em sociedades comerciais:

"Pergunta-se se também as sociedades civis (arts. 18 a 23 do C.C) podem transformar-se em sociedades comerciais. No sistema jurídico brasileiro todas as sociedades com personalidade jurídica previstas no Código Civil e no Código Comercial, e ainda nas leis especiais mencionadas (Dec. N. 3.708, de 1919, e lei societária em vigor), podem transformar-se nos tipos societários comerciais acima mencionados. Podem transformar-se, assim, tanto as sociedades civis com fins lucrativos, desde que o contrato social assim o preveja ou não impeça. Também poderão ser transformadas as sociedades sem fins lucrativos, como ocorre hoje em todo o mundo com os clubes e associações esportivas." (13)

Com a edição do novo Código Civil, a situação não se alterou em relação às associações, sociedades simples e empresárias, havendo agora inclusive dispositivo específico regulamentando o assunto (artigo 1.113).

Destaque-se, outrossim, o seguinte trecho do voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros, no REsp 242.721-SC, que tratou não incidência de ICMS na transformação de sociedades:

"... As sociedades comerciais podem sofrer várias metamorfoses, a saber: a) transformação strictu sensu - em que a sociedade passa de um tipo a outro (L. 6.404/76, Art. 220);

b) incorporação - operação pela qual a sociedade é absorvida por outra, desaparecendo como pessoa jurídica (Art. 227);

c) fusão - união com outra sociedade, com o aparecimento de uma nova pessoa jurídica (Art. 228);

d) cisão - transferência, total ou parcial do patrimônio para outra pessoa jurídica. Em sendo total, a cisão faz desaparecer a sociedade cindida (Art. 229).

Estes quatro fenômenos constituem várias facetas de um só instituto: a transformação das sociedades comerciais. Todos eles guardam um atributo comum: a natureza civil. Todos eles se consumam envolvendo as sociedades objeto da metamorfose e os titulares (pessoas físicas ou jurídicas) das respectivas cotas ou ações. Em todo o encadeamento de negócios não ocorre qualquer operação comercial. Os bens permanecem no círculo patrimonial da corporação..." (14)

É de se concluir, portanto, que a transformação de sociedade não implica na sua extinção, dissolução ou liquidação. A sociedade transformada representa a continuidade da pessoa jurídica preexistente com uma roupagem jurídica diversa. Não há transmissão do patrimônio social da sociedade, havendo apenas a necessidade de observação dos preceitos reguladores da constituição e inscrição do tipo societário em que a sociedade transformada irá converter-se. (Aspectos tributários da transformação de Associação sem fins lucrativos em Sociedade Simples ou Empresária. In http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=/index.php?PID=217174&key=4415884)

Entendo, ademais, que o artigo 2033 do Código Civil também corrobora o que dito acima, já que ele estabelece que "as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no artigo 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código".

Ora, se verificarmos o artigo 44 do Código Civil¹, temos que no rol das pessoas jurídicas de direito privado ali previsto encontram-se as associações. Vê-se, portanto, que as associações podem ser objeto de transformação, incorporação, cisão ou fusão.

¹ Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas;

V - os partidos políticos.

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

O artigo 61 do Código Civil² apenas prevê o destino do patrimônio das associações em caso de dissolução. No entanto, não foi isso que efetivamente aconteceu na operação de desmutualização da Bovespa e da BM&F.

As Associações Bovespa e a BM&F foram parcialmente cindidas com incorporação da parcela cindida pela Bovespa Holding S/A e pela BM&F S/A, sendo que as Associações Bovespa e BM&F continuaram existindo.

Houve, a meu ver, a mera substituição dos títulos patrimoniais por ações, decorrentes da operação societária de cisão e posterior incorporação da parcela do patrimônio cindido das Associações Bovespa e BM&F pela Bovespa Holding S/A e pela BM&F S/A. Tais operações encontram, ademais, guarida nos dispositivos do Código Civil mencionados anteriormente.

Discordo, portanto, do entendimento da fiscalização no sentido de que houve a extinção das Associações Bovespa e BM&F, já que elas continuaram a existir apenas com uma mudança em seus objetos sociais.

Nesse sentido, inclusive destaco os acórdãos 3404-001.734 e 3403-001.757 proferidos pela 3ª Turma, da 4ª Câmara, da 3ª Seção do CARF, de relatoria do Conselheiro Ivan Allegretti, senão vejamos:

INCIDÊNCIA. ALIENAÇÃO DE AÇÕES. PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ATIVO PERMANENTE. SISTEMÁTICA DA LEI 9.718/98.

Ações recebidas a título de pagamento de parte do patrimônio vertido para sociedade nova ou existente proveniente de cisão, configura uma troca de ativos. Permanecendo contabilizados em grupo de investimento do Ativo Permanente, não configura receita operacional razão pela qual deixa de incidir contribuições para o PIS/Pasep e Cofins.

Recurso Provido. (Acórdão 3404-001.734)

DESMUTUALIZAÇÃO DA BOLSA DE VALORES. INCORPORAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS POR SOCIEDADE POR AÇÕES. SUBSTITUIÇÃO DE TÍTULOS POR AÇÕES REPRESENTATIVAS DO MESMO ACERVO PATRIMONIAL. VENDA DE ATIVO IMOBILIZADO.

² 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.

A desmutualização, tal como ocorreu de fato, envolveu um conjunto de atos típicos das operações societárias de cisão e incorporação, com o que não houve concretamente um ato de restituição do patrimônio pela associação aos associados, tampouco um ato sucessivo de utilização destes recursos para a aquisição das ações.

Houve a substituição das quotas patrimoniais da entidade sem fins lucrativos por ações da sociedade anônima, em razão da sucessão, por incorporação, da primeira pela segunda evento o qual, aliás, marca a extinção da associação e dos títulos.

A substituição dos títulos patrimoniais pelas ações caracterizam a permanência do mesmo ativo, devendo ser admitida sua manutenção na conta de ativo permanente, tal como procedeu o contribuinte, de modo que sua alienação configura receita da venda de ativo permanente, a qual não compõe a base de cálculo de PIS/Cofins.

Recurso provido. (Acórdão 3403-001.757)

Sendo assim, com a continuidade das pessoas jurídicas com as mesmas atividades, mesmos associados alçados à condição de sócios, mas apenas com alteração da forma societária para Sociedades Anônimas, entendo que a contabilização de ativos em conta do permanente baseia-se na intenção de permanecer com eles no momento de sua aquisição, ou seja, em momento muito anterior à operação de desmutualização das bolsas quando os títulos patrimoniais foram "adquiridos".

