



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

Processo n° 16327.720618/2012-99
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3302-003.238 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de junho de 2016
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - PIS/COFINS
Recorrente INTERBOLSA DO BRASIL CORRETORA DE CÂMBIO, TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

BOLSA DE VALORES. BOLSA DE MERCADORIAS E FUTUROS. PROCESSO DE DESMUTUALIZAÇÃO. CONVERSÃO DE TÍTULOS PATRIMONIAIS EM AÇÕES. NEGOCIAÇÃO. CURTO OU MÉDIO PRAZO. INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO.

As disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente devem ser contabilizados no Ativo Circulante. Caracterizada a intenção prévia de negociar em prazo exíguo as ações recebidas em decorrência do processo de desmutualização das Bolsas e, após, a efetiva consumação do negócio, não se cogita da hipótese de exclusão da base de cálculo prevista no inciso IV do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/98. Há incidência da Contribuição sobre o valor da receita obtida na transação.

BASE DE CÁLCULO. ALARGAMENTO. LEI 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO STF. REPERCUSSÃO GERAL.

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecidas como de repercussão geral, sistemática prevista no artigo 543-B do Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas no julgamento do recurso apresentado pelo contribuinte. Artigo 62, § 2º, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Declarados inconstitucional o § 1º e constitucional o caput do artigo 3º da Lei 9.718/98, integra a base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS todo o faturamento mensal, representado pela receita bruta advinda das atividades operacionais típicas da pessoa jurídica.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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

BOLSA DE VALORES. BOLSA DE MERCADORIAS E FUTUROS. PROCESSO DE DESMUTUALIZAÇÃO. CONVERSÃO DE TÍTULOS PATRIMONIAIS EM AÇÕES. NEGOCIAÇÃO. CURTO OU MÉDIO PRAZO. INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO.

As disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente devem ser contabilizados no Ativo Circulante. Caracterizada a intenção prévia de negociar em prazo exíguo as ações recebidas em decorrência do processo de desmutualização das Bolsas e, após, a efetiva consumação do negócio, não se cogita da hipótese de exclusão da base de cálculo prevista no inciso IV do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/98. Há incidência da Contribuição sobre o valor da receita obtida na transação.

BASE DE CÁLCULO. ALARGAMENTO. LEI 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO STF. REPERCUSSÃO GERAL.

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecidas como de repercussão geral, sistemática prevista no artigo 543-B do Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas no julgamento do recurso apresentado pelo contribuinte. Artigo 62, § 2º, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Declarados inconstitucional o § 1º e constitucional o caput do artigo 3º da Lei 9.718/98, integra a base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep todo o faturamento mensal, representado pela receita bruta advinda das atividades operacionais típicas da pessoa jurídica.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao Recurso Voluntário, vencidos os Conselheiros Domingos de Sá, Lenisa Prado, Sarah Linhares, Relatora, e Walker Araujo. O Conselheiro Ricardo Paulo Rosa redigirá o voto vencedor.

(assinatura digital)

Ricardo Paulo Rosa - Presidente

(assinatura digital)

Sarah Maria Linhares de Araújo Paes de Souza - Relatora

Participaram do julgamento os Conselheiros: Ricardo Paulo Rosa, José Fernandes do Nascimento, Domingos de Sá Filho, José Luiz Feistauer de Oliveira, Lenisa Rodrigues Prado, Paulo Guilherme Déroulède, Sarah Maria Linhares de Araújo Paes de Souza e Walker Araujo.

Relatório

Trata-se de auto de infração, lançado para a cobrança de contribuição para o PIS/Pasep e Cofins. Do Termo de Verificação Fiscal, fls. 163/176, extraem-se trechos importantes para a elucidação da lide:

A Interbolsa do Brasil Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários Ltda "Interbolsa", foi constituída em 26 de maio de 1994 conforme Contrato de Constituição registrado na Junta Comercial do Estado de São Paulo sob o nº 381699/94-8 tendo por objeto a realização de todas as operações permitidas pelas disposições legais e regulamentares às sociedades da espécie, e, conforme 25ª Alteração Contratual e Contrato Social Consolidado protocolado na JUCESP sob nº 342.834/10-1 em 27 de setembro de 2010, o objeto social tem a seguinte redação:

Clausula segunda

a) operar em recinto ou sistema mantido por Bolsa de Valores;

d) comprar e vender títulos e valores mobiliários por conta própria e de terceiros, observada regulamentação baixada pela CVM e pelo Banco Central do Brasil, nas suas respectivas áreas de competência;

q) operar em bolsas de mercadorias e de futuros, por conta própria e de terceiros, observada a regulamentação baixada pela Comissão de Valores Mobiliários e Banco Central do Brasil, nas suas respectivas áreas de competência;

(...)

Em 23 de junho de 2008 a Interbolsa apresentou a Declaração de informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ), retificada em 24 de outubro de 2008, relativa ao ano-calendário de 2007, ano em que ocorreu a desmutualização envolvendo duas associações civis sem fins lucrativos, a Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa) e a Bolsa de Mercadorias & Futuros (BM&F).

