



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

Processo nº 16682.721116/2011-55
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-006.570 – 3ª Turma
Sessão de 10 de abril de 2018
Matéria PIS/COFINS - DESMUTUALIZAÇÃO DAS BOLSAS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado BANCO BTG PACTUAL S.A.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

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

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

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

Nas instituições financeiras, que têm as operações de compra e venda de ações compreendidas no objeto social, a base de cálculo das contribuições sociais é o faturamento/receita bruta operacional, o que inclui, necessariamente, as receitas típicas da empresa auferidas com a venda de ações da BM&F S.A. e da Bovespa Holding S.A., recebidas em decorrência das operações societárias denominadas “desmutualização”.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

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

As ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A recebidas em decorrência da operação denominada desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo BOVESPA e da Bolsa de Mercadorias & Futuros de São Paulo BM&F, que

foram negociadas dentro do mesmo ano ou poucos meses após o seu recebimento, devem ser registradas no Ativo Circulante.

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

Nas instituições financeiras, que têm as operações de compra e venda de ações compreendidas no objeto social, a base de cálculo das contribuições sociais é o faturamento/receita bruta operacional, o que inclui, necessariamente, as receitas típicas da empresa auferidas com a venda de ações da BM&F S.A. e da Bovespa Holding S.A., recebidas em decorrência das operações societárias denominadas “desmutualização”.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em dar-lhe provimento, vencidas as Conselheiras Vanessa Marini Cecconello (Relatora), Tatiana Midori Migiyama e Érika Costa Camargos Autran, que lhe negaram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal. Nos termos do Art. 58, §5º, Anexo II do RICARF, o Conselheiro Jorge Olmiro Lock Freire não votou nesse julgamento, por se tratar de questão já votada pelo Conselheiro Charles Mayer de Castro Souza na reunião anterior.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Vanessa Marini Cecconello - Relatora

(assinado digitalmente)

Andrada Márcio Canuto Natal - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito, Charles Mayer de Castro Souza, Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Cecconello e Rodrigo da Costa Pôssas.

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela FAZENDA NACIONAL (fls. 776 a 806) com fulcro nos artigos 67 e seguintes do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, buscando a reforma do **Acórdão nº 3402-003.819** (fls. 732 a 774) proferido pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento, em 26/01/2017, no sentido de dar provimento ao recurso voluntário, com ementa nos seguintes termos:

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.

A Recorrente alega divergência com relação à exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS dos valores relativos aos resultados das vendas de ações da Bovespa Holding S.A. e da BM&F S.A., recebidas na operação de desmutualização da BOVESPA em substituição aos títulos patrimoniais que a Contribuinte detinha junto às associações sem fins lucrativos. Para comprovar o dissenso interpretativo, colacionou como paradigmas os acórdãos nºs 3302-001.838 e 3202-001.178.

Nas razões recursais, a Fazenda Nacional aduz, em síntese, que:

(a) na operação em análise, houve uma dissolução parcial da associação, sendo uma parte do seu patrimônio devolvido aos associados, que, ato contínuo, adquiriram ações da Bovespa Holding S/A, tornando-se seus sócios;

(b) portanto, teria ocorrido a aquisição de ações, tanto para os títulos patrimoniais da Bovespa quanto para as ações da CBLC, concluindo-se ser correta a classificação no ativo circulante, em razão da intenção do contribuinte, naquele momento, de aliená-las na Oferta Pública que se seguiu;

(c) a receita decorrente de atividade componente de sua atividade empresarial típica, constante do objeto social, como é o caso da venda de ações de carteira própria, deve ser entendida como faturamento, nos termos do art. 3º, §2º, inciso IV da Lei nº 9.718/98, atraindo a tributação pelo PIS e pela COFINS;

(d) requer o provimento do recurso especial e a reforma da decisão recorrida.

Foi dado seguimento ao recurso especial, nos termos do despacho S/Nº, de 20/03/2017 (fls. 808 a 813), proferido pelo Ilustre Presidente da 4ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento do CARF, por se ter entendido como comprovada a divergência jurisprudencial.

A Contribuinte apresentou contrarrazões (fls. 820 a 851) postulando a negativa de provimento ao recurso especial.

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

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheira Vanessa Marini Cecconello, Relatora

Admissibilidade

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

Mérito

No mérito, a controvérsia posta no presente recurso especial cinge-se a determinar o tratamento tributário a ser aplicado à receita da venda das ações recebidas pela Contribuinte em substituição aos títulos patrimoniais que detinha da CBLC - Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (posteriormente incorporada pela Bovespa no processo de desmutualização) e da BM&F, no processo chamado de "desmutualização", para efeitos de incidência das contribuições devidas ao Programa de Integração Social - PIS e ao Financiamento da Seguridade Social - COFINS.

