



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

Processo n° 16327.720306/2010-13
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9303-004.556 – 3ª Turma
Sessão de 07 de dezembro de 2016
Matéria PIS E COFINS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/10/2007 a 30/11/2007

RECEITA DE VENDA DE AÇÕES ADQUIRIDAS PARA REVENDA.

Possuindo a instituição autorização para comprar e vender, em nome próprio, títulos e valores mobiliários, a receita proveniente da venda de ações decorrente do processo conhecido como desmutualização das bolsas de valores constitui receita própria da sua atividade.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 31/10/2007 a 30/11/2007

RECEITA DE VENDA DE AÇÕES ADQUIRIDAS PARA REVENDA.

Possuindo a instituição autorização para comprar e vender, em nome próprio, títulos e valores mobiliários, a receita proveniente da venda de ações decorrente do processo conhecido como desmutualização das bolsas de valores constitui receita própria da sua atividade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional, vencidas as Conselheiras Tatiana Midori Migiyama, Erika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Ceconello (Relatora), que não conheceram do recurso. No mérito, por maioria de votos, acordam em dar-lhe provimento parcial, com retorno dos autos ao Colegiado *a quo* para análise das demais questões postas no voto vencedor, vencidas as Conselheiras Tatiana Midori Migiyama, Erika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Ceconello (relatora), que lhe negaram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Júlio César Alves Ramos. Solicitou apresentar declaração de voto a Conselheira Tatiana Midori Migiyama.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Vanessa Marini Cecconello - Relatora

(assinado digitalmente)

Júlio César Alves Ramos - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Tatiana Midori Migiyama, Andrada Márcio Canuto Natal, Demes Brito, Érika Costa Camargos Autran, Charles Mayer de Castro Souza (Suplente Convocado), Vanessa Marini Cecconello e Rodrigo da Costa Pôssas.

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional (fls. 700 a 726) com fulcro nos artigos 64, inciso II e 67 e seguintes do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/09, buscando a reforma do Acórdão nº 3302-001.872 (fls. 649 a 697) proferido pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Terceira Seção de julgamento, em 27/11/2012, no sentido de dar provimento ao recurso voluntário, por maioria de votos.

O Colegiado *a quo* entendeu, em síntese, que o resultado da venda realizada pela contribuinte das ações recebidas da Bovespa Holding S.A. e da BM&F S.A. deve ser tratado como alienação de ativo imobilizado, não se enquadrando no conceito de receita operacional e, por esta razão, não tributável pelo PIS e pela COFINS. A decisão foi assim ementada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/07/2007 a 31/12/2007

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

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

VENDA DE ATIVOS - NÃO INCIDÊNCIA DE PIS E COFINS

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/07/2007 a 31/12/2007

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

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

VENDA DE ATIVOS - NÃO INCIDÊNCIA DE PIS E COFINS

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

Recurso Voluntário Provido.

O processo tem origem em autos de infração lavrados em 05/11/2010 para constituição dos créditos tributários relativos à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e à Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS dos meses de julho a dezembro de 2007 (fls. 381 a 396).

Conforme Termo de Verificação Fiscal (fls. 353 a 380), a autuação refere-se a créditos tributários (a) decorrentes da falta de recolhimento e de declaração em DCTF de parcelas de PIS e de COFINS contestadas judicialmente; (b) referentes ao PIS e à COFINS incidentes sobre os ganhos auferidos na venda de ações recebidas da Bovespa Holding S.A. e da BM&F S.A; e (c) relativos à incidência de PIS e COFINS sobre Juros sobre Capital Próprio (JCP).

Apresentada a impugnação aos autos de infração pela contribuinte (402 a 443), sobreveio julgamento proferido pela 10ª Turma da DRJ/SP1 de improcedência das suas alegações, sendo mantido o lançamento tributário na íntegra, nos termos do acórdão nº 16-31.184 (fls. 514 a 535), que recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/07/2007, 31/08/2007, 30/09/2007, 31/10/2007, 30/11/2007, 31/12/2007

TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

Devem ser classificados no Ativo Circulante as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente, como as ações das novas sociedades anônimas formadas após a desmutualização das bolsas de valores, inscritas pela contribuinte com manifesta intenção de venda, e cuja alienação efetivamente ocorreu até o curso do exercício subsequente à subscrição.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 31/07/2007, 31/08/2007, 30/09/2007, 31/10/2007, 30/11/2007, 31/12/2007

TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

Devem ser classificados no Ativo Circulante as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente, como as ações das novas sociedades anônimas formadas após a desmutualização das bolsas de valores, inscritas pela contribuinte com manifesta intenção de venda, e cuja alienação efetivamente ocorreu até o curso do exercício subsequente à subscrição.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/07/2007, 31/08/2007, 30/09/2007, 31/10/2007, 30/11/2007, 31/12/2007

PROCESSO JUDICIAL E IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA. CONCOMITÂNCIA.

A propositura de ação judicial importa em renúncia à discussão na via administrativa da matéria levada à apreciação do Poder Judiciário. Deve ser conhecida a impugnação em relação à matéria não discutida no processo judicial.

LANÇAMENTO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR MEDIDA JUDICIAL.

Tratando-se de tributo não declarado e não recolhido, deve a Administração Tributária proceder ao lançamento de ofício, ainda que a exigibilidade do crédito tributário esteja suspensa por decisão judicial.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Não resignada com a decisão da impugnação, a contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 539 a 580) postulando a reforma do acórdão da impugnação e o cancelamento dos autos de infração de PIS e COFINS, trazendo como fundamentos do seu pedido:

(a) a inexistência da renúncia ao direito de defesa na esfera administrativa, tendo em vista que as ações judiciais foram ajuizadas anteriormente à ação fiscal, nos termos do art. 38 da Lei nº 6.830/80, sendo possível a discussão quanto às matérias da não tributação pelo PIS e pela COFINS de receitas não enquadradas no conceito de faturamento e da não incidência das exações sobre receitas de juros sobre o capital próprio;

(b) a impossibilidade de inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS de receitas não integrantes do faturamento da contribuinte, sendo cabível a incidência das contribuições tão somente sobre o seu faturamento, entendido como o produto da venda de mercadorias, da prestação de serviços, ou de mercadorias e serviços, tal como definido pela LC nº 70/91 e reconhecido em decisão plenária do STF no recurso extraordinário nº 346.084-6.

(c) assevera que as receitas financeiras decorrentes da intermediação financeira efetuada pela contribuinte, remunerada através de juros, não se constituem em faturamento, por não se tratar de uma prestação de serviço;

(d) discorreu sobre a operação de desmutualização da bolsa de valores, consignando que as ações recebidas da Bovespa Holding S.A. e da BM&F S.A., em substituição aos títulos da BM&F e da CBLC, foram contabilizados no ativo permanente pois a intenção quando da aquisição dos títulos sempre foi de permanecer com tais ativos;

(e) a venda das ações da BM&F S.A e da Bovespa Holding S.A no I.P.O não se constitui em faturamento, tendo em vista que não realizada no exercício do seu objeto social, mas sim como alienação de ativos próprios, anteriormente adquiridos com a intenção de serem mantidos em seu ativo permanente, possibilitando a realização da atividade da contribuinte de operar nas bolsas de valores.

(f) a impossibilidade de incidência do PIS e da COFINS sobre os valores percebidos pela contribuinte a título de juros sobre o capital

próprio (JCP), pois têm a mesma natureza jurídica de dividendos, visando à distribuição do resultado da atividade econômica, seja porque expressamente excluídos os dividendos da base de cálculo das contribuições conforme o inciso II, do §2º do art. 3º da Lei nº 9718/98, ou porque os juros sobre o capital próprio não compõem o faturamento da instituição.

Sobreveio julgamento do recurso voluntário consubstanciado no Acórdão nº 3302-001.872 (fls. 649 a 697), proferido pela 2ª Turma Ordinária da Terceira Câmara da Terceira Seção de Julgamento, em 27/11/2012, provendo-o integralmente, por maioria de votos, para excluir da incidência do PIS e da COFINS o resultado da venda realizada pela contribuinte das ações recebidas da Bovespa Holding S.A. e da BM&F S.A, por se constituir em alienação de ativo imobilizado.

Neste ponto, importa referir ter sido delimitado pelo Colegiado *a quo* como objeto de exame do recurso voluntário a matéria relativa à tributação pelo PIS e pela COFINS das receitas auferidas pela contribuinte com a venda das ações recebidas da Bovespa Holding S.A. e da BM&F S.A, ponto tratado no voto vencedor, pois as demais questões são objeto de ação judicial intentada pelo Sujeito Passivo, ensejando a renúncia à defesa na esfera administrativa, nos termos da Súmula CARF nº 01 (consignado no voto vencido).

No ensejo, insurge-se a Fazenda Nacional por meio de recurso especial (fls. 700 a 726) em face do acórdão que deu provimento ao recurso voluntário, suscitando divergência jurisprudencial com relação à tributação pelo PIS e pela COFINS das receitas auferidas pela contribuinte com a venda das ações recebidas da Bovespa Holding S.A. e da BM&F S.A. no processo de desmutualização das bolsas de valores. Para comprovar a divergência, colacionou como paradigma o acórdão nº 3201-001.480, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Terceira Seção do CARF.

Em suas razões recursais, a Fazenda Nacional inicia com breve histórico acerca da desmutualização das bolsas de valores, procedimento que culminou com a transformação societária de associações civis para sociedades anônimas, com a abertura do capital. Aduz ainda que:

(a) os institutos da fusão, cisão e incorporação não são de utilização permitida pelas associações por força do disposto no artigo 1.113 e seguintes do Código Civil, sendo aplicáveis somente às sociedades empresárias e, portanto, tendo resultado as operações societárias na extinção das sociedades civis Bovespa e BM&F, com o retorno do patrimônio aos associados, os quais, no mesmo ato, integralizaram-no na forma de ações nas sociedades anônimas, tudo conforme art. 61 do Código Civil de 2002;

(b) conforme Termo de Adesão ao Instrumento Particular de Assunção de Obrigações celebrado no âmbito da Bolsa de Mercadorias & Futuros, o contribuinte já tinha pleno conhecimento de que haveria alienação de 35% das ações recém adquiridas, sendo imprópria a sua classificação como bens do ativo permanente;

(c) com relação às demais ações, também foram alienadas no mesmo ano de 2007, exercício da subscrição das ações, após o processo de desmutualização da Bovespa e BM&F, devendo ser contabilizadas no ativo circulante;

(d) o montante recebido pela Contribuinte, em decorrência da alienação das ações emitidas pela BM&F S.A e pela Bovespa Holding S.A., integram a sua receita bruta operacional, devendo ser tributado pelo PIS e pela COFINS nos termos dos arts. 2º e 3º da Lei nº 9718/98.

Tendo-se entendido como comprovada a divergência jurisprudencial apontada, foi admitido o recurso especial da Fazenda Nacional por meio do despacho nº 3300-00.216, de 02/10/2014 (fls. 728 a 733), proferido pelo ilustre Presidente da Terceira Câmara da Terceira Seção de Julgamento.

A contribuinte apresentou contrarrazões (fls. 741 a 762) postulando, preliminarmente, o não conhecimento do recurso e, no mérito, a negativa de provimento.

Em 10/03/2016, o Sujeito Passivo veio aos autos do processo administrativo, por meio de petição (fls. 863 a 947), noticiar a extinção dos débitos de COFINS por força de decisão judicial transitada em julgado, proferida no Mandado de Segurança nº 2005.71.00.019507-0, reconhecendo a impossibilidade de tributação das receitas financeiras (art. 156, inciso X, do Código Tributário Nacional). Na oportunidade, requereu fosse intimada a Procuradoria da Fazenda Nacional para se manifestar sobre os fatos novos.

Posteriormente, em 25/04/2016, procedeu à juntada da Certidão de Objeto e Pé do mandado de segurança referido (fls. 950 a 963).

Em razão da superveniência de decisão judicial transitada em julgado após a interposição do recurso especial da Fazenda Nacional e, considerando-se que referido provimento judicial tem relação com o presente processo administrativo, na sessão de julgamento do dia 06 de julho de 2016, foi concedida vista dos documentos juntados à Fazenda Nacional de modo a se pronunciar sobre os mesmos.

Em resposta à intimação (fls. 972 a 975), a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou os seguintes argumentos:

(a) a discussão posta no recurso especial da Fazenda Nacional diz respeito à tributação pelo PIS e pela COFINS das receitas auferidas pela contribuinte com a venda das ações recebidas da Bovespa Holding S.A. e da BM&F S.A. no processo de desmutualização das bolsas de valores, não havendo relação com a demanda judicial (MS nº 2005.71.00.019507-0) que trata do alargamento da base de cálculo das referidas contribuições;

(b) o montante recebido pelo contribuinte na alienação das ações emitidas pela BM&F e Bovespa Holding S.A. integram a sua receita bruta operacional, conforme definição dos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98;

(c) a recorrida, ao vender as ações da Bovespa Holding S.A. e da BM&F S.A., exerceu uma atividade típica de seu ramo de atuação. e, portanto, a inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998 não afasta a incidência das contribuições para o PIS e Cofins sobre a receita dita operacional;

(d) o conceito de receita bruta sujeita à Cofins compreende a receita de venda de mercadorias e da prestação de serviços, aí incluídas as receitas oriundas do exercício das atividades empresariais típicas de banco múltiplo que opere carteira de investimentos;

Estando apto o feito a ser relatado, submeta-se 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 Procuradoria da Fazenda Nacional é tempestivo, restando analisar-se o atendimento dos demais 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.