Em decorrência dos processos de desmutualização, a Interbolsa apurou um resultado positivo global de R\$ 108.711.677,24 contabilizado como Receitas não Operacionais na conta 7.3.1.10.00.0002 - Lucro na Alienação de Investimentos, valor este declarado na Linha da 54 da Ficha 06B da DIPJ 2008, sob a rubrica "Outras Receitas Não Operacionais".

No entanto, esta fiscalização reuniu vários elementos que desqualificam o reconhecimento desses resultados como "não operacionais", sujeitando-os à incidência do PIS e da COFINS, conforme será exhaustivamente demonstrado ao longo do presente termo de verificação de infração.

A - DO PROCESSO DE DESMUTUALIZAÇÃO DA BOVESPA

Em 28 de agosto de 2007, conforme Ata de Assembléia Geral Extraordinária foi autorizado à execução do processo de

desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo que consistiu num primeiro momento, na cisão parcial da BOVESPA mediante redução do seu patrimônio em 99,97%, permanecendo na BOVESPA somente 0,3% do valor total. O patrimônio cindido foi incorporado às empresas BOVESPA SERVIÇOS E PARTICIPAÇÕES S/A (BVSP) E BOVESPA HOLDING S/A. Posteriormente houve a incorporação pela Bovespa Holding da BVSP e da COMPANHIA BRASILEIRA DE LIQUIDAÇÃO E CUSTÓDIA (CBLC).

Tendo como base os valores apurados em 30 de junho de 2007 (data-base) o valor do título patrimonial da BOVESPA foi reduzido de R\$ 1.460.194,02 para R\$ 4.265,11. O valor reduzido foi devolvido ao detentor do título patrimonial por meio da entrega de 570.535 ações da Bovespa Holding e 64.661 ações da BVSP. Com a incorporação da BVSP pela Bovespa Holding, o lote de 64.661 ações da BVSP deu direito ao seu detentor a 136.227 ações da Bovespa Holding. Como resultado da operação o detentor de um título patrimonial da antiga BOVESPA passou a deter 706.762 ações da Bovespa Holding de valor unitário de R\$ 2,06 (na data-base).

Nessa ocasião a Interbolsa era detentora de sete títulos patrimoniais da Bovespa que estavam escriturados nas contas do ativo permanente 2.1.4.10.10.002 - TÍTULOS PATRIMONIAIS BOVESPA cujo saldo em 30 de setembro de 2007 era de R\$10.981.626,11.

Pela devolução dos sete títulos patrimoniais da Bovespa a corretora recebeu 4.947.334 ações da Bovespa Holding S/A pelo valor de R\$ 10.981.626,11 (706.762 por cada título patrimonial e valor nominal de R\$2,22 por ação), cujos lançamentos contábeis realizados foram os seguintes:

Data: 30.09.2007

Débito: 2.1.5.10.20 - Ativo - Permanente

Ações e Cotas

Bovespa Holding S/A

Valor: R\$10.981.626,11

Crédito: 2.1.4.10.10 - Ativo - Permanente

Títulos Patrimoniais

Bovespa

Valor: R\$10.981.626,11

*Histórico: VR.TR.RF. DESMUT.BOVESPA Q 4.947.334 AÇÕES
CF.OF.CIRC 225/07 DE 180907*

Com a incorporação da CBLC pela Bovespa Holding, houve um novo aumento de capital e nova emissão de ações mediante a substituição de cada lote de 25 ações da CBLC por 46.223 ações da Bovespa Holding.

Como era possuidora de 700 ações da CBLC, a Corretora recebeu 1.294.244 ações da Bovespa Holding pelo valor de R\$ 736.000,00 cujos lançamentos contábeis realizados foram os seguintes:

Data: 01.10.2007

Débito: 2.1.5.10.20 - Ativo - Permanente

Ações e Cotas

Bovespa Holding S/A

Valor: R\$736.000,00

Crédito: 2.1.5.10.10 - Ativo - Permanente

Ações e Cotas

CBLC

Valor: R\$736.000,00

*Histórico: VR.TRANSF.RF.DESMUT.BOLSA Q.1.294.244
AÇÕES CBLC*

Dessa forma, as duas operações descritas resultaram no recebimento de 6.241.578 ações de emissão da Bovespa Holding pelo valor nominal de R\$ 11.717.626,11.

As desmutualizações das Bolsas contemplavam a necessidade de se realizar ofertas públicas iniciais conhecidas como "IPO" (do inglês initial public offering) destinadas a colocação das novas ações no mercado. Oportuno dizer que, "antes" mesmo de receber as ações da Bovespa Holding e também as ações de emissão da BM&F S/A, cuja desmutualização será descrita no tópico seguinte, os associados já tinham ciência de tal fato.

Os compromissos formais de cada associado, no sentido de participar das ofertas públicas iniciais, eram de caráter "irrevogável e irretroatável", indicando o número de ações e/ou o percentual das ações a receber que seriam ofertadas.

(...)