Este entendimento é corroborado pelos Pareceres Normativos CST 108/78 e 3/80, que trataram, respectivamente, da classificação de determinadas contas, na escrituração comercial, para os efeitos da correção monetária de que trata o Decreto-lei nº 1.598/77, e dos ganhos de capital, tratamento tributário - correção monetária do balanço, verbis:

Parecer Normativo CST 108/78

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

*7.1 - Por participações permanentes em outras sociedades, se entendem as importâncias aplicadas na aquisição de ações e outros títulos de participação societária, com a intenção de mantê-las em caráter permanente, seja para obter o controle societário, seja por interesses econômicos, como, por exemplo, a constituição de fonte permanente de renda. **Essa intenção será manifestada no momento em que se adquire a participação, mediante a sua inclusão no subgrupo de investimentos - caso haja interesse de permanência -***

ou registro no ativo circulante, não havendo esse interesse. Será, no entanto, presumida a intenção de permanência sempre que o valor registrado no ativo circulante não for alienado até a data do balanço do exercício seguinte àquele em que tiver sido adquirido; neste caso, deverá o valor da aplicação ser transferido para o subgrupo de investimentos e procedida a sua correção monetária, considerando como data de aquisição a do balanço do exercício social anterior. (grifamos)

Parecer Normativo CST 3/80

8. Em face do exposto, impõe-se a conclusão lógica de que a simples pretensão da pessoa jurídica no sentido de alienar bens destinados à utilização na exploração do objeto social ou na manutenção das atividades da empresa não autoriza, para os efeitos da legislação do imposto de renda, a exclusão dos elementos correspondentes registrados em contas do ativo permanente, devendo a cifra respectiva continuar integrando aquele agrupamento até a alienação, baixa ou liquidação do bem. (grifamos)

E não se diga que referidos Pareceres Normativos seriam aplicáveis somente ao IRPJ, já que os conceitos ali utilizados são aplicáveis a todos os tributos federais. Não há como dizer que os conceitos de investimentos e ativo permanente, por exemplo, são distintos para o IRPJ, PIS e COFINS, IPI E CSLL.

Por fim, destaco que, em recente parecer do Professor Eliseu Martins a que tive acesso tratando da questão da desmutualização das bolsas, é de se destacar o seguinte trecho acerca da classificação contábil dos ativos que muito se coaduna com o entendimento por mim defendido nesta declaração de voto:

Quando analisamos a movimentação subsequente desses ativos e identificamos uma situação de alienação de ações em curto prazo, a primeira interpretação é a de que a classificação contábil não estava adequada. Porém essa interpretação, baseada unicamente no momento das alienações, deve ser considerada com certa restrição; afinal, a decisão de venda de um ativo pode surgir a partir de eventos isolados, e que nem sempre não previsíveis.

Pode então ser comentado que a empresa já assinara compromisso de venda de parte dessas ações. Mas, de fato em nada muda a caracterização de que se tratava de um ativo adquirido, na sua origem, para poder operar nas bolsas, portanto, um ativo permanente à época, que agora fica disponibilizado para venda. Classificado no permanente ou classificado no circulante ou mesmo, à época, no realizável a longo prazo, em nada muda:

tratava-se de um investimento adquirido para servir como permanente que agora poderia, sim, ser colocado à venda.

Nunca fora o investimento original feito com o fim de ganho por venda. Era um ativo permanente porque adquirido originariamente com o objetivo de permitir à entidade o desenvolvimento de suas atividades; e que foi trocado por outro ativo que podia agora ter sua classificação mantida, ou não, mas que, se colocado à venda, não perdia a característica de um ativo permanente colocado à venda e, por isso, passível de reclassificação.

Entendo, portanto, que a isenção prevista no inciso IV, do § 2º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98 é plenamente aplicável ao caso concreto, motivo pelo qual não prospera a presente autuação fiscal.

Além disso, transcrevo a ementa do acórdão 3302-001.850, de relatoria da Conselheira Fabiola Keramidas, que muito bem sintetiza o tema:

**DESMUTUALIZAÇÃO OPERAÇÃO DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES
IMPOSSIBILIDADE DE SIMPLES DESCONSIDERAÇÃO DE OPERAÇÃO
SOCIETÁRIA**

A operação decorrente de documentos societários devidamente registrados na Junta Comercial e de acordo com o objetivo pretendido pelos associados só pode ser desconsiderado, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, se o propósito negocial não for verdadeiro, o que não ocorreu. Outra hipótese seria se a fiscalização comprovasse que o meio escolhido para a desmutualização foi equivocado, nulo ou ilegal e nestes termos revisse o próprio ato societário realizado pela BOVESPA (art. 116, CTN), pois se não for revisto, o ato societário torna-se negócio jurídico perfeito, e não pode ser desconsiderado enquanto válido.

VENDA DE ATIVOS NÃO INCIDÊNCIA DE PIS E COFINS

A receita decorrente da venda de ativos está fora do campo de incidências das contribuições do PIS e COFINS. Bens adquiridos com a intenção de permanência devem ser registrados no ativo permanente.

Apesar de entender que a isenção prevista no inciso IV, do § 2º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98 é plenamente aplicável ao caso concreto, por conta das razões acima apresentadas, destaco, para aqueles que discordam do meu raciocínio, o entendimento do Conselheiro Walber José da Silva no mesmo acórdão 3302-001.850, no sentido de que a compra e venda de títulos e valores mobiliários não é receita da atividade de banco comercial e, portanto, não integra a base de cálculo do PIS e da COFINS, *verbis*:

No presente recurso voluntário votei no sentido de desconstituir o lançamento porque a empresa Recorrente é um banco comercial e não é atividade própria dos bancos comerciais a compra em nome próprio, para posterior revenda, de títulos e valores mobiliários, a exemplo de ações.

Eventual operação desta natureza, como a que aconteceu no presente caso, a

receita auferida com a venda das ações não é receita da atividade própria do banco recorrente.

Não sendo receita da atividade do contribuinte, não integrava a base de cálculo do PIS e da Cofins antes da alteração promovida pela Lei nº 9.718/98, que restou declarada inconstitucional pelo STF.

Mais ainda, a referida receita não decorre da prestação de serviços ou da revenda de mercadorias, como sustentam alguns. No caso dos autos, o banco comercial recorrente adquiriu ações em nome próprio (com ou sem compromisso de revender), que passou a integrar o seu patrimônio, e as contabilizou (no ativo circulante ou no ativo imobilizado, conforme o caso) como tal. Posteriormente vendeu essas ações (a totalidade ou parte, não faz diferença), auferindo uma receita de mesma natureza (receita de alienação de patrimônio), que não é tributada pelo PIS e pela Cofins no regime cumulativo.

Estão são as razões, em apertada síntese, que me levam a concluir pela improcedência do lançamento e, portanto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso voluntario interposto pelo Recorrente.

É como voto

Gilberto de Castro Moreira Junior

Voto Vencedor

Conselheiro Luís Eduardo Garrossino Barbieri, Redator.