Com relação à comprovação da divergência jurisprudencial no tocante à tributação pelo PIS e pela COFINS das receitas da alienação das ações recebidas pela contribuinte no processo de desmutualização das bolsas de valores, com a devida vênia ao Presidente da 3ª Câmara, há de ser reconhecida a inadmissibilidade do recurso por não ter sido preenchido o requisito.

Da análise dos casos confrontados, verifica-se que, embora ambos versem sobre a incidência ou não das contribuições ao PIS e à Cofins na venda das ações em comento, tendo-lhes sido atribuídas soluções jurídicas diferentes perante o órgão administrativo, o acórdão nº. 3201-001.480 não pode ser considerado como paradigma, pois trata de materialidade diferente daquela discutida nos presentes autos.

Isso porque o acórdão indicado como paradigma traz em seu bojo pressupostos inaplicáveis ao presente caso:

(a) tem-se como contribuinte uma sociedade corretora de títulos e valores mobiliários, cuja atividade precípua é, dentre outras, a compra e venda, por conta própria, de títulos e valores mobiliários. Nos presentes autos, tem-se no pólo passivo da exigência tributária uma instituição financeira, não constando do seu objeto social a compra e venda dos referidos ativos, mas tão somente a "*administração de títulos e valores mobiliários*" (fl. 307 - Estatuto Social, art. 4º);

(b) a contribuinte (no acórdão paradigma) adquiriu ações de terceiros com o compromisso irrevogável de posterior alienação de 35% (trinta e cinco por cento) da quantidade adquirida, conforme "Instrumento Particular de Assunção de Obrigações" constante daqueles autos. A questão foi analisada tão somente com relação às ações constantes do compromisso de venda assinado pela sociedade corretora, situação diversa da que ocorre neste processo administrativo, em que se averigua a venda da integralidade dos ativos recebidos.

Para melhor elucidar as assertivas, pertinente transcrever-se parte do voto proferido no acórdão paradigma, *in verbis*:

[...]

A recorrente, em 25/09/2007, outorgou procuração à Bovespa Holding S.A., pela qual a autorizou a ofertar na IPO até 3.356.673 ações de sua titularidade, que correspondem a 30% das ações recebidas no processo de desmutualização. Tais ações foram efetivamente vendidas na IPO, em 30/10/2007.

Em relação à BM&F, a recorrente, em 17/8/2007, assinou um contrato, denominado "Instrumento Particular de Assunção de Obrigações", pelo qual se comprometia, de forma irrevogável e irretroatável, a vender 10% das ações

que lhe seriam atribuídas para um fundo de investimento integrante do grupo de Private Equity General Atlantic (“General Atlantic”), bem como 25% das ações na IPO.

Em 16/11/2007, o General Atlantic adquiriu as ações pactuadas. Já no IPO da BM&F S.A., as ações foram vendidas em dois lotes: o lote principal em 30/11/2007 e o lote suplementar (green shoe) em 07/12/2007.

E são justamente estas operações que geraram a autuação. A contribuinte, entendendo que as receitas com as vendas destas ações não seriam atingidas pela Cofins e pelo PIS, dado as ações estarem contabilizadas em seu ativo permanente, não as submeteu a tributação. Já o Fisco, entendendo serem devidas as contribuições, efetuou o lançamento dos tributos não recolhidos.

A controvérsia, portanto, se prende a definição dos efeitos jurídico-tributários advindos do processo de desmutualização da Bovespa e da BM&F, especificamente em relação à incidência de PIS e Cofins sobre as vendas das ações das sociedades incorporadoras do patrimônio das Bolsas, recebidas em substituição aos títulos patrimoniais que possuía.

[...]

Retornando-se aos fatos trazidos aos autos, temos anexado à fl. 39 documento denominado “Instrumento Particular de Assunção de Obrigações”, celebrado entre a Associação Civil BM&F e a requerente em 17/8/2007, no qual a requerente se compromete, de forma irrevogável e irretratável, a alienar 35% das Ações que a ela forem atribuídas em decorrência do processo de desmutualização da BM&F, sendo 10% destinado para determinado Investidor Estratégico (General Atlantic) e os demais 25% em IPO realizado após a conclusão do processo de desmutualização.

Ressalte-se que, por este contrato, era permitido aos detentores de títulos patrimoniais a decisão entre aliená-las ou não, tendo a recorrente decidido pela alienação destas ações.

Posteriormente, em novembro e dezembro de 2007, efetivou-se a venda de 35% das ações da recorrente, em conformidade com o previsto no compromisso firmado pela recorrente.

[...]

Constata-se que a quantidade de 3.356.673 ações destinadas ao IPO da Bovespa Holding S. A. corresponde a 30% das ações recebidas pela recorrente no processo de desmutualização. Tais ações foram efetivamente vendidas em 30/10/2007.

Em sendo estes os fatos, temos que a recorrente, ao receber as ações da BM&F e da Bovespa, claramente tinha o intuito de aliená-las, pelo menos nos percentuais acima relatados.

Em sendo estes os elementos trazidos aos autos, mostra-se incorreta a escrituração procedida pela recorrente destas ações no ativo permanente investimentos, dado não se tratarem de participações permanentes em outras sociedades, mas sim de ações adquiridas com a intenção de venda. Desta forma, a escrituração contábil correta destas ações é no ativo circulante.

Ressalte-se que foi anexado, à fl. 52, ofício circular emitido pela Bovespa informando sobre as assembléias que deliberaram pela nova estrutura da Bovespa, bem como sobre a forma como será procedida a conversão dos títulos patrimoniais da Bovespa em ações de emissão da Bovespa Holding SA.

[...]

Diante do exposto, conclui-se que a recorrente, ao fim do processo de desmutualização da Bovespa e da BM&F, obteve ações com a intenção de negociá-las em curto período, tendo efetivado a venda destas ações ainda no mesmo exercício de sua aquisição.

Assim, como já explicitado, a escrituração contábil correta destas aquisições é no Ativo Circulante, e não no Ativo Permanente, como procedido pela recorrente.

[...]

Como relatado, as receitas obtidas pela recorrente com a venda das ações foi considerada pela autoridade fiscal como passíveis de tributação pela Contribuição para o PIS/Pasep e pela Cofins, de acordo com o previsto nos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98.

Tributa-se, segundo estes dispositivos, o faturamento das pessoas jurídicas, compreendido este como a receita bruta operacional auferida, ou, de forma mais específica, como a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

Assim temos que o conceito de faturamento, para fins de tributação do PIS e da Cofins, se traduz na soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.

No caso concreto, trata-se a recorrente de sociedade corretora de valores mobiliários e, de acordo com o art. 3º de seu Estatuto Social, tem por objeto exercer as atividades típicas de sociedade corretora, conforme prescrito no art. 2º do Regulamento Anexo à Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 1.655. de 26.10.1989.

Dentre as atividades que constituem o objeto da recorrente, previstas no art. 3º de seu Estatuto Social, destaca-se a definida em seu inciso IV:

Art. 3º. A companhia tem por objeto:

[...]

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

Constata-se, desta forma, que a compra e venda de ações de carteira própria constitui objeto social da recorrente. Como consequência, a alienação das ações da Bovespa Holding S.A. e da BM&F Holdings SA. pertencentes a recorrente caracteriza as receitas decorrentes destas operações como receitas brutas operacionais.

Em outras palavras, como a compra e venda de ações por conta própria se inclui entre as atividades da recorrente, a receita foi percebida em decorrência de atividade típica, de forma que o resultado financeiro positivo destas operações de compra e venda se caracteriza como receita bruta/faturamento da recorrente.

Seguindo com o raciocínio, diante da natureza das receitas auferidas pela recorrente, conclui-se que as mesmas sujeitam-se à incidência do PIS e da Cofins.

[...](grifou-se)

Diverso é o substrato fático e jurídico deste processo administrativo em que é parte instituição financeira, conforme se depreende da análise do voto vencedor, *in verbis*:

[...]

O Fisco entende que as receitas advindas das vendas das participações que a Recorrente possuía na BOVESPA e na BM&F – pós transformação em sociedades anônimas – é tributável pelas referidas contribuições porque (i) tais participações não poderiam estar classificadas no ativo permanente da Recorrente, bem como porque (ii) advém do desenvolvimento de seu objeto social, qual seja, a compra e venda de títulos e valores mobiliários, compondo então a receita de desenvolvimento de suas atividades empresariais, receita esta que corresponderia à base de cálculo do PIS e da COFINS.

[...]

A controvérsia está, portanto, no momento da transformação das associações, quando o Fisco entende ter havido devolução do capital investido à Recorrente e conseqüente necessidade de avaliação sobre onde deveriam se classificar as “novas” participações societárias. O Fisco entende que a conferência das ações das sociedades anônimas (pós-transformação) aos associados da BOVESPA e da BM&F, representaria uma nova aquisição de participação societária o que implicaria na necessidade de reavaliação (e eventual reclassificação) do ativo, quando então, segundo entendimento fiscal, as ações deveriam ser registradas no ativo circulante, pois a Recorrente tinha, naquele momento, a intenção de vender tais ações.

[...]

Na situação em tela, contudo, formalmente não ocorreu nem uma nem outra hipótese. Conforme consta do pelo próprio Termo de Verificação Fiscal, a Associação BOVESPA, em agosto/2007 se submeteu a uma operação societária que resultou na versão de boa parte de seu patrimônio para uma pessoa jurídica com fins lucrativos. Veja-se fluxograma anexado pela Recorrente às fls. 40.

[...]

Em decorrência do raciocínio acima apresentado, concluo que as premissas adotadas pelo Fisco estão equivocadas. Em primeiro lugar porque, como dito, não houve devolução de patrimônio e em segundo lugar porque justamente a equivalência das ações e dos títulos patrimoniais anteriormente detidos, no que se refere aos valores, bem como o fato de ter havido uma transformação do tipo societário, evidenciam que não se trata de nova aquisição de participação, mas mera substituição de um tipo de participação por outro, em razão da transformação das entidades.

Tanto assim, que como bem observou o Fisco, quando da substituição dos títulos patrimoniais pelas ações, foi necessário conferir ações que representassem o mesmo valor dos títulos patrimoniais anteriormente detidos. Esta equivalência também evidencia se tratar de mera substituição de um tipo de título representativo de capital por outro.

Por esta razão, a interpretação fiscal de que deveria ter sido registrado na contabilidade uma devolução de capital, distribuição de superávit, incorporação de bens e obrigações ao patrimônio da Recorrente, com posterior aquisição de novas participações em “outras” sociedades anônimas, pois esta realidade não ocorreu.

[...]

A questão da operação societária é absolutamente relevante para a análise da classificação contábil das ações recebidas como troca pelos títulos que a Recorrente possuía da entidade sem fins lucrativos.

[...]

Todavia, ainda assim entendo que não se trata de venda de mercadorias, mas efetiva venda de ativos. É que o fato de o contribuinte tomar providências para que seu ativo fique mais valioso não significa que transformou este ativo em mercadoria. Não vejo como possível a mudança de substância do bem, a meu ver este bem sempre foi um ativo, um investimento próprio.

[...]

As ações não foram adquiridas com a finalidade de mercancia, mas de investimento. E ainda que a desmutualização tenha ocorrido com o aval da Recorrente – os atos societários da cisão denotam que os associados estavam de acordo com o procedimento de alteração do tipo societário exatamente para alcançar a finalidade de proceder ao IPO – isso não significa, em minha interpretação, que o título se transformou em produto, ao contrário, significa que a Recorrente pretendia tornar seu ativo permanente para venda.

[...]

Com estas considerações, posto que adotada a premissa de que os bens em comento se integram ao ativo permanente, cabe razão à Recorrente quanto à não incidência do PIS e da COFINS sobre o resultado das alienações de tais bens, na medida em que há previsão legal expressa na Lei nº 9.718/98 afastando a tributação sobre tais receitas.

[...] (grifou-se)

Portanto, tem-se que a decisão proferida no acórdão paradigma no sentido de que as ações deveriam ter sido reclassificadas para o Ativo Circulante na desmutualização foi fundamentada justamente no fato de existir, naqueles autos, um compromisso formalizado e irrevogável de que o sujeito passivo alienaria 35% das ações posteriormente, além de ter sido considerado que sua atividade própria se resumiria em compra e venda de títulos e valores mobiliários.

Diferentemente do presente caso, em que o Sujeito Passivo foi autuado com relação à totalidade das ações alienadas (Bovespa Holding S/A – transformação dos títulos da CBLC e BM&F S/A), não existia termo de compromisso de venda das ações e tampouco se trata de sociedade corretora de valores, mas de Instituição Financeira. Que, por sua vez, possuem regulamentação diversa e atividades totalmente diferentes.