B) DO PROCESSO DE DESMUTUALIZAÇÃO DA BM&F

Por ocasião do encadeamento do processo de desmutualização da BM&F, ocorrido em 20 de setembro de 2007, mediante deliberação dos membros em Assembleia Geral Extraordinária, a Interbolsa, era detentora de quatro títulos patrimoniais da BM&F sendo um título de Membro de Compensação, dois títulos de Corretora de Mercadorias, e um título de Sócio Efetivo, que estavam escriturados nas contas do ativo permanente 2.1.4.10.20.001 - TÍTULOS PATRIMONIAIS BOLSAS MERC E FUTUROS - BM&F cujo saldo atualizado até setembro de 2007 era de R\$ 9.809.280,00 e 2.1.4.10.20.002 - TITLS PATR

BOLSAS MERC - BM&F - AGENTE DE COMPENSAÇÃO no valor de R\$ 4.961.610,00 totalizando R\$14.770.890,00.

Em 01 de outubro de 2007, em decorrência da desmutualização, o capital social da BM&F S/A passou a ser de R\$901.877.292,00 divididas em 901.877,292 ações ordinárias que foram distribuídas aos detentores dos títulos patrimoniais da BM&F, conforme tabela abaixo:

Categoria de Título Patrimonial	QUANTIDADE DE TÍTULOS NA BM&F	VALOR PATRIMONIAL POR TÍTULO (R\$)	NÚMERO DE AÇÕES NA BM&F S/A POR TÍTULO
Membro de Compensação	83	4.961.610,00	4.961.610
Corretora de Mercadorias	81	4.898.015,00	4.898.015
Operador Especial	67	1.335.141,00	1.335.141
Sócio Efetivo	387	10.000,00	10.000
Total		901.877.292,00	901.877.292

Na data referida o item anterior, o saldo das contas foram baixados em decorrência da troca dos títulos por ações de emissão da BM&F S/A, pelo mesmo valor contábil, ou seja de R\$ 14.770.890,00, cuja contrapartida se deu na conta do ativo permanente 2.1.5.10.20.004-AÇÕES E COTAS - BM&F S/A.

Dessa forma, a Interbolsa recebeu um total de 14.767.640 (quatorze milhões setecentas e sessenta e sete mil e seiscentas e quarenta) ações da BM&F S/A no valor unitário de R\$ 1,00.

Os lançamentos contábeis das ações da BM&F S/A recebidas foram os seguintes:

Data: 01.10.2007

Débito: 2.1.5.10.20 - Ativo - Permanente

Ações e Cotas BM&F S/A

Valor: R\$14.767.640,00

Crédito: 2.1.4.10.10 - Ativo - Permanente

Títulos Patrimoniais

De Bolsas de Mercadorias e de Futuros

Valor: R\$14.767.640,00 Histórico: Vr. Tr.rf. conv. Tit. Patr./ ações BM&F S/A cf. extrato

*De posse das ações, a Interbolsa celebrou um contrato com a BM&F S/A em 23 de outubro de 2007, denominado "INSTRUMENTO DE ACEITAÇÃO DE VENDA DE AÇÕES ORDINÁRIAS DA BOLSA DE MERCADORIAS & FUTUROS - BM&F S/A E OUTORGA DE PODERES" no qual concordou, **de forma irrevogável e irretratável**, em alienar 1.476.764 ações ordinárias (sujeita a ajustes em decorrência de desdobramentos, bonificações de ações, reorganizações, recapitalizações e outros eventos de diluição similares) para um fundo de investimentos integrante do grupo de Private Equity General Atlantic (incluindo, mas não se limitando, a GA Latin América Investments, LLC, bem como qualquer de suas afiliadas) (doravante denominado General Atlantic), nos termos e*

condições previstas no Contrato de Aquisição, datado de 20/09/2007, celebrado entre a BM&F e a General Atlantic, por meio do qual a General Atlantic concordou em adquirir ações ordinárias da BM&F S/A representando 10% (dez por cento) de participação acionária por um valor de compra de R\$ 900.000.000,00 (novecentos milhões de reais)- Preço de Aquisição - e um pagamento adicional de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais).

Em cumprimento ao Instrumento de Aceitação de Venda de Ações a Interbolsa alienou, em 16/11/2007, no mercado de balcão, 1.476.764 ações da BM&F S/A para a General Atlantic, pelo valor de R\$ 14.322.528,71.

Nesta operação a Interbolsa apurou lucro no valor de R\$12.845.764,71, correspondente à diferença entre o valor de venda e o custo de aquisição de R\$ 1.476.764,00, mais lucro complementar de R\$1.591.711,03, conforme razão da conta 7.3.1.10.10.00.1 - Lucro na Alienação de Investimentos.