Do objeto da controvérsia

Com todo respeito ao ilustre Conselheiro Relator Gilberto de Castro Moreira Junior, divirjo de seu entendimento quanto aos efeitos jurídico-tributários do conjunto de operações societárias denominada “desmutualização” da Bovespa e da BM&F, especificamente quanto a incidência do PIS e da Cofins sobre as receitas de alienações das ações recebidas quando da transferência das atividades, até então desempenhadas pelas associações sem fins lucrativos, para as sociedades anônimas (BM&F S/A e Bovespa Holding S/A), conforme já ficou assentado em outros julgados desta Turma (Acórdãos nº 3202-00.707, 3202-000.713, 3202-000.706 e 3202-000.711, todos julgados na sessão de 23/04/2013).

A autoridade fiscal alega que os referidos direitos sobre as ações deveriam compor o “ativo circulante” e quando da venda haveria a incidência das contribuições; a Recorrente entende que deveriam ser classificados no “ativo permanente”, portanto, as receitas decorrentes da venda não sofreriam a incidência das contribuições.

Três questões precisam ser analisadas para definirmos quais os efeitos jurídico-tributários decorrem da desmutualização das bolsas:

1ª Se a formação adotada nessas operações societárias encontra abrigo no ordenamento jurídico brasileiro;

2º Se os títulos patrimoniais tem a mesma natureza jurídica das ações recebidas pelas corretoras no processo de desmutualização e, por conseguinte em qual grupo contábil as ações deveriam ser classificadas: Ativo Circulante ou Ativo Permanente?

3ª. E por fim, se a receita de vendas das ações recebidas pelas corretoras está sujeita a incidência do PIS e da Cofins ?

Antes de posicionarmo-nos quanto aos efeitos jurídicos da “desmutualização” da Bovespa e da BM&F mostra-se necessário compreender no que exatamente consistiu esse conjunto de operações societárias que culminou com a unificação da Bovespa com a BM&F para, ao final, restarem fundidas na BM&F Bovespa S/A.

Da operação denominada “desmutualização” das bolsas

Para uma melhor elucidação dos fatos ocorridos transcrevemos trechos do detalhado relato histórico constante do artigo “A Desmutualização das Bolsas de Valores e seus Efeitos Fiscais para PIS/COFINS”, de Cassio Sztokfisz e Igor Nascimento de Souza (publicado no livro “PIS e Cofins à luz da jurisprudência do CARF – volume 2” – coordenadores Marcelo Magalhães Peixoto e Gilberto de Castro Moreira Junior. São Paulo: MP Editora, 2013), muito embora já adiantamos não concordar com as conclusões nele trazidas quanto ao efeito jurídico-tributário da operação:

A BM&F e a BOVESPA eram entidades estabelecidas na forma de associações civis sem fins lucrativos, que se enquadravam no artigo 15 da Lei n. 9.532/97. Assim, entendidos os requisitos dessa Lei, as associações eram isentas do pagamento do IRPJ e CSLL.

*Para que pudessem operar no mercado de capitais por meio das aludidas Bolsas, as sociedades corretoras e distribuidoras de valores mobiliários deveriam deter **títulos** representativos do patrimônio daquelas entidades (art. 3º, §2º, do Regulamento Anexo à Resolução n. 1.655/1989).*

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

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

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

Em relação à BM&F, tal associação sofreu cisão parcial pela qual foi criada a sociedade anônima BM&F, em operação formalizada por meio do “Instrumento de Protocolo e Justificativa da Operação de Cisão Parcial da Bolsa de Mercadorias & Futuros BM&F, datado de 17 de setembro de 2007, e da “Ata de Assembleia Geral Extraordinária da BM&F S.A.”, de 20 de setembro de 2007, que aprovou a incorporação da parcela cindida do patrimônio da BM&F.

Nos termos do Protocolo, a BM&F S.A. sucedeu a BM&F em todos os direitos e obrigações, bem como recebeu parcela de seu patrimônio. Por sua vez, a BM&F passou a exercer atividades de natureza assistencial, educacional e desportiva e ficou com um patrimônio residual.

Em decorrência dessa operação, houve emissão de ações ordinárias da BM&F S.A., atribuídas aos detentores de títulos patrimoniais da BM&F, com base no balanço patrimonial da BM&F apurado no balancete de 31 de agosto de 2007.

É importante salientar que, nos termos do item 7.1 do aludido Protocolo, a operação em discussão não deu direito de retirada aos detentores de títulos patrimoniais da BM&F.

*A BOVESPA, por sua vez, teve sua cisão aprovada por Assembleias Gerais Extraordinárias (“AGE”) realizadas em **28 de agosto de 2007**, aprovando versão de parte de seu patrimônio à Bovespa Serviços e à BOVESPA HOLDING S.A.*

Por essa operação os direitos e obrigações da BOVESPA foram transmitidos para a Bovespa Serviços e para a BOVESPA HOLDING S.A., restando a BOVESPA (associação) com capital social residual.

Na ata de AGE da BOVESPA HOLDING S.A., datada de 28 de agosto de 2007, foi aprovada a incorporação da parcela cindida da BOVESPA, nos termos do “Protocolo e Justificação da Cisão Parcial da Bolsa de Valores de São Paulo com Incorporação das Parcelas Cindidas pela Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (“CLBC”), Bovespa Serviços e Participações S.A e Bovespa Holdinda S.A.”, celebrado em 17 de agosto de 2007.

Em outra ata de AGE, da mesma empresa e com mesma data, foi aprovada a incorporação da totalidade de ações da Bolsa de Valores de São Paulo S.A. (atual denominação da Bovespa Serviços e Participações S.A.) e da CLBC.

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

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

Em 14 de dezembro de 2007, foi constituída uma sociedade sob a denominação social de T.U.T.S.P.E. Empreendimentos e Participações S.A., com o objetivo social de participar em outras sociedades, como sócia ou acionista, no país ou no exterior (holding). Em 08 de abril de 2008, os acionistas dessa companhia aprovaram a alteração da sua denominação social, que passou a ser “Nova Bolsa S.A.”.

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

i) incorporação da BM&F S.A pela Nova Bolsa S.A., mediante versão à companhia do patrimônio líquido da BM&F; e

ii) emissão de novas ações ordinárias, observando a proporção de 1 (uma) ação ordinária da Nova Bolsa S.A., para cada ação ordinária da BM&F S.A. O restante foi alocado como reserva de capital, de reavaliação, de lucros e estatutárias;

Os acionistas da BM&F S.A, já na qualidade de acionistas da Nova Bolsa S.A., deliberaram sobre a incorporação das ações da BOVESPA HOLDING S.A. da seguinte forma:

iii) incorporação das ações da BOVESPA HOLDING S.A. pela Nova Bolsa S.A., a valor de mercado, sendo parte destinada ao capital social e o restante à formação de reserva de capital; e

iv) emissão de novas ações ordinárias, na proporção de 1,42485643 ação ordinária da Nova Bolsa S.A para cada ação ordinária da BOVESPA HOLDING S.A., correspondendo a 50% das ações ordinárias da Nova Bolsa S.A. (permanecendo os outros 50% sob titularidade da BM&F S.A.) e novas ações preferenciais que foram entregues aos acionistas da BOVESPA HOLDING S.A.. As ações preferenciais foram resgatadas contra reserva de capital sem redução social da Companhia.