Nessa linha, nota-se que o acórdão paradigma trouxe a incidência de PIS e Cofins nas vendas dos títulos efetuados especialmente por sociedades corretoras. Diferentemente do caso vertente que trata de uma Instituição Financeira, que, por sua vez, não possui “faturamento” equivalente ao da corretora.

O paradigma colacionado pela Fazenda Nacional, a toda evidência, não se presta a comprovar a divergência jurisprudencial alegada nos presentes autos.

Diante do exposto, por estar ausente um dos requisitos de admissibilidade, há de ser negado seguimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

Mérito

Transposta a questão da admissibilidade, vencido o voto da Relatora no sentido de não conhecer do recurso especial, 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

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

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. A 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, 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

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.

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

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 dívidas 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.

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

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

analogia, há precedentes desta Câmara Superior de Recursos Fiscais, como por exemplo o Acórdão CSRF nº 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.

Da ação judicial

Para o deslinde do presente processo administrativo, deve-se considerar, ainda, a sua vinculação ao mandado de segurança impetrado pela Recorrida perante a 2ª Vara Federal de Porto Alegre - RS e distribuído sob nº 2005.71.00.019507-0.

Inequivocamente há vinculação entre o presente processo administrativo e a ação judicial intentada pela Contribuinte, conforme estabelecido pela própria Fiscalização no Termo de Verificação Fiscal (fls. 354 a 378) e no Auto de Infração.

Termo de verificação fiscal

[...]

Por estar incluído entre as empresas relacionadas no §1º do art. 22 da Lei 8.212/91, o contribuinte sujeita-se à tributação do PIS e da COFINS cumulativos, nos termos da Lei nº 9.718/98, e contra esta insurgiu-se no

âmbito judiciário, por meio de Mandado de Segurança impetrado no ano de 2005, em Porto Alegre - RS.

[...]

O presente Termo abordará as seguintes duas matérias:

- *Créditos tributários da União decorrentes da falta de recolhimento, ou de declaração em DCTF, de parcelas de PIS e COFINS mensalmente devidos por força da previsão de incidência da Lei nº 9.718/98, contestados judicialmente.*
- *Créditos tributários da União correspondentes ao PIS e à COFINS incidentes sobre os ganhos auferidos nas operações de I.P.O da Bovespa Holding S.A. e da BM&F S.A. em 2007.*

[...]

2) DA AÇÃO JUDICIAL IMPETRADA PELO CONTRIBUINTE CONTRA DISPOSIÇÕES DA LEI 9.718/98

Em 09/06/2005 o Banco Santander impetrou Mandado de Segurança Preventivo, processo nº 2005.71.00.019507-0 da 2ª Vara Federal de Porto Alegre, com pedido de concessão de liminar, no sentido de não recolher as contribuições ao PIS e COFINS com a ampliação da base de cálculo promovida pela Lei 9718/98. Em seu pedido o impetrante expressa: "requer-se a concessão de medida liminar para o fim de que seja suspensa a exigibilidade das parcelas vincendas da contribuição ao PIS e da COFINS incidentes sobre as receitas que não resultem, exclusivamente, da venda de mercadorias, da prestação de serviços ou da combinação de ambos (conforme definido pela Lei Complementar nº 70/91), em razão dos vícios contidos na Lei 9.718/98".

[...]

Tendo em vista o provimento, em 07/08/2007, ao recurso de apelação pelo TRF/4ª Região nos autos do MS nº 2005.71.00.019507-0, decisão ainda não transitada em julgado, cujo acórdão visa restringir o conceito de faturamento da Lei 9.718/98, os créditos tributários ora lançados o são com exigibilidade suspensa, nos termos do direito aplicável (interpretação sistemática do artigo 63 da lei 9430/96).

Auto de infração

[...]

O crédito tributário lançado através do presente Auto de Infração está com a exigibilidade suspensa por força de Medida Liminar concedida nos autos do processo nº 2005.71.00.019507-0 da 2ª Vara Federal de Porto Alegre (art. 151, incisos II e IV do CTN).

Afastada a suspensão da exigibilidade, seja por falta ou insuficiência do depósito, caducidade ou cassação desfavorável ao sujeito passivo, este deverá (conforme teor e extensão do julgado) recolher total ou parcialmente o crédito lançado, com os acréscimos legais cabíveis, sob pena de inscrição

da dívida ativa, compensados, se for o caso, eventuais depósitos judiciais efetuados e a serem convertidos em renda da União.

(grifou-se)

O Contribuinte noticiou nos autos a ocorrência do trânsito em julgado do mandado de segurança com relação à COFINS, em razão de o recurso extraordinário da Fazenda Nacional naqueles autos ter tratado tão somente da exigência de PIS, com fulcro na suposta violação ao art. 72, inciso V, do ADCT.

Diante do fato novo, necessário averiguar-se os seus efeitos na presente exigência fiscal.

Assim, na esfera judicial, o Sujeito Passivo buscou por meio do mandado de segurança ver reconhecido o seu direito líquido e certo "**(i) ao afastamento do artigo 3º, caput, e de seu parágrafo 1º, ambos da Lei nº 9.718/98, por violarem o Texto Constitucional vigente à época de sua edição; (ii) de sujeitar-se à incidência da Contribuição ao PIS e da COFINS tomando como base de cálculo o faturamento (e não a totalidade das receitas), assim entendido o produto exclusivamente da venda de mercadorias, da prestação de serviços ou da combinação de ambas, tal como definido pela Lei Complementar nº 70/91; e (iii) ao afastamento do artigo 3º da Lei Complementar nº 118/05 que só poderá alterar prazos prescricionais ainda não iniciados ou que, ao menos, que não poderá alcançar a presente ação, eis que ajuizada antes de 09/06/05 (data de início de sua eficácia)**" (fls. 190 a 206).

A sentença que denegou a segurança pleiteada (fls. 207 a 214) foi reformada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sendo provido o recurso de apelação do Banco Santander (fls. 221 a 234) para determinar o afastamento das contribuições do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras por ele auferidas, por não se enquadrarem no conceito de faturamento para fins de incidência das exações. O acórdão de julgamento, de relatoria do Juiz Federal Leandro Paulsen, recebeu a seguinte ementa (fls. 235 a 240):

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

Apenas durante a vigência temporária do art. 72 do ADCT é que se viabilizou a cobrança de PIS das instituições financeiras sobre a receita operacional bruta. De janeiro de 2000 em diante, não há mais tal suporte constitucional específico a admitir outra tributação que não a comum.

O STF declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da L. 9.718/98, por entender que a ampliação da base de cálculo da COFINS por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal.

Tomado o faturamento como o produto da venda de mercadorias ou da prestação de serviços, tem-se que os bancos, por certo, auferem valores que se enquadram em tal conceito, porquanto são, também, prestadores de serviços.

É ilustrativa a referência, feita em apelação, à posição nº 15 da lista anexa à LC 116, em que arrolados diversos serviços bancários, como a administração de fundos, abertura de contas, fornecimento ou emissão de atestados, acesso, movimentação, atendimento e consulta a contas em geral etc.

Mas as receitas financeiras não se enquadram no conceito de faturamento.

Contra a decisão de provimento do recurso de apelação, a Fazenda Nacional interpôs embargos de declaração por suposta omissão, os quais foram acolhidos em parte, tão somente para fins de prequestionamento.

Na sequência, a Fazenda Nacional interpôs contra o acórdão proferido pelo TRF4ª Região os recursos especial e extraordinário insurgindo-se tão somente com relação ao PIS, restando preclusa a oportunidade de fazê-lo com relação à COFINS. O recurso especial teve seguimento negado pelo STJ, enquanto que o recurso extraordinário foi admitido pelo STF, reconhecendo sua afetação ao tema de repercussão geral nº 372.

Observe-se que em seu recurso extraordinário a Fazenda Nacional alega ofensa ao art. 72, inciso V do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, para ver declarada como legítima a cobrança do PIS das instituições financeiras sobre a receita bruta operacional.

O Ministério Público Federal, por sua vez, buscando complementar o recurso da Fazenda Nacional, também interpôs os recursos especial e extraordinário, abordando a necessidade de reforma da decisão com relação à COFINS. Ambos os apelos tiveram seguimento negado no exame de admissibilidade realizado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

Tendo em vista que o recurso extraordinário da Fazenda Nacional interposto nos autos do mandado de segurança versa exclusivamente sobre a cobrança de PIS sobre a receita bruta das instituições financeiras, **ocorreu de fato o trânsito em julgado da demanda com relação à COFINS em favor da Contribuinte**, conforme atestado pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Certidão de Objeto e Pé acostada ao presente processo administrativo (fls. 961 a 963), de onde se extrai o seguinte trecho:

[...]

*Certifica, mais, que o processo foi distribuído a Sua Excelência o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que determinou o sobrestamento do feito por decisão publicada no Diário da Justiça Eletrônico em 15/6/2010. Contra essa, foi interposto agravo regimental. Certifica, ainda, que o Ministro Relator afastou o sobrestamento e julgou prejudicado o agravo regimental por decisão publicada no Diário da Justiça Eletrônico em 23/3/2011. Certifica, também, que o Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, por acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 2/5/2011. Certifica, ademais, que o Ministro Relator proferiu a seguinte decisão, publicada no Diário da Justiça Eletrônico em 23/4/2015: "(...) É o breve relatório. Decido. **Admito o recurso extraordinário interposto pela União, no qual se discute o art. 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da EC 1/94, porquanto esta regra constitucional teria autorizado a cobrança da contribuição para o PIS das***

*instituições financeiras, sendo que as ECs 10/96 e 17/97 teriam apontado o interprete a buscar o conceito de receita bruta operacional na Lei 4.595/64. Referida matéria é objeto do Tema 372 de Repercussão Geral, sob minha relatoria. Em relação ao RE interposto pelo MPF, constato a existência de óbice intransponível ao seu conhecimento. (...) Não pode, pois, o Ministério Público, alargar o objeto do recurso extraordinário interposto pela União, o qual não impugnou o acórdão no ponto em que discute a forma de recolhimento do COFINS, pois tal inovação implica usurpação de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional, órgão legítimo para advogar em favor da União e, principalmente, delimitar o alcance da controvérsia tributária deduzida em juízo. Isso posto, admito o recurso extraordinário interposto pela União e nego seguimento ao RE interposto pelo MPF. 2. Ante a regra de prevenção e a necessidade de julgamento definitivo do mérito do Tema 372, objeto de Repercussão Geral sob minha relatoria, com base do art. 325-A do RISTF, determino a substituição do RE interposto pelo MPF, pelo paradigma do RE 880.143/MG, também sob minha relatoria, que discute a exigibilidade do COFINS nas instituições financeiras. No mesmo sentido, sobre substituições do paradigma da repercussão geral, cito, entre outros: ARE 653.222/SP, RE 576.464/GO, RE 732.657/SP, RE 719.405/PR, RE 634.855/MA, todos de minha relatoria". [...] **Certifica, mais, que esta Secretaria atestou, nos autos, que até o dia 15/9/2015 não foi interposto recurso de qualquer espécie da decisão de 1/9/2015, asseverando, assim, o trânsito em julgado material do acórdão de fls. 1.247-1.253 no que tange à discussão da COFINS trazida no recurso extraordinário do Ministério Público Federal, e a manutenção do presente recurso apenas com relação à contribuição do PIS**. [...] Certifica, por fim, que o assunto tratado nos autos, constante do extrato informatizado, é: "DIREITO TRIBUTÁRIO. Contribuições. Contribuições Sociais. Cofins. DIREITO TRIBUTÁRIO. Contribuições. Contribuições Sociais. PIS. DIREITO TRIBUTÁRIO. Crédito Tributário. Base de Cálculo. DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. Entidades Administrativas / Administração Pública. Instituições Financeiras". [...]*

Inequívoca, portanto, a ocorrência do trânsito em julgado do mandado de segurança nº 2005.71.00.019507-0 com relação à COFINS. Além disso, o STF elegeu como representativo da repercussão geral da matéria, no que diz com a incidência da COFINS sobre as receitas financeiras de instituições financeiras, o RE nº 880.143, sendo relacionado o mesmo para julgamento conjunto com o RE 609.096 (tema 372 da repercussão geral).

Face o trânsito em julgado do mandado de segurança com relação à COFINS, há de ser extinto o respectivo auto de infração objeto deste processo administrativo, por sua manifesta inexigibilidade.

De outro lado, o lançamento de ofício para a exigência do PIS também não merece ser mantido em razão do provimento judicial favorável ao Contribuinte nos autos do mandado de segurança nº 2005.71.00.019507-0.

Tal assertiva vem calcada no fato de que a insurgência da União por meio de recurso extraordinário nos autos do processo judicial deu-se unicamente em relação ao artigo 72, inciso V, do ADCT, o qual não foi utilizado na fundamentação do acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, criando óbice intransponível ao seu prosseguimento. O pedido principal do mandado de segurança foi o afastamento da aplicação do art. 3º, §1º da Lei nº 9.718/98, objeto

de exame tanto na sentença quanto no acórdão, não havendo discussão acerca do art. 72, inciso V, do ADCT.