Dos autos de infração, a Recorrente apresentou impugnação, fls. 190/203, onde alegou em síntese:

i) que não houve recebimento de receita operacional, mas sim de receita não operacional, já que estes ativos estavam contabilizados no ativo permanente da contribuinte há anos, muito anteriormente à operação de desmutualização das Bolsas de Valores, como é informado no próprio auto de infração;

ii) que a interpretação da autoridade fiscal está equivocada, pois deixou de observar o histórico de como as ações chegaram ao ativo permanente da contribuinte e de diversos conceitos-chave, que demonstram que o auto de infração é ilegal e inconstitucional, pois fere o princípio da estrita legalidade previsto no artigo 97 do CTN e no artigo 150 da Constituição Federal e altera conceitos de direito privado em total desrespeito ao artigo 110 e 118 do CTN;

iii) que tais títulos eram contabilizados no ativo permanente da Impugnante, já que, sem estes títulos, as corretoras não poderiam atuar junto às Bolsas de Valores e não havia perspectiva de alienação dos mesmos;

iv) que o valor patrimonial dos títulos era repassado para a conta de reserva de capital, sem incidência de tributos. Mesmo quando este valor era repassado para o capital social, não havia incidência de tributos, por força do disposto na Portaria MF nº. 785, de 20/12/1977, que previa que, mesmo com o aumento do valor nominal alterado de acordo com o patrimônio social das Bolsas de Valores, não constituía ganho de capital nem receita;

v) no caso específico dos títulos patrimoniais, ainda que um ativo permanente, eles não sofriam depreciações. Eram atingidos por legislação específica, em especial a Portaria acima transcrita, que previa que os títulos patrimoniais tinham um valor nominal e que era alterado de acordo com o patrimônio das associações (Bolsas).

Portanto, a alteração do valor nominal dos títulos não era utilizada para compensar prejuízos, quando esse valor era reduzido, não seria considerado ganho de capital,

quando este valor aumentava. O valor nominal era simplesmente um reflexo do valor do patrimônio da Bolsa e não trazia qualquer disponibilidade econômica à Impugnante;

vi) que a operação de desmutualização realizada em 2007, através de cisão e incorporação das Bolsas é válida, visto que não proibida por lei, e assim deve ser considerada, nos termos do artigo 118 do CTN;

vii) que a partir das permutas, os valores apurados, continuaram no ativo permanente e, portanto, a venda desses ativos não pode ser tributada como se fosse receita operacional, conforme permissão conferida pelo Artigo 3º da Lei nº. 9.718/98;

viii) cabe ressaltar que, caso não seja adotada a tese anterior, qual seja, a utilização do valor das ações em 2007 para a identificação da base de cálculo, o Julgador desta defesa deverá, então, considerar a integralização de capital ocorrida em 2006, com o valor da reserva de capital relativo aos títulos patrimoniais

Da impugnação, sobreveio o acórdão da DRJ/São Paulo I, cuja ementa é colacionada abaixo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

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

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

Devem ser classificados no Ativo Circulante as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente. Correta a classificação, no Ativo Circulante, das ações da BOVESPA HOLDING S/A e da BM&F S/A que foram recebidas pela contribuinte em decorrência de processo de desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo BOVESPA, e da Bolsa de Mercadorias & Futuros de São Paulo BM&F e que foram negociadas logo após o seu recebimento, no caso, dentro de poucos meses de seu ingresso nos registros contábeis da impugnante.

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

A base de cálculo da contribuição é a receita bruta, nos termos da legislação de regência. Tendo a interessada como objeto social a exploração de atividades que envolvem inclusive a negociação e intermediação com títulos e valores mobiliários e mercadorias negociáveis em bolsas de valores e bolsas de mercadorias e futuros, considera-se como receita bruta (operacional) aquela proveniente da venda de ações, inclusive das ações da BOVESPA HOLDING S/A e da BM&F S/A que foram recebidas pela contribuinte em decorrência de processo de desmutualização da BOVESPA e da BM&F.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

Devem ser classificados no Ativo Circulante as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente. Correta a classificação, no Ativo Circulante, das ações da BOVESPA HOLDING S/A e da BM&F S/A que foram recebidas pela contribuinte em decorrência de processo de desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo BOVESPA, e da Bolsa de Mercadorias & Futuros de São Paulo BM&F e que foram negociadas logo após o seu recebimento, no caso, dentro de poucos meses de seu ingresso nos registros contábeis da impugnante.

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

Tendo a interessada como objeto social a exploração de atividades que envolvem inclusive a negociação e intermediação com títulos e valores mobiliários e mercadorias negociáveis em bolsas de valores e bolsas de mercadorias e futuros, considera-se como receita bruta (operacional) aquela proveniente da venda das ações da BOVESPA HOLDING S/A e da BM&F S/A que foram recebidas pela contribuinte em decorrência de processo de desmutualização da BOVESPA, e da BM&F.

Irresignada a contribuinte apresentou recurso voluntário, fls. 358/374, onde repisou os argumentos da impugnação.

Os autos subiram a este Egrégio Tribunal Administrativo e o feito foi convertido em diligência, fls. 380/383, Resolução nº 3101000.404, Relator Rodrigo Mineiro Fernandes para:

Diante do exposto, converto o julgamento em diligência à repartição de origem para que sejam juntados aos autos os atos societários e associativos relativos ao processo de “desmutualização” das pessoas jurídicas objetivadas na alegada “transferência de ativos” quais sejam: Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA (associação), Bolsa de Mercadorias & Futuros –BM&F (associação), Bovespa Holding S/A e BM&F S/A.

