



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

Processo nº 16682.721116/2011-55
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-003.819 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de janeiro de 2017
Matéria PIS E COFINS
Recorrente BANCO BTG PACTUAL S.A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 31/10/2007, 30/11/2007, 31/12/2007

DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITO PRIVADO. PRIMAZIA DO DIREITO PRIVADO. ART.109 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. LIMITES À INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS E QUALIFICAÇÃO DOS FATOS GERADORES.

A Administração Tributária está adstrita à observância de conceitos e formas de Direito Privado na interpretação das hipóteses de incidência tributária e na qualificação dos fatos geradores, sob pena de violar os arts.109 e 116, II do CTN, bem como o dever de conformidade da tributação com o fato gerador derivado da legalidade tributária constitucionalmente consagrada.

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.

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 caracteriza a permanência do mesmo ativo, devendo ser admitida sua manutenção na conta de ativo permanente, tal como procedeu ao 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 Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Jorge Freire, Waldir Navarro Bezerra e Maria Aparecida Martins de Paula. Designado o Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto. O Conselheiro Rodolfo Tsuboi participou do julgamento em substituição ao Conselheiro Diego Diniz Ribeiro, que se declarou impedido. Sustentou pela recorrente o Dr. Celso de Paula Ferreira da Costa, OAB/SP nº 148.255/SP.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos Atulim - Presidente.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Relator.

(assinado digitalmente)

Carlos Augusto Daniel Neto - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os seguintes Conselheiros: Antônio Carlos Atulim, Jorge Olmiro Lock Freire, Carlos Augusto Daniel Neto, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Maria Aparecida Martins de Paula, Diego Diniz Ribeiro, Thais de Laurentiis Galkowicz e Waldir Navarro Bezerra.

Relatório

Trata-se de processo administrativo decorrente da lavratura dos Autos de Infração referente ao PIS e da COFINS (fls. 205/209 e 210/214), respectivamente, em virtude da apuração de falta/insuficiência de recolhimento da Contribuição, fundamentado em fiscalização empreendida junto à Recorrente, tendo por objeto, entre outros, a verificação da apuração da receita obtida na comercialização das ações recebidas em decorrência do processo conhecido como "desmutualização" das Bolsas de Valores, ocorrido nos períodos de apuração nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2007, conforme demonstrado no Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 189/204.

Por bem consolidar os fatos ocorridos neste processo até o julgamento de primeira instância, colaciono os principais trechos do relatório do Acórdão nº 12-49.459, exarado pela 17ª Turma da Delegacia de Julgamento (DRJ) no Rio de Janeiro I (RJ) (fls. 536/553), *in verbis*:

O presente processo foi formalizado em decorrência da lavratura dos autos de infração de Cofins e de PIS, fls. 205/209 e 210/214 respectivamente, em virtude da apuração de falta/insuficiência de recolhimento nos períodos de apuração 10, 11 e 12/2007. Exige-se, para a

Cofins, principal de R\$ 5.601.103,24, que acrescido de multa de ofício e juros de mora perfaz R\$ 12.106.173,61 e, no caso do PIS, contribuição de R\$ 910.179,26, totalizando, com multa de ofício e juros moratórios, R\$ 1.967.253,14.

Integra o auto de infração o “Termo de Verificação Fiscal” de folhas 189 a 204. Neste, no item de nº 3 (fls. 189) foi exposta a legislação da Cofins e do PIS aplicável às instituições financeiras. Consta ainda, no item de nº 4 (fl. 192) um relatório da auditoria efetuada, no qual a autoridade fiscal conclui, com base nos documentos apresentados em resposta às intimações efetuadas que:

*Em 02/01/2002, o **Banco Pactual** comprou 500 ações ordinárias da CBLC da PlaniBank ao custo de R\$ 820.000,00. Em 17/01/2003, o Banco Pactual comprou 500 ações ordinárias da CBLC da HSBC CTVM ao custo de R\$ 1.000.000,00. Em 01/04/2003, o Banco Pactual comprou 500 ações ordinárias da CBLC da LemonBank ao custo de R\$ 988.500,00.*

Com a incorporação do Banco UBS e seu saldo de 1.500 ações ordinárias da CBLC, e mais o recebimento de dividendos pagos com ações - no valor de R\$ 8.613.492,00 - chegou-se a um valor de custo em ações CBLC de R\$ 18.728.102,00.

Conforme comentado no item 5 deste Termo, as ações da CBLC foram convertidas em ações da Bovespa Holding.

O Banco Pactual era possuidor de dois títulos de membro de compensação da BMF, e de um título de sócio efetivo. Cada título de membro de compensação foi convertido em 4.961.610 ações da BMF Holding, e o título de sócio efetivo foi convertido em 10.000 ações, ao custo de R\$ 1,00 por ação.

As ações da Bovespa e BMF holdings foram alienadas conforme o quadro abaixo:

(...).

Defendemos que o PIS e a COFINS incidem no momento em que a empresa aliena as ações havidas na desmutualização por valor superior àquele pelo qual as recebera. A diferença configura ganho de natureza operacional, em função da atividade social desempenhada, da natureza do ativo negociado e do papel que este ativo desempenha, no contexto dos investimentos da instituição.

No momento em que parte destas ações é alienada pelo Banco Pactual, a eventual diferença entre o valor pelo qual foram recebidas e seu valor de venda constitui ganho operacional da instituição.

Assim é porque, com as alterações societárias promovidas na desmutualização e com a conversão dos títulos patrimoniais em ações de companhia aberta, também se alterou a essência dos direitos, obrigações e expectativas inerentes à titularidade do ativo. Se antes o Banco associado de entidade sem fins lucrativos, e sua posição de membro era condição essencial para operar naquele mercado, após a desmutualização este se tornou sócio de empresa com finalidade lucrativa. A nova companhia estava em pleno processo de abertura de capital, por meio de oferta pública de ações, e a alienação de um lote relevante das ações recebidas pelos acionistas foi parte deste processo.

O PIS e a COFINS incidem sobre a receita bruta das empresas, com as exclusões e deduções admitidas pela legislação, a qual prevê a exclusão, da base de cálculo, dos lucros na alienação de investimentos do Ativo Permanente. Permite-se a exclusão destes lucros por decorrerem da alienação de bens/direitos necessários ao funcionamento e manutenção da empresa, cuja venda, de caráter excepcional e eventual, produzirá recursos, mormente destinados à aquisição de novos bens/direitos de caráter permanente.

Não é esta a natureza dos investimentos representados pelas ações recebidas em decorrência da desmutualização da BOVESPA/BM&F. O objetivo final de todo o processo era a abertura de capital da nova companhia BOVESPA/BM&F, que se deu por meio da oferta pública de parte relevante das ações dos sócios destas entidades.

Examinando as bases de cálculo de apuração do PIS e da COFINS, preparadas pelo contribuinte, referente ao ano de 2007, verificamos que realmente a receita na alienação das ações oriundas do processo de desmutualização da BOVESPA/BM&F não foram computadas da base de cálculo do PIS/COFINS. Questionado a respeito, o contribuinte confirmou que tais receitas não foram oferecidas à tributação do PIS/COFINS, justificando que em seu entendimento estas receitas são advindas da venda de ativo permanente.

Dessa forma, efetuou-se o lançamento via auto de infração destes dois tributos, incluindo a referida receita na base de cálculo do PIS e da COFINS dos meses de outubro, novembro e dezembro de 2007.

Em seguida, consta do Termo de Verificação Fiscal uma descrição das operações de desmutualização e seus efeitos na apuração das bases de cálculo do PIS e da COFINS, abaixo transcritas:

DA DESMUTUALIZAÇÃO DA BOVESPA

Desmutualização é o termo utilizado para denominar o processo pelo qual a BOVESPA, associação civil sem fins lucrativos, transferiu suas atividades para companhia de capital aberto - uma sociedade anônima.

Antes, as Bolsas eram organizadas na forma de associações civis sem fins lucrativos. Seus associados eram detentores de títulos patrimoniais das Bolsas.

A Ata da Assembléia Geral Extraordinária da BOVESPA de 28/08/2007, que aprovou a desmutualização, informa que naquele momento o patrimônio social da associação era de R\$ 1.106.827.066,15, e seu capital era representado por 758 títulos patrimoniais, de valor unitário igual a R\$ 1.460.194,02.

Seguiu-se o processo denominado desmutualização, que abrangeu duas etapas, ocorridas na mesma data.

A primeira etapa foi a "cisão parcial" da BOVESPA, com a versão de grande parte de seu patrimônio em favor de duas sociedades: a BOVESPA SERVIÇOS E PARTICIPAÇÕES S/A (doravante BOVESPA SERVIÇOS) e a BOVESPA HOLDING S/A (doravante BOVESPA HOLDING). A BOVESPA alterou sua denominação social para ASSOCIAÇÃO BOVESPA (ASSOCIAÇÃO).

Com a "cisão", reduziu-se o patrimônio da ASSOCIAÇÃO, e conseqüentemente, o valor de cada título patrimonial. Em contrapartida ao patrimônio recebido, a BOVESPA SERVIÇOS e a BOVESPA HOLDING emitiram ações em favor dos detentores dos títulos patrimoniais da ASSOCIAÇÃO.

A BOVESPA SERVIÇOS absorveu as atividades operacionais antes desempenhadas pela ASSOCIAÇÃO, restando a esta última atribuições acessórias, como o estímulo a atividades do mercado mobiliário, promoção do contato e do intercâmbio entre os associados, e assim por diante.

Além de absorver as atividades antes desempenhadas pela ASSOCIAÇÃO, a BOVESPA SERVIÇOS alterou sua denominação social para BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO S/A -BVSP.

O patrimônio da BOVESPA ASSOCIAÇÃO cindido foi de R\$ 1.103.594.110,00.

Deste valor, R\$ 212.715.51 foram vertidos em favor da BOVESPA SERVIÇOS, e R\$ 890.878.528,59 em favor da

BOVESPA HOLDING. O patrimônio remanescente na BOVESPA ASSOCIAÇÃO foi de R\$ 3.232.956,15.

Alteração do objeto social da BOVESPA ASSOCIAÇÃO, que passa a ser de representar o interesse dos associados na solução de problemas do mercado mobiliário, estimular as atividades deste mercado e o intercâmbio entre associados.

O valor patrimonial dos títulos da BOVESPA ASSOCIAÇÃO (758 títulos) foi reduzido em R\$ 1.455.928,91 por título. O valor patrimonial de cada título passou de R\$ 1.460.194,02 para R\$ 4.265,11.

Em contrapartida ao patrimônio recebido, a BOVESPA SERVIÇOS e a BOVESPA HOLDING emitiram ações ON em favor dos detentores dos títulos patrimoniais da BOVESPA ASSOCIAÇÃO.

A BOVESPA SERVIÇOS emitiu 49.013.038 ações, com preço de emissão unitário de R\$ 4,35. Estas ações foram distribuídas às instituições associadas da BOVESPA ASSOCIAÇÃO na razão de 64.661 ações para cada título patrimonial.

A BOVESPA HOLDING emitiu 432.465.530 ações, ao preço de emissão unitário de R\$ 2,06. Estas ações foram distribuídas às instituições associadas da BOVESPA ASSOCIAÇÃO na razão de 570.535 ações para cada título patrimonial.

A segunda etapa foi denominada "incorporação de ações", em que a BOVESPA HOLDING adquire a totalidade das ações emitidas pela BOVESPA SERVIÇOS e pela CBLC (Câmara Brasileira de Liquidação e Custódia). Desta forma, a HOLDING passa a ser a controladora, e as duas últimas, suas subsidiárias integrais.

Em decorrência desta operação, as instituições, antes titulares de ações da BOVESPA SERVIÇOS e da CBLC, recebem em troca novas ações da BOVESPA HOLDING.

A incorporação das ações da BOVESPA SERVIÇOS aumenta o capital da BOVESPA HOLDING em R\$ 212.715.581,41; em contrapartida, a BOVESPA HOLDING emite 103.260.066 ações (preço de emissão R\$ 2,06), em favor das instituições, anteriores acionistas da BOVESPA SERVIÇOS, à razão de 136.227 ações da BOVESPA HOLDING para cada lote de 64.661 ações da BOVESPA SERVIÇOS em poder das instituições associadas.

A incorporação das ações da CBLC aumenta o capital social da BOVESPA HOLDING em R\$ 349.293.688,77; em contrapartida a BOVESPA HOLDING emite 169.549.662 ações (preço de emissão de R\$ 2,06), em favor das instituições, anteriores acionistas da CBLC, à razão de 46.223 ações da BOVESPA HOLDING para cada lote de 25 ações da CBLC em poder das instituições.

A BOVESPA SERVIÇOS absorveu as atividades operacionais antes desempenhadas pela BOVESPA ASSOCIAÇÃO.

Antes o acesso das instituições aos sistemas de negociação se dava em virtude de sua participação como membro da BOVESPA ASSOCIAÇÃO, mediante a propriedade de ao menos um título patrimonial; na nova estrutura, o acesso passa a ser por meio de relação contratual, desvinculada de sua participação societária na BOVESPA SERVIÇOS (nova BVSP).

Também os agentes de compensação passam a ter acesso aos sistemas de compensação e liquidação operados pela CBLC por meio de relação contratual, desvinculada da participação societária daqueles nesta última.

Cumpre destacar que a exposição acima utiliza, para fins didáticos, os valores mencionados nos Protocolos e Atas de Assembléias realizadas pelas entidades envolvidas, baseados em balanços levantados em 30/06/2007. O Ofício Circular BOVESPA 225/2007, de 18/09/2007, menciona valores definitivos e atualizados: aos títulos patrimoniais BOVESPA atribuiu-se o valor unitário de R\$ 1.568.803,71; para cada título patrimonial foram distribuídas 706.762 ações da BOVESPA HOLDING.