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

(negritamos)

Muito bem. Elucidadas as operações societárias ocorridas, passemos a análise e compreensão de seus efeitos à luz do nosso ordenamento jurídico.

De antemão ressaltamos o nosso entendimento de que com a operação de desmutualização não houve uma “mera sucessão” da associação sem fins lucrativos pelas sociedades anônimas de capital aberto, **por expressa vedação legal**.

Não há como aceitar a tese de que houve uma singela “transformação” dos títulos patrimoniais detidos por ações das novas companhias, uma vez que se trata de direitos de naturezas jurídicas absolutamente distintas. Ao fim e ao cabo, a Recorrente recebeu novas ações, até então inexistentes, emitidas por pessoas jurídicas constituídas sob a forma de sociedade anônima (BM&F S.A. e Bovespa Holding S.A.)

Vejamos o dispositivo legal prescrito pelo artigo 61 do Código Civil que trata da dissolução das Associações para fins não econômicos:

*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, **omisso este**, 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.

O artigo supramencionado prescreve que em caso de dissolução da associação o seu patrimônio remanescente será destinado à outra “entidade de fins não econômicos designada no estatuto”, ou, em caso de omissão estatutária, por deliberação dos associados o patrimônio deverá ser destinado à instituição municipal, estadual ou federal. O §1º possibilita, ainda, que por cláusula estatutária, ou no seu silêncio, por deliberação dos **associados**, antes da destinação do patrimônio como previsto no caput, seja restituída a parcela das contribuições que os associados tiverem prestado ao patrimônio da associação. Assim sendo, dissolvida a associação o destino do seu patrimônio deve ser aquele previsto no Código Civil, conforme dispositivo supratranscrito, **não se podendo admitir destinação diversa**.

Não há, portanto, como reverter o patrimônio de uma Associação sem fins lucrativos a uma sociedade por ações. A conversão dos títulos patrimoniais de Associação sem fins lucrativos para uma sociedade por ações, após a cisão das Associações e incorporação da parcela cindida por sociedades anônimas de capital aberto, como pretende justificar a Recorrente, vai frontalmente de encontro ao que dispõe o artigo 61 do Código Civil.

De outro lado, o artigo 1.113 não socorre a Recorrente, uma vez que se refere especificamente ao ato de transformação **das sociedades** (dentro do Livro II – Do Direito de Empresa; Título II – Da Sociedade: artigos 981/1.141), não se aplicando às Associações sem fins lucrativos (tratadas nos artigos 53 a 61), *verbis*:

*Art. 1.113. O ato de transformação independe de **dissolução ou liquidação da sociedade**, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se. (grifamos)*

Reforça este entendimento a distinção feita no artigo 44 do mesmo Código, ao relacionar (e, portanto, distinguir) as pessoas jurídicas de direito privado, *verbis*:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas;

V - os partidos políticos.

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada

Quanto ao artigo 2.033 do Código Civil presta-se apenas a reforçar o comando de que as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas de direito privado (inclusive as associações e sociedades), bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, serão regidas pelo Código, cada uma delas por normas específicas. Como já asseverado, a dissolução de Associação sem fins lucrativos é regida pelos dispositivos legais contidos no artigo 61.

Portanto, as operações societárias conduzidas com base em convenções particulares não encontram respaldo, a meu ver, nem mesmo em normas do direito civil.

E mais. Não há como acatar o argumento de que se a CVM – Comissão de Valores Mobiliários aceitou tais operações societárias, também devemos convalidá-las na esfera tributária. Os efeitos jurídico-tributários dessas operações não se inserem na esfera de competência da CVM.

Não há como negar que a alegada “transformação” pretendida – de Associação sem fins lucrativos para sociedade anônima – implica em **modificação da**

natureza jurídica dos direitos possuídos: não são equivalentes os títulos patrimoniais das associações e as ações da pessoa jurídica resultantes. Houve substancial alteração no direito em questão, uma vez que a Recorrente não era, anteriormente, detentora de ações das novas sociedades (BM&F S/A e Bovespa Holding S/A)

Com isso, resta evidenciado que houve, sob a ótica de nosso ordenamento jurídico, **devolução** à Recorrente dos valores que correspondiam aos títulos patrimoniais que detinha, embora não devolvidos em espécie, mas utilizados na obtenção/subscrição de ações das novas sociedades (Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A). Este fato é evidente, muito embora todas as operações societárias tenham sido conduzidas para tentar contornar o negócio jurídico efetivamente ocorrido, estruturadas com a aparência de “cisão seguida de incorporação”.

Desde modo, não procede a argumentação de que a escrituração das ações recebidas deveria, necessariamente, continuar sendo feita no Ativo Permanente, assim como eram escriturados os títulos patrimoniais (as associações sem fins lucrativos).

Esse entendimento restou assentado em diversos julgados proferidos pelo TRF da 3ª Região, embora todos tratando da incidência do IRPJ e da CSLL. Transcreve-se a emenda constante da Apelação Cível nº 0008706-05.2008.4.03.6100/SP:

TRIBUTÁRIO. DEVOÇÃO À IMPETRANTE DOS VALORES CORRESPONDENTES A TÍTULOS DA BOVESPA E DA BM&F. INVESTIMENTO INTEGRAL EM AÇÕES DAS MESMAS ENTIDADES, TRANSFORMADAS EM SOCIEDADES POR AÇÕES. DIFERENÇA ENTRE O VALOR INVESTIDO E O VALOR DEVOLVIDO. CARACTERIZAÇÃO DE GANHOS DE CAPITAL. INAPLICABILIDADE DO "MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL". CARACTERIZAÇÃO DE RENDA. DISPONIBILIDADE JURÍDICA. INCIDÊNCIA DO ART. 17 DA LEI 9.532/97.

*1. Nos termos da decisão já proferida no dia três do corrente, mantenho meu entendimento no sentido de que a matéria dos autos **não se insere na competência da CVM, visto que esta não tem função de fiscalizar e exigir o pagamento de tributos**, ainda que incidente sobre operações gestadas nas suas atividades típicas, pelo que deve ser indeferido o pedido de retirada do processo de pauta e o seu sobrestamento para manifestação da CVM.*

2. Controvérsia sobre a aplicabilidade ou não do art. 17 e seus parágrafos, da Lei 9.532/97, para efeito de incidência do IRPJ e CSLL, sobre ganhos de capital, no tocante aos valores gerados pela atualização dos títulos patrimoniais que a impetrante detinha na BOVESPA e BM&F e que foram convertidos em ações daquelas instituições, quando da cisão em duas novas entidades, operação intitulada "desmutualização".

*3. A conversão dos títulos em ações importa em **reversão jurídica dos valores** a que correspondiam os citados títulos, ainda que tais valores tenham sido integralmente convertidos em ações da entidade que resultou da transformação.*

4. Caracterizada a disponibilidade jurídica dos ganhos de capital equivalentes à diferença entre o valor investido pela pessoa jurídica e aquele posteriormente devolvido a ela, configurando renda nos moldes do art. 43 do CTN.