Após a juntada dos atos societários, intimem a Recorrente para, querendo, manifestar-se no prazo de 30 (trinta) dias, e retornem os autos para julgamento.

Após a juntada dos documentos solicitados, não houve manifestação por parte da contribuinte.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Sarah Maria Linhares de Araújo Paes de Souza, Relatora.

1. Dos requisitos de admissibilidade

O Recurso Voluntário foi apresentado de modo tempestivo, sendo que a contribuinte teve ciência em **01º de outubro de 2013**, fls. 356, e o recurso protocolado em **29 de outubro de 2013**. Trata-se de matéria da competência deste colegiado e atende aos pressupostos legais de admissibilidade, portanto, deve ser conhecido.

2. No mérito

2.1. Da possibilidade de cisão de uma associação e o contexto fático-jurídico da transformação

Expôs a Recorrente em seu recurso voluntário, fls. 360/361, *in verbis*:

A Recorrente tem por objeto social operar em recinto ou em sistema mantido por Bolsa de Valores, subscrever emissões de títulos e valores mobiliários para revenda, intermediar oferta pública e distribuição de valores mobiliários no mercado, comprar e vender títulos e valores mobiliários por conta própria e de terceiros, entre outros descritos em seu contrato social.

Até 2007, para operar na Bovespa e na BM&F, àquela época associações sem fins lucrativos, as corretoras eram obrigadas a serem detentoras dos títulos patrimoniais das respectivas instituições.

(...)

Em 28 de agosto de 2007, teve início o processo de desmutualização, através do qual a Bovespa e a BM&F se transformaram em sociedades anônimas e abriram seu capital para negociação de suas ações em bolsa de valores.

No dia 28 de agosto de 2007, ocorreu a cisão parcial da Bovespa e seu patrimônio foi vertido em duas sociedades: Bovespa Holding e Bovespa Serviços S/ A e, em seguida, as ações da Bovespa Serviços foram incorporadas ao capital da Bovespa Holding S/ A.

Em 20 de setembro de 2007, ocorreu a cisão parcial da BM&F, com a criação da BM&F S/ A.

Na operação acima descrita, ocorreu uma permuta, com a substituição dos títulos patrimoniais que eram contabilizados no ativo permanente das sociedades corretoras pelas ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A.

A primeira questão a ser debatida é se associação civil pode sofrer processo de cisão ou não. A Receita Federal do Brasil entende que os valores foram devolvidos, é o que se extrai do Termo de Verificação Fiscal, fls. 164, pois entende que em decorrência do artigo 61 do Código Civil, houve a referida devolução:

Tendo como base os valores apurados em 30 de junho de 2007 (data-base) o valor do título patrimonial da BOVESPA foi reduzido de R\$ 1.460.194,02 para R\$ 4.265,11. O valor reduzido foi devolvido ao detentor do título patrimonial por meio da entrega de 570.535 ações da Bovespa Holding e 64.661 ações da BVSP.

Ocorre que o Código Civil em seus artigos 44, 1.113 e 2.033, prevê a possibilidade de cisão de uma associação sem a necessidade de extinção:

Código Civil

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) (Vigência)

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

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

Com a cisão, no se que refere à Bovespa, o patrimônio cindido foi incorporado às empresas Bovespa Serviços e Participações S/A (BVSP) e Bovespa Holding S/A. Posteriormente, houve a incorporação pela Bovespa Holding da BVSP e da Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (CBLC). Já quanto à BM&F, a parcela cindida foi incorporada à BM&F S/A.

Os documentos acostados aos autos, provenientes da diligência realizada, Resolução nº 3101000.404, Relator Rodrigo Mineiro Fernandes, demonstram como ocorreu a operação de cisão, fls. 596, 646.

Assim, conforme exposto anteriormente, as corretoras eram obrigadas a serem detentoras dos títulos patrimoniais das respectivas instituições para poderem operar, o que se observa é que houve uma **transformação** dos respectivos títulos em ações.

Os referidos títulos patrimoniais eram contabilizados no ativo permanente da Recorrente, já que, sem estes títulos, as corretoras não poderiam atuar junto às Bolsas de Valores, e não havia perspectiva de alienação dos mesmos, nos termos do artigo 179, inciso III da Lei das S/ A.

Lei nº 6.404/1976

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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 15/08/2016 por SARAH MARIA LINHARES DE ARAUJO PAES DE SOUZA, Assinado digitalmente em 15/08/2016 por RICARDO PAULO ROSA, Assinado digitalmente em 15/08/2016 por SARAH MARIA LINHARES DE ARAUJO PAES DE SOUZA

Impresso em 16/08/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

(...)

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

E é justamente neste aspecto, que se fundamentou a autuação, pois entendeu que a Recorrente deveria ter registrado as referidas ações no ativo circulante, o que levaria, em um primeiro momento, à incidência da tributação por parte da contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS e, jamais no ativo permanente, ainda mais porque a compra e venda de ações por conta própria é uma das atividades das sociedades corretoras.