Da Oferta Pública (IPO) das Ações da BOVESPA HOLDING Concluída a desmutualização, seguiu-se a oferta pública de parte das ações da BOVESPA HOLDING recebidas pelas instituições (Initial Public Offering- IPO), em dois lotes: o lote principal em 24/10/2007 e lote suplementar em 26/11/2007.

Estas ações foram vendidas, na oferta pública, pelo valor unitário de R\$ 23,00.

DA DESMUTUALIZAÇÃO DA BM&F

Desmutualização é o termo utilizado para denominar o processo pelo qual a BM&F - Bolsa de Mercadorias & Futuros, associação civil sem fins lucrativos, transferiu suas atividades para companhia de capital aberto - uma sociedade anônima. No momento da desmutualização, o capital da BM&F era representado por 618 títulos, divididos em quatro categorias, de acordo com a atuação de seus detentores na Bolsa: Membro de Compensação; Corretora de Mercadorias; Operador Especial; e Sócio Efetivo.

Em 20/09/2007 iniciou-se a desmutualização, com a cisão parcial da BM&F e a versão do patrimônio cindido em favor da BM&F S/A. A BM&F alterou sua denominação para BM&F ASSOCIAÇÃO, e seus títulos patrimoniais foram unificados em uma única categoria, com valor unitário de R\$ 1,00.

A BM&F S/A absorveu as atividades antes desempenhadas pela BM&F, ficando esta última restrita a atividades de cunho assistencial, educacional e desportivo, dentre outras.

Em contrapartida ao patrimônio recebido, a BM&F S/A emitiu ações em favor dos detentores dos títulos patrimoniais da BM&F (entre estes o BGP Pactual).

O patrimônio cindido da BM&F foi de R\$ 1.281.136.136,78, o qual foi vertido em favor da BM&F S/A.

O patrimônio remanescente da BM&F foi de R\$ 1.282.549,72.

Os títulos patrimoniais foram unificados em uma só categoria, com valor unitário de R\$ 1,00.

Alteração da razão social da BM&F para ASSOCIAÇÃO BM&F, bem como de seu objeto social que fica restrito a atividades de cunho assistencial, educacional e desportivo, dentre outras. O patrimônio vertido em favor da BM&F S/A teve a seguinte destinação:

- R\$ 901.786.792,00 foram acrescidos ao capital social (que passa de R\$ 500,00 para R\$ 901.877.292,00);*
- R\$ 24.904.425,01 foram destinados a reserva de reavaliação; e*
- R\$ 354.354.919,77 foram destinados a reserva para constituição de fundos e salvaguardas, mantendo a contabilização antes existente na BM&F.*

Em contrapartida ao patrimônio recebido, a BM&F S/A emitiu 901.876.792 novas ações (preço de emissão de R\$ 1,00), em favor dos detentores dos títulos patrimoniais da BM&F. Estas ações foram distribuídas na seguinte proporção:

- para cada título de Membro de Compensação, no valor de R\$ 4.961.610 - 4.961.610 ações;*
- para cada título de Corretora de Mercadorias, no valor de R\$ 4.898.015,00 - 4.898.015 ações;*
- para cada título de Operador Especial, no valor de R\$ 1.335.141 - 1.335.141 ações;*
- para cada título de Sócio Efetivo, no valor de R\$ 10.000,00 - 10.000 ações.*

Da Oferta Pública (IPO) das Ações da BM&F S/A Concluída a desmutualização, seguiu-se a oferta pública de parte das ações da BM&F S/A recebidas pelas instituições (Inicial Public Offering - IPO), em dois lotes: o lote principal em 28/11/2007 e lote suplementar em 30/12/2007.

Estas ações, recebidas pelos associados pelo preço unitário de emissão de R\$ 1,00, foram vendidas, na oferta pública, pelo valor unitário de R\$ 20,00. Os vendedores arcaram com as comissões de 2,75% do valor da ação, recebendo o valor líquido de R\$ 19,45 por ação.

Cumprе registrar a existência de acordo firmado por associados da BM&F, delineando diretrizes para a venda das ações recebidas com a desmutualização. Os associados não signatários poderiam manifestar sua concordância assinando Termos de Adesão, conforme modelos anexos ao próprio Acordo. Nos termos do acordo, os associados signatários/aderentes se comprometiam a alienar 35% das ações havidas na desmutualização, sendo 10% a investidor estratégico e 25% na oferta pública (IPO). A cláusula 4.2 estabelecia a proibição de

venda das ações de forma distinta da prevista no acordo, durante prazos determinados segundo o modelo de Termo de Adesão assinado (6 meses ou 2 anos).

ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DA DESMUTUALIZAÇÃO

Antes da desmutualização, as bolsas eram constituídas na forma de associação civil sem fins lucrativos e submetiam-se ao regime da Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil de 2002).

Sendo entidades sem fins lucrativos, gozavam da isenção prevista no art. 15 da Lei nº 9.532, de 1997.

(...)

Antes da desmutualização, os títulos patrimoniais eram registrados, pelas instituições associadas, em contas de Ativo Permanente. Inicialmente, os títulos eram registrados pelo seu custo de aquisição. Posteriormente, como os títulos representavam parcelas ideais do patrimônio da Bolsa, registravam-se as variações do valor patrimonial dos títulos, reflexos das alterações do patrimônio das próprias Bolsas.

As variações positivas eram registradas a débito da conta de Ativo Permanente representativa dos títulos, com contrapartida a crédito de conta especial de Reserva de Capital. Estas variações positivas não sofriam tributação, desde que não fossem distribuídas aos sócios, e permanecessem em conta de reserva, para futuro aumento de capital. Este é o teor da Portaria ns 785, de 1977, do Ministro de Estado da Fazenda:

(...)

Depreende-se que as variações positivas do valor patrimonial dos títulos BOVESPA/BM&F eram afastadas da tributação, nas instituições associadas detentoras destes títulos, enquanto mantidas em conta de reserva ou utilizadas para aumento de capital. Vale lembrar que, para os associados, os títulos patrimoniais das Bolsas de Valores tinham, por princípio, a característica de bens permanentes, necessários ao desempenho de suas atividades sociais. E é neste contexto que se situa a Portaria MF nº 785/77, que autoriza o sobrestamento da tributação, e desde que observadas determinadas condições.

Este, portanto, o cenário anterior à chamada desmutualização das Bolsas.

O advento da desmutualização produziu relevante alteração na posição dos participantes das Bolsas - seus direitos, deveres e expectativas - bem como na natureza de seus ativos.

Antes, uma instituição detinha títulos patrimoniais, representativos de sua contribuição para a formação do capital da entidade sem fins lucrativos. Estes títulos classificavam-se no Ativo Permanente, uma vez que a instituição não teria, em princípio, o interesse de aliená-los.

Com a desmutualização, a maior parte do patrimônio da Bolsa é vertida para uma sociedade com fins lucrativos (nova companhia), que absorve suas atribuições operacionais. Devolve-se à instituição sua parcela no patrimônio vertido, na proporção de sua participação no capital da antiga Bolsa (quantidade de títulos patrimoniais de que era titular). Esta devolução se dá na forma de ações da nova companhia. A instituição passa, de membro de associação não-lucrativa, para sócia de empresa com fins lucrativos; o valor antes representado por títulos patrimoniais passa a ser representado por ações negociáveis.

Pouco depois, a instituição aliena parte destas ações, por valor superior àquele pelo qual as recebera, na desmutualização. Neste ponto, importa ressaltar que a alienação de ao menos parte das ações, pelas instituições, era da natureza da operação.

O objetivo que norteou todo o processo de desmutualização foi o de transformar as Bolsas em companhias de capital aberto.

Irresignada com o lançamento, a interessada, por intermédio de seus advogados e procuradores, apresentou, em 06/01/2012, a impugnação de fls. 228 a 258, acompanhada dos documentos de fls. 259 a 520. Após sucinta descrição dos fatos, a impugnante passa a discorrer a respeito do processo de desmutualização da Bovespa e da BM&F e da venda das ações, iniciando por tecer um histórico da desmutualização (fls. 231 a 233), em que defende que “os títulos patrimoniais da BM&F e da Bovespa foram substituídos por ações da BM&F S/A e da Bovespa Holding S.A., como sempre ocorre em operações que envolvem sucessão patrimonial”, seguido do histórico da desmutualização para a impugnante (fls. 233 a 236), no qual afirma que (1) com a incorporação Banco UBS, a Impugnante passou a deter 3 mil ações da CBLC e 3 títulos da BM&F; (2) os títulos patrimoniais foram substituídos pelas ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A; e que (3) a impugnante não tinha qualquer ingerência sobre as operações societárias que seriam realizadas no processo de desmutualização.

Destacou, ainda que a substituição dos títulos por ações ordinárias da Bovespa e BM&F não gerou efeitos em suas contas de resultado, dado que ocorreu em razão da sucessão patrimonial decorrente da cisão das antigas Bovespa e BM&F seguida de incorporação de seu patrimônio pelas recém-constituídas Bovespa S.A. e BM&F S.A., fato refletido no Ofício Circular enviado pela Bovespa e BM&F à época da desmutualização, acima referido.

Assevera que o resultando da venda de tais ações não integra o conceito de faturamento, estando excluído da base de cálculo das contribuições para o PIS e COFINS, conforme previsto no inciso IV do § 2º do artigo 3º da lei nº 9.718, de 1998.

Quanto ao direito, a impugnante entende que a autoridade fiscal se baseou em diversas premissas e conclusões equivocadas. Neste diapasão:

– discorda que as ações da Bovespa S/A e da BM&F S/A teriam sido indevidamente classificadas no ativo permanente e que seria inaplicável a exclusão prevista no art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.718, de 1998;

– explica que, por ocasião da aquisição dos títulos da Bovespa e BM&F (ocorrida em 2001 e 2003), a Impugnante classificou-os em conta de ativo permanente, uma vez que representativos de participações permanentes em outras entidades, consoante descrito no art. 179, III, da Lei nº 6.404, de 1976; classificação que não foi questionada pela autoridade fiscal;

– esclarece que o processo de desmutualização não envolveu a transmissão de titularidade de ativos, mas, tão somente, sua substituição em decorrência da cisão seguida de incorporação;

– registra que, consoante as disposições da Lei nº 6.404/76, a sociedade que absorver o patrimônio da outra, em decorrência de operação de cisão e incorporação, sucederá a esta em direitos e obrigações (sucessão universal);

– conclui, com base em lição de Modesto Carvalhosa, que na cisão não ocorre a liquidação e a simultânea constituição das relações jurídicas individualizadas e determinadas, mas, diferentemente, o patrimônio cindido e subsequentemente incorporado é vertido em seu estado atual como um todo;

– com base na análise dos doutrinadores a respeito do instituto da incorporação de ações e de sua natureza jurídica, entende que, tal como na incorporação de ações, na cisão e na incorporação não há inovação na esfera jurídica com a "aquisição" de novas ações pelos sócios das sociedades envolvidas. O que se opera é a sucessão dos direitos e obrigações com a substituição da participação societária detida pelos sócios por nova participação societária. O sócio nada faz, limita-se, de forma passiva, a realizar esta substituição em seu patrimônio;

– reporta-se também ao Recursos Especial 242.721-SC, Relator Min. Humberto Gomes, em que se reconheceu que “Transformação, incorporação, fusão e cisão constituem várias facetas de um só instituto: a transformação das sociedades. Todos eles são fenômenos de natureza civil, envolvendo apenas as sociedades objeto da metamorfose e os respectivos donos de

cotas ou ações. Em todo o encadeamento da transformação não ocorre qualquer operação comercial.”

– invoca o Parecer Normativo CST nº 39/81 para reforçar que “NÃO SE TRATA DE NOVO NEGÓCIO JURÍDICO, NOVA SUBSCRIÇÃO OU AQUISIÇÃO, MAS SIM DE PERCEPÇÃO DOS BENS TOMADOS CONJUNTAMENTE COMO UMA UNIVERSALIDADE, NA EXATA SITUAÇÃO EM QUE SE ENCONTRAVAM NO PATRIMÔNIO DA SOCIEDADE CINDIDA/INCORPORADA”;

– conclui que “a operação de desmutualização não significou qualquer alteração na esfera jurídica da Impugnante, que apenas recebeu, em razão da cisão seguida de incorporação ações das sociedades que sucederam às antigas associações da Bovespa e BM&F. Trata-se de uma situação de sucessão, de continuidade na relação jurídica do acionista com relação aos direitos e obrigações havidos” e que “o exame mais detido da operação corrobora o posicionamento da Impugnante acima demonstrado de que não houve aquisição das ações quando do processo de desmutualização. O ato de aquisição das ações foi único e ocorreu anteriormente à desmutualização, isto é, quando da aquisição dos títulos patrimoniais, remetendo àquela época a respectiva classificação em conta de ativo permanente”;

– depreende da orientação contida no Parecer Normativo nº 03, de 1980, que a simples manifestação da intenção de venda não é suficiente para determinar a reclassificação de bem registrado em conta de ativo permanente para fins tributários. Em outras palavras, o caráter de permanência deve ser aferido no momento da aquisição dos bens, os quais devem ser mantidos sob tal rubrica até que ocorra sua efetiva alienação;

– assevera ter procedido à correta classificação das ações da Bovespa Holding S/A.

e BM&F S/A. como bens do ativo permanente, tendo em vista que os atributos de “permanência” estavam presentes no bem quando de sua aquisição. Ademais, em obediência a normativo da Receita Federal do Brasil, a Impugnante não alterou a classificação de tais itens de seu ativo permanente em decorrência da intenção de aliená-los;

– o resultado da venda de bem do ativo permanente consiste em resultado não operacional da pessoa jurídica, devendo ser integralmente adicionado ao lucro presumido (art. 521, do RIR/99) . Tal resultado deve ser apurado tal como no lucro real, mediante confronto entre o custo de aquisição do bem e o respectivo preço de venda, a teor do art. 418, do RIR/99;

– A natureza jurídica do bem adquirido pela pessoa jurídica, para fins de aplicação da legislação tributária, é definida no momento da respectiva aquisição e não sofre

alteração, ainda que a intenção de aliená-lo seja manifestada antes de sua efetiva disposição;

Sob o tópico “III.2 - Receita operacional” (fl. 249), a contribuinte contesta o entendimento da autoridade fiscal nos sentido de que os resultados auferidos na alienação das ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A. estariam incluídos no resultado operacional.