5. A inocorrência de dissolução ou extinção da associação que se transformou em sociedade por ações (art. 1.113 e 2.033 do Código Civil) tem relevância apenas para a preservação da titularidade dos direitos e obrigações da própria sociedade, que não terá solução de continuidade e manter-se-á íntegra.

6. Todavia, é inegável que a transformação implica em modificação da natureza jurídica das participações societárias ou dos títulos de natureza similar que forem convertidos em ações da neonata pessoa jurídica.

7. Não há como ignorar o fato de que houve, do ponto de vista jurídico, a devolução à impetrante dos valores que correspondiam aos títulos que ela detinha, ainda que estes valores tenham sido inteiramente utilizados na aquisição de ações da nova sociedade

8. Não há lugar, na hipótese dos autos, para contabilização dos ganhos de capital pelo "método da equivalência patrimonial", posto que este método tem aplicação quando surge a necessidade de encontrar a expressão econômica das participações no capital social de outra pessoa jurídica.

9. Esta não é a hipótese dos autos, em que o capital da impetrante estava investido em títulos e não em participação societária na outra empresa, daí porque as diferenças entre os valores investidos e aqueles devolvidos devem ser tratadas como ganhos de capital, sofrendo incidência do art. 17 da Lei 9.532/97.

10. Não socorrem a impetrante os atos regulamentares e interpretativos editados antes da apontada lei, tal como a Portaria MF 785/77, visto que se consideram abrogados pela nova legislação, que cuida especificamente do tema em discussão.

11. Rejeitada a alegação de decadência, haja vista que o fato gerador do IRPJ e da CSLL (devolução dos títulos) ocorreu somente depois que houve a deliberação, em Assembleia Geral Extraordinária, pela transformação da BOVESPA e da BM&F em sociedades anônimas, respectivamente, em 28 de agosto e 20 de setembro de 2007, menos de um ano antes do ajuizamento do presente "mandamus".

12. Improvido o agravo retido, por ausência de verossimilhança das alegações da parte agravante.

13. Apelação improvida.

No mesmo sentido, os seguintes julgados do TRF-3ª Região: Apelação Civil Nº 0008121-50.2008.4.03.6100/SP; Apelação Civil Nº 0002384-66.2008.4.03.6100/SP e Apelação Civil Nº 0008522-15.2009.4.03.6100/SP.

Da natureza da escrituração das ações recebidas em decorrência da desmutualização

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

Se os títulos patrimoniais eram necessários para que as corretoras pudessem exercer sua atividade de operar nas bolsas, correta está sua caracterização como Ativo Permanente em função do princípio da continuidade. Entretanto, o mesmo não acontece com as ações recebidas na desmutualização, que são valores mobiliários ordinários, possuindo características distintas dos títulos patrimoniais, não sendo necessário deter a posse dessas ações para que a empresa opere em bolsa. Essas ações representam papéis negociáveis, e justamente por isso puderam ser vendidas pela Recorrente.

Neste sentido, vejamos o que dispõe o artigo 179 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A), que trata da matéria:

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

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

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

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

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

Assim, tais ações recebidas deveriam ter sido classificadas no Ativo Circulante, uma vez que se referiam a direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente, como passamos a demonstrar.

Como relatado pela autoridade fiscal:

Em 12/10/2007 – com a desmutualização da Associação Bolsa de Mercadorias & Futuros, em substituição aos seus títulos patrimoniais, a contribuinte recebeu 9.869.625 ações da Bolsa de Mercadorias & Futuros S.A.

Em relação à venda desses 35% de ações recebidas, ocorridas em 16 e 30/11/2007, a autoridade fiscal informa que, intimada, a contribuinte informou à fiscalização ter obtido um resultado de R\$ 53.983.836,89.

Além da venda das ações acima, a contribuinte informou que:

Em 31/10/2007, a BM&F e os Bancos coordenadores do processo IPO solicitaram um adicional de oferta pública de 10% das ações da BM&F, perfazendo um total de 45% das ações a serem vendidas. A oferta pública adicional foi contemplada com parte das ações de propriedade dos acionistas do Banco, mediante contrato de adesão (documento em anexo).

Em relação a este percentual de 10% ações, a autoridade fiscal coloca que, embora o contribuinte informe que a oferta pública adicional tenha sido contemplada com “parte das ações de propriedade dos acionistas do Banco”, o fato é que a “propriedade” das referidas ações só poderia ser considerada dos acionistas do Banco após aprovação da redução de capital por parte do Banco Central do Brasil, que, por disposição da Lei, é o órgão que pode autorizar tal ato, o que se deu após a venda das ações pelo Banco Intercap S/A. Menciona que além da não aprovação do ato de redução de capital antes da data da venda das ações, a própria ata da AGE esclarece que: redução de capital social e a conseqüente alteração do “caput” do artigo 5º do estatuto Social da Companhia, ora deliberadas, somente se tornarão efetivas após o prazo de 60 (sessenta) dias para oposição de credores, contados da publicação da presente ata, nos termos do artigo 174 da lei nº 6.404/76.

Informa que a fiscalizada ofereceu, em nome da Distribuidora Intercap, o total de 3.454.444 ações para venda (conforme Prospecto Definitivo de Oferta Pública de Distribuição Secundária de Ações Ordinárias de Emissão da BM&F S.A.), mas que na apuração do resultado da venda das ações da BM&F S/A e em seus registros contábeis a contribuinte considerou somente

o ganho na venda de 2.467.481 ações no processo de IPO, ou seja, não incluiu o ganho na venda de 986.963 ações ofertadas e vendidas.

Também consta do relatório da auditoria efetuada, os fatos que fundamentam a conclusão do Fisco de que a contribuinte tinha a intenção clara de vender parte das ações de emissão da BM&F S/A (quando do recebimento destas em decorrência do processo de desmutualização da BM&F, ocorrida em 01/10/2007) antes do termo do exercício social subsequente, razão pela qual tais ações deveriam ter sido, quando recebidas, escrituradas no Ativo Circulante (conforme o inciso I do artigo 179 da Lei nº 6.404/76 Lei das S.A.) e que, portanto, as receitas auferidas com a venda destas ações nos IPO da BM&F S/A, enquanto receita operacional, deveriam ter sido consideradas como base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins.

A BM&F S.A foi criada em setembro de 2007 e parte das ações recebidas foi alienada em novembro 2007, portanto, em **até três meses** após o recebimento. Não há, deste modo, como acatar a tese da Recorrente de que as ações recebidas deveriam ser classificadas no Ativo Permanente.