Ocorre que, ainda que tais ações estivessem registradas no ativo circulante, não se pode olvidar que elas advieram de uma **transformação** de antigos títulos patrimoniais, decorrentes de uma operação de cisão, o que representa na **essência** um **investimento**.

Do acórdão nº 3403-002.422, Relator Antonio Carlos Atulim, extrai-se trecho importante que explica com raciocínio e coerência o perfil de investimento das ações, que tiveram como causa originária a transformação de antigos títulos patrimoniais:

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

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, conforme o caso.

No caso, entendeu a DRJ que como a intenção do contribuinte era a de vender as ações, foi correta a classificação 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.

(...)

Ora, o art. 61 do Código Civil é inaplicável ao caso concreto, pois a BOVESPA ASSOCIAÇÃO CIVIL 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 e BM&F. Os títulos patrimoniais foram sucedidos por ações, as quais 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 que estavam no permanente, então é evidente que a reclassificação para o ativo circulante não retira das ações a condição de ser um investimento, uma participação do Banco no patrimônio de terceiros.

Assim, houve uma transformação dos referidos títulos patrimoniais em ações, decorrentes de um processo de cisão das bolsas seguida por uma incorporação. Não cabe ao Direito Tributário, no caso em análise, modificar conceitos atinentes ao Direito Civil, devendo observar o preceito do artigo 110 do Código Tributário Nacional.

Nesse sentido, importante transcrever a doutrina de HELENO TÔRRES:

Ou seja, para o direito tributário, os "atos de direito privado" ou os "atos administrativos" não transportam seus efeitos e contingências que ali operam ou possuem; valem como "fatos juridicamente qualificados", por serem objeto da materialidade descrita na hipótese normativa de uma norma tributária. Por isso, quando a lei tributária não dispuser de modo diverso, os

institutos, conceitos e formas de outros ramos do direito serão preservados nas suas características originais¹.

Nesse sentido, como houve a venda de ações, que são representativas dos antigos títulos patrimoniais, elas não deixam de ser configuradas como um **investimento**, nesse sentido, enquadra-se na exclusão do artigo 3º, § 2º, IV, da Lei nº 9.718/1998. Pensar de outro modo seria retirar a coerência, que deve existir na Ciência do Direito Tributário, devendo ser realizada uma **interpretação sistemática** da **legislação** juntamente com o **contexto histórico** da operação, onde houve, de fato, a cisão das referidas bolsas com a incorporação por outras sociedades e, como consequência de tal operação, a transformação dos títulos patrimoniais em ações, fenômeno no qual manteve a **característica** de **investimento** nas ações. Retirar o contexto histórico da operação pode configurar uma afronta a direitos e garantias fundamentais, bem como interpretar o referido fenômeno sob uma ótica, estritamente, contábil.

2. Da base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS

Apesar de não se entender pela incidência da contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS no caso em análise, caso fosse considerada, dever-se-ia considerar a base de cálculo pelos valores das ações que entraram no ativo permanente da Recorrente e não pelo valor da aquisição dos títulos patrimoniais, já que foram contabilizados como integralização do capital.

2.3. Da multa de 75%

A Recorrente, ao final da sua petição, pleiteia pela exclusão da multa de 75%, alegando que agiu de acordo com as leis e normas em vigor. No que se refere à multa de 75%, importante transcrever a legislação:

Lei nº 9.430/1996

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

A situação amolda-se, perfeitamente, ao caso, no qual não houve o pagamento de tributos, ocorrendo o lançamento de ofício por parte da fiscalização.

3. Conclusão

Por todo o exposto, conheço do recurso voluntário e concedo provimento integral

Sarah Maria Linhares de Araújo Paes de Souza

¹ TÔRRES, Heleno. Direito tributário e direito privado: autonomia privada: simulação: elusão tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.76.

Voto Vencedor

Conselheiro Ricardo Paulo Rosa - Redator

Em que pese as elogiáveis considerações e os robustos argumentos esposados pela Conselheira Relatora do Processo, ousou divergir dos fundamentos e da conclusão à qual conduziram, especificamente no que diz respeito à incidência das Contribuições para o PIS/Pasep e para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins sobre a receita decorrente da venda das ações obtidas no processo que ficou conhecido por desmutualização das BOVESPA e da BM&F, pelas razões a seguir declinadas.

A questão da incidência das Contribuições para o PIS/Pasep e Cofins sobre a receita decorrente da venda de ações obtidas pelas corretoras e bancos com que exercem atividade neste segmento de mercado no processo de desmutualização da Bolsa de Valores do Estado de São Paulo - BOVESPA e da Bolsa de Mercadorias e Futuros - BM&F está intimamente associado à interpretação que se dá à operação que redundou na transformação dos títulos patrimoniais dos quais as empresas que atuavam nas Bolsas eram até então detentores em ações de livre e fácil negociação e, até porque não dizer, pelo menos em parte, de forçada colocação no mercado acionário.