Lembra que, na condição de sociedade corretora, submete-se à tributação de suas receitas pelas contribuições ao PIS e COFINS, conforme estabelecido pelas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003 e comenta os arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 1998, evidenciando a revogação do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, em face da declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo pelo STF. Passa então a discorrer a respeito do termo “faturamento” e da expressão “receita bruta”, concluindo que o conceito jurídico de receita bruta está ligado ao produto da venda de bens e serviços. Registra ainda que:

– A Impugnante é típica empresa prestadora de serviços. No exercício de sua atividade, compra e vende ações por conta e ordem de terceiros, exercendo atividade típica de intermediação. Em decorrência de exercício de sua atividade - intermediação de negócios jurídico de compra e venda de ações - recebe de seus clientes, uma remuneração;

– a remuneração de sua atividade típica é a taxa paga pelo seu cliente para a intermediação na compra e venda das ações. Esta é a receita bruta auferida, isto é, o faturamento da empresa, que foi devidamente submetido à tributação, nos termos exatos da Lei r.º 9.718/98;

– na operação em questão, não ocorreu qualquer venda de ações por conta e ordem de terceiros, mas, tão somente, em nome próprio da impugnante;

– exsurge que a natureza dos títulos em questão -e das ações recebidas em substituição a eles como parte do processo de cisão parcial e incorporação do acervo cindido de Bovespa e BM&F por Bovespa S.A. e BM&F S.A. - é de bem destinado à manutenção das atividades da Impugnante e não de bem destinado à revenda;

– o produto da alienação das ações da Bovespa Holding S.A. e BM&F S.A. não está ligado à sua atividade operacional, dada a distinção feita acima entre operações realizadas por conta e ordem de terceiros e operações em nome próprio, bem como em relação à classificação

contábil do produto da alienação das ações adquiridas para utilização na atividade operacional daquelas adquiridas para revenda;

– tendo como premissa que a base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS é a receita bruta da pessoa jurídica, assim entendido o resultado da venda de bens e serviços, tem-se, por exclusão lógica, que os ingressos recebidos em razão da alienação das ações da Bovespa Holding S.A e BM&F S.A. não integram o conceito de receita bruta, sendo premente o cancelamento do auto de infração.

A impugnante, sob o tópico “III.3. – Do artigo 100, do CTN” (fl. 256)

defende o afastamento dos juros de mora e da multa de ofício, por considerar ter seguido estritamente os ditames do Parecer Normativo nº 3, de 1980, ao atribuir ao produto da alienação das ações da Bovespa S/A o tratamento tributário de resultado não operacional, a despeito da manifesta intenção de aliená-las. Alega que o objetivo do parágrafo único do artigo 100 do Código Tributário Nacional é evitar que o contribuinte que age de boa-fé em conformidade com os ditames da Receita Federal do Brasil seja penalizado por eventual modificação posterior de seu entendimento.

Após reportar-se a julgados administrativo e judiciais, pertinentes à observância das normas complementares, a impugnante arremata que não pode se sujeitar à imposição de penalidades, uma vez que agiu conforme as instruções ditadas pela própria Receita Federal do Brasil, nos termos do artigo 100, parágrafo único do CTN.

É o relatório.

A fiscalização verificou que nas bases de cálculo de apuração do PIS e da COFINS, preparadas pela Recorrente, referente aos anos de 2007, a receita da alienação das ações oriundas do processo de desmutualização da BOVESPA e da BM&F, não foram computadas. Dessa forma, efetuou-se o lançamento destes dois tributos, via Auto de Infração, incluindo as referidas receitas nas bases de cálculo (do PIS e da COFINS) dos meses de outubro, novembro e dezembro de 2007.

A recorrente apresentou impugnação alegando que no seu entendimento as operações realizadas são regulares, uma vez que a receita advinda da alienação das ações recebidas por ocasião do processo de desmutualização das bolsas (BOVESPA e BM&F) não estaria sujeita à tributação pelas contribuições ao PIS e COFINS, porquanto tratar-se-ia de receita de venda de bem do Ativo Permanente, cuja exclusão na base de cálculo das referidas contribuições estaria no § 2º, inciso IV, do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998. Deste modo, cabe perquirir a respeito da natureza da receita proveniente da venda das ações da BOVESPA e da BM&F recebidas em decorrência do processo de desmutualização das Bolsas.

No entanto, a decisão de 1º instância negou provimento à impugnação, entendendo que a desmutualização da BOVESPA e da BM&F teria alterado a natureza dos ativos detidos pela Recorrente. Assim, afastada a classificação das ações recebidas na desmutualização como bens do Ativo Permanente, devem compor a receita bruta operacional, na medida em que as operações questionadas guardam relação com o objeto social do Banco BTG Pactual.

Em 05/10/2012, a Recorrente foi intimada da decisão recorrida (fl. 558) e em 05/11/2012 (fl. 560), apresentou recurso voluntário (fls. 565/600), repisando as razões da sua impugnação, que se resume nos seguintes aspectos:

- primeiramente elabora um histórico sobre o tema desmutualização e elabora um demonstrativo da forma como ela se procedeu no caso em concreto;

- alega que as ações recebidas pela Recorrente, não representam a aquisição de novos ativos, mas a mera substituição de bens, como resultado do processo de desmutualização, que envolveu a cisão parcial das Associações BOVESPA e BM&F e a incorporação das ações da CBLC;

- que a Recorrente seguiu as orientações da RFB para o registro das ações da Bovespa Holding S.A. e da BM&F S.A., conforme disposto no Parecer Normativo nº 03, de 1980, orientações essas sobre o que fazer nos casos de cisão e incorporação, bem como as decisões da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF);

- que, por isso, a receita auferida pela Recorrente (alienação de bens do Ativo Permanente) não compõe a receita bruta tributável pelas contribuições ao PIS e COFINS nos termos do art. 2º e 3º da Lei nº 9. 718/98, uma vez que não se tratam de receitas operacionais;

- alega que não cabe o lançamento da multa de ofício e a ilegalidade da incidência de juros SELIC sobre a parcela de multa de ofício aplicada, em razão do disposto no art. 100, parágrafo único do CTN.

Ao final, requer que sejam acolhidas as razões apresentadas, a fim de que seja integralmente reformada a decisão recorrida, cancelamento o lançamento consubstanciado.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), também apresentou as suas contrarrazões às fls. 684/718, reiterando os fundamentos da decisão recorrida, alegando, em resumo, o seguinte.

- *que a Bovespa e a BMF nasceram, respectivamente, em 1967 e 1985, com contornos jurídicos de Associações sem Fins Lucrativos. Durante sua existência, essas associações emitiram diversos títulos, representativos de frações do seu patrimônio. Nesse ponto, vale ressaltar que a propriedade desses títulos era condição necessária para ter acesso às operações intermediadas pelas bolsas de valores acima mencionadas. Em outras palavras, as pessoas físicas e jurídicas que desejassem participar de operações organizadas pela Bovespa e pela BM&F deveriam adquirir tais títulos patrimoniais.*

Na sequência, tratou da classificação contábil das ações recebidas pela Recorrente, mencionando o Ofício Circular nº 225/2007-DG e destacando ainda o seguinte:

"Devemos analisar o Termo de Adesão ao Instrumento Particular de Assunção de Obrigações celebrado no âmbito da Bolsa de Mercadorias & Futuros, em que adere expressamente à Cláusula Terceira do referido Instrumento, que, por sua vez estipula expressamente: (...)".

"(...) comprometendo-se, de forma irrevogável e irretratável, a alienar 35% (trinta e cinco por cento) das Ações que a elas forem atribuídas em decorrência do processo de desmutualização da BM&F, observadas as disposições estabelecidas nesta Cláusula".

Também mencionou o “Instrumento de Aceitação de Venda de Ações Ordinárias da Bolsa de Mercadorias & Futuros BM& F S.A e Outorga de Poderes” (PAF nº 16327.001343/2010-29, que trata da desmutualização), e reafirmou que a Fiscalização não teria procedido com base em meras suposições, uma vez que aplicou o disposto no art. 179 da Lei n. 6.404, de 1976, destacando que “a alienação das ações foi realizada até o final do exercício subsequente ao ingresso dos bens no patrimônio do contribuinte - ou seja, entre 2007 e o final de 2008 – conforme atestam os documentos tomados em consideração pela Fiscalização”.

A seguir, tratou da tributação dos valores pelas contribuições sociais e da aplicação dos juros sobre a multa. Citou trechos de decisões judiciais no sentido de suas alegações. Por fim, requer seja negado provimento ao Recurso Voluntário interposto, mantendo-se integralmente o lançamento fiscal.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Waldir Navarro Bezerra - Relator

1. Da admissibilidade do Recurso

Cuida-se de recurso voluntário tempestivo e atende os demais pressupostos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

2. Contexto

O objeto do recurso é analisar a incidência do PIS e da COFINS sobre as receitas provenientes da venda das ações que resultaram da transformação da Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA) e da Bolsa Mercantil e de Futuros (BM&F) em sociedades por ações, ocorridas no curso do ano-calendário de 2007.

A tônica do recurso apresentado assenta-se no entendimento da Recorrente de que a receita advinda da alienação das ações recebidas por ocasião do processo de "desmutualização" das Bolsas (BOVESPA e BM&F), não estaria sujeita à tributação pelas contribuições ao PIS e COFINS, porquanto tratar-se-ia de receita de venda de bem do Ativo Permanente, cuja exclusão na base de cálculo das referidas contribuições estaria enquadrada na lei acima citada.

Discute-se a alienação de itens classificados no “Ativo Permanente” - e, portanto, da obtenção de receitas não sujeitas às exações, nos termos do artigo 3º, § 2º, inciso

IV, da Lei nº 9.718, de 1998 - ou se, ao contrário, referidos direitos deveriam compor o “Ativo Circulante” da pessoa jurídica e, nesta condição, ao serem cedidos a terceiros, proporcionar receitas passíveis de incidência.

Em suma, as questões a serem analisadas são: (i) a natureza do resultado da venda das ações após a desmutualização; (ii) a caracterização do resultado da venda como faturamento; e (iii) a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

3. Breve histórico - origem da desmutualização

Cumpre ressaltar que a BOVESPA e BM&F, eram entidades estabelecidas na forma de associações civis **sem fins lucrativos**, que se enquadravam no artigo 15, da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e que, portanto, eram isentas do pagamento do IRPJ e da CSLL. Veja-se (grifei):

*Art. 15. Consideram-se **isentas** as instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural e científico e as associações civis que prestem os serviços para os quais houverem sido instituídas e os coloquem à disposição do grupo de pessoas a que se destinam, **sem fins lucrativos**. (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)*

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

Com esse esboço, conforme consta nos autos, de forma simplificada, transcreve-se a seguir, a maneira como ocorreu o processo de reestruturação da Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA e da Bolsa de Mercadorias e Futuros - BM&F, por meio da operação conhecida como desmutualização.

Por intermédio da Lei nº 4.728/65 disciplinou-se o mercado de capitais, regulando a autonomia administrativa, financeira e patrimonial das bolsas de valores, sob a supervisão do Banco Central, de acordo com a regulamentação do Conselho Monetário Nacional. Posteriormente, com a Resolução CMN nº 1.656/1989 disciplinou-se pelo regulamento a constituição, organização e funcionamento das bolsas de valores.

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

No entanto, a BOVESPA e a BM&F nasceram, respectivamente, em 1967 e 1985, com contornos jurídicos de Associações sem Fins Lucrativos. Durante sua existência, essas associações emitiram diversos títulos, representativos de frações do seu patrimônio.

A Resolução CMN nº 1.656/1989 foi alterada pelas Resoluções nº 1.760/1990; nº 1818/1991; nº 2.549/1998; nº 2.597/1999, e com a edição da Resolução CMN nº 2.690/2000, que aprovou um novo regulamento, as bolsas de valores foram autorizadas a se constituírem, alternativamente, sob a forma de sociedade anônima. Desta forma ficou a redação legal: “Art. 1º As bolsas de valores poderão ser constituídas como associações civis ou sociedades anônimas, tendo por objeto social: (...)”.

No ano de 1997, houve a primeira operação de reestruturação da BOVESPA, pela qual foram criadas duas empresas distintas (ambas na forma de sociedades anônimas - S.A.): 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 seu 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.

Como asseverado pela decisão recorrida, antes, as Bolsas eram organizadas na forma de associações civis sem fins lucrativos. Seus associados eram detentores de títulos patrimoniais das Bolsas.