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

Aliás, esse foi o intuito dessa genial operação, sob o aspecto financeiro, ao “substituir” títulos patrimoniais de associação sem fins lucrativos em ações negociáveis por valores substancialmente superiores. Toda a moldagem das operações societárias que culminaram com a chamada desmutualização visava à obtenção de lucro com a receita da venda de parcela das ações recebidas. E não há nada de errado nisso, ao contrário é salutar, desde que se recolham os tributos devidos decorrentes da obtenção das receitas auferidas.

Ademais, são fatos notórios (artigo 334, inciso I, CPC), amplamente divulgados ao público em geral, a criação da Bovespa Holding S.A. em agosto de 2007 e a Oferta Pública Inicial das ações em outubro de 2007, conforme pode ser atestado, a título ilustrativo, no informativo publicado na “Revista Bovespa”(site www.bmfbovespa.com.br/InstSites/RevistaBovespa/104/Capa.shtml, consulta efetuada em 20/04/2013), em trechos abaixo transcritos:

Com o IPO, a Bolsa é a notícia.

Seguindo à risca um cronograma rígido, a Bolsa de Valores de São Paulo transformou-se em sociedade anônima em 28 de agosto de 2007, com o nome de Bovespa Holding S.A., tornou-se uma empresa de capital aberto em 23 de outubro, incluída no Novo Mercado da própria Bolsa e três dias depois seus papéis – todos eles ordinários e nominativos – começaram a ser negociados. Foi uma estreia e tanto: mais de 50% de valorização no primeiro pregão, reflexo do interesse de investidores locais e internacionais. Mais do que a maior emissão do ano e recorde histórico no País, no montante de R\$ 6,625 bilhões, a oferta pública inicial – também chamada de IPO (Initial Public Offering) – pode desde já ser batizada de a mais importante mudança nos 117 anos de história da instituição.

(...)

Assim, um ano e meio depois de começar efetivamente a desenvolver o projeto, dois meses após o pedido de registro na Comissão de Valores Mobiliários (CVM), e encerrado um frenético road-show de 16 dias pelo mundo, a Bovespa concluiu o processo de abertura de seu capital. A Bovespa Holding estreou no pregão exibindo

conquistas que fazem justiça a todos os obstáculos dessa caminhada, permeada de minuciosos estudos, intensas negociações e acurada vigilância dos cenários macro, locais e globais.

***O IPO da Bolsa** – como foi apelidado pela imprensa – não poderia ter sido mais bem-sucedido. Foram colocadas no mercado 288 milhões de ações a um preço de emissão de R\$ 23,00, o que propiciou uma captação de R\$ 6,625 bilhões (cerca de US\$ 3,7 bilhões), a maior da história no Brasil e a quinta do mundo, em 2007 (no topo do ranking global do ano, está a Petrochina, que levantou US\$ 8,5 bilhões e estreou no começo de novembro em Xangai). A operação da Bovespa Holding representou mais que o dobro da captação da Ali Baba, empresa de internet chinesa, que ocorreu no mesmo período – equipes de ambas, por sinal, cruzaram-se em Nova York, por conta dos road-shows simultâneos. Mas teve para a Bovespa ingredientes ainda mais saborosos: **colocou 40,8% do capital no mercado**, despertou o interesse de quase 70.000 investidores pessoas físicas (objeto de atenção especial), que ficaram com 10% do total ofertado, ao lado dos investidores institucionais brasileiros (20%) e estrangeiros (70%, porcentual em linha com os IPOs precedentes); a Bolsa de Nova York, por exemplo, levou 1%. Mais ainda, desconcentrou o capital: o maior acionista ficou com apenas 4,3% do capital da Bovespa.*

*No dia da estreia em pregão, a ação da Bovespa Holding fechou cotada a R\$ 34,99, uma alta de 52,13%. Foi “um dia de glória, sucesso e realização”, resumiu Magliano Filho, presidente da Bovespa conduzido à presidência do Conselho de Administração da nova empresa. **O IPO representou um momento culminante da estratégia de ampliação da base acionária** – combinada com a popularização do mercado que democratiza o capital – iniciada no começo da década, quando Magliano assumiu o comando da entidade.*

(...)

*Já em meados deste ano, depois de dezenas de estudos, projeções, reuniões e conversações, ficou pronta a proposta. No dia **28 de agosto** passado, **realizou-se a assembleia que aprovou por unanimidade a desmutualização e a consequente abertura de capital, incluídas todas as condições para a oferta pública e seu respectivo prospecto**. Foram 3 horas e meia de uma reunião fatiada, na verdade, em sete assembleias, dada a agenda específica a ser cumprida. No dia seguinte, 29, a Bolsa apresentava à CVM o pedido de registro de companhia aberta para a Bovespa Holding acompanhado da solicitação da oferta pública (IPO).*

(...)

No mesmo sentido, os prospectos e documentos da oferta da Bovespa Holding S.A e da BM&F S.A. (Anúncio de encerramento, prospecto definitivo, comunicado ao mercado, aviso ao mercado) que estão disponíveis para consulta pública no site da própria BM&F Bovespa S.A. (www.bmfbovespa.com.br/pt-br/mercados/acoes/ofertas-publicas/bovespa-holding-sa-9112007). Abaixo transcrevemos a informação constante do citado site sobre o resultado das ofertas:

Resultado da Oferta (Bovespa Holding S.A.):

*O processo de bookbuilding da oferta de ações da Bovespa Holding S.A., realizado em **24/10/2007**, fixou o preço em R\$ 23,00 por ação. Os pedidos de reserva de investidores de varejo considerados prioritários foram atendidos integralmente até o valor de R\$ 12.098,00 que correspondem a 526 ações. Os pedidos de reserva de investidores de varejo considerados não prioritários não foram atendidos. As “Pessoas Vinculadas” foram excluídas da oferta de acordo com o Comunicado ao Mercado publicado no dia 23/10/2007. A liquidação ocorrerá no dia 30/10/2007.*

Resultado da Oferta (BM&F):

O processo de bookbuilding da oferta de ações da Bolsa Mercadorias & Futuros S.A., realizado em 28/11/2007, fixou o preço em R\$ 20,00 por ação. Os pedidos de reserva dos empregados que não são pessoas vinculadas foram atendidos integralmente até o valor de R\$5.000,00, que corresponde a 250 ações. Sobre o restante foi aplicado um rateio de 40,347 %. A parcela do pedido de reserva não atendida na oferta prioritária aos empregados que possuíam prioridade de alocação (ou seja, empregados cujos pedidos de reserva foram classificados como COM PRIORIDADE DE ALOCAÇÃO) foi considerada na oferta de varejo. Os pedidos de reserva de investidores de varejo considerados como COM PRIORIDADE DE ALOCAÇÃO foram atendidos integralmente até o valor de R\$ 1.820,00, que corresponde a 91 ações. Os pedidos de reserva de investidores de varejo considerados como SEM PRIORIDADE DE ALOCAÇÃO não foram atendidos. As "Pessoas Vinculadas", inclusive os empregados de corretoras que sejam pessoas vinculadas, foram excluídas da oferta de acordo com o Comunicado ao Mercado publicado no dia 27/11/2007. A liquidação ocorrerá no dia 4/12/2007.