A meu sentir, a decisão a respeito do assunto requer que duas matérias de fundo sejam devidamente esclarecidas. A primeira se refere à correta contabilização das ações recebidas pela Corretora por ocasião do processo de desmutualização, na medida em que, se de fato tratam-se de um ativo classificado como investimento de longo prazo e, portanto, em conta do Ativo Permanente, resta incontroverso que a receita decorrente de sua venda está, por força de disposição literal de Lei, excluída da base de cálculo das Contribuições.

Se superado esse primeiro óbice à tributação, deparamo-nos, aí, com a segunda interrogação, que envolve a classificação da receita propriamente dita. Isso porque, uma vez que o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido, em Regime de Repercussão Geral, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, apenas as receitas que sejam passíveis de serem classificadas como faturamento da pessoa jurídica podem ser tributadas.

Posto isso, creio que seja indispensável uma breve digressão em torno do processo de desmutualização das bolsas e das consequências jurídicas que lhe são próprias.

Conforme noticiado nos autos, as operações societárias que envolveram o processo de desmutualização da BOVESPA se deram a partir da cisão parcial da entidade e a transferência de expressiva fração de seu patrimônio para duas sociedades: a BOVESPA SERVIÇOS E PARTICIPAÇÕES S/A e a BOVESPA HOLDING S/A. Na mesma ocasião, a BOVESPA passou a denominar-se ASSOCIAÇÃO BOVESPA. Em contrapartida à redução do patrimônio da Associação e, corolário, do valor dos títulos patrimoniais de que eram detentores os operadores da Bolsa, emitiram-se ações em seu favor.

Seguiu-se a absorção das atividades operacionais até então desempenhadas pela então BOVESPA (agora ASSOCIAÇÃO BOVESPA), pela BOVESPA SERVIÇOS (que alterou sua denominação para BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO S/A - BVSP), restando à primeira atribuições acessórias. Ato contínuo, a BOVESPA HOLDING adquiriu a

totalidade das ações emitidas pela BOVESPA SERVIÇOS e pela CBLC (Câmara Brasileira de Liquidação e Custódia), passando à condição de controladora da BOVESPA e da BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO S/A - BVSP.

No caso da BM&F, associação civil sem fins lucrativos, ocorreu a transferência de suas atividades para companhia de capital aberto BM&F S/A, com a cisão parcial da BM&F e a versão do patrimônio à segunda. A BM&F alterou sua denominação para BM&F ASSOCIAÇÃO e a BM&F S/A absorveu as atividades antes desempenhadas pela BM&F. Da mesma forma como ocorreu no caso do processo de desmutualização da BOVESPA, em contrapartida ao patrimônio recebido, a BM&F S/A emitiu ações em favor dos detentores dos títulos patrimoniais da BM&F.

Sem margem de dúvidas, os efeitos jurídicos-tributários das operações acima descritas exigem uma análise acurada das peculiaridades das pessoas jurídicas de direito privado envolvidas em todo o processo de transformação societária que redundou na conversão de títulos patrimoniais em ações. Com a intenção de melhor esclarecer esses aspectos, não vejo melhor alternativa do que trazer à lume os valiosos ensinamentos veiculados no Acórdão 3201-001.480, de 23 de outubro de 2013, de lavra do i. Conselheiro Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto, que passo a seguir a transcrever, adotando seus fundamentos no presente Voto, como se tivessem sido por mim formulados.

Antes de adentrarmos objetivamente na lide, mostram-se necessários alguns esclarecimentos.

Inicialmente, afirma-se que o Direito pátrio não permite que associações civis sem fins lucrativos realizem operações societárias próprias de sociedades.

O artigo 44 do Código Civil dispõe que são pessoas jurídicas de direito privado as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada.

As associações civis, como eram a Bovespa e a BM&F, caracterizam-se, segundo conceito estabelecido pelo Código Civil, pela união de pessoas para fins não econômicos. As normas referentes as associações restaram definidas no Livro I, Título II deste Código, particularmente em seu capítulo 2.

Já as sociedades empresariais tem suas prescrições definidas no Livro II do Código Civil e na Lei nº 6.404/76.

Quanto às operações societárias, estas podem ser conceituadas como mutações no tipo ou estrutura da sociedade empresária. São diferenciadas em quatro tipos, quais sejam: transformação, incorporação, fusão e cisão.

Esclarece-se ainda que a estrutura adotada pela sociedade é determinante para definição da legislação a ser aplicada. Quando tem por sujeito uma sociedade anônima, essas operações seguem a disciplina da Lei nº 6.404/76 (artigos 220 a 234). Quando envolvem outra espécie societária, tais transformações são regidas pelo Código Civil (artigos 1.113 a 1.122). Como exceção, temos a cisão total, que, diante da omissão do Código Civil, é regida pela Lei 6.404/76 independentemente da espécie societária envolvida.

A Lei 6.404/76 trata da cisão em seu artigo 229, nos seguintes termos:

Cisão

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia **transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades**, constituídas para esse fim ou já

existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, **ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.**

(...)

(grifo nosso)

Na cisão, uma sociedade empresária transfere para outra, ou outras, constituídas para esta finalidade ou já existentes, parcelas de seu patrimônio, ou a totalidade dele.