O Sujeito Passivo, para embasar seu pedido de extinção do processo administrativo também em relação ao PIS, trouxe aos autos parecer da ilustre Professora Ada Pellegrini Grinover, cujas conclusões vão transcritas em parte, passando a integrar este voto, *in verbis*:

[...]

No caso submetido à consulta, o recurso extraordinário interposto pela Fazenda Nacional trouxe como única alegação a suposta violação ao artigo 72, inciso V, do ADCT, tal como estabelecido pela Emenda Constitucional nº 1/94. Nesses termos e com tal delimitação é que se deu a admissibilidade do recurso, sendo que a decisão do Tribunal Federal Regional da 4ª Região foi expressa ao dizer que o referido dispositivo constitucional não exoneraria a Consulente do tributo (fls. 466). De outra parte, o recurso extraordinário não se fundou em ofensa à regra do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal.

A essa altura do processo, verifica-se que a controvérsia de direito debatida gira em torno de se estabelecer o conceito determinante da base de cálculo do PIS para as instituições financeiras; isto é, saber se as receitas financeiras das instituições financeiras se enquadrariam, ou não, no conceito de faturamento. Não se discute a incidência do referido tributo.

Nesse contexto, a aplicação dos postulados anteriormente examinados ao caso sob análise conduz a uma só conclusão: o recurso extraordinário interposto pela Fazenda Nacional é inadmissível, não pode ser conhecido e, portanto, não pode ser julgado pelo mérito.

*O primeiro dos óbices em que esbarra o recurso extraordinário é ter apontado como fundamento suposta violação a dispositivo constitucional que, contudo, não constou do acórdão recorrido. No caso sob consulta e particularmente quanto à questão que potencialmente teria remanescido, o fundamento do acórdão do Tribunal local para determinar que "as receitas financeiras não se enquadram no conceito de faturamento" (fls. 406), **não foi constitucional**; ou, para argumentar, quando menos **não foi o dispositivo invocado pela Fazenda** - o que, em qualquer uma das hipóteses, inviabiliza o conhecimento do recurso.*

[...]

Para assim concluir, o acórdão recorrido não invocou nem o artigo 72 do ADCT, tampouco o artigo 195, inc. I, da Constituição Federal. Muito embora tais dispositivos tenham sido mencionados no acórdão recorrido pelo Tribunal a quo, eles o foram apenas para fundamentar a exigibilidade do tributo sobre o faturamento. Mas, nessa parte, a fundamentação era - como efetivamente é - genérica e preparatória do exame específico do tema particular das instituições financeiras. Assim, especificamente em relação a tais entidades, os fundamentos utilizados pelo acórdão proferido pelo

Tribunal local cingiram-se à inovação da lista anexa à Lei Complementar nº 116 e ao art. 2º dessa última.

[...]

Mas, não fosse pela razão acima exposta, o recurso extraordinário interposto pela Fazenda de qualquer modo não poderia vingar porque a violação ao artigo 72 do ADCT não foi fundamento do acórdão recorrido para determinar a abrangência da base de cálculo do PIS para as instituições financeiras; donde não atendido o requisito do prequestionamento (súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal).

[...]

Em razão do trânsito em julgado do mandado de segurança com relação à Lei 9.718/98, o crédito tributário de PIS está extinto por manifesta inexigibilidade, não merecendo ser provido o recurso especial da Procuradoria da Fazenda Nacional também por esse fundamento. Nesse ponto, importa destacar que o art. 337, §4º da Lei nº 13.256, de 04 de fevereiro de 2016, que aprovou o Novo Código de Processo Civil, estabelece existir "*coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado*". No caso dos autos, havendo o trânsito em julgado na esfera judicial com relação à COFINS, há de ser observado o comando judicial para o PIS, além de ser aplicado o resultado proferido pelo Poder Judiciário ao presente processo administrativo fiscal, extinguindo-se a obrigação tributária em exigência.

Ainda, reforçando os argumentos aqui defendidos, tendo em vista que o Contribuinte tem ação judicial com trânsito em julgado afastando a Lei nº 9.718/98, determinando a observância do art. 2º da LC nº 70/91, bem como reconhecendo a incidência de PIS e COFINS tão somente sobre as receitas decorrentes de vendas, prestação de serviços ou de ambos, constituindo-se no seu faturamento, não há de se falar no recolhimento das contribuições sobre outras receitas, dentre elas a da venda de ações recebidas pelo Banco no processo da desmutualização.

Nos termos da LC nº 70/91, portanto, a base de cálculo das contribuições para o PIS e a COFINS é o faturamento da instituição financeira, equivalente à receita bruta da venda de mercadorias, da prestação de serviços ou da venda de mercadorias e serviços, não havendo qualquer referência à soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.

No caso dos autos, o valor exigido no auto de infração constitui-se nas contribuições para o PIS e a COFINS incidentes sobre receitas que não se enquadram no conceito de faturamento.

Referido entendimento foi assentado por esse Colegiado no julgamento do processo nº 15504.015967/2010-72, de Relatoria da Ilustre Conselheira Tatiana Midori Migiyama, com acórdão brilhantemente proferido com os seguintes fundamentos, que passam a integrar essa decisão, *in verbis*:

[...]

O STF vem adotando o conceito restritivo de prestação de serviços, tanto é que julgou inconstitucional a tributação, pelo ISS, da "locação de bens móveis". Para ser considerado "serviço", este deve preencher os requisitos do conceito jurídico, que é "obrigação de fazer" e, para ser tributável, costuma-se exigir o critério "preço".

O que, por óbvio, tem-se que a receita de prestação de serviços que configura o "faturamento" das Instituições Financeiras alcança as taxas, tarifas e comissões cobradas pela prestação de serviços bancários e de serviços de intermediação financeira de clientes.

A movimentação financeira decorrente de operações bancárias, e não de serviços bancários, não compõe o conceito de "faturamento" determinado pelo STF.

Frise-se tal entendimento a distinção entre "serviços bancários" e "operações bancárias" discutida pelo STF na ADIN 2.591 (aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos), que segue transcrita (Grifos meus):

“EMENTA: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVERPODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação

direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO. 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem

perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA. 9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa a chamada capacidade normativa de conjuntura no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade.

Decisão

Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta, vencido parcialmente o Senhor Ministro Carlos Velloso (Relator), no que foi acompanhado pelo Senhor Ministro Nelson Jobim. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Eros Grau. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Não participou da votação o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski por suceder ao Senhor Ministro Carlos Velloso, Relator do presente feito. Plenário, 07.06.2006”

Nos termos dessa decisão, o STF firmou entendimento que os serviços bancários são remunerados por taxas e tarifas, e, por conseguinte, há incidência de ISS. Tais receitas compõem, assim, o "faturamento" das instituições financeiras, enquanto as receitas financeiras decorrentes de operações bancárias (empréstimos, financiamentos, etc.) estão fora desse conceito, vez que não são decorrentes da prestação de serviço das instituições financeiras.

Ensina Marco Aurélio Greco que “Adotar a soma das receitas oriundas das atividades empresariais como critério para determinar a amplitude do conceito constitucional de faturamento implica generalização subjetiva (basta ser pessoa jurídica) que desconsidera o tipo de atividade e a natureza da relação jurídica subjacente que enseja a respectiva cobrança. Com isto, (a) extrapola o conceito pressuposto assumido pelo artigo 195, I, da CF/88; (b) desconsidera a expressa previsão do artigo 192, § 3º que afirma que a atividade financeira não gera faturamento; e (c) implica, de forma indireta, restaurar parte do § 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718 que foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.”

Nessa linha, o ilustre professor Tercio Sampaio Ferraz Jr traz que “A base de cálculo sobre a qual pode ser exigida a Cofins na vigência da Lei n. 9.718/98, à luz do decidido pelo Supremo Tribunal Federal, restringe-se apenas à receita oriunda efetivamente da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza”

E, em respeito à decisão transitada em julgado obtido pelo sujeito passivo, deve-se respeitar a garantia lá concedida – qual seja, de que a Cofins deve incidir somente sobre o faturamento.

Dessa forma, considerando que o faturamento decorre da prestação de serviço ou venda de mercadoria, vê-se claro que para a Instituição Financeira as receitas decorrentes dos serviços bancários somente abrangeria as taxas e comissões cobradas de seus clientes, e não as oriundas de operações financeiras.

[...]

Ademais, por serem as instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, devem observar, para fins contábeis o Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeira, não devendo considerar na apuração da base de cálculo o “spread” bancário que, por sua vez, se resume em ser a diferença entre o que o banco paga para captar numerário e o valor cobrado quando do empréstimo a quem o procura.

[...]

Proveitoso trazer ainda que somente até o advento da MP 627/13 – convertida na Lei 12.973/14, o PIS e Cofins tinha como base de cálculo o seu “faturamento” – assim entendido como a receita de prestação de serviço.

Eis que, com o advento da MP 627/13 convertida na Lei 12.973/14, houve extensão da base de cálculo do PIS e Cofins para as instituições financeiras:

“Art. 52. A Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º O faturamento a que se refere o art. 2º compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

[...]”

“Art. 2º O Decreto- Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

“Art. 12. A receita bruta compreende:

I o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II o preço da prestação de serviços em geral;

III o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

[...]”

Até a edição da referida MP e respectiva lei de conversão, a receita operacional não compreendia a base de cálculo das instituições financeiras e seguradoras, posto que, se assim não fosse, inócuo seria trazer expressamente a inclusão das “receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica, não compreendidos nos incisos I a III”.

Nessa linha, a exposição de motivos é clara ao expor a intenção do legislador – nos sentido de alterar efetivamente a base de cálculo das contribuições com o aperfeiçoamento da definição de receita bruta. Ora, o legislador foi transparente ao trazer que tal mudança “alterou” a base de cálculo daquelas contribuições, não dando caráter interpretativo.

Caso tal dispositivo tivesse caráter interpretativo, somente seria assim legitimado caso se limitasse a reproduzir o conteúdo normativo interpretado – sem modificar, estender ou limitar o seu alcance. O que, no caso, não ocorreu. O legislador, de fato, ALTEROU a base de cálculo das contribuições ampliando sua base – passando a tributar pelas contribuições as receitas operacionais auferidas pelas instituições financeiras.

Em vista do exposto, entendo que não há que se falar em se tributar pelo PIS e Cofins as receitas sob lide até o advento da Lei 12.973. Não obstante, atento ainda que, no presente caso, não há que se contrariar o Acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região na Ação Rescisória – invocando a tributação pela Cofins das receitas financeiras auferidas pela Instituição Financeira, eis que tal decisão garantiu a observância da LC 70/91 (base de cálculo = faturamento).

E, observando tal decisão de se apurar a Cofins sob a sistemática da LC 70/91, o sujeito passivo estaria isento da cobrança dessa contribuição, tal como conclui o próprio Parecer PGFN 2773/07 (Grifos meus):

“66. Em face dos argumentos acima expendidos, conclui-se que:

a) As instituições financeiras e as seguradoras estavam isentas da cobrança da COFINS anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 9.718, de 1998 (parágrafo único do art. 11 da Lei Complementar nº 70, de 1991),

[...]”

Ora, se possui decisão transitada em julgada para observar a LC 70/91, deve-se tratar a receita financeira como isenta dessa contribuição, sob pena de confrontar, dentre outros, a conclusão dada pelo próprio Parecer emitido pela PGFN.

[...]

Ademais, importante trazer que a questão da composição da base de cálculo do PIS e da Cofins, em relação às receitas financeiras de instituições financeiras, será definida pelo STF apenas quando do julgamento do Recurso Extraordinário 609.096, no qual se reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada naquele Recurso.

Não obstante, ainda que o Supremo alargue a base de cálculo do PIS e da COFINS para o conceito de receitas decorrentes da atividade empresarial, não haverá possibilidade jurídica de que tal decisão, em sede de repercussão

geral, tenha efeito ex tunc sobre as sentenças já transitadas em julgado que tenham por fundamento entendimento contrário e que o eventual novo entendimento do STF somente poderá ser aplicado a casos anteriormente julgados se a União ajuizar ação rescisória.

Nesse esteio, o Ministro Lewandowski no RE 609.096 trouxe:

“Com efeito, o tema apresenta relevância do ponto de vista jurídico, uma vez que a definição sobre o enquadramento das receitas financeiras das instituições financeiras no conceito de faturamento para fins de incidência da Cofins e da contribuição para o PIS norteará o julgamento de inúmeros processos similares, que tramitam e nos demais tribunais brasileiros. Ademais, a discussão também apresenta repercussão econômica porquanto a solução da questão em exame poderá ensejar relevante impacto financeiro no orçamento das referidas instituições, bem como no da Seguridade Social e no do PIS. Além disso, a matéria em debate guarda similitude submetido ao julgamento do Plenário desta Corte em 18/8/09, mas suspenso, na mesma data, em razão do pedido de vista do Min. Marco Aurélio.”