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

Reforça, ainda, este entendimento o Parecer Normativo CST nº 108/78, editado para dirimir dúvidas quanto à classificação de determinadas contas (embora tratando especificamente sobre os efeitos da correção monetária do balanço, à época exigida), *verbis*:

INVESTIMENTOS

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

7.1 - Por participações permanentes em outras sociedades, se entendem os importâncias aplicadas na aquisição de ações e outros títulos de participação societária, com a intenção de mantê-las em caráter permanente, seja para obter controle societário, seja por interesses econômicos, como, por exemplo, a constituição de fonte permanente de renda. **Essa intenção será manifestada no momento em que se adquire a participação**, mediante a sua inclusão no subgrupo de investimentos - caso haja interesse de permanência - ou registro no ativo circulante, não havendo esse interesse. Será, no entanto, presumida a intenção de permanência sempre que o valor registrado no ativo circulante **não for alienado até a data do balanço do exercício seguinte àquele em que tiver sido adquirido**; neste caso, deverá o valor da aplicação ser transferido para o subgrupo de investimentos e procedida a sua correção monetária, considerando como data de aquisição a do balanço do exercício social anterior." (grifamos)

No mesmo sentido a doutrina abaixo transcrita que aborda os requisitos necessários à classificação das participações permanentes em outras sociedades no Ativo:

Essas participações são os tradicionais investimentos em outras empresas, na forma de ações ou de quotas. Devem ter a característica de permanente, ou seja, incluem-se aqui somente investimentos em outras sociedades que tenham a característica de

aplicação de capital, não de forma temporária ou especulativa, existindo efetiva intenção de usufruir dos rendimentos proporcionados por esses investimentos."

(IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens; Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações. 6ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2006, pag. 147/148.)

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

Dos efeitos jurídico-tributários da operação de "desmutualização" das bolsas

Como relatado, as operações societárias foram conduzidas de modo a resultar na criação, cisão, incorporação e extinção de empresas, de acordo suas conveniências negociais. Entretanto, as convenções e os contratos particulares não têm o condão de vincular os efeitos tributários decorrentes dessas operações, em homenagem ao princípio da legalidade.

Muito embora as operações societárias que resultaram na desmutualização das Bolsas tenham sido engendradas pelos partícipes das referidas entidades com a finalidade de maximizar a obtenção de lucro decorrente das receitas auferidas com as vendas das ações recebidas, como já argumentado, foram feitas em descompasso com prescrito no Código Civil, mais especificamente o artigo 61, não podendo, portanto, produzir os efeitos jurídico-tributários almejados, qual seja a não incidência das contribuições para o PIS e para a Cofins.

Ressalte-se que não se está aqui pretendendo desconsiderar os negócios jurídicos, apenas se está aplicando os efeitos jurídico-tributários previstos na legislação de regência.

A autoridade fiscal fez o enquadramento legal das receitas auferidas nos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98 (e-folhas 157 e 162), que têm a seguinte redação:

*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**.*

§ 1º (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

*§ 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**.*

(...)

*§ 5º Na hipótese das pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, serão admitidas, para os efeitos da COFINS, as mesmas exclusões e deduções facultadas para fins de determinação da base de cálculo da **contribuição para o PIS/PASEP**.*

6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no §1º do art. 22 da Lei no 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir: (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

As ações recebidas pela Recorrente devem ser classificadas no Ativo Circulante, como já demonstrado linhas atrás, deste modo, as receitas obtidas com a alienação destas ações constituem **receita bruta operacional** auferida pela pessoa jurídica, sujeita à incidência do PIS e da Cofins, como passamos a demonstrar.

Em nosso ordenamento jurídico encontramos os termos “faturamento” e “receita bruta” bem delineados nos seguintes dispositivos legais:

Decreto-Lei nº 1.598/77:

*Art. 12 - A **receita bruta** das vendas e serviços compreende o produto da **venda de bens** nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados*

Lei Complementar nº 70/91:

*Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o **faturamento mensal**, **assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias**, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.*

Lei nº 9.715/98:

*Art. 3º Para os efeitos do inciso I do artigo anterior considera-se **faturamento a receita bruta**, como definida pela legislação do imposto de renda, proveniente da **venda de bens** nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia.*

Também restou assentado no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF pelo STF que o faturamento refere-se a “**receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza**” (trecho do voto do Ministro Moreira Alves).

Pois bem. As ações, no caso dos bancos, são os bens/mercadorias objeto das operações de compra e venda, portanto, a receita de venda destes bens/mercadorias enquadra-se perfeitamente nas definições dos dispositivos supramencionados, devendo ser considerada como receita bruta/faturamento dessas empresas.

Deste modo, as receitas auferidas pela **alienação** das ações da BM&F S.A de sua titularidade, decorrentes de atividade típica da Recorrente, devem ser enquadradas como **receitas brutas operacionais** e por isso estão sujeitas à incidência do PIS e da Cofins, tanto pela caracterização destas operações como “vendas de mercadorias”, que compõem o seu faturamento, conforme dispõem o *caput*, dos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98, como pelo fato de comporem a receita bruta operacional das instituições financeiras, nos termos dos parágrafos 5º e 6º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. Os mencionados §§ 5º e 6º dispõem que as exclusões seriam as mesmas do PIS, previstas na Lei nº 9.701, de 1998, que define a base de cálculo como sendo a “receita bruta operacional auferida no mês”.

Da multa de ofício aplicada

Alega a Recorrente que multa de ofício aplicada no percentual de 75% seria confiscatória, devendo ser anulada, ou então reduzida a um patamar “razoável e proporcional”, que não deve, no entendimento, superar os 20% (vinte por cento) previstos para as multas de natureza moratória.

Não pode prosperar a alegação trazida pela Recorrente, uma vez que a Administração Pública está sujeita à observância estrita do princípio constitucional da legalidade, previsto no art. 37, *caput*, de nossa Carta Magna, cabendo a ela, simplesmente, aplicar as leis, de ofício, não se lhe cabendo inovar ou suprimir as normas vigentes, o que significa, em última análise, introduzir discricionariedade onde não lhe é permitida.

Ademais, quanto à alegada natureza confiscatória da multa aplicada é cediço que o Contencioso Administrativo não é a instância competente para a discussão dessa matéria. O CARF faz o controle da legalidade na aplicação da legislação tributária aos casos concretos, sem adentrar no mérito de eventuais inconstitucionalidades de leis regularmente editadas segundo o processo legislativo, tarefa essa reservada constitucionalmente ao Poder Judiciário (artigo 102 da CF/88). Este Colegiado pode reconhecer apenas inconstitucionalidades já declaradas, definitivamente, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, ou nas demais situações expressamente previstas nos termos do art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972, com a redação dada pelo art. 25 da Lei nº 11.941/2009, condições que não se apresentam no presente caso. Neste sentido, inclusive, foi aprovada a Súmula CARF nº 02, *verbis*:

“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”

Da cobrança de juros sobre a multa de ofício

A Recorrente questiona, ainda, a cobrança dos juros Selic exigidos sobre a multa de ofício, por entender que não há previsão legal para a sua incidência.