No caso sob análise, verifica-se que a Ata da Assembléia Geral Extraordinária (AGE) da BOVESPA de 28/08/2007, que aprovou a desmutualização, informa que naquele momento o patrimônio social da Associação era de R\$ 1.106.827.066,15, e seu capital era representado por 758 títulos patrimoniais, de valor unitário igual a R\$ 1.460.194,02.

Conforme consta do TVE, o processo denominado "desmutualização", abrangeu duas etapas, ocorridas na mesma data.

(i) A primeira etapa foi a "**cisão parcial**" da BOVESPA, com a versão de grande parte de seu patrimônio em favor de duas sociedades: a BOVESPA SERVIÇOS E PARTICIPAÇÕES S/A (doravante BOVESPA SERVIÇOS) e a BOVESPA HOLDING S/A (doravante BOVESPA HOLDING). A sociedade BOVESPA alterou sua denominação social para ASSOCIAÇÃO BOVESPA (ASSOCIAÇÃO).

Com a "cisão", reduziu-se o patrimônio da ASSOCIAÇÃO, e conseqüentemente, o valor de cada título patrimonial. Em contrapartida ao patrimônio recebido, a BOVESPA SERVIÇOS e a BOVESPA HOLDING emitiram ações em favor dos detentores dos títulos patrimoniais da ASSOCIAÇÃO.

A BOVESPA SERVIÇOS absorveu as atividades operacionais antes desempenhadas pela ASSOCIAÇÃO, restando a esta últimas atribuições acessórias (portanto não foi extinta), como o estímulo a atividades do mercado mobiliário, promoção do contato e do intercâmbio entre os associados, e assim por diante.

Além de absorver as atividades antes desempenhadas pela ASSOCIAÇÃO, a BOVESPA SERVIÇOS alterou sua denominação social para BOLSA DE VALORES de SÃO PAULO S/A - BV-SP. O patrimônio da BOVESPA ASSOCIAÇÃO cindido foi de R\$ 1.103.594.110,00.

Deste valor, R\$ 212.715,51 foram vertidos em favor da BOVESPA SERVIÇOS, e R\$ 890.878.528,59 em favor da BOVESPA HOLDING. O patrimônio remanescente na BOVESPA ASSOCIAÇÃO foi de R\$ 3.232.956,15.

Alteração do objeto social da BOVESPA ASSOCIAÇÃO, que passa a ser de representar o interesse dos associados na solução de problemas do mercado mobiliário, estimular as atividades deste mercado e o intercâmbio entre associados.

O valor patrimonial dos títulos da BOVESPA ASSOCIAÇÃO (758 títulos) foi reduzido em R\$ 1.455.928,91 por título. O valor patrimonial de cada título passou de R\$ 1.460.194,02 para R\$ 4.265,11.

Em contrapartida ao patrimônio recebido, a BOVESPA SERVIÇOS e a BOVESPA HOLDING emitiram **ações ON** em favor dos detentores dos títulos patrimoniais da BOVESPA ASSOCIAÇÃO.

A BOVESPA SERVIÇOS emitiu 49.013.038 ações, com preço de emissão unitário de R\$ 4,35. Estas ações foram distribuídas às instituições associadas da BOVESPA ASSOCIAÇÃO na razão de 64.661 ações para cada título patrimonial.

A BOVESPA HOLDING emitiu 432.465.530 ações, ao preço de emissão unitário de R\$ 2,06. Estas ações foram distribuídas às instituições associadas da BOVESPA ASSOCIAÇÃO na razão de 570.535 ações para cada título patrimonial.

(ii) A segunda etapa foi a denominada "incorporação de ações", em que a BOVESPA HOLDING adquire a totalidade das ações emitidas pela BOVESPA SERVIÇOS e pela CBLC (Câmara Brasileira de Liquidação e Custódia). Desta forma, a HOLDING passa a ser a controladora, e as duas últimas, suas subsidiárias integrais.

Em decorrência desta operação, as instituições, antes titulares de ações da BOVESPA SERVIÇOS e da CBLC, **recebem em troca novas ações** da BOVESPA HOLDING.

A incorporação das ações da BOVESPA SERVIÇOS aumenta o capital da BOVESPA HOLDING em R\$ 212.715.581,41; em contrapartida, a BOVESPA HOLDING emite 103.260.066 ações (preço de emissão R\$ 2,06), em favor das instituições, anteriores acionistas da BOVESPA SERVIÇOS, à razão de 136.227 ações da BOVESPA HOLDING para cada lote de 64.661 ações da BOVESPA SERVIÇOS em poder das instituições associadas.

A incorporação das ações da CBLC aumenta o capital social da BOVESPA HOLDING em R\$ 349.293.688,77; em contrapartida a BOVESPA HOLDING emite 169.549.662 ações (preço de emissão de R\$ 2,06), em favor das instituições, anteriores acionistas da CBLC, à razão de 46.223 ações da BOVESPA HOLDING para cada lote de 25 ações da CBLC em poder das instituições.

A BOVESPA SERVIÇOS absorveu as atividades operacionais antes desempenhadas pela BOVESPA ASSOCIAÇÃO.

Antes o acesso das instituições aos sistemas de negociação se dava em virtude de sua participação como membro da BOVESPA ASSOCIAÇÃO, mediante a propriedade de ao menos um título patrimonial; na nova estrutura, o acesso passa a ser por meio de relação contratual, desvinculada de sua participação societária na BOVESPA SERVIÇOS (nova BV-SP).

Também os agentes de compensação passam a ter acesso aos sistemas de compensação e liquidação operados pela CBLC por meio de relação contratual, desvinculada da participação societária daqueles nesta última.

Repisando-se, o histórico acima, foi apresentado pelo Fisco em seu no TVE, utilizando os valores mencionados nos Protocolos e Atas de Assembléias realizadas pelas entidades envolvidas, baseados em balanços levantados em 30/06/2007. O **Ofício Circular BOVESPA nº 225/2007**, de 18/09/2007, menciona valores definitivos e atualizados: aos títulos

patrimoniais BOVESPA atribuiu-se o valor unitário de R\$ 1.568.803,71; para cada título patrimonial foram distribuídas 706.762 ações da BOVESPA HOLDING.

Da Oferta Pública (IPO) das Ações da BOVESPA HOLDING, concluída a desmutualização, seguiu-se a oferta pública de parte das ações da BOVESPA HOLDING recebidas pelas instituições (Initial Public Offering- IPO), em dois lotes: o lote principal em 24/10/2007 e lote suplementar em 26/11/2007. Estas ações foram vendidas, na oferta pública, pelo valor unitário de R\$ 23,00.

Registres-se que em seu recurso, a Recorrente elabora um resumo, demonstrando a forma resultante dos procedimentos da desmutualização:

"a) ações da Bovespa Holding S.A foram entregues em substituição aos títulos patrimoniais havidos na Associação Bovespa, como resultado de um processo de cisão parcial;

b) ações da Bovespa Holding S.A. foram entregues em substituição aos títulos patrimoniais havidos na Associação CBLC, como resultado de um processo de incorporação de ações;

c) ações da BM&F S.A. foram entregues em substituição aos títulos patrimoniais havidos na Associação BM&F, como resultado de um processo de cisão parcial".

Esclarece em seu recurso que o processo de desmutualização não envolveu a transmissão de titularidade de ativos e nem a alteração de sua essência, mas, tão somente, sua substituição em decorrência da cisão parcial seguida de incorporação (caso da Associação BOVESPA e Associação BM&F), ou então, sua substituição em decorrência de incorporação de ações (caso da Associação CBLV). Afirmar que não se trata de TRANSFORMAÇÃO como defende a decisão recorrida, mas sim de fenômeno jurídico definido como SUCESSÃO.

Ressalta que no Parecer Normativo CST nº 39/81, a Receita Federal esclarece que, no caso, "não se trata de novo negócio jurídico, nova subscrição ou aquisição, mas sim de percepção dos bens tomados conjuntamente com uma universalidade, na exata situação em que se encontrava no patrimônio da sociedade cindida/incorporada".

Afirma que não houve aquisição dessas ações quando do processo de desmutualização. O ato de aquisição das ações foi único e ocorreu anteriormente à desmutualização, isto é, quando da aquisição dos títulos patrimoniais, remetendo àquela época a respectiva classificação em conta de Ativo Permanente.

Pois bem. Diante desse cenário, esse tipo de operação é que foi denominado de “desmutualização”, justamente pelo conjunto de alterações societárias que culminaram na transferência das atividades das Bolsas, **até então desempenhadas por associações sem fins lucrativos** passando para **companhias abertas, com propósitos econômicos**.

Verifica-se nos autos que houve separação dos títulos emitidos pela BOVESPA e pela BM&F, que foram corporificados em ações da BOVESPA Holding S/A e da BM&F S/A, respectivamente. Dessa maneira, a cada detentor de títulos representativos dos patrimônios da BOVESPA e da BM&F foi atribuído um número de ações de emissão, respectivamente, da BOVESPA Holding S/A e da BM&F S/A, na forma demonstrado pela Recorrente em seu recurso.

Posto isto, cabe ressaltar que a Recorrente no início possuía títulos patrimoniais de Associações Cíveis Sem Finalidade Lucrativo e passou a deter ações de Empresas de Capital Aberto (Sociedades Anônimas). Portanto, **definitivamente não são os mesmos ativos. A natureza dessas entidades é, pois, diferente**. As ações da BOVESPA

Holding S/A e da BM&F, recebidas pela impugnante em decorrência da operação de desmutualização, constitui um **Ativo diferente**, portanto, daquele dos títulos Patrimoniais da BOVESPA e da BM&F.

Assim, tem-se que no processo de desmutualização houve a devolução do patrimônio das associações civis sem fins lucrativos para as corretoras a elas associadas, na forma de ações das novas sociedades anônimas constituídas. E, posteriormente, houve a subscrição das ações emitidas pela BOVESPA Holding S/A e da BM&F S/A.

Após isso, como veremos adiante, ao serem alienadas tais ações subscritas, foi gerada receita passível de tributação pelo PIS e pela COFINS, e que não foram oferecidas à tributação, o que motivou a lavratura dos autos de infração objeto dos presentes autos.

4. Da apuração dos ganhos - processo de desmutualização

Conforme o Termo de Verificação Fiscal, o Fisco informa que o **Banco Pactual (BTG)**, comprou as seguintes ações: em 02/01/2002, 500 ações ordinárias da CBLC da Plani Bank ao custo de R\$ 820.000,00; em 17/01/2003, 500 ações ordinárias da CBLC da HSBC CTVM ao custo de R\$ 1.000.000,00 e em 01/04/2003, adquiriu 500 ações ordinárias da CBLC da LemonBank ao custo de R\$ 988.500,00.

Com a incorporação do Banco UBS e seu saldo de 1.500 ações ordinárias da CBLC, e mais o recebimento de dividendos pagos com ações - no valor de R\$ 8.613.492,00 - chegou-se a um valor de custo em ações CBLC de R\$ 18.728.102,00.

Conforme comentado no item '5' do TVE, as ações da CBLC foram convertidas em ações da Bovespa Holding.

O **Banco Pactual** era possuidor de dois títulos de membro de compensação da BM&F, e de um título de sócio efetivo. Cada título de membro de compensação foi convertido em 4.961.610 ações da **BM&F Holding**, e o título de sócio efetivo foi convertido em 10.000 ações, ao custo de R\$ 1,00 por ação.

Desta forma, como já comentado, as ações da BOVESPA e da BM&F Holding, foram alienadas conforme consta do demonstrativo (planilha) contido no item '8' do TVE à fl. 203, e que resultou em um valor para Base de Cálculo (Lançada) de R\$ 140.027.581,39, apurada nos meses de outubro, novembro e dezembro/2007.

5. Da classificação contábil das ações recebidas - processo de desmutualização

Para deslinde da questão é importante abordar qual foi a classificação contábil dada pela Recorrente às ações recebidas da BOVESPA Holding S/A e da BM&F S/A, a título de devolução de patrimônio, em decorrência do processo de desmutualização. Isso porque a Recorrente insiste que tais ações deveriam ser escrituradas como bens integrantes do Ativo Permanente, não podendo afastar a natureza das ações.

Por sua vez, o Fisco entendeu (e que foi corroborada pela decisão recorrida), que as ações devem ser classificadas como Ativo Circulante da empresa (desde o início, as ações foram emitidas com a finalidade de venda em curto prazo (Instrumento de Aceitação de Venda de Ações Ordinárias da Bolsa de Mercadorias & Futuros – BM&F S.A e Outorga de Poderes) e, assim, não poderiam ser registradas no Ativo Permanente.

É cediço que a contabilização de um determinado ativo no Ativo PERMANENTE, deve se basear na efetiva intenção da empresa de permanecer com tal ativo no momento de sua aquisição, ou seja, no momento do registro deste ativo em sua contabilidade. Tal entendimento se extrai do que dispõe o artigo 179 da Lei nº 6.404/1976, a seguir transcrito (grifei):

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; (grifo acrescentado)

II - (...).

IV - no ativo imobilizado: os direitos que tenham por objeto bens destinados à manutenção das atividades da companhia e da empresa, ou exercidos com essa finalidade, inclusive os de propriedade industrial ou comercial; (...).

Assim, no momento do recebimento das ações da BOVESPA Holding S/A e da BM&F S/A, é **aquele em que se deve averiguar a intenção**, ou não, de a pessoa jurídica alienar/vender aquele determinado ativo, classificando-as pois em conta do seu Ativo Permanente ou no Ativo Circulante. Ou seja, é a hora de questionar se é o caso de disponibilidades/direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente (conforme art. 179, inciso I, da Lei nº 6.404/1964), ou de investimento permanente.