Em vista de todo o exposto, entendo, em síntese, que:

- O sujeito passivo possui decisão transitada em julgado, garantindo tributar as receitas pela Cofins pela regra preceituada na LC 70/91;*
- A LC 70/91 traz como base de cálculo da Cofins o faturamento;*
- O STF entendeu, quando da inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98, que faturamento é decorrente da prestação de serviço ou venda de mercadorias;*
- A Própria PGFN alertou em seu Parecer 2773/2007 que pelas regras da LC 70/91 as Instituições Financeiras eram isentas da Cofins em relação às receitas operacionais;*
- O que, por conseguinte, independentemente da discussão acerca do conceito de faturamento, com a interpretação dada pela PGFN e em respeito a coisa julgada, é de se afastar a tributação pela Cofins sobre a receita financeira auferida pelo sujeito passivo;*
- Não obstante à conclusão descrita no item anterior, tenho que somente com o advento da MP 627/13 convertida na Lei 12.973/14, houve efetivamente o alargamento da base de cálculo da Cofins, passando a abranger também as receitas operacionais, e não mais as receitas de prestação de serviço. Isso, considerando a própria intenção do legislador consignada na exposição de motivos daquela MP.*

Considerando todo o exposto, voto por dar provimento ao Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo.

[...]

Nacional. Diante do exposto, há de ser negado provimento ao recurso especial da Fazenda

É o voto.

(assinado digitalmente)

Vanessa Marini Cecconello

Voto Vencedor

Conselheiro Júlio César Alves Ramos, Redator Designado

Divergiu o colegiado do voto da dra. Vanessa com respeito, primeiro, à admissibilidade do recurso, que ela negou.

Entendemos, porém, que ele havia sido bem admitido, na medida em que não se tratava, como indicado no voto de "uma instituição financeira, não constando do seu objeto social a compra e venda dos referidos ativos, mas tão somente a '*administração de títulos e valores mobiliários*' (fl. 307 - Estatuto Social, art. 4º). É que esse mesmo art. 4º do estatuto da companhia traz muito mais do que apenas isso. Veja-se:

Art. 4º A Companhia tem por objetivo social a prática de operações ativas, passivas e acessórias, inerentes às respectivas Carteiras autorizadas (Comercial, de Investimento, de Crédito, Financiamento e Investimento, de Crédito Imobiliário e de Arrendamento Mercantil), bem como operações de Câmbio e de Administração de Carteiras de Títulos e Valores Mobiliários, além de quaisquer outras operações que venham a ser permitidas às sociedades da espécie, de acordo com as disposições legais e regulamentares, podendo participar do capital de outras sociedades, como sócia ou acionista.

Quando confrontamos bancos com carteira de investimento a corretoras, tive oportunidade de estudar a legislação do setor e concluí que os primeiros também têm autorização para comprar e vender, em nome próprio, títulos e valores mobiliários.

Com efeito, ações são valores mobiliários, segundo a definição da Lei 6.385/76. Já a Resolução CMN nº 2624/1999 autoriza os bancos de investimento a adquirir em nome próprio, títulos e valores mobiliários, sem exceção, de sorte que aí se incluem as ações. É o que expressamente consta do sítio do Banco Central do Brasil na internet⁵:

Os bancos de investimento são instituições financeiras privadas especializadas em operações de participação societária de caráter temporário, de financiamento da atividade produtiva para suprimento de capital fixo e de giro e de administração de

⁵ <https://www.bcb.gov.br/pre/composicao/bi.asp>

*recursos de terceiros. Devem ser constituídos sob a forma de sociedade anônima e adotar, obrigatoriamente, em sua denominação social, a expressão "Banco de Investimento". Não possuem contas correntes e captam recursos via depósitos a prazo, repasses de recursos externos, internos e venda de cotas de fundos de investimento por eles administrados. As principais operações ativas são financiamento de capital de giro e capital fixo, subscrição **ou aquisição de títulos e valores mobiliários**, depósitos interfinanceiros e repasses de empréstimos externos (Resolução CMN nº 2.624, de 1999).*

Na rede mundial de computadores⁶, inclusive, se encontra elucidativo artigo a respeito

Bancos de investimento são instituições financeiras constituídas sob a forma de sociedade anônima, cujo objetivo principal é a prática de operações de investimento, participação ou financiamento a prazos médios (superiores a um ano) e de longo prazo, para suprimento de capital fixo ou de movimento de empresas do setor privado, mediante a aplicação de recursos próprios e coleta, intermediação e aplicação de recursos de terceiros.

Em sua denominação deve, obrigatoriamente, constar a expressão "Banco de Investimento". Não podem captar recursos na forma de depósito à vista em contas correntes. A captação de recursos é feita principalmente por meio da emissão de CDB e RDB, de captação e repasse de recursos e de venda de cotas de fundos de investimentos. Os recursos captados são investidos em empréstimos e financiamentos específicos para aquisição de bens de capital pelas empresas ou para subscrição de ações e debêntures.

Além de terem sido criados para canalizar recursos de médio e longo prazos para suprimento de capital fixo ou de giro das empresas, os BI's não podem destinar seus recursos a empreendimentos mobiliários e têm limites para investimentos no setor estatal. Desta forma, orientam a aplicação de seus recursos repassados no fortalecimento do capital social das empresas, via subscrição ou aquisição de títulos; na ampliação da capacidade produtiva da economia, via expansão ou realocação de empreendimentos; no incentivo à melhoria da produtividade, por intermédio da reorganização, da racionalização e da modernização das empresas, estimulando fusões, cisões, incorporações (corporate finance), na promoção do desenvolvimento tecnológico, via treinamento ou assistência técnica.

Em síntese, as operações ativas que podem ser praticadas pelos bancos de investimento são:

⁶ <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/concursos/bancos-de-investimento-sistema-financeiro-nacional/46474>

a) Empréstimos a prazo mínimo de um ano para financiamentos de capital fixo ou capital de giro; b) Aquisição de ações, obrigações ou quaisquer outros títulos e valores mobiliários para investimento ou revenda no mercado de capitais (operações de underwriting); c) Repasses de empréstimos obtidos no País ou no exterior; d) Prestação de garantia de empréstimos no País ou provenientes do exterior.

Esse é o critério que temos exigido para que se comprove a divergência, que as instituições tratadas no recorrido e no paradigma tenham em seu estatuto social a autorização para comprar e vender, em nome próprio, ações. Conhecemos, pois, do recurso da Fazenda.

A relatora levanta ainda uma segunda objeção quanto ao conhecimento no sentido de que no paradigma apenas se enfrentou o tema sobre ações em que havia compromisso de venda posterior nos autos enquanto neste não haveria. Entendemos, entretanto, que isso é questão de mérito.

A segunda divergência, quanto ao mérito, tem a ver com a tributação pelas contribuições das operações atinentes ao processo de desmutualização.

A matéria não é nova e já foi tratada em brilhantes votos tanto no sentido preconizado pelos contribuintes como aceitando a tese da Fazenda Nacional. Peço vênias para transcrever na sequência, a íntegra de um deles Trata-se de declaração de voto proferida pelo douto Conselheiro Alexandre Kern que, a meu sentir, enfrenta todos os argumentos apresentados pelos sujeitos passivos para reverter as autuações. Com as necessárias homenagens, transcrevo:

Conselheiro Alexandre Kern

A controvérsia em discussão refere-se aos efeitos jurídico-tributários advindos do conjunto de operações societárias denominada “desmutualização” da Bovespa e da BM&F, especificamente quanto a incidência das contribuições sociais 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). A autoridade fiscal alega que os referidos direitos sobre as ações deveriam compor o “ativo circulante”, por obra do Ofício Circular nº 225/2007-DG, de 18/09/2007 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.

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 nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e que, portanto, 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 BACEN nº 1.655, de 26 de outubro de 1989). A forma de contabilização desses títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F estava prevista no capítulo 1, item 11, subitem 3, do Plano Contábil do Sistema Financeiro Nacional - Cosif, criado pela Circular BACEN nº 1.273, de 29 de dezembro de 1987, e a conta prevista para registro dos títulos patrimoniais de bolsas de valores e bolsas de mercadorias e futuros está classificada no Ativo Permanente - Investimentos, código Cosif 2.1.4.10.208.

No ano de 1997, houve a primeira operação de reestruturação da BOVESPA, pela qual foram criadas duas empresas distintas, a Clearing S.A. ("Clearing") - posteriormente denominada Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia ("CLBC") - e a Bovespa Serviços e Participações S.A. ("Bovespa Serviços"). A CLBC foi criada mediante cisão de parte do patrimônio da BOVESPA e ficou incumbida de atuar como câmara de compensação e custodiar ações e títulos. Por sua vez, a Bovespa Serviços, subsidiária integral da BOVESPA, ficou com as funções de dar suporte aos serviços de informática e telefonia da BOVESPA, portanto responsável por exercer atividades relacionadas com negociação, controle, fiscalização e difusão de informações.

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

A desmutualização da Bovespa e da BM&F transformou as estruturas societárias de ambas, que passaram de associações civis sem fins lucrativos para sociedades empresárias na forma de sociedades anônimas, com fins lucrativos. No caso da Bovespa, inclui-se também no processo a troca de ações da CLBC por ações da Bovespa Holding S/A. Em 28/08/2007, conforme Ofício Circular BACEN nº 225/2007, de 18 de setembro de 2007, o patrimônio da Bovespa era representado por títulos de valor unitário de R\$1.568.890,19, tendo como referência o valor apurado nas demonstrações financeiras (balanço patrimonial) da associação, efetuado naquela data (28/08/2007). Segundo referido ofício, cada título patrimonial da Bovespa passou a representar 706.762 ações da nova empresa Bovespa Holding S/A totalizando R\$1.568.803,71 pelo total de ações mais R\$86,46 de valor residual que deveriam ser registrados no Ativo Permanente da Bovespa Holding S/A. E cada lote de 25 ações de emissão da CLBC passaria a equivaler a 46.223 ações da Bovespa Holding S/A.

O valor unitário de cada ação da Bovespa Holding S/A passou a ser R\$2,23, em 28/08/2007. Na mesma data, houve a entrega de 706.762 ações da Bovespa Holding S/A como devolução de capital para os detentores de cada título patrimonial da antiga associação Bovespa.

Após a devolução de capital, houve a IPO no qual foram negociadas 288.066.125 ações da Bovespa Holding S/A, ao valor unitário de R\$23,00 por ação, alcançando o montante de R\$6.625.520.000,00. As despesas com a IPO foram custeadas pela Bovespa Holding S/A.

Em relação à BM&F, conforme Comunicado Externo 082/2007, de 19/09/2007, o patrimônio em 31/08/2007 era representado por:

- a) Membro de compensação: R\$4.961.610,00 por título, transformado em 4.961.610 ações da BM&F S/A;
- b) Corretora de mercadorias: R\$4.898.015,00 por título, transformado em 4.898.015 ações da BM&F S/A;
- c) Operador especial: R\$1.335.141,00 por título, transformado em 1.335.141 ações da BM&F;
- d) Sócio efetivo: R\$10.000,00 por título, transformado em 10.000 ações da BM&F S/A.

Em 01/10/2007 houve a entrega de ações da BM&F S/A como devolução de capital dos detentores dos títulos da antiga associação BM&F. Após a devolução de capital da BM&F, houve a IPO da BM&F S/A, no curso da qual foram negociadas 299.184.846 ações ao valor unitário de R\$20,00, alcançando o montante de R\$5.983.696.920,00⁷.

O argumento recursal fundamental é o de que a cisão seguida de incorporação levou à sucessão universal, transferindo-se os direitos e obrigações da cindida para a incorporadora, e de que não ocorreu dissolução de sociedades, nem devolução de capital, apenas a transferência do patrimônio da ex-associação para a nova sociedade, substituindo-se o investimento em títulos por ações.

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

⁷ Para um relato histórico minudente das operações societárias realizadas, ver "A Desmutualização das Bolsas de Valores e seus Efeitos Fiscais para IS/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).

As bolsas de valores, nos termos da Lei nº 6.385, de 1976, integram o sistema de distribuição de valores mobiliários. Voltam-se à realização do interesse geral do mercado. Conquanto pessoas jurídicas de direito privado, são órgãos auxiliares da CVM, para o desempenho de tarefas de serviço público, que a própria lei atribuiu à CVM, entre os quais se destaca o exercício do poder de polícia no mercado de capitais, não apenas no recinto do pregão durante a sua realização, mas também fora dele, fiscalizando as instituições financeiras associadas e exigindo esclarecimentos públicos às companhias abertas emissoras de títulos e valores mobiliários.

Não se pode deixar de levar em consideração que os expressivos patrimônios da BMF e da Bovespa foram constituídos com forte incentivo estatal e, por conseqüência, com utilização de recursos que foram extraídos de toda a sociedade. Durante décadas, para incentivo de uma atividade que não poderia buscar o lucro individual, mas o benefício de toda a sociedade (incentivo à capitalização das empresas), deixou-se de tributar o enriquecimento daqueles órgãos. Quando, por iniciativa de seus participantes decidem alterar seu funcionamento, seguindo tendência do mercado e não orientação estatal, não se mostra admissível que todo o recurso estatal (subtraído da sociedade) possa ser revertido em benefício de alguns poucos privilegiados, sem ao menos submeter-se à tributação, por sinal bastante módica.