Discordo deste entendimento.

A meu ver, há previsão legal para a cobrança. Vejamos, inicialmente, o que dispõe o art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(grifamos)

Os defensores da tese da não aplicação de juros sobre a multa salientam a menção do legislador a débitos de “tributos e contribuições”, diferentemente de legislação anterior, que reportava a débitos de qualquer natureza (Decreto-Lei nº 2.323, de 1987, e Lei nº 8.218, de 1991). Assim, alegam que deve ser feita uma interpretação literal do texto normativo.

Discordamos deste entendimento, até porque a interpretação literal, na maioria das vezes, é apenas o ponto de partida para a construção dos sentidos da norma a ser aplicada. Não devemos desprezar a expressão “**decorrente de**”, aposta antes dos vocábulos “tributos e contribuições”, constante do art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996. A melhor leitura que se deve dar à expressão “decorrentes de tributos e contribuições”, a meu sentir, refere-se aos débitos “cuja **origem** remonta de tributos e contribuições”.

A multa de ofício **decorre** do não pagamento do tributo! Diferente seria se o citado artigo 61 prescrevesse que “apenas os débitos de tributos e contribuições submeter-se-iam aos juros de mora”. Não foi essa, a meu ver, a intenção do legislador. Não devemos, portanto, interpretar o dispositivo legal desprezando o sentido da expressão “decorrente de”, **constante do texto em vigor**.

E mais, uma interpretação exclusivamente literal não é a mais adequada como leciona Paulo de Barros Carvalho (in Direito Tributário, Linguagem e Método, 1ª edição, p. 201): “*O critério sistemático da interpretação envolve os três planos (sintático, semântico e pragmático) e é, por isso mesmo, exaustivo da linguagem do direito. Isoladamente, só o último (sistemático) tem condições de prevalecer, exatamente porque ante supõe os anteriores. É assim, considerado o método por excelência*”.

Se fizermos uma interpretação teleológica, pautada na finalidade do dispositivo legal, ressalta sobremaneira a necessidade de incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício. É preciso ser dito, que as multas encerram em si duas finalidades precípua: uma finalidade punitiva, em razão da prática de uma conduta reprovada pelo ordenamento jurídico e uma finalidade educativa, na medida em que o contribuinte que cometeu o ilícito tributário, bem como os demais contribuintes, será compelido a não repetir tal conduta juridicamente indesejada. Tem-se, assim, que afastar a incidência de juros moratórios sobre as multas de ofício seria frustrar totalmente a finalidade dos dispositivos legais que cominam a multa de ofício.

Em outro giro, se fizermos uma interpretação sistemática dos dispositivos do CTN, também chegaremos à conclusão que os juros moratórios incidem sobre a multa de ofício. Vejamos.

Não adimplida a obrigação tributária no prazo legal, nasce para o contribuinte o dever de pagar o valor do tributo e mais a multa por sua mora. Por ocasião da constituição do crédito tributário, pelo lançamento de ofício, a multa de ofício correspondente passa a integrar aquele valor, composto do tributo e devidos acréscimos legais (juros de mora + multa de ofício), nos termos do que prescreve o artigo 113/CTN. Como se observa, a partir do lançamento, o tributo e a multa de ofício passam a ser devidos pelo contribuinte, e esse valor será uniformemente corrigido de acordo com a legislação. Não há possibilidade para a segregação das formas de correção deste montante total. Em outras palavras, não é lógico que apenas o valor do tributo sofra a incidência de juros moratórios, a multa de ofício não, sendo que ambas as verbas fazem parte de um mesmo todo - crédito tributário.

Como dispõe o artigo 139 do CTN, o crédito tributário possui a mesma natureza da obrigação principal e esta, por sua vez, é composta tanto pelo tributo quanto pela penalidade pecuniária. Após o lançamento, tributo e multa se convolvem em crédito tributário, e é sobre essa quantia que os juros deverão incidir.

Neste sentido, convém transcrever julgados do Superior Tribunal de Justiça que já decidiram por manter os juros sobre a multa de ofício, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. MULTA PUNITIVA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA INCIDÊNCIA.

1. Incide juros de mora e correção monetária sobre o crédito tributário consistente em multa punitiva.

2. Perfeitamente cumuláveis os juros de mora, a multa punitiva e a correção monetária. Precedentes.

3. Recurso especial não provido.

(STJ, 2ª T, REsp 1146859/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, publ. 11/05/2010)

TRIBUTÁRIO. MULTA PECUNIÁRIA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. LEGITIMIDADE.

1. É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.

2. Recurso especial provido.

(STJ, 2ª T, REsp 1129990/PR, Rel. Ministro Castro Meira, em 14/09/2009)

No âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais CARF, há diversos julgados do CARF reconhecendo a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício, dentre eles citamos os seguintes:

JUROS DE MORA - MULTA DE OFÍCIO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL

A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

(Acórdão CSRF/04-00.651, de 18/09/2007; Relator: Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho)

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

O crédito tributário não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora em percentual equivalente à taxa SELIC.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, após o seu vencimento, está prevista pelos artigos 43 e 61, § 3º, da Lei 9.430/96.

(Acórdão 103-22197, de 07/12/2005; Relator: Aloysio José Percínio da Silva)

Entendo que o crédito tributário compreende o tributo e a penalidade pecuniária, interpretação esta que harmoniza os diversos dispositivos do CTN. Acrescente-se, ainda, que a legislação ordinária (*ex vi* artigo 43 e 61, Lei nº 9.430/96) de há muito vem prevendo a incidência dos juros sobre a multa de ofício, sem que se tenha notícia da invalidação dessas normas pelo Poder Judiciário, por falta de fundamento de validade.

Conclui-se, assim, que o art. 161 do CTN autoriza a cobrança de juros sobre o crédito tributário, incluindo-se nesta rubrica, como argumentado, a multa de ofício. O § 1º do artigo 161 prescreve que os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês, salvo se lei dispuser de modo diverso. E a lei dispôs de forma diversa. O artigo 61, parágrafo 3º, da Lei nº 9.430/96, determina que sobre os débitos incida juros de mora calculados à taxa a que se refere o §3º do art. 5º (juros equivalentes à Taxa Selic), a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

A dicção da Súmula nº 4 do CARF corrobora nossos argumentos, na medida em que fala genericamente em débitos tributários, *verbis*:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita

Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Conclusão

Deste modo, para as instituições financeiras a base de cálculo é a receita bruta operacional, o que inclui, necessariamente, as receitas auferidas com a venda das referidas ações de terceiros (BM&F S.A.), receitas estas decorrentes de atividade típica de empresa.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

Luís Eduardo Garrossino Barbieri