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

Da desmutualização

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

Em momento subsequente (outubro a dezembro de 2007), a Contribuinte procedeu à alienação das ações da Bovespa Holding e da BM&F S/A, recebidas em substituição aos antigos títulos patrimoniais, por meio de ofertas públicas, secundárias das ações da Bovespa e BM&F, transferindo a sua participação nas sociedades anônimas para os novos adquirentes.

Com a alienação, a Contribuinte auferiu resultado positivo, mas não efetuou o recolhimento das contribuições para o PIS e para a COFINS sobre as operações, por entender se tratar de venda de ativo permanente, não sujeito à tributação. Este fato deu ensejo à ação da Fiscalização e consequente constituição de crédito tributário.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

que conclui dizendo que em caso de dúvida, a solução a ser adotada é a mais favorável ao Sujeito Passivo, *in verbis*⁴:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

É o Voto.

(assinado digitalmente)

Vanessa Marini Cecconello

Voto Vencedor

Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal – Redator designado

Do processo denominado desmutualização da Bovespa

Com todo respeito ao voto da ilustre Relatora, porém divirjo do seu entendimento quanto aos efeitos tributários decorrentes do denominado processo de “desmutualização da bolsa”.

Como já me manifestei no julgamento dos processos nº 16327.000945/2010-69 (Acórdão nº 9303-005.447) e 16327.721177/2012-42 (Acórdão nº 9303-005.448), de minha relatoria, ambos julgados por esta Câmara Superior de Recursos Fiscais em sessão de 26/07/2017, entendo que devem incidir o PIS e a Cofins sobre a receita de venda das ações recebidas em substituição aos títulos patrimoniais anteriormente detidos pelo Banco.

Pois bem, mantenho os mesmos fundamentos daquelas decisões, conforme passo a explicar.

A tributação pelo PIS e pela Cofins em decorrência das vendas das ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A relativas ao processo denominado de desmutualização das bolsas de valores é uma matéria recorrente no âmbito do contencioso administrativo.

Existem decisões antagônicas, a exemplo das decisões paradigmáticas constantes do presente recurso especial. As decisões que entendem pela impossibilidade da tributação, em apertada síntese, concluíram que o entendimento da fiscalização estava equivocado, na medida em que não houve uma devolução do patrimônio aos associados das antigas associações, mas uma cisão seguida de incorporação, em alguns casos, ou em meras trocas de ações da incorporada pelas ações da Bovespa Holding S/A. Nessas circunstâncias, os antigos títulos patrimoniais e/ou as ações da CBLC teriam sido substituídos por ações das novas companhias e permanecem no ativo permanente, não podendo, suas vendas, serem tributadas pelo PIS e pela Cofins, por disposição expressa constante do inc. IV do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

A outra linha decisória, a qual me filio, são representadas, a título de exemplo, pelos Acórdãos nº 3302-002.713, de 16/09/2014, e 3202-001.178, de 24/04/2014. Por economia processual e nos termos do § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784/99, adoto o voto condutor do voto vencedor do Acórdão nº 3202-001.178, elaborado pelo Conselheiro Luís Eduardo Garrossino Barbieri, utilizando-o como razão de decidir.

De antemão já registramos que na conversão dos antigos títulos patrimoniais por ações das novas companhias, buscava-se a disponibilização de ações da Bovespa Holding S/A aos detentores de títulos patrimoniais que, ao fim e ao cabo, pudessem ser livremente comercializadas em bolsa de valores, gerando expressivos resultados financeiros aos seus detentores.

Passemos então à transcrição do voto vencedor do Acórdão nº 3202-001.178 para melhor compreensão das operações efetuadas no bojo do processo de desmutualização:

(...)

Do objeto da controvérsia

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

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

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

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

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

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

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

Da operação denominada “desmutualização” das bolsas

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

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

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

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

*A **CBLC** foi criada mediante cisão de parte do patrimônio da **BOVESPA** e ficou incumbida de atuar como câmara de compensação e custodiar ações e títulos. Por sua vez, a Bovespa Serviços, subsidiária integral da **BOVESPA**, ficou com as*

funções de dar suporte aos serviços de informática e telefonia da BOVESPA, portanto responsável por exercer atividades relacionadas com negociação, controle, fiscalização e difusão de informações.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

iv) emissão de novas ações ordinárias, na proporção de 1,42485643 ação ordinária da Nova Bolsa S.A para cada ação ordinária da BOVESPA HOLDING

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

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

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

(...)

Pois bem, passemos a questão referente à escrituração das ações recebidas pelas instituições financeiras em decorrência das operações societárias acima explanadas.

Se os títulos patrimoniais até então possuídos pelo BTG Pactual eram necessários para que pudesse exercer sua atividade de operar nas bolsas, correta está sua caracterização como Ativo Permanente em função do princípio da continuidade. Entretanto, o mesmo não acontece com as ações recebidas na desmutualização, que são valores mobiliários ordinários, possuindo características distintas daquela, uma vez que não era mais necessário deter a posse dessas ações para que a empresa operasse em bolsa. Essas ações representam papéis negociáveis, e justamente por isso puderam ser vendidas pelo Banco.