Por outro lado, em seu recurso, a Recorrente alega ter seguido orientação da própria RFB contida no Parecer Normativo nº 03, de 1980 (que dispõe sobre correção monetária das demonstrações financeiras), argumentando que a simples manifestação da intenção de venda não é suficiente para determinar a reclassificação de bem registrado em conta de ativo permanente para fins tributários. E segue afirmando que "*a natureza jurídica do bem adquirido pela pessoa jurídica, para fins de aplicação da legislação tributária, é definida no momento da respectiva aquisição e não sofre alteração, ainda que a intenção de aliená-lo seja manifestada antes de sua disposição*".

Nesse diapasão, é importante verificar, quais foram os elementos fáticos considerados pela Fiscalização para firmar o entendimento de que as ações recebidas pelo contribuinte deveriam ser classificadas como bens do Ativo Circulante da empresa.

Primeiro, considero importante frisar a informação citada pela fiscalização no seu TVE, fornecida pela própria BOVESPA, veiculada no Ofício Circular nº 225/2007 - DG, de 18 de setembro de 2007, *verbis* (grifei):

“Os detentores de títulos patrimoniais da BOVESPA deverão promover a baixa do valor convertido em ações da BOVESPA Holding S.A. do Ativo Permanente (Títulos Patrimoniais de Bolsa de Valores - conta COSIF nº 2.1.4.10). Em contrapartida, à sua opção:

- registrar o correspondente valor Ativo Circulante, em subconta específica da conta Títulos de Renda Variável (conta do COSIF nº 1.3.1.20.) das ações de emissão da BOVESPA Holding S.A. recebidas em substituição, se a decisão for a de considerar essas ações como sendo “títulos disponíveis para negociação ou venda”, ou

- **manter esse valor no Ativo Permanente**, em subconta específica da conta Ações e Cotas (conta do COSIF nº 2.1.5.10.) das ações de emissão da BOVESPA Holding S.A. recebidas em substituição, **se a decisão for a de considerar essas ações como investimento**.

Os detentores de ações de emissão da CBLC deverão também reconhecer os efeitos do processo - de desmutualização, baixando o valor convertido em ações de emissão da BOVESPA Holding S.A. e, conforme a sua opção:

- registrar o correspondente valor no Ativo Circulante, em subconta específica da conta Títulos de Renda Variável (conta do COSIF nº 1.3.1.20), das ações de emissão da BOVESPA Holding S.A. recebidas em substituição, se a decisão for a de considerar essas ações como sendo "títulos disponíveis para negociação ou venda"; ou

- manter essas ações no Ativo Permanente, em subconta específica da conta Ações e Cotas (conta do COSIF nº 2.1.5.10), se a "decisão for a de considerar essas ações como investimento."

Pode ser verificado também, quando se analisa o Termo de Adesão ao Instrumento Particular de Assunção de Obrigações, celebrado no âmbito da Bolsa de Mercadorias & Futuros, em que adere expressamente à Cláusula Terceira do referido Instrumento, que, por sua vez estipula:

CLÁUSULA TERCEIRA - HIPÓTESES DE ALIENAÇÃO DAS AÇÕES

3.1. As Partes que firmarem o Termo de Adesão na forma prevista no Anexo 1 ao presente Instrumento ("Partes Alienantes") estarão submetidas aos direitos e obrigações previstos nesta Cláusula Terceira, **comprometendo-se, de forma irrevogável e irretratável, a alienar 35% (trinta e cinco por cento) das Ações que a elas forem atribuídas em decorrência do processo de desmutualização da BM&F**, observadas as disposições estabelecidas nesta Cláusula.

E mais. Os detentores dos títulos patrimoniais e, portanto, associados da BOVESPA e BM&F, firmaram o "Instrumento de Aceitação de Venda de Ações Ordinárias da Bolsa de Mercadorias & Futuros – BM&F S.A e Outorga de Poderes", (tal documento, de redação padrão, pode ser obtido em qualquer dos PAF (que tratam da desmutualização) nº 16327.001343/2010-29, do qual se extrai a seguinte passagem (grifei):

"(...) (b) nomeia e constitui como seu bastante procurador a própria Companhia, em caráter irrevogável e irretratável, para representar o Outorgante Vendedor na alienação das Ações Ordinárias para a GA, conferindo à Companhia amplos e ilimitados poderes para, em nome do Outorgante Vendedor, praticar todos os atos cabíveis a um Acionista Vendedor nos termos e condições do Contrato de Aquisição e conforme previsto neste instrumento. O Outorgante Vendedor declara e concorda ainda com o seguinte: (...)

2. Sujeito aos termos da Cláusula 2.4 do Contrato de Aquisição, **o Outorgante Vendedor concorda de maneira irrevogável e irretratável em vender as Ações Ordinárias à GA, (...)"**.

Percebe-se que os argumentos apresentados pela Recorrente torna-se frágil quando se analisa o conjunto de documentos apreciados nos autos, pois como a empresa classifica ações adquiridas de outra pessoa jurídica como Ativo Permanente se, desde sua

aquisição, conforme cláusula contratual acima exposta, já havia um acordo prévio para que fossem alienadas 35% das ações recém adquiridas.

No que diz respeito à alienação, parece não haver dúvidas de que esta realmente ocorreu, fato inclusive reconhecido pelo próprio Recorrente em sua impugnação e no seu recurso voluntário.

Consta do autos que a venda das ações foi realizada até o final do exercício subsequente ao ingresso dos bens no patrimônio do contribuinte - ou seja, em 2007 - conforme atestam os documentos tomados em consideração pelo Fisco. Portanto, é plenamente aplicável o entendimento firmado no Parecer Normativo CST nº 108, de 31/12/78 (conforme item 7.1), que analisa especificamente o artigo 179, da Lei nº 6.404, de 1976. Veja-se:

*"(...) 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".*

Portanto, os documentos analisados e a forma como ocorreram as transações entre a Recorrente e as emitentes das ações - BM&F S.A e a BOVESPA HOLDING S.A., demonstram que sua intenção nunca foi de manter as ações em seu patrimônio como Ativo Permanente. Basta visualizar todo o conjunto de operações realizadas para se compreender o objetivo do negócio realizado era realmente a alienação das ações, e não a sua manutenção no patrimônio da empresa.

Correto, portanto, o entendimento da autoridade fiscal e da decisão recorrida, no sentido de que as ações da BOVESPA S/A e da BM&F S/A, recebidas em decorrência do processo de desmutualização, deveriam ter sido classificadas no Ativo Circulante, uma vez que a totalidade das ações recebidas foi alienada dentro de poucos meses de seu ingresso no patrimônio da impugnante.

Visualizando todo o conjunto das operações realizadas, a Fiscalização não procedeu baseada em meras suposições ou subjetivismos conforme assevera a Recorrente em seu recurso. Muito pelo contrário, apenas aplicou o que preceitua o art. 179 da Lei nº 6.404/76.

6. Da tributação do PIS/COFINS sobre alienação de ações

Primeiramente, ressalte-se que a Recorrente na condição de instituição financeira (Banco), submete-se à tributação de suas receitas pelas contribuições ao PIS e COFINS, ao regime da Lei nº 9.718/98, conforme o estabelecido pelo art. 8º, inciso I, da Lei nº 10.637, de 2002, com redação idêntica na Lei nº 10.833, de 2003 (regime cumulativo).

A Fiscalização considerou que a totalidade das vendas de ações tratadas nestes autos, estaria sujeita à incidência das contribuições (PIS e COFINS), pelo fato de que a empresa, como instituição financeira, tem como objeto social no seu Estatuto Social, dentre outros, as atividades próprias das instituições financeiras, dentre elas a negociação de títulos e valores mobiliários, de que adquiriu as ações em questão para revenda e que as vendeu, representando o produto da venda faturamento de venda de mercadorias: Veja-se:

Artigo 3º

A Companhia tem como objeto social a prática de operações ativas, passivas e acessórias inerentes às respectivas carteiras autorizadas (comercial, de investimentos, de arrendamento mercantil, de crédito imobiliário e de crédito, financiamento e investimento), inclusive câmbio e administração de carteiras de valores mobiliários, de acordo com as disposições legais e regulamentares em vigor.

Por outro giro, a Recorrente afirma que “as ações recebidas pelo contribuinte não representavam a aquisição de novos ativos, mas a mera substituição de bens, como resultado do processo de desmutualização, que envolveu a cisão parcial das Associações BOVESPA e BM&F e a incorporação da CBLC”. Que não houve alteração da classificação contábil original, quando da conversão de títulos em ações, pois não ocorreu devolução de patrimônio. O ato de aquisição das ações foi único e ocorreu anteriormente à desmutualização, isto é, quando da aquisição dos títulos patrimoniais, remetendo àquela época a respectiva classificação em conta de Ativo Permanente.

Entende que, com base no Parecer Normativo da SRF nº 03, de 1980, estar correto manter a classificação contábil originariamente conferida aos títulos representativos do patrimônio da BM&F e às ações da CBLC como bens do Ativo Permanente, em conformidade com os art. 2º e 3º e parágrafo 2º, inciso IV da Lei nº 9.718/98.

Aduz ainda que a receita auferida com as aludidas vendas tem natureza de **receita não operacional**, não integrando a base de cálculo do PIS e da COFINS, pois a venda de ações recebidas em substituição aos títulos e ações, que sempre foram detidos sem qualquer intuito de negociação, não faz parte das atividades típicas e habituais da recorrente, em conformidade com a decisão do STF (REs nºs 346.084-6, 358.273, 357.950 e 390.840-5) sobre a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98, que ampliou indevidamente o conceito de faturamento, para abranger a totalidade das receitas da empresa, independente de sua classificação contábil.

Desta forma não representaria faturamento, conceituado como receita bruta da venda de produtos e serviços, à vista da inconstitucionalidade parcial do art. 3º da Lei n. 9.718, de 1998.

Discordo da Recorrente. Ao declarar inconstitucional o §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 restou assentado pelo STF que era indevida a ampliação da base de cálculo da contribuição, até a edição da EC nº 20/98 e, assim sendo, o PIS e a COFINS somente poderia incidir sobre os ingressos patrimoniais oriundos de sua atividade empresarial típica. A decisão do STF não tem repercussão no presente litígio, uma vez que o enquadramento legal constante da autuação fiscal refere-se ao caput dos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98 (estes artigos prevêm que as contribuições serão calculadas com base no seu faturamento, corresponde à receita bruta da pessoa jurídica), que não foram declarados inconstitucionais pelo STF.

Portanto, para as instituições financeiras, a base de cálculo é a receita bruta operacional auferida no mês, o que inclui, necessariamente, a venda das referidas ações, conforme já exposto anteriormente.

Por isso, entendo que fica patente o acerto da Fiscalização ao tributar os valores obtidos com a alienação de tais ações. Veja que os art. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 1998, prevêm que a **receita bruta**, auferida pela pessoa jurídica, será objeto de tributação das mencionadas contribuições.

Ressalte-se que no que concerne às atividades do Recorrente, o núcleo de seus atos negociais pode ser distinto das empresas comerciais, porém, isso não retira das instituições financeiras a característica de perseguir o desenvolvimento de atos negociais, que tem por finalidade a venda de bens ou o oferecimento de serviços a seus clientes. Assim, enquanto o empresário “comum” tem por objetivo a venda de mercadorias, pode-se afirmar que a instituição financeira negocia “mercadorias” específicas para o seu ramo empresarial, dentre elas, as ações negociadas em Bolsas de Valores.

Consta do Termo de Verificação Fiscal uma descrição das operações de desmutualização e seus efeitos na apuração das bases de cálculo do PIS e da COFINS. Veja-se:

"(...) O advento da desmutualização produziu relevante alteração na posição dos participantes das Bolsas - seus direitos, deveres e expectativas - bem como na natureza de seus ativos.

Antes, uma instituição detinha títulos patrimoniais, representativos de sua contribuição para a formação do capital da entidade sem fins lucrativos. Estes títulos classificavam-se no Ativo Permanente, uma vez que a instituição não teria, em princípio, o interesse de aliená-los.

*Com a desmutualização, a maior parte do patrimônio da Bolsa é vertida para uma sociedade com fins lucrativos (nova companhia), que absorve suas atribuições operacionais. Devolve-se à instituição sua parcela no patrimônio vertido, na proporção de sua participação no capital da antiga Bolsa (quantidade de títulos patrimoniais de que era titular). Esta devolução se dá na forma de ações da nova companhia. **A instituição passa, de membro de associação não-lucrativa, para sócia de empresa com fins lucrativos; o valor antes representado por títulos patrimoniais passa a ser representado por ações negociáveis.***

Pouco depois, a instituição aliena parte destas ações, por valor superior àquele pelo qual as recebera, na desmutualização. Neste ponto, importa ressaltar que a alienação de ao menos parte das ações, pelas instituições, era da natureza da operação. O objetivo que norteou todo o processo de desmutualização foi o de transformar as Bolsas em companhias de capital aberto.

Nesse contexto, o valor recebido pelo Recorrente, em decorrência da alienação das ações emitidas pela BM&F S.A e pela BOVESPA HOLDING S.A, integra a sua receita bruta operacional. Basta lembrar que o Recorrente é um Banco que possui como uma das suas atividades subscrever títulos e valores mobiliários emitidos para revendê-los posteriormente, atuando, neste caso como corretor de títulos e valores mobiliários. Aliás, essa característica das corretoras e bancos (tais como a Recorrente), está expressamente delineado no art. 2º da Resolução nº 1.655/89.