As então associações sem fins lucrativos realizaram uma operação societária que entendo inadequada às associações, que foi a cisão parcial, no intuito de dar aparência de que não houve a dissolução e, por conseqüência, não teria havido a devolução de patrimônio aos associados, o que poderia evitar a tributação.

Os institutos da fusão, cisão e incorporação não são de utilização permitida pelas associações por força do disposto no artigo 1.113 e seguintes do Código Civil, cuja localização topográfica indica sua aplicação somente às sociedades empresárias (Livro II - Do Direito de Empresa; Título II - Da Sociedade; Subtítulo II - Da Sociedade Personificada; Capítulo X - Da Transformação, Da Incorporação, Da Fusão e Da Cisão das Sociedades).

Corroborando esse entendimento, ou seja, de aplicação daqueles institutos jurídicos somente às sociedades mercantis, a Instrução Normativa DNRC nº 88, de 2 de agosto de 2001⁸, que, em pleno vigor, dispõe sobre o arquivamento dos atos de transformação, incorporação, fusão e cisão de sociedades mercantis.

A referida IN assim dispõe:

“Art. 23. As operações de transformação, incorporação, fusão e cisão abrangem apenas as sociedades mercantis, não se aplicando às firmas mercantis individuais.”

⁸ Disponível em <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=75025>, acesso em 07/08/2014.

Admitir a utilização da denominada “cisão”, além de contrariar a legislação de regência, pois este instituto foi previsto para as sociedades com finalidades lucrativas, viria a frustrar totalmente o objetivo do arcabouço legal que rege as associações sem fins lucrativos de impedir que seu patrimônio, formado às custas de benefícios fiscais, recursos extraídos de toda a sociedade, pudessem ser transferidos a particulares de maneira gratuita, sem qualquer contraprestação àqueles que contribuíram para a sua formação, a sociedade brasileira.

Entendo que, no caso concreto, retirado o “véu” da cisão, o que fica transparente é a situação inicial, quando a recorrente pertencia a uma associação sem fins lucrativos, que gozava de vultuosos incentivos fiscais custeados pela sociedade e, logo após o processo de desmutualização, aparece como sócia de uma lucrativa sociedade com fins lucrativos e sua participação societária foi adquirida com os recursos oriundos daquela associação, via devolução de seu capital, capital esse formado com forte incentivo estatal. No momento em que são conferidas ações da Bovespa e da BM&F, em substituição aos antigos títulos patrimoniais, a recorrente já não ostenta mais a condição de “associada” à bolsa, até então entidade sem fins lucrativos, agora figura como sócia de empresas com finalidades lucrativas.

Sabidamente o legislador impede que as entidades constituídas como associação sem fins lucrativos venham a distribuir os “ganhos obtidos”, pelo menos em parte graças a benefícios concedidos pelo Estado aos seus associados, evitando o enriquecimento sem causa destes. Assim sendo, dissolvida a associação o destino do seu patrimônio deve ser aquele previsto no Código Civil não se podendo admitir destinação diversa.

O Código Civil, no art. 61, prescreve que, em caso de dissolução da associação o seu patrimônio remanescente será destinado à outra “entidade de fins não econômicos designada no estatuto”, ou, em caso de omissão estatutária, por deliberação dos associados o patrimônio deverá ser destinado à instituição municipal, estadual ou federal. O §1º possibilita, ainda, que por cláusula estatutária, ou no seu silêncio, por deliberação dos associados, antes da destinação do patrimônio como previsto no caput, seja restituída a parcela das contribuições que os associados tiverem prestado ao patrimônio da associação.

Não há como reverter o patrimônio de uma associação sem fins lucrativos a uma sociedade por ações. A conversão dos títulos patrimoniais de associação sem fins lucrativos para uma sociedade por ações, após a cisão das associações e incorporação da parcela cindida por sociedades anônimas de capital aberto, como pretende justificar a Recorrente, afronta despidoradamente o artigo 61 do Código Civil.

Também me parece certo que houve a devolução de capital pelas extintas bolsas à recorrente embora não devolvidos em espécie, mas utilizados na obtenção/subscrição de ações das novas sociedades (Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A). E esses

direitos recebidos foram utilizados para compor o capital das novas empresas. Este fato é evidente, muito embora todas as operações societárias tenham sido conduzidas para tentar contornar o negócio jurídico efetivamente ocorrido, estruturadas com a aparência de “cisão seguida de incorporação”. Entendo que, uma vez qualificada como associação, sua transformação para sociedade anônima, requer necessariamente a devolução do patrimônio aos seus respectivos sócios, na forma da lei civil, sob pena de macular os comandos legais da associação civil sem fins lucrativos, então concebida pela lei.

De outro lado, o artigo 1.113 do Código Civil não socorre a Recorrente, uma vez que se refere especificamente ao ato de transformação das sociedades (dentro do Livro II - Do Direito de Empresa; Título II - Da Sociedade: artigos 981/1.141), não se aplicando às associações sem fins lucrativos (tratadas nos artigos 53 a 61). Reforça este entendimento a distinção feita no artigo 44 do mesmo Código, ao relacionar (e, portanto, distinguir) as pessoas jurídicas de direito privado.

Também é relevante esclarecer que a citação do instituto da cisão no art. 2033 do Código Civil não tem o condão de permitir que esse instituto seja aplicado às associações, mas somente determinar que, caso aplicável a qualquer das pessoas jurídicas elencada no art. 44 que estejam no âmbito da permissão legal para tal instituto, deve se aplicar o Código Civil.

A concepção original delineada para as bolsas era de associação sem fins lucrativos, regida por normas do Direito Civil, de sorte que resta inaplicável a sua sucessão a forma da legislação comercial, próprio das sociedades mercantis, ex vi o tratamento distinto da associação e da sociedade, concebido em capítulos e normativas inteiramente distintas na legislação civil e tributária. Tanto que o Código Civil, em sintonia com a tradição legislativa secular dispôs separadamente seus preceitos legais, princípios, órgãos, e a sua própria dissolução, conforme se constata do Livro I do Código Civil que rege os preceitos das associações, ao passo que o Livro II rege a sociedade empresarial, consoante explicita a cabal distinção de uma e de outra.

Não se trata de desconsideração de negócio jurídico pelo fisco, mas sim de analisar quais os efeitos fiscais de cada negócio jurídico. Da mesma forma que em casos de certos “planejamentos tributários”, como casa-separa, incorporação às avessas e outros, quando o fisco não tem a necessidade de “desconstruir o negócio jurídico mas simplesmente analisar seu efeito fiscal, ou seja, é analisada a situação jurídica do contribuinte antes e depois do “negócio” e abstrai-se dos atos e fatos intermediários, que apenas buscam “benefício fiscal” indevido.

Esse entendimento está em linha com o que já decidiu o TRF-3ª Região, embora tratando da incidência do IRPJ e da CSLL.

Transcreve-se a ementa constante da Apelação Cível nº 000870605.2008.4.03.6100/ SP:

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

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

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

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

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

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

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

7. Não há como ignorar o fato de que houve, do ponto de vista jurídico, a devolução à impetrante dos valores que correspondiam aos títulos que ela detinha, ainda que estes

valores tenham sido inteiramente utilizados na aquisição de ações da nova sociedade.

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

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

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

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

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

13. Apelação improvida.

No mesmo sentido, os seguintes julgados do TRF3 ^a Região: Apelação Cível N.º 000812150.2008.4.03.6100/ SP; Apelação Cível N.º 000238466.2008.4.03.6100/ SP e Apelação Cível N.º 000852215.2009.4.03.6100/ SP.

Portanto, o que de fato ocorreu, ainda que outra tenha sido outra a denominação dada pela recorrente, foi a dissolução parcial das bolsas, com a respectiva restituição do seu patrimônio, tal como expresso no artigo 61, § 1.º, na forma de ações, a seus associados, e a constituição de duas novas sociedades: a BM&F S.A. e a Associação BM&F.

Interpretação diversa implicaria fraude a sucessão legal das associações, e burla ao Fisco.

Se os títulos patrimoniais eram necessários para que as corretoras pudessem exercer sua atividade de operar nas bolsas, o que impunha sua contabilização no Ativo Permanente em função do princípio da continuidade, o mesmo não acontece com as ações recebidas na desmutualização, que são valores mobiliários ordinários com características distintas dos títulos

patrimoniais, deixando de ser condição para operar nas bolsas a sua posse. Essas ações representam papéis negociáveis e justamente por isso puderam ser vendidas pela Recorrente.

As desmutualizações contemplavam a necessidade de que fossem promovidas ofertas públicas iniciais, destinadas à colocação das novas ações no mercado. Antes mesmo de receber as ações da Bovespa Holding S.A. e da Bolsa de Mercadorias & Futuros BM&F S.A., os então associados já tinham ciência de tal fato. Os compromissos formais de cada associado, no sentido de participar das IPOs, eram de caráter "irrevogável e irretratável", indicando o número de ações e/ou o percentual das ações a receber que seriam ofertados.

O Termo de Verificação Fiscal, fls. 20, dá conta de que, em decorrência de sua participação no processo de desmutualização da Bovespa, por meio da Procuração nº 151/07, de 27/09/2007, outorgou à Bovespa S/A a autorização para ofertar 8.723.798 ações ordinárias de sua emissão e da titularidade da recorrente. Na mesma data, subscreveu o "Instrumento Particular de Contrato e Outras Avenças", em cuja cláusula 2.1 ratifica sua intenção de alienar 8.723.798 ações, com compromisso de não alterar essa quantidade (TVF, fls. 21). Da mesma forma, em decorrência de sua participação na desmutualização da BM&F, a recorrente manifestou sua adesão à oferta pública secundária de ações ordinária de emissão da BM&F S.A., para vender 1.500.483 ações (TVF, fls. 25). Adicionalmente, por meio da "RE-ratificação do acordo de acionistas da BM&F S.A., concordou expressamente com a alteração do compromisso de venda de apenas 25% das ações, estabelecida em cláusula do Acordo de Acionistas, de modo a permitir a si e aos demais a alienação de parcela superior àquela originalmente estabelecida.

Em atendimento ao compromisso assumido, a Recorrente alienou 8.823.798 ações da Bovespa S.A., em 25/10/2007, e de 2.000.644 ações da BM&F, em 21/11/2007 e 30/11/2007, auferindo ganhos de capital da ordem de R\$ 181.201.662,47 e R\$ 33.000.122,62, respectivamente.

Fica evidente que, em decorrência da própria formatação das operações negociais efetuadas, a Recorrente obteve, com a desmutualização, ações de terceiros com a intenção (ou compromisso) de posterior alienação e que, efetivamente, como compromissado, vendeu as ações no mesmo exercício de sua aquisição (ano 2007). Enquanto direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente, tais ações recebidas deveriam ter sido classificadas no Ativo Circulante, na esteira, aliás, da orientação emanada do Parecer Normativo CST nº 108/78 e a doutrina mais abalizada.⁹

Assim, em atendimento ao artigo 179, inciso I, da Lei nº 6.404/1976 a Recorrente deveria ter contabilizado esses direitos

⁹ IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens; Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações. 6ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2006, pag. 147/148.

sobre as ações no Ativo Circulante, uma vez que em decorrência da modificação da natureza jurídica dos direitos possuídos, caracterizada pela devolução dos títulos patrimoniais e o recebimento das ações, o momento da criação das sociedades anônimas é que deve ser considerado como marco inicial para se averiguar a intenção de alienar aquele determinado ativo, com vistas a classificá-lo no Ativo Circulante ou no Ativo Permanente.

A recorrente atua como banco múltiplo, conforme o art.2º de seu Estatuto Social, possuindo como objeto social, entre outros, a operação de carteira de investimentos. Nesse contexto, a venda de ações constitui uma das receitas obtidas com operações usuais típicas de uma instituição bancária que opera com carteira de investimentos, constituindo o seu faturamento. A receita da venda de ações é reconhecida como operacional pelo próprio Cosif (conta 7.1.5.20.00-3 Rendas de Títulos de Renda Variável, do grupo 7.1 – Receitas Operacionais), que estabelece também 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, são classificadas como operacionais.

Desse modo, as receitas auferidas pela alienação das ações da BM&F S.A e Bovespa Holding S.A. de sua titularidade (venda de ações de terceiros que deveriam estar escrituradas no ativo circulante), decorrentes de atividade típica da Recorrente (subscrever, comprar e vender ações) 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, de 1998, como pelo fato de comporem a receita bruta operacional das instituições financeiras, nos termos dos parágrafos 5º e 6º do artigo 3º dessa Lei.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

A elas apenas ousou acrescentar que, a meu sentir, a necessidade de definir a correspondente classificação contábil do ativo no **momento da entrada no patrimônio da entidade** não está atrelada a que tal entrada se dê "por aquisição" em sentido estrito. Não ignoro que essa é a expressão que consta dos atos normativos que a pretenderam disciplinar, mas tampouco olvido que tais atos foram editados tendo em conta operações típicas, certo que é pela aquisição que os ativos **tipicamente** ingressam no patrimônio de alguém. Mas, desnecessário até dizer, tipicidade é tudo o de que não tratamos no que tange à desmutualização.