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

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

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

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

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

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

O fato relevante nessas operações é que as ações recebidas deveriam ser classificadas no **ativo circulante**, uma vez que se referiam a direitos realizáveis no próprio curso do exercício social em que foram recebidas. Isto porque, a Bovespa Holding S.A. foi criada em agosto de 2007 e as vendas das ações recebidas em conversão dos títulos patrimoniais foram efetivadas no mesmo ano de 2007.

Desse modo, não há como acatar a tese da Recorrente de que as ações recebidas deveriam ser classificadas no Ativo Permanente.

No meu entender, não resta a menor dúvida que havia **a intenção de negociar** parte das ações recebidas no curso do ano subsequente, na verdade **no curso do próprio ano de 2007**, como efetivamente o foram apenas poucos meses após data de criação da Bovespa Holding S.A.

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

Com o IPO, a Bolsa é a notícia.

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

(...)

Assim, um ano e meio depois de começar efetivamente a desenvolver o projeto, dois meses após o pedido de registro na Comissão de Valores Mobiliários (CVM), e encerrado um frenético road-show de 16 dias pelo mundo, a Bovespa concluiu o processo de abertura de seu capital. A Bovespa Holding estreou no pregão exibindo conquistas que fazem justiça a todos os obstáculos dessa caminhada, permeada de minuciosos estudos, intensas negociações e acurada vigilância dos cenários macro, locais e globais.

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

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

(...)

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

Em face de todos os elementos probantes acima citados, assim como em decorrência da própria formatação das operações negociais efetuadas, é de se concluir que o sujeito passivo obteve, em substituição dos títulos patrimoniais, ações da Bovespa Holding

com explícita finalidade (ou compromisso) de posterior alienação. E que, efetivamente, como compromissado, vendeu as ações no mesmo exercício de sua aquisição (ano 2007).

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

INVESTIMENTOS

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

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

Destarte, como já explanado, a meu ver, a questão relevante para o deslinde do presente caso é o fato de que no período anterior à desmutualização era **condição obrigatória** que as pessoas jurídicas detivessem títulos patrimoniais da Bolsa de Valores de São Paulo BOVESPA para poderem operar nestas instituições. Entretanto, após o processo de desmutualização já não havia mais tal exigência, de modo que tais pessoas jurídicas podiam dispor livremente das ações recebidas uma vez que tais ativos passaram a representar valores mobiliários negociáveis em bolsa de valores.

Dos efeitos jurídico-tributários da operação de venda das ações

Como relatado, as operações societárias foram conduzidas de modo a resultar na criação, cisão, incorporação e extinção de empresas, de acordo com suas conveniências

negociais. Entretanto, as convenções e os contratos particulares não têm o condão de vincular os efeitos tributários decorrentes dessas operações, em homenagem ao princípio da legalidade.

Muito embora as operações societárias que resultaram na desmutualização das Bolsas tenham sido engendradas pelos partícipes das referidas entidades com a finalidade de maximizar a obtenção de lucro decorrente das receitas auferidas com as vendas das ações recebidas, como já argumentado, tais operações livremente convencionadas entre as partes não têm o condão de ser opostas à Fazenda Pública no tocante à definição dos efeitos tributários ou da exclusão ou modificação de sua responsabilidade pelo pagamento dos tributos, *ex vi* dos arts. 109 e 123, ambos do CTN.

Desse modo, tais operações, efetuadas em descompasso com ordenamento jurídico tributário, mais especificamente os artigos 109 e 123 do CTN, não podem produzir os efeitos jurídico-tributários almejados, qual seja a não incidência das contribuições para o PIS e para a Cofins.

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

As ações recebidas em substituição pela Recorrente, em função do processo de desmutualização, devem ser classificadas no Ativo Circulante, como já demonstrado linhas atrás. Por conseguinte, as receitas obtidas com a alienação dessas ações constituem **receita bruta operacional** auferida pela pessoa jurídica, sujeita à incidência do PIS e da Cofins, como passamos a demonstrar.

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

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

O BTG Pactual tem como objeto social, entre outras, administrar carteira de valores mobiliários (portanto, a compra e venda de ações), conforme se pode depreender do artigo 3º de seu Estatuto Social (anexado às folhas 14/70), *verbis*:

ARTIGO 3º

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

Como se vê uma das atividades empresariais típicas do sujeito passivo é exatamente **a compra e venda de ações**. Tanto pode operar que tal atividade consta expressamente de seu Estatuto Social.

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

Conclusão

Ante o exposto, voto por **dar provimento** ao recurso especial da Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Andrada Márcio Canuto Natal