Neste ponto, merece destaque o disposto no caput deste artigo, que restringe a possibilidade de realizar a operação de cisão às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de sociedade.

Ressalte-se que o legislador nem poderia ter feito diferente, sob pena de subverter a própria natureza jurídica das associações.

As sociedades – simples ou empresárias – têm como elemento de origem um contrato entre os sócios. Este contrato os vincula em direitos e obrigações recíprocos. Os direitos consistem na divisão dos lucros; as obrigações, no aporte de bens, valores ou direitos ao patrimônio social.

Nas associações, diferentemente, não há este contrato plurilateral. Os associados vinculam-se ao estatuto, que formaliza a atuação da associação segundo as finalidades que objetiva.

E é justamente esta natureza inteiramente diversa das associações em relação as sociedades que impede a adoção das mesmas operações societárias. Por este motivo, para que uma associação modifique sua natureza e se transforme em uma sociedade é imprescindível a interrupção de sua personalidade jurídica.

Tal entendimento é corroborado pela leitura da legislação civil. O Código Civil, como já explicitado, não permite as associações a adoção de operações societárias, mas estabelece em seu art. 61 as regras para o caso de dissolução destas:

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. (grifo nosso)

A leitura da previsão lançada no art. 1.113 do Código Civil, também reforça a conclusão da necessidade de extinção das associações civis sem finalidades de lucro (BV e BMF), na medida em que, ao permitir a transformação silencia quanto a estas modalidades de pessoas jurídicas, reportando-se tão somente às sociedades.

A restrição a prática das operações societárias é prevista de forma mais explícita no artigo 23 da IN nº 88/2001 do DNRC, órgão responsável por estabelecer e consolidar, com exclusividade, as normas e diretrizes gerais do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins:

Art. 23. As operações de transformação, incorporação, fusão e cisão abrangem apenas as sociedades mercantis, não se aplicando às firmas mercantis individuais. (grifo nosso)

Por fim, é necessário um esclarecimento acerca do art. 2.033 do Código Civil. Este dispositivo não possibilita a utilização da operação cisão às associações; ele apenas se destina a definir qual a lei a ser aplicada em caso de conflito de normas. Assim, este artigo apenas reafirma que as modificações do atos constitutivos destas pessoas jurídicas regem-se pelo Código Civil –situação que, no tocante as associações, está prevista no artigo 61.

Aplicando-se o entendimento acima a lide, temos que, ao final do processo de reestruturação pela qual passou a Bovespa e a BM&F, as associações civis sem fins lucrativos obrigatoriamente foram parcialmente dissolvidas, sendo constituídas em seu lugar sociedades anônimas.

A luz deste entendimento, resta agora verificarmos as consequências jurídico-tributárias da conversão de títulos patrimoniais dos associados em ações ordinárias da Bovespa Holding S/A e BM&F Holding S/A.

Salienta-se que, do ponto de vista tributário, os fatos são tributados abstraindo-se de sua legitimidade formal, nos termos do artigo 118, I e II, do Código Tributário Nacional.

Prosseguindo, temos que, conforme previsto no artigo 61, já transcrito, não é permitida a destinação de qualquer parcela do patrimônio de associações a entes com finalidade lucrativa, sendo permitido, contudo, a restituição aos associados das contribuições destes à associação. É justamente desta restituição que estamos tratando neste processo.

Em que pese a denominação dada pela requerente, materialmente o que ocorreu foi que, com a desmutualização, as associações sem fins lucrativos Bovespa e BM&F foram parcialmente dissolvidas, sendo extintos seus títulos patrimoniais.

Tal fato, embasado no §1º do artigo 61 do Código Civil, resultou na restituição do patrimônio aos seus respectivos associados. E os títulos patrimoniais foram devolvidos ao respectivo patrimônio dos associados na forma de ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F Holding S/A, novas sociedades constituídas em decorrência do processo de desmutualização.

Não se trata, portanto, de uma mera transformação dos títulos patrimoniais em ações das novas companhias. Nem poderia ser, dada a natureza jurídica de um ser completamente diferente da natureza jurídica do outro.

(...)

Em sendo esta a situação constante dos autos, claro está que a transformação de associação sem fins lucrativos para sociedade anônima ensejou na modificação da natureza jurídica dos direitos possuídos.

As ações da Bovespa Holding SA. e da BM&F Holding SA. que foram recebidas pela recorrente tem natureza distinta dos títulos patrimoniais das associações Bovespa e BM&F. São novos bens que ingressaram no patrimônio da recorrente, inexistindo a alegada continuidade em relação aos títulos patrimoniais.

Em consequência, tratando-se de novos bens ou direitos, a escrituração das ações recebidas não deve, necessariamente, continuar sendo feita no Ativo Permanente, assim como eram escriturados os títulos patrimoniais.

(...)

Ultrapassada a análise da desmutualização das Bovespa e da BM&F e da aquisição das ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F Holding S/A, passa-se a análise da forma correta de escrituração destes ativos.

Constata-se aplicável a espécie o disposto no artigo 179 da Lei