Assim, enquanto o empresário “comum” tem por objetivo a venda de mercadorias, pode-se afirmar que a instituição financeira negocia “mercadorias” específicas para o seu ramo empresarial, dentre elas, as ações negociadas em Bolsas de Valores.

Ressalta-se que o Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional - COSIF, traz em seu capítulo 1 - Normas Básicas, Seção 17 - Receitas e Despesas,

item 3, que as rendas obtidas tanto com as operações ativas, como com a prestação de serviços, ambas referentes a atividades típicas, regulares e habituais da instituição financeira, **e são classificadas como operacionais**. Veja-se:

“3 - As rendas operacionais representam remunerações obtidas pela instituição em suas operações ativas e de prestação de serviços, ou seja, aquelas que se referem a atividades típicas, regulares e habituais.”

Desta forma, configura-se que as atividades de uma instituição financeira estão relacionadas com a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros, a exemplo de operações de créditos e aplicação em títulos e valores mobiliários.

Registre-se, que desta forma decidiu a Primeira TE da Terceira Seção de Julgamento deste CARF, no Acórdão nº 3801-001.087, a qual transcrevo trecho do Conselheiro relator:

“(...) Percebe-se que as instituições financeiras transferem recursos para os diversos agentes econômicos. Assim, as receitas operacionais das instituições financeiras amoldam-se ao conceito de faturamento estabelecido no art. 2º e no caput do art. 3º da Lei 9.718/98, de sorte que as aludidas operações caracterizam uma peculiar prestação de serviços de qualquer natureza”.

No caso desses autos, entendeu a DRJ corretamente que como a intenção do Recorrente era a de vender as ações, que elas deveriam ter sido classificadas no Ativo Circulante. Tratando-se de receita proveniente da venda de ações classificadas no ativo circulante, e estando essa atividade incluída no objeto social da pessoa jurídica, trata-se de **receita operacional**, passível de inclusão nas bases de cálculo do PIS e da COFINS.

Como já dito, a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, não alcança as receitas operacionais das instituições financeiras. As receitas oriundas da atividade operacional (receitas financeiras) compõem as receitas brutas operacionais das instituições financeiras nos termos do art. 2º e do caput do art. 3º da Lei 9.718/98 e há incidência da contribuição PIS e da COFINS sobre este tipo de receita, pois estas receitas são decorrentes do exercício de suas atividades empresariais.

Por fim, sobre a matéria discutida nestes autos, nessa linha tem sido decidido pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme decisões recentemente exaradas: Acórdão CSRF nº 9303-003-468, de 24/02/2016; Acórdão CSRF nº 9303-003-469, de 24/02/2016; Acórdão CSRF nº 9303-003-472; Acórdão CSRF nº 9303-003-473, de 24/02/2016; Acórdão CSRF nº 9303-003-476, de 24/02/2016, de 24/02/2016; e Acórdão CSRF nº 9303-004-132, de 08/06/2016.

Posto isto, ao alienar as ações que eram de sua titularidade, fatalmente as receitas recebidas devem ser consideradas operacionais e, portanto, sujeito ao PIS e a COFINS, visto que são oriundas da atividade típica, regular e habitual do contribuinte.

7. Da Multa de Ofício x artigo 100, do CTN

Aduz a Recorrente que *“(...) Na remota hipótese de as alegações acima não serem acolhidas, é mister o afastamento dos juros de mora e da multa de ofício, tendo em vista*

que a Recorrente seguiu estritamente os ditames do Parecer Normativo 3, de 1980, orientações da Receita Federal e precedentes da Câmara Superior de Recursos Fiscais ao atribuir ao produto da alienação das ações da Bovespa Holding S.A e BM&F S.A. o tratamento tributário de resultado não operacional, a despeito da manifesta intenção de aliená-las, fato não adequadamente refutado pela r. decisão recorrida.

(...) não pode a Recorrente se sujeitar à imposição de penalidades, uma vez que agiu conforme as instruções ditadas pela própria Receita Federal do Brasil, nos termos do artigo 100, parágrafo único, do CTN.

Conforme já referido neste voto, o citado Parecer Normativo nº 3, de 1980, versa sobre a correção monetária de contas integrantes do balanço patrimonial (demonstrações financeiras), nos termos do art. 39 e seguintes do decreto Lei nº 1.598, de 1977 e à sua repercussão no lucro real. Desse modo, o alegado parecer trata de bens escriturados no Ativo Permanente das empresas que, conforme amplamente debatido neste voto, não são objeto do presente processo.

Portanto, descabida a pretensão do Recorrente de afastar a multa de ofício.

8. Da Ilegalidade da Incidência de Juros de mora sobre a Multa de Ofício

Alega que "(...) Nos termos do que estabelece o artigo 61 da Lei nº 9.430/96, resta evidente que somente são admitidos os acréscimos moratórios referentes aos débitos decorrentes de tributos e contribuições, mas não sobre as penalidades pecuniárias".

Nesse ponto, adoto o entendimento inserto no Acórdão 9303-002.399, da 3ª Turma da CSRF, julgado em 15/03/2013. Repiso o voto do relator, Henrique Pinheiro Torres, vazado nos seguintes termos, o qual adoto como fundamento de decidir.

A obrigação tributária principal, como é de conhecimento de todos, surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto o pagamento do tributo ou de penalidade pecuniária, e extingue-se com o crédito dela decorrente. Essa é a dicção do § 1º do art. 113 do CTN.

Ao seu turno o art. 139 do CTN dispõe que o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta. Do cotejo desses dispositivos legais, conclui-se, sem qualquer margem à dúvida, que o crédito tributário inclui tanto o valor do tributo quanto o da penalidade pecuniária, visto que ambos constituem a obrigação tributária, a qual tem a mesma natureza do crédito a ela correspondente. Um é a imagem, absolutamente, simétrica do outro, apenas invertida, como ocorre no reflexo do espelho. Olhando-se do ponto de vista do credor (pólo ativo da relação jurídica tributária, ver-se-á o crédito tributário; se se transmutar para o pólo oposto, que se verá será, justamente, o inverso, uma obrigação. Daí o art. 139 do CTN declarar expressamente que um tem a mesma natureza do outro.

Assim, como o crédito tributário correspondente à obrigação tributária e esta é constituída de tributo e de penalidade pecuniária, a conclusão lógica, e a única possível, é que a penalidade é crédito tributário.

Estabelecidas essas premissas, o próximo passo é verificar o tratamento dispensado pela Legislação às hipóteses em que o crédito não é liquidado na data de vencimento.

*Primeiramente, tem-se a norma geral estabelecida no Código Tributário Nacional, mais precisamente no **caput** do art. 161, o qual dispõe que, o crédito não integralmente pago no vencimento será acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta.*

Essa norma geral, por si só, já seria suficiente para assegurar a incidência de juros moratórios sobre multa não paga no prazo de vencimento, pois disciplina especificamente o tratamento a ser dado ao crédito não liquidado no tempo estabelecido pela legislação tributária, mas o legislador ordinário, para não deixar margem à interpretação que discrepasse desse entendimento, foi preciso ao estabelecer que o crédito decorrente de penalidades que não forem pagos no respectivo vencimento estarão sujeitos à incidência de juros de mora. Essa previsão consta, expressamente, do art. 43 da Lei 9.430/1996, que se transcreve linhas abaixo.

Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, 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.

Da leitura do dispositivo acima transcrito, conclui-se, facilmente, sem necessidade de se recorrer a Hermes ou a uma Pitonisa, que o crédito tributário, relativo à penalidade pecuniária, constituído de ofício, não pago no respectivo vencimento, fica sujeito à incidência de juros moratórios, calculados 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

Em síntese, tem-se que o crédito tributário, quer se refira a tributo quer seja relativo à penalidade pecuniária, não pago no respectivo vencimento, fica sujeito à incidência de juros de mora, calculado 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

Para eliminar quaisquer dúvidas que ainda restassem, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), já pacificou o entendimento sobre a matéria, conforme **AgRg no REsp 1.335.688-PR**, julgado em **04/12/2012**:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA.

INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.

1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: **"É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário."** (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010.

2. Agravo regimental não provido.

Embora o caso paradigmático tratasse de exação de tributo estadual, asseverou o Ministro relator do Agravo:

Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, o crédito tributário compreende a multa pecuniária, o que legitima a incidência de juros moratórios sobre a totalidade da dívida.

Assim, devem ser mantidos os juros de mora sobre a multa de ofício.

9. Da sustentação Oral.

O Recorrente solicita em seu recursos a concessão do direito de promover sustentação oral, quando do julgamento do Recurso Voluntário pelo colegiado.

É cediço que em julgamento perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), ou na Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), é assegurada ao contribuinte oportunidade para propositura de sustentação oral, como previsto no RICARF art. 58, II, da Portaria MF nº 343, de 09/06/2015.

10. Conclusão

Em razão de todo o exposto neste voto, entendo acertada a autuação fiscal em seu dispositivo e em seus fundamentos, portanto, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário do Contribuinte.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto, Redator designado

O tema da tributação da receita da alienação de ações pós-desmutualização da BOVESPA é tema conhecido deste Colegiado, no qual já tive a oportunidade de apresentar voto vencedor em outras oportunidades, a exemplo do Acórdão CARF nº 3402-003.078, razão pela qual as reproduzo abaixo, com a devida vênua em relação ao abalizado entendimetno do Ilustre Relator.

A questão envolve diversos pontos prejudiciais ao enquadramento ou não na hipótese do art.3º, §2, IV da lei 9718/98, e.g. a natureza das operações societárias realizadas, a classificação contábil das ações etc. Todavia, a assunção de posições jurídicas acerca desses pontos demanda uma assunção racional e fundamentada de premissas, que pretendemos expor abaixo, antes de enfrentar a *vexata quaestio*.

1. Da Relação entre o Direito Privado e o Direito Tributário

Tema dos mais relevantes, que põe em contraste a ideia de uma unidade do sistema jurídico e a coexistência de subsistemas correlacionados (mas com sistemáticas que lhe são peculiares por refletirem suas igualmente próprias finalidades.), é a relação entre o Direito Tributário e o Direito Privado. Trata-se de preocupação antiga, visto que remete ao *Precis de Droit Financier* (1906) de Myrbach-Rheinfeld, cuja obra pugnava à época pela inaplicabilidade das normas de Direito Privado para reger relações de Direito Financeiro (incluindo aí o tributário), mas que mantém sua atualidade (e prejudicialidade) em uma infinidade de discussões atuais.

Como lembra Alcides Jorge Costa (Direito Tributário e Direito Privado. In *Direito Tributário - Estudos em Homenagem a Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Dialética, 1984. P.222), as relações entre o Direito Tributário e o Direito Privado é multifacetada, com um foco maior na subordinação ou não do daquele aos conceitos e institutos deste, que por sua vez comportaria, **no plano teórico**: i) a recepção expressa dos conceitos de direito privado; ii) uma recepção implícita; iii) uma alteração implícita de conceitos do direito privado; e iv) uma aplicação analógica das normas de direito privado.

É fato incontestado que a legislação tributária faz diversas remissões ao Direito Privado, todavia, o que causa discussão é a pergunta acerca de o que é salário, serviço, mútuo etc., e se a resposta do Direito a esta pergunta é privatista ou não - isso nos situa entre duas hipóteses limites de trabalho: ou i) o empréstimo de expressões é o mais restrito possível, não passando de uma **remissão meramente terminológica**; ou ii) o emprego da terminologia privatista implica uma **assunção substancial do objeto em matéria fiscal** (PUJOL, Jean. *L'application du Droit Privé en Matière Fiscale*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987. P.23).

No mesmo sentido, enfrentou Humberto Ávila (Eficácia do Novo Código Civil na Legislação Tributária. In: GRUPPENMACHER, Betina. (Org.). *Direito Tributário e o Novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p.64-65) a discussão sobre tratar-se de uma remissão meramente terminológica ou conceitual, posicionando-se pela segunda opção,

haja vista que carecia de sentido lógico referir-se a uma figura jusprivatística de forma arbitrária, sem qualquer propósito linguístico.

Naturalmente, o Direito Tributário possui fonte essencialmente legislativa, de modo que é natural que se busque prescrições textuais que indiquem a solução para essa questão. Tradicionalmente a remissão é imediata aos arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Parece-nos, todavia, que os dispositivos normalmente tratados de forma unitária tratam de coisas distintas.

O artigo 110 encontra-se embrincado a uma **questão vertical**, ligada à hierarquia da Constituição e à impossibilidade da lei alterar dispositivos dela através de alteração de institutos e formas do direito privado a que as competências tributárias fazem remissão. Seria um dispositivo despiendo em um sistema jurídico com o funcionamento são, mas que no Brasil assume o papel - cada vez mais relevante - de lembrar a todos o óbvio.

A respeito disso, inclusive, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência consolidada acerca da necessária observância dos conceitos pressupostos pelo Constituinte no momento de positivação das regras de competência (Ex. RE nº 150.764-1, RE nº 117.887-6, RE nº 203.075-9 etc.), cujo entendimento encontra lúcida formulação no voto do Min. Marco Aurélio Mello no RE nº 166.772-9, ao rechaçar a contribuição cobrada sobre a remuneração dos autônomos:

O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios.

Por outro lado, o art.109 traz uma **questão horizontal**, a respeito da forma que o Direito Privado se relaciona com o Direito Tributário nos demais conceitos e institutos que são utilizados em normas tributárias infraconstitucionais, especialmente para determinar quais os efeitos tributários a que elas estarão sujeitas.