Com efeito, por meio dela, ao fim e ao cabo, títulos patrimoniais de entidades sem fins lucrativos que sequer podiam ser negociados e que, portanto, só eram mantidos por obrigação legal, "passaram a ser" um ativo totalmente diverso, a começar pela possibilidade de venda - e por valor expressivamente superior ao do seu custo - e que não tinha de ser mantido para que a instituição pudesse continuar operando no mercado.

Ou seja, para mim, é totalmente despicienda - no que tange ao PIS e à COFINS - a discussão sobre a aplicação ou não da regra do art. 61 do Código Civil e, conseqüentemente, se a pretendida cisão seguida de incorporação poderia ter sido praticada.

O que importa é que há um novo título que está sendo integrado ao patrimônio e ele não "herda" necessariamente a classificação contábil que se aplicava ao seu antecessor. Isso apenas de dá se dele não diferir essencialmente, que é a regra numa cisão "normal" ou típica.

Ademais, o Parecer Cosit nº 3/80, frequentemente citado pelos contribuintes, não trata de mudança de ativo, mas apenas da venda de um ativo que estava classificado (corretamente) no permanente. Aplicar-se-ia se estivéssemos cogitando da venda dos próprios títulos patrimoniais originais, o que, como se sabe, não é, nem poderia ser, o caso.

De todo modo, como demonstra o dr. Alexandre, essa questão parece resolvida no âmbito do Judiciário.

Essas considerações nos têm levado a dar provimento a recursos semelhantes apresentados pela Fazenda Nacional contra decisões que se limitem a considerar que as ações devem ser classificadas no ativo permanente, não havendo questionamento outro.

No presente caso, foi nessa linha o voto vencedor; entretanto, há outro questionamento, aliás, por ela reconhecido, nos seguintes termos:

(ii) Da Ação Judicial

Necessário observar que a fiscalização fundamenta a autuação no entendimento de que a receita auferida refere-se à receita operacional da Recorrente, tributável, portanto, nos termos da Lei n.º 9.718/98, no sentido de que a discussão acerca da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo não se aplica no caso em apreço, porque a tributação incidiu sobre o faturamento.

Tal consideração demonstra-se relevante em virtude de, à época dos fatos, a Recorrente possuir ação judicial com decisão favorável à inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e Cofins, trazida no artigo 3.º da mencionada legislação.

De acordo com a argumentação apresentada resta claro meu entendimento no sentido de que as ações alienadas não são produto, mas investimento próprio, constante do ativo permanente. Em virtude deste fato, entendo ser irrelevante a análise dos efeitos da decisão judicial que trata dos contornos do conceito de faturamento e atividade operacional da Recorrente.

Ante o exposto, conheço do recurso apresentado para o fim de DAR-LHE PROVIMENTO, reformando assim a decisão de primeira instância administrativa.

Ou seja, ainda que reconheça a "relevância" da matéria, a redatora da decisão nada afirmou quanto a ela, considerando, simplesmente, improcedente a autuação pelo aspecto da contabilização no permanente.

Diante disso, decidi o colegiado dar parcial provimento ao recurso da Fazenda Nacional para, definido que elas se classificam mesmo no circulante, que os autos retornem à instância recorrida para enfrentar o tema relativo às ações judiciais, inclusive no que tange à necessidade e existência de compromisso prévio.

Esse o acórdão que me coube redigir.

Conselheiro Júlio César Alves Ramos

Declaração de Voto

Conselheira Tatiana Midori Migiyama

Primeiramente, importante trazer que manifesto minha concordância ao irretocável voto da nobre relatora Vanessa Marini Ceconello. Não obstante, com o intuito de clarificar meu entendimento, teço algumas considerações.

Depreendendo-se da análise dos autos do processo, **no que tange à divergência quanto à classificação das ações de sociedade anônima recebidas em substituição de quotas patrimoniais de uma entidade associativa sem fins lucrativos, via operação de cisão, seguida de sucessão por incorporação**, entendo que o registro das referidas ações deve-se dar em conta do Ativo Permanente.

Nessa operação, vê-se que a Bovespa Associação, através da cisão, verteu parte de seu patrimônio para a Bovespa Serviços e Participações S.A e a Bovespa Holding S.A.

A operação de cisão de entidades sem fins lucrativos encontra-se resguardada nos arts. 44, inciso I e 2.033 do CC/2002, *in verbis* (*Grifos meus*):

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

I - as associações;

[...]”

*“Art. 2.033. Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das **peças jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código.**”*

Ao analisar o art. 44 do Código Civil, tem-se que no rol das peças jurídicas de direito privado ali previsto encontram-se as associações.

Vê-se claro, portanto, que as associações podem ser objeto de transformação, incorporação, cisão ou fusão.

Por decorrência da cisão, a parte cindida dos títulos patrimoniais foi somente substituída por ações da Bovespa Serviços e da Bovespa Holding. E, com efeito, posteriormente à essa etapa, a Bovespa Holding incorporou a totalidade das ações da Bovespa Serviços e como consequência, os titulares das ações da Bovespa Serviços tiveram suas ações trocadas por ações da Bovespa Holding.

Essa **substituição** das ações considerou o valor patrimonial contábil por ação da Bovespa Holding e da Bovespa Serviços – com data base de junho de 2007.

Lembro que o mesmo procedimento foi adotado no caso da BM&F – onde o patrimônio foi absorvido pela Bolsa de Mercadorias & Futuros – BM&F S.A.

Dessa forma, é de hialina clareza que os títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F dos associados foram somente substituídos por ações da Bovespa Holding S.A e da BM&F S.A.

Eis que nessa operação há apenas a “troca” dos ativos – em devolução e dissolução patrimonial, e não “aquisição” das referidas ações que demandem nova reclassificação contábil.

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

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

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

Nota-se que, em respeito aos Princípios que norteiam a Ciência Contábil, o detentor dos títulos quando da classificação contábil desses ativos manifestou a pretensão de permanecer com esse investimento em seu patrimônio por mais de 12 meses – sem expectativa de vendê-los a curto prazo. O que alterar a classificação contábil das ações recebidas em troca dos títulos demonstraria afronta à esses princípios.

No ativo circulante somente são registrados ativos de liquidez imediata. Ou seja, somente aqueles ativos que estejam destinados à venda com sentido de operação mercantil. O que se distancia do presente caso – já que a detentora dos títulos manteve esse ativo por mais de 12 meses em seu patrimônio, tendo manifestado sua pretensão de permanecer com esse ativo no momento do registro contábil.

Na substituição de um ativo (títulos patrimoniais ou ações) por decorrência de cisão seguida de incorporação, vê-se que os detentores/investidores se mantêm inertes frente a essa reorganização societária – efetuando somente a troca dos ativos em seu patrimônio.

Tal troca não resulta em nova classificação contábil, visto que a pretensão do investidor não se alterou com a substituição do ativo. Eis que nem motivação demonstrou quando da efetivação da reorganização societária.

Nova classificação contábil de ativos ocorreria somente quando ocorrer motivação por parte do futuro adquirente, pois é nesse momento que deverá expressar sua pretensão de manter o ativo adquirido por mais de 12 meses ou vendê-lo em curto prazo.

Tanto é assim, que o investidor que sofre a troca dos ativos não se obriga a informar o custodiante sobre a “nova aquisição”. A troca ocorre diretamente pelo custodiante sem motivação do investidor.

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

Dessa forma, as ações recebidas por decorrência dessa operação devem ser registradas em contas do ativo permanente, em respeito à pretensão manifestada pelo detentor dos títulos patrimoniais à época de sua aquisição. O que, por conseguinte, entendo que eventuais receitas advindas dessa transação poderiam ser excluídas da base de cálculo do PIS e Cofins, nos termos do art. 3º, § 2º, inciso IV, da Lei 9.718/98.

Para melhor elucidar meu entendimento, trago parte da Declaração de Voto de meu ilustre colega Gilberto de Castro Moreira Junior proferido em Acórdão 3202-000.777 (Grifos meus):

“[...]”

A fiscalização, referendada pela DRJ, entendeu que: (i) as ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A não se confundiriam com os títulos patrimoniais das Associações Bovespa e BM&F anteriormente registrados no ativo permanente; (ii) a desmutualização teria consistido na devolução do patrimônio investido nas associações civis e posterior subscrição de ações das sociedades anônimas; e (iii) no momento em que os títulos detidos pela Recorrente foram transformados em ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A, estas representariam direitos novos e deveriam ser classificados no ativo circulante.

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

A respeito do tema já escrevi que:

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

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

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

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

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

[...]

Com o novo Código Civil (arts. 1.113 a 1.115), as demais sociedades passam a contar com uma regulação própria, semelhante à da sociedade anônima." (11)

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

"A doutrina e a jurisprudência são, atualmente, pacíficas no sentido de que não há constituição de nova sociedade, seja na transformação simples, seja na constitutiva, mas tão somente alteração da forma adotada anteriormente.

Essa tendência é expressa no artigo ora comentado, que não faz, com efeito, qualquer distinção entre transformação simples e constitutiva, que em ambos os casos implicam sempre a permanência da mesma pessoa jurídica. Nesse sentido, Cunha Peixoto entende tratar-se de simples modificação contratual.

E Bulgarelli lembra que 'a doutrina brasileira mais atual propende, considerando a transformação como mera alteração contratual, em reconhecer a continuidade da sociedade que se modificou, mantendo a mesma personalidade jurídica adquirida'.

Nesse sentido o acórdão na Apelação Civil n. 101.1422 (TJSP, 2461985), em votação unânime: '(...) Prevalece, contudo, o entendimento de que a transformação, prescindindo da dissolução e liquidação da sociedade que vai se transformar, não faz surgir nova sociedade, não se havendo falar em sucessão. É a antiga sociedade mantendo a mesma personalidade jurídica, porém com outras vestes." (12)

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

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

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

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

"... As sociedades comerciais podem sofrer várias metamorfoses, a saber:

a) transformação strictu sensu em que a sociedade passa de um tipo a outro (L. 6.404/76, Art. 220);

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

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

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

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

É de se concluir, portanto, que a transformação de sociedade não implica na sua extinção, dissolução ou liquidação. A sociedade transformada representa a

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

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

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

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

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

Houve, a meu ver, a mera substituição dos títulos patrimoniais por ações, decorrentes da operação societária de cisão e posterior incorporação da parcela do patrimônio cindido das Associações Bovespa e BM&F pela Bovespa Holding S/A e pela BM&F S/A.

Tais :

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I as associações;

II as sociedades;

III as fundações.

IV as organizações religiosas;

V os partidos políticos.

VI as empresas individuais de responsabilidade limitada.

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

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

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

[...]

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

Nesse sentido, inclusive destaco os acórdãos 3404001.734 e 3403001.757 proferidos pela 3ª Turma, da 4ª Câmara, da 3ª Seção do CARF, de relatoria do Conselheiro Ivan Allegretti, senão vejamos:

INCIDÊNCIA. ALIENAÇÃO DE AÇÕES. PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA.

ATIVO PERMANENTE. SISTEMÁTICA DA LEI 9.718/98.

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

Recurso Provido. (Acórdão 3404001.734)

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

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

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

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

Recurso provido. (Acórdão 3403001.757)

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

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

Parecer Normativo CST 108/78

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

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

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

Parecer Normativo CST 3/80

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

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

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

Quando analisamos a movimentação subsequente desses ativos e identificamos uma situação de alienação de ações em curto prazo, a primeira interpretação é a de que a classificação contábil não estava adequada.

Porém essa interpretação, baseada unicamente no momento das alienações, deve ser considerada com certa restrição; afinal, a decisão de venda de um ativo pode surgir a partir de eventos isolados, e que nem sempre não previsíveis.

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

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

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

[...]”

Na mesma linha, transcrevo parte do voto do ilustre Conselheiro Antonio Carlos Atulim exarado no acórdão 3403-003-447:

[...]

A questão posta para deslinde por parte deste colegiado não é nova. Trata-se mais uma vez de 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 e da Bolsa Mercantil e de Futuros em sociedades por ações.

É incontroverso que o contribuinte ora autuado é sucessor de instituição financeira que possuía nas contas do Ativo Permanente/Investimentos ações da CBLC e título patrimonial da BM&F.

Com a transformação societária da antiga BM&F na sociedade por ações BM&F S/A e na incorporação da CBLC pela BOVESPA HOLDING,

ocorridas em 2007, o contribuinte recebeu 3.882.732 de ações da BOVESPA HOLDING em conversão das antigas ações da CBLC e 4.981.610 de ações da BM&F S/A em conversão do título da antiga BM&F.

Também é incontroverso que o título social e as ações, então existentes no Ativo Permanente/Investimentos do Banco, foram convertidos em quantidade de ações monetariamente equivalente à participação do Banco em cada uma das antigas sociedades.

São pontos controversos nos autos (i) se houve ou não devolução de capital com aquisição de um novo patrimônio no momento da desmutualização e (ii) se havia ou não intenção do Banco vender as ações recebidas em conversão. A intenção ou não de venda seria determinante para classificar os ativos no circulante ou no permanente.

Basicamente a fiscalização e a decisão de primeira instância entenderam que as ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A recebidas pelo Banco, em razão da desmutualização, constituíam um outro ativo diferente do título patrimonial da antiga BM&F e das ações da antiga CBLC.

Assim, o momento do recebimento desse novo ativo seria aquele em que se deveria averiguar a intenção (ou não) de a pessoa jurídica o alienar, classificando-o em conta do circulante ou do permanente.

No caso, entendeu a DRJ que como a intenção do contribuinte era a de vender as ações, elas deveriam ter sido classificadas no 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, tratar-se-ia de receita operacional passível de inclusão nas bases de cálculo do PIS e da COFINS.

Embora não tenha sido explicitamente citado, o entendimento da fiscalização e da DRJ está calcado no art. 61 do Código Civil, que determina a devolução de patrimônio aos sócios quando da dissolução das associações.

Ora, o art. 61 do Código Civil é inaplicável ao caso concreto, pois a CBLC e a BM&F não foram dissolvidas e nem tiveram seus patrimônios devolvidos aos seus antigos sócios.

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.

Não tendo ocorrido a dissolução das antigas entidades, não há como sustentar as premissas adotadas pela DRJ, no sentido de que houve devolução de patrimônio e, assim, que as ações recebidas constituem um ativo novo e diferente dos títulos patrimoniais até então existentes.

O que de fato ocorreu foi a troca dos antigos títulos patrimoniais das associações civis pelas ações das novas companhias, como resultado das operações societárias de cisão seguida de incorporação sofridas pela antiga Bovespa, pela antiga BM&F e pela CBLC. Os antigos títulos patrimoniais e as ações da CBLC foram sucedidos por ações das novas entidades que surgiram no processo. Essas novas ações foram emitidas em quantidades que possuíam valor monetário equivalente aos dos títulos substituídos.

Tanto os antigos títulos patrimoniais, quanto as ações em que foram transformados, são papéis representativos de frações do mesmo patrimônio. Assim, mostra-se temerária a premissa de que as ações emitidas constituem um ativo diferente dos antigos títulos patrimoniais.

Se as ações são representativas do mesmo patrimônio que era representado pelos títulos patrimoniais (e pelas ações da CBLC) que estavam no permanente, então é evidente que não houve aquisição de novo ativo no momento da desmutualização, não havendo que se cogitar da intenção do contribuinte neste momento para obriga-lo a fazer a reclassificação para o ativo circulante. E ainda que essa reclassificação tivesse sido feita, tal fato não retiraria das ações a condição de ser um investimento, ou seja, uma participação do Banco no patrimônio de terceiros.

Não se olvide que nos longínquos tempos em que os contribuintes estavam obrigados à correção monetária das demonstrações financeiras, a própria Receita Federal vedava a reclassificação de bens do ativo permanente para o ativo circulante a pretexto de serem alienados (Parecer Normativo CST nº 3/801).

Desse modo, como houve uma continuidade, ou seja, os antigos títulos classificados no permanente/investimentos foram sucedidos pelas ações alienadas, o faturamento decorrente dessa alienação se enquadra como venda de um investimento I (...) 8. Em face do exposto, impõe-se a conclusão lógica de que a simples pretensão da pessoa jurídica no sentido de alienar bens destinados à utilização na exploração do objeto social ou na manutenção das atividades da empresa não autoriza, para os efeitos da legislação do imposto de renda, a exclusão dos elementos correspondentes registrados em contas do ativo permanente, devendo a cifra respectiva continuar integrando aquele agrupamento até a alienação, baixa ou liquidação do bem classificado no ativo permanente e está expressamente excluído da incidência das contribuições, por força do art. 3º, § 2º, inciso IV, da Lei nº 9.718/98.

E isto é assim, por força do art. 418 do RIR/99 (art. 31 do DL nº 1.598/77) que trata o resultado da venda de bens do ativo permanente como ganho ou perda de capital, ou seja, como resultado não operacional.

Tributar a venda dessas ações por meio do PIS e da COFINS seria o mesmo que obrigar uma montadora de veículos a tributar a venda dos veículos pertencentes a sua frota.

Ou então obrigar uma construtora a tributar a eventual venda do edifício que constitui sua sede própria.

Considerando que a aferição da natureza não operacional dessas receitas se constitui em verdadeiro antecedente lógico para sua exclusão das bases de cálculo, resta evidente que o desfecho ação judicial 2006.03.00.1059671 não tem nenhuma influência sobre este processo.

[...]"

Dessa forma, é de se concluir que os títulos da Bovespa e da BM&F que eram de propriedade da sociedade tinham a mesma característica de bens do ativo permanente e que as ações recebidas por sucessão universal decorrente da cisão seguida de incorporação deveriam ser registradas em seu ativo permanente. O que, por

consequente, torna-se claro que a receita de alienação dessas ações não são passíveis de tributação pelo PIS e Cofins, nos termos do art. 3º, inciso IV, da Lei 9.718/98.

Não obstante a tudo isso, proveitosa a seguinte reflexão. Ainda que se considere equivocadamente as ações como fruto de aquisição pura motivada pelo sujeito passivo e que, portanto, não seria passível de registro em ativo permanente, importante refletir também sobre as regras impostas pela nova contabilidade, independentemente de à época ser plenamente considerada o registro contábil das ações recebidas em troca em ativo permanente

Para tanto, invoca-se o Pronunciamento técnico CPC 30 – que contempla em seus itens 7 e 12:

“Item 7. Receita é o ingresso bruto de benefícios econômicos durante o período observado no curso das atividades ordinárias da entidade que resultam no aumento do seu patrimônio líquido, exceto os aumentos de patrimônio líquido relacionados às contribuições dos proprietários.

[...]

Item 12. Quando bens ou serviços forem objeto de troca ou permuta, que sejam de natureza e valor similares, a troca não é vista como uma transação que gera receita. [...] Por outro lado, quando os bens são vendidos ou os serviços são prestados em troca de bens ou serviço não similares, tais trocas são vistas como operações que geram receita”

Continuando, o Pronunciamento Conceitual Básico (R1) descreve no item 4.29 que “a definição de receita abrange tanto as receitas propriamente ditas quanto aos ganhos. A receita surge no curso das atividades usuais da entidade e é designada por uma variedade de nomes tais como vendas, honorários, juros, dividendos, royalties, alugueis.” Já os “ganhos representam outros itens que se enquadram na definição de receita e que podem ou não surgir no curso das atividades usuais da entidade”.

Tal Pronunciamento ainda traz em seu item 4.31 que “ganhos, incluem, por exemplo, aqueles que resultam da venda de ativos não circulantes”.

Ademais, de acordo com o Pronunciamento Técnico CPC 16, “estoques são ativos: (a) mantidos para venda no curso normal dos negócios.”

E, nos termos do CPC 31, a destinação de um ativo não circulante (ativo permanente) para venda não o classifica como ativo circulante (estoque), devendo ser classificado como ativo não circulante destinado a venda, especialmente à luz do quanto disposto em seu Apêndice A – Definições de termos:

“Ativo Circulante é um ativo que satisfaz a qualquer dos seguintes critérios:

(a) Espera-se que seja realizado, ou pretende-se que seja vendido ou consumido no curso normal do ciclo operacional da entidade;

(b) Mantido essencialmente com o propósito de ser negociado

Ativo não circulante é um ativo que não satisfaz à definição de ativo circulante.”

Nesta senda, vê-se que os ativos adquiridos destinados à comercialização nas operações usuais da empresa devem ser registrados no ativo circulante em conta de estoque e o produto de sua venda é classificado como receita propriamente dita.

Enquanto, ativos que não comportem a sua classificação em estoque e sejam reconhecidos no ativo não circulante, quando de sua alienação podem gerar ganhos, mas que não se enquadram no conceito de receita, uma vez que não se trata de atividade usualmente praticada pela entidade.

O que resta concluir que as ações recebidas em substituição aos títulos patrimoniais ostentam a mesma natureza, bens do ativo permanente – ou seja, ativo não circulante, na nova linguagem contábil, não se sujeitando quando se sua alienação ao PIS e Cofins.

Mais ainda, caso se “ignore o Código Civil” e desconsidere equivocadamente o correto registro contábil – registrando em contas do ativo circulante, proveitoso trazer, a título de “amor ao debate técnico”, que as receitas geradas na venda dessas ações ainda assim não seriam passíveis de tributação pelas contribuições – eis que não devem ser consideradas como sendo decorrentes de suas atividades próprias.

Frise-se meu entendimento o voto constante do acórdão 9303-004.138, que trouxe argumentos para se afastar a receita financeira da incidência da base de cálculo do PIS e da Cofins das Instituições Financeiras.

O que resta afastar a pretensão de considerar que a receita auferida pela venda dessas ações objeto de substituição seriam enquadradas como receitas de suas atividades – para fins de se tributá-las pelo PIS e Cofins.

Sendo assim, torna-se impossível tributar a receita da venda das r. ações, independentemente até mesmo de seu registro contábil, pelas contribuições ao PIS e Cofins.

No que tange à ação judicial, resta claro, sendo inquestionável no âmbito administrativo, a ocorrência do trânsito em julgado do mandado de segurança com relação à Cofins, visto a inércia da Fazenda Nacional de se propor recurso extraordinário contra decisão favorável obtida pelo sujeito passivo.

O que, por conseguinte, assegurou definitivamente ao sujeito passivo sujeitar-se a incidência do PIS e da Cofins, considerando como base de cálculo o “faturamento” – assim entendido o produto exclusivamente da venda de mercadorias, da prestação de serviços ou da combinação de ambas, tal como definido pela LC 70/91.

É de se considerar que houve várias tentativas de se adequar o “lapso” da Fazenda Nacional com, inclusive, interposição de recursos extraordinário e especial por parte ilegítima – Ministério Público Federal. O que, em análise de admissibilidade, foi negado seguimento dos recursos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Inegável assim que efetivamente ocorreu o trânsito em julgado da demanda com relação à COFINS em favor da Contribuinte – tal como atestou o Supremo Tribunal Federal por meio da Certidão de Objeto e Pé acostada ao presente processo administrativo, ainda que haja recurso extraordinário da Fazenda Nacional interposto nos autos do mandado de segurança exclusivamente sobre a cobrança de PIS sobre a receita bruta das instituições financeiras.

Quanto ao PIS, considerando o sujeito passivo ter obtido decisão favorável nos autos do mandado de segurança, decisão transitada em julgado em relação a Lei 9.718/98 quando se refere à Cofins, há que se afastar tal exigência imputada por esse lançamento.

Eis o que revela o art. 337, § 4º, da Lei 13.105/15 (correspondente ao antigo, art. 301, § 3º, do CPC/73). Tal dispositivo traz que há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado.

Ora, sendo inquestionável que o recurso tratando da incidência do PIS trata de idêntica matéria - inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98, causa de pedir, pedido e partes, da ação da Cofins que, por sua vez, teve no seu deslinde decisão favorável transitada em julgado, **é de se invocar a inteligência do art. 337, §§ 2º e 4º da Lei 13.105/15, para se entender que há coisa julgada para o PIS também.**

Impossível ainda discutir a validade da certificação de decisão transitada em julgada emitida pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de afrontarmos o Tribunal Superior e solaparmos aquilo que a Carta Magna confere força de imodificabilidade. Eis o que traz o art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

[...]”

Ou seja, impossível invocar argumentos “jurídicos” para se afastar a aplicação da “coisa julgada” à Cofins e ao PIS.

Recorda-se que a “coisa” julgada tem razão de ser, visto que conceitua o que definitivamente se julgou.

A “coisa” julgada na decisão favorável “transitada em julgado” na discussão que versava sobre a Cofins, tratava especificamente da inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98. Sendo a mesma “coisa” questionada em recurso do PIS, é de se respeitar o regramento do CPC e entender que a “coisa” restaria definitivamente “julgada” também em relação ao PIS.

Ademais, em respeito à Constituição Federal, não há como essa julgadora ignorar a “coisa julgada”, eis que nem mesmo a lei poderá prejudicá-la, conforme art. 5º, inciso XXXV, quiçá essa conselheira. Ademais, a coisa julgada tem força de lei, nas questões decididas – revestindo-se de imutabilidade material.

Sendo assim, com essas considerações, exponho meu entendimento, em respeito à “coisa julgada”, por negar provimento ao recurso interposto pela Fazenda Nacional.

E, caso se ignore a “coisa julgada”, entendo que a receita da alienação das ações objeto de substituição dos títulos patrimoniais, por decorrência da reorganização societária em questão, não devem ser consideradas como receita tributável para fins de PIS e Cofins, em respeito à declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98 dada pelo STF, eis que não compõe a receita bruta das instituições financeiras – vez não ser decorrente da prestação de serviço, tampouco de venda de mercadorias (o que traz vinculação a atos de mercancia, o que definitivamente não é o caso). O que, por conseguinte, é de se trazer que somente são receitas decorrentes de prestação de serviço as taxas e as comissões cobradas pelas Instituições Financeiras quando do fornecimento de serviços financeiros autorizados pelo Banco Central.

Em vista de todo o exposto, voto por negar provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

É como voto.

Tatiana Midori Migiyama

Processo nº 16327.720306/2010-13
Acórdão n.º **9303-004.556**

CSRF-T3
Fl. 4.397