Mais do que isso, é preciso determinar se a utilização de "*conceitos impregnados pelo Direito Civil*" (*zivilrechtliche vorgeprägte Begriffe*) implica a possibilidade da sua alteração pelo legislador tributário - **tese da flexibilidade** - ou ele deve acatar o conceito existente e somente lhe determinar as consequências tributárias - **tese da rigidez** (Cf.

CREZELIUS, Georg. *Steuerrechtliche Rechtsanwendung und allgemeine Rechtsordnung*. Berlin: Neue Wirtschaftsbrieft, 1983. P.180).

Nesse sentido, devemos buscar subsídios no Direito Positivo para fundamentar a opção por um ou outro.

Em primeiro lugar, verifica-se que a Constituição Brasileira optou, ao tratar do Direito Tributário, pela previsão expressa de diversas regras de competência, que, em razão da sua *eficácia de trincheira - entrenchment* (SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*. Oxford: Clarendon Press, 2002. P.42) - dão maior *rigidez e certeza* ao conjunto normativo, evitando que poderes e obrigações surjam exclusivamente de princípios constitucionais, dando um timbre de segurança e previsibilidade ao subsistema constitucional tributário que, por força da hierarquia.

No âmbito do CTN, calha remeter a dois artigos pouco mencionados nesta discussão, o art.114 e 116:

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Ora, é aristotélica a lição de que as condições necessárias e suficientes para que um objeto seja determinado como algo são o conteúdo desse conceito! É dizer, na dicção do artigo mencionado, que falar em *fato gerador* é *pressupor a existência de um conceito ao qual ele vai se subsumir*, com elementos determinados. Fica evidente que o CTN reconhece a existência de conceitos nas hipóteses de incidências tributárias que devem ser observados no momento da aplicação, sob pena de restar sem sentido a dicção do artigo supramencionado.

Em mesmo sentido, o art.116 é categórico:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

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

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

Ora, ao incluir determinado ato ou negócio jurídico no antecedente de uma norma tributária abstrata e geral, o legislador não abarca a totalidade do fenômeno, o *fato bruto* (*rohe Tatsachen*), mas sim *fatos institucionais* (WEINBERGER, Ota. *Fatti e Descrizione di fatti - Riflessioni logico-metodologiche su un problema fondamentale delle scienze sociali*. In. LA TORRE, Maximo. *Il Diritto come Istituzione*. Milano: Giuffrè, 1990. P.95-113) - seja à partir de uma institucionalização dos *fatos brutos*, quando delimita positivamente "*as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios*", seja à partir de convenções humanas normativamente instauradas, caso em que o fato se verificará quando "*definitivamente constituída, nos termos do direito aplicável*".

Há, pois, uma necessidade intrínseca ao Direito que tais fatos tenham alguma determinação prática - seja ela normativa ou não - anterior à sua utilização nas hipóteses de incidência tributárias. *Em se tratando das situações jurídicas, remete-se a um "direito*

aplicável" que, a nosso ver, nada mais é do que o Direito Privado - que impõe a sua observância não por razões de *unidade conceitual necessária* - que a nosso ver pode ser elidida pela construção de conceitos próprios no âmbito tributário (como se fez com o conceito de faturamento, com a Lei das S.A. e o Decreto-Lei 2397/67) - mas por uma unidade conceitual decorrente do grau de elaboração do Direito Privado quando da tomada de consciência da autonomia do Direito Tributário (VANONI, Ezio. *Natureza e Interpretação das leis tributárias*. Trad. Rubens Gomes de Sousa. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1932. p.167). Não se trata de uma vinculação necessária, mas apriorística, desde que não sobrevenha uma previsão específica de sentido na seara tributária.

Corroborando essa conclusão, a Lei Complementar 95/98, versando expressamente sobre a redação de textos legais, traz relevantes subsídios interpretativos, a exemplo de seu art.11:

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;

Além disso, sob uma análise estrutural do Código Tributário, a própria previsão da figura da ***simulação***, evidenciando uma discrepância entre o declarado e o efetivamente realizado para justificar a revisão do lançamento e outras consequências legais, já traz pressuposta a assunção de uma estrutura de Direito Privado que, por conta de um vício (se de vontade ou de causa é outra discussão) deve ser desconsiderado para fins tributários - mas ainda assim, um *prius* lógico deste instituto é a consideração da forma de Direito Privado, ainda que viciada.

Resta clara, portanto, a necessidade de observância, via de regra, dos conceitos de Direito Privado na interpretação das hipóteses de incidência tributária.

Todavia, entendemos necessário acrescentar uma segunda camada de considerações, haja vista que o que foi dito acima o foi com vistas apenas à interpretação do Direito Tributário - o que seria suficiente em um pensamento estritamente subsuntivo e conceitual, mas que não se sustenta diante das teorias hermenêuticas atuais.

Em rigor, a aplicação do Direito não consiste apenas em interpretar normas. A *interpretação da lei* (*Gesetzesauslegung*) e a *valoração dos fatos* (*Sachverhaltsbeurteilung*) são dois aspectos do mesmo problema hermenêutico, haja vista que no processo aplicativo os elementos fático e jurídico atuam reciprocamente um sobre o outro - tanto a interpretação da norma quanto a *qualificação* dos fatos fazem parte do processo de compreensão do sentido da norma e sua projeção sobre os casos concretos (NOVOA, César García. *La Cláusula Antielusiva en la Nueva Ley General Tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2004. P.209-211).

Podemos entender como ***qualificação***, o conjunto de operações que se realizam, por parte dos aplicadores do Direito, com a finalidade de analisar desde o ponto de vista jurídico aquelas circunstâncias do mundo real que podem ser incluídas nas hipóteses da normas (SANCHÍS, Luís Prieto. *Ideologia e Interpretación Jurídica*. Madrid: Tecnos, 1987. P.88).

A distinção é relevante pois a incidência tributária passa pela determinação do conteúdo normativo da hipótese - interpretação - e pela análise dos fatos concretos ocorridos e da sua pertinência ou não àquela hipótese - qualificação.

A respeito dela, deve a Administração Pública respeitar as formas adotadas pelo Contribuinte sempre que estiverem de acordo com o regramento específico da situação jurídica que se incorre, respeitando os elementos que compõem o conceito adotado na hipótese de incidência.

Da mesma forma que a interpretação das normas, o CTN traz disposições específicas acerca da qualificação dos fatos, a exemplo do art.108, §1º:

Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

(...)

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

Não se pode utilizar de *juízos de semelhança* entre fatos, negócios ou atos para exigir o tributo - é dizer, a legislação **veda** que o aplicador do Direito Tributário, ao se deparar com um caso que esteja fora da hipótese de incidência, se baseie em elementos desse fato que tenham semelhança com elementos de outro fato (este presente em uma hipótese de tributação) para que determine a sua tributabilidade (a exemplo do caso que - erroneamente - se pretenda tributar indenização por danos materiais como se renda fosse, estendendo por analogia a hipótese do IR, considerando apenas o elemento de aquisição de disponibilidade, mas não o do acréscimo patrimonial).

Não é à toa que o art.150, I da Constituição Federal determina que a exigência do tributo está condicionada a Lei que o estabelece, que tem como consectário lógico o **dever de conformidade da tributação com o "fato gerador"**, desenvolvido em festejado trabalho de Gerd Rothmann, que reflete uma faceta principiológica da legalidade na disposição de que a lei não pode deixar ao critério da administração a diferenciação objetiva, devendo ela própria prever, na maior medida, possível, os aspectos necessários à configuração do fato gerador, não bastando ao legislador autorizar, de forma ampla, vaga, genérica ou indeterminada, a criação do tributo, mas cabendo a ele descrever a situação que lhe dará causa (ROTHMANN, Gerd Willi. O Princípio da Legalidade Tributária. In. DÓRIA, A.R.S.; ROTHMANN, G.W. *Temas Fundamentais do Direito Tributário Atual*. Belém: Cejup, 1983. P.90-99).

E ao determinar, através do art.109, que a a definição, conteúdo e alcance dos institutos, conceitos e formas de Direito Privado deverão ser aqueles que naquele ramo lhe são atribuídos, ressalvados os efeitos tributários que decorrem das regras tributárias, o legislador optou por **vedar a possibilidade de requalificação de atos e negócios jurídicos** sob um filtro finalístico - a exemplo da malfadada *interpretação econômica do Direito Tributário*.

Nesse ponto, concordamos com as lições de García Novoa, ao sustentar que somente o desrespeito aos dois dispositivos acima citados somente pode se dar quando a

Administração é dotada de autênticos poderes extraordinários para, por exemplo, requalificar, interpretar as normas de acordo com sua finalidade econômica ou aplicar o tributo por analogia, ou, em geral, para desconsiderar atos ou negócios realizados com fins de elusão fiscal (NOVOA, Ob.Cit., p.211.)

É o que se dá, por exemplo, com o parágrafo único do art.116 do CTN, que prevê - expressamente, diga-se - a possibilidade de requalificação de atos ou negócios jurídicos com finalidade dissimulatória. O caráter excepcional da prática de requalificação ou de analogia fica mais exposto ainda na cláusula "*salvo disposição de lei em contrário*" no caput do art.116 do CTN, que evidencia a primazia ao regime de Direito Privado na constituição dos fatos geradores.

Pois bem, parece-nos que há uma *clara primazia dos conceitos e formas de Direito Privado na definição, conteúdo e alcance das hipóteses de incidência e dos fatos geradores*, salvos nas exceções previstas expressamente por lei.

2. Do tratamento contábil e societário das operações que constituíram a desmutualização.

Como relatada anteriormente, a BM&F e a BOVESPA eram entidades na forma de associações civis sem fins lucrativos, na forma do art.15 da Lei nº9.532/1997, devendo as corretoras que pretendessem operar naqueles mercados de capitais deterem títulos representativos do patrimônio daquelas entidades (art.3º, §2º, do Regulamento Anexo à Resolução nº 1655/89).

Em 1997 houve a primeira reestruturação da BOVESPA, com a **cisão** de parte do seu patrimônio para a criação da Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (CBLC) e a BOVESPA Serviços e Participações S.A., ambas na forma de sociedades anônimas.

Em 2007, operação semelhante ocorre, mediante *a cisão das associações e incorporação da parcela cindida por sociedades anônimas de capital aberto* - os títulos das 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 decorrência dessa operação, houve emissão de ações ordinárias da BM&F S.A. atribuídas aos detentores de títulos patrimoniais da BM&F, sem direito de retirada. Quanto à BOVESPA HOLDING S.A., foi incorporada parcela cindida da BOVESPA, bem como da BOVESPA Serviços e Participações S.A. e da CBLC.

Em seguida, foi criada a "Nova Bolsa S.A.", que incorporou a BM&F S.A. e a BOVESPA HOLDING S.A., unificando as operações das bolsas de valores e de mercadorias e futuros nessa nova companhia, que passou à denominação BM&FBOVESPA S.A.

Pois bem, cabe analisar agora o efeito de cada uma dessas operações sobre os títulos patrimoniais/ações da Recorrente.

A Fiscalização entende que a transformação operada pela BM&F e BOVESPA em Companhias deveria, para fins jurídicos e contábeis, ser caracterizada como uma operação de devolução de capital.

Como bem coloca o Prof. Eliseu Martins, a representação da titularidade sobre o Capital Próprio no caso das sociedades anônimas é dada por uma **ação**, correspondente a um n avos do valor total do Patrimônio Líquido (não só do Capital Social, diga-se de

passagem). Já em uma sociedade limitada, a titularidade se dá com base em **cotas** possuídas. Nas associações de que falamos essa titularidade se dava por meio de **títulos patrimoniais**. *Apesar de possuírem denominação e características diferentes, poderíamos dizer que do ponto de vista econômico, os três instrumentos representam títulos de propriedade, e, portanto, fazem parte de um único gênero (fl.593).*

É preciso também ressaltar que as operações que constituíram a desmutualização foram todas **típicas**, previstas na lei 6.404/64:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

De fato, a desmutualização nada mais foi do que uma sucessão de operações de cisão e de incorporações com o objetivo de chegar, ao fim, à BM&FBOVESPA S.A.. Outra não foi a constatação da fiscalização no TVF (fls. 221 a 239, Anexo I), no qual reconheceu a *regularidade das operações societárias realizadas*. Por regularidade, entenda-se que houve o cumprimento de todas as formalidades legais, e não houve qualquer espécie de vício nos negócios jurídicos efetuados.

Sobre as operações de cisão e incorporação, esclarece Eliseu Martins que *a substituição dos títulos de propriedade de uma entidade pelos títulos de outra entidade, consequência da mudança da forma jurídica dessa entidade, não altera a natureza contábil desses títulos, pois tanto os títulos patrimoniais como as ações, no caso em discussão, correspondem basicamente à propriedade indireta sobre basicamente os mesmos Ativos e Passivos (fl.593).*

No entanto, há a pretensão da Fiscalização de caracterizar a desmutualização em duas transações distintas, uma de **devolução do patrimônio das associações** e outra de **integralização de capital nas novas sociedades**. Veja-se que a Lei das S.A. trata especificamente das causas de devolução do patrimônio das associações aos portadores de títulos patrimoniais, **condicionando essa devolução à liquidação das quotas patrimoniais**.

Ora, a Lei 6.404/64 é clara ao contrastar a cisão e a incorporação com a liquidação, ao tratar da extinção das Companhias em seu art.219:

Art. 219. Extingue-se a companhia:

I - pelo encerramento da liquidação;

II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.

De fato, a liquidação decorre de outra operação típica, distinta das que ocorreram no caso da desmutualização: a **dissolução**, tratada nos arts. 206 e 207 daquela lei:

Art. 206. Dissolve-se a companhia:

I - de pleno direito:

a) pelo término do prazo de duração;

b) nos casos previstos no estatuto;

c) por deliberação da assembléia-geral (art. 136, X); (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

d) pela existência de 1 (um) único acionista, verificada em assembléia-geral ordinária, se o mínimo de 2 (dois) não for reconstituído até à do ano seguinte, ressalvado o disposto no artigo 251;

e) pela extinção, na forma da lei, da autorização para funcionar.

II - por decisão judicial:

a) quando anulada a sua constituição, em ação proposta por qualquer acionista;

b) quando provado que não pode preencher o seu fim, em ação proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social;

c) em caso de falência, na forma prevista na respectiva lei;

III - por decisão de autoridade administrativa competente, nos casos e na forma previstos em lei especial.

Efeitos

Art. 207. A companhia dissolvida conserva a personalidade jurídica, até a extinção, com o fim de proceder à liquidação. (grifo nosso)

Ora, a pretensão da Fiscalização de caracterizar a desmutualização em duas transações distintas, uma de devolução do patrimônio das associações e outra de integralização de capital nas novas sociedades, não encontra amparo do ponto de vista da efetiva realidade e, conseqüentemente, do ponto de vista contábil, pois *em nenhum momento ocorreu a efetiva restituição dos recursos que no passado foram entregues às associações, nem a transferência a esses investidores dos resultados obtidos e retidos pelas associações.*

Corroborar essa conclusão o fato de na escrituração do lançamento de reclassificação do investimento no Recorrente, o investidor que antes tinha títulos patrimoniais e que agora os vê **substituídos** por ações, como base de valor dos novos títulos nesse evento da substituição, exatamente o mesmo montante contábil relativo aos títulos anteriores. Ou seja, os ativos e passivos foram transferidos para as sociedades anônimas pelos seus exatos valores contábeis com que constavam no balanço das associações onde estavam antes.

Ora, se as ações foram adquiridas através da incorporação das sociedades mencionadas, por qual razão deveria as ações terem natureza distinta? O artigo 179 da lei 6.404/76 se refere à classificação que deve ser feita *para a integralização de patrimônio*, e não para a incorporação de outras sociedades haja vista que as ações permaneceram como representativas do capital social incorporado.

Reconhecendo a incongruência da posição da Fiscalização é eloquente o voto do Cons. Antônio Carlos Atulim, ao julgar questão idêntica no Acórdão 3403.003-447, transcrito abaixo:

É de conhecimento público e notório que as duas entidades desapareceram do cenário jurídico no processo denominado desmutualização das bolsas. Mas desaparecer por dissolução e desaparecer por cisão são coisas totalmente diferentes sob o ponto de vista jurídico. O que houve no caso da desmutualização foi uma cisão seguida de incorporação. Na cisão o patrimônio da entidade cindida não retorna para os seus sócios, ele é transferido diretamente para a nova entidade que se originou. O que houve no caso da “desmutualização” foi a transformação de um tipo de sociedade em outra e não a dissolução tratada no art. 61 do Código Civil. Não se olvide que o art. 1.113 do Código Civil estabelece que o ato de transformação da sociedade independe de dissolução ou liquidação e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai se converter, enquanto que o art. 2.033, do mesmo Código, autoriza as associações a sofrerem cisão, fusão e incorporação.

Assim, se o Código Civil não impede a transformação de uma associação em uma sociedade anônima e se o estatuto da S/A foi regularmente registrado na Junta Comercial, não há que se cogitar de ilegalidade na operação.

Reconhecida a natureza de **típica** das operações efetuadas pela Associação BOVESPA, é natural que os títulos mantenham a mesma natureza que possuíam anteriormente à bipartição da associação, preservando a sua natureza de ativo não circulante. Pois bem, a sucessiva conversão da associação em sociedade anônima implica a conversão desses títulos em ações de idêntico valor monetário, sem que a classificação contábil seja alterada.

A cisão não envolve devolução de patrimônio aos detentores de títulos emitidos pela cindida pela singela razão de que o ato implica transferência direta de patrimônio de uma pessoa jurídica à outra, sem intermediação. É o que se lê do contido nos artigos 223, §2º, 227, §2º e 229, §§3º e 5º, todos da Lei nº 6.404/76 e, de resto, dito e reverberado na melhor doutrina:

“Subscreve o aumento a incorporada e não seus acionistas, embora o produto dessa subscrição, ou seja, as ações ou quotas dela decorrentes, sejam entregues. Temos assim que o pagamento da subscrição é feito pela incorporada, em benefício de seus sócios ou acionistas, e não em benefício próprio.”
(CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v.4, 4ªed.. São Paulo: Saraiva, P.266)

“Ocorre que a incorporação, que se efetiva com a subscrição do capital da incorporadora com o patrimônio líquido da incorporada, não constitui nem compra e venda, nem alienação sui generis. Isto porque a transferência do patrimônio de uma para outra sociedade dá-se a título de pagamento das ações subscritas pela incorporada a favor de seus sócios ou acionistas.
(CARVALHOSA, Modesto. *Ob.Cit.*, p.275)

E, com efeito, a vontade da sociedade que será incorporada não é de alienar, permutar ou vender seu patrimônio, mas de subscrever com ele o capital de outra sociedade. Assim, a subscrição, que é obrigação da incorporada, cumpre-se com a integralização em bens e direitos que constituem o seu patrimônio, fazendo pelo valor líquido deste. A entrega desse patrimônio como forma de pagamento tem como efeito a transferência de propriedade sobre o mesmo, no valor correspondente ao da subscrição. Temos, assim, que a transferência do patrimônio da incorporada para a incorporadora se dá a título de pagamento da dívida contraída com a subscrição.”² “Dessa forma, diretamente, o patrimônio da sociedade cindida transfere-se às novas ou já existentes sociedades, que se tornam suas sucessoras universais, na exata medida da parcela do patrimônio que lhes é transferida.” (CARVALHOSA, Modesto. Ob. Cit., P.308).

A conversão implica a preservação não apenas do valor monetário, mas do que ela representa economicamente (o patrimônio da sociedade), e também a sua classificação contábil. Corroborando essa ilação, o marco regulatório do tema - Deliberação CVM nº 29/86 - afirma:

(...) 2º) A contabilidade possui um grande relacionamento com os aspectos jurídicos que cercam o patrimônio, mas, não raro, a forma jurídica pode deixar de retratar a essência econômica. Nessas situações, deve a Contabilidade guiar-se pelos seus objetivos de bem informar, seguindo, se for necessário para tanto, a essência ao invés da forma.”

E cita um exemplo disto:

(...) uma empresa vende um ativo, mas assume o compromisso de recomprá-lo por um valor já determinado 'em certa data. Essa formalidade deve ensejar a contabilização de uma operação de financiamento (essência) e não de compra e venda (forma).”

Desse modo, o fato da alienação ter ocorrido não basta para que as ações devessem ter sido escrituradas de forma diversa do que foram, pois no momento da incorporação representavam exatamente o ativo não circulante da empresa. No caso em análise, a classificação das ações recebidas no ativo permanente, mesmo grupo em que estavam registrados os títulos patrimoniais, indica que a intenção da administração foi a de optar por permanecer com esses investimentos pelo menos em um primeiro momento ***sendo o lançamento contábil é o meio que formaliza essa intenção.***

Nesse sentido é o entendimento do Conselheiro. Ivan Alegretti:

Embora juridicamente sejam distintas as qualidades de um título e de uma ação, no conjunto de direitos e deveres que encerram, os dados da operação concreta demonstram que significam substancialmente o mesmo conteúdo patrimonial.

Pode-se dizer, com efeito, que se trata da mesma participação e do mesmo conteúdo econômico-patrimonial, relativas a uma pessoa jurídica que manteve a mesma atividade e finalidade, mas agora atuando com um estatuto diferente, sob um regime jurídico diferente.

(...)

a perspectiva da contribuinte, portanto, legitima-se dizer que onde antes havia os títulos patrimoniais – que deixaram de existir – passou a haver as ações – que tomaram o lugar dos títulos extintos –, uma substituindo o lugar da outra na mesma conta de ativo permanente.

Se tal operação societária não seria possível de acordo com a legislação civil, este Tribunal não tem como questionar, mas tendo assim ocorrido, é de acordo com estes atos concretos que levaram a cabo tais operações que deve ser aplicada a legislação.

A substituição das quotas pelas ações, portanto, caracterizam a sucessão de um título – que deixou de existir – por outro – que passou a existir em seu lugar –, representativos da sucessão ocorrida entre as pessoas jurídicas envolvidas – a que deixou de existir e a que passou a existir em seu lugar –, 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.

Agir no sentido considerado como "correto" pelo Fisco, além de desafiar a lógica econômica, contábil e jurídica, iria de encontro ao disposto no Parecer Normativo CST nº 3/80:

*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.** (grifo nosso)*

Tal Parecer só corrobora o que vem sendo afirmado até agora, acerca da necessária qualificação contábil como ativo não circulante, inclusive diante da pretensão de alienação futura. E mais, não basta que o gestor decida *per si* colocar à venda um ativo qualquer para que possa ser feita a sua transferência do não circulante para o circulante - deve haver uma decisão formalizada de diretoria ou conselho e um plano de alienação consolidado (o que não se verifica no caso concreto, onde é apresentado apenas um contrato de adesão padrão como prova da intenção), nos termos do *Pronunciamento Técnico CPC 31 - Ativo Não Circulante Mantido para Venda e Operação Descontinuada*:

"6. A entidade deve classificar um ativo não circulante como mantido para venda se o seu valor contábil vai ser recuperado, principalmente, por meio de transação de venda em vez do uso contínuo.

7. Para que esse seja o caso, o ativo ou o grupo de ativos mantido para venda deve estar disponível para venda

imediate em suas condições atuais, sujeito apenas aos termos que sejam habituais e costumeiros para venda de tais ativos mantidos para venda. Com isso, a sua venda deve ser altamente provável.

8. Para que a venda seja altamente provável, o nível hierárquico de gestão apropriado deve estar comprometido com o plano de venda do ativo, e deve ter sido iniciado um programa firme para localizar um comprador e concluir o plano. Além disso, o ativo mantido para venda deve ser efetivamente colocado à venda por preço que seja razoável em relação ao seu valor justo corrente. Ainda, deve-se esperar que a venda se qualifique como concluída em até um ano a partir da data da classificação, com exceção do que é permitido pelo item 9, e as ações necessárias para concluir o plano devem indicar que é improvável que possa haver alterações significativas no plano ou que o plano possa ser abandonado." (grifo nosso)

3. Do tratamento tributário da alienação de ações e seu respectivo ganho de capital

A respeito do tratamento tributário a ser dado ao ganho de capital decorrente das alienações das ações representativas dos ativos da Recorrente, o art.3º, §2, IV da lei 9718/98 traz o seguinte:

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

IV - as receitas de que trata o inciso IV do caput do art. 187 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, decorrentes da venda de bens do ativo não circulante, classificado como investimento, imobilizado ou intangível;

Como foi visto anteriormente, o fato das incorporações e cisões não afetam a natureza jurídica de ativo imobilizado, não circulante, das ações decorrentes da conversão dos títulos patrimoniais. Além disso, não se verificou erro na sua classificação após as incorporações, com base nos fundamentos acima.

Juridicamente, o que se verifica é que há uma tentativa de **requalificação** do fato gerador, a despeito da tipicidade das operações realizadas e o claro regime de Direito Privado previsto para as operações.

O que há de subterrâneo na pretensão fiscal é equiparar o tratamento tributário (*rectius* efeitos tributários) da cisão/incorporação à dissolução da sociedade, para fins de determinar o regime tributário da receita decorrente do ganho de capital das ações posteriormente à incorporação.

Naturalmente, o regime jurídico desta receita é decorrente da classificação contábil do ativo, que por sua vez depende da *intenção manifesta* de permanência ou não no patrimônio da sociedade, bem como da classificação utilizada na sociedade cindida/incorporada, haja vista que preserva a natureza econômica/material do título/ação.

No seu raciocínio, o Fisco faz **uma analogia**, inclusive *contra legem*, ao aplicar o regime da dissolução à cisão e incorporação, como forma de qualificar a transferência como uma subscrição primária de ações, e em seguida faz uma **requalificação jurídica** considerar apenas o efeito econômico da venda das ações (o ganho de capital), desconsiderando a natureza contábil do ativo alienado - é dizer, prescindindo da sua substância jurídica e contábil em prol de um elemento exclusivamente econômico.

Por si só, a analogia *contra legem* é vedada no Direito Privado (salvo naqueles ordenamentos com previsões expressas de seu uso no combate à fraude à lei), em respeito às formas negociais típicas. Essa proibição só é reforçada pelo Direito Tributário, especialmente pelo art.108, §1º do CTN, haja vista que o emprego dessa analogia faz parte da composição de uma exigência tributária para além daquela prevista na legislação pertinente.

Ademais, ao requalificar juridicamente a operação de venda dos ativos não circulantes, para desconsiderar a natureza contábil e jurídico do objeto da alienação, o Fiscal aplicou interpretação econômica, proscrita pela legalidade tributária, como de resto é pacífico doutrinária e jurisprudencialmente.

4. Conclusão

Em razão de todo o exposto, entendo equivocada a autuação fiscal em seu dispositivo e em seus fundamentos, dando INTEGRAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário do Contribuinte.

É como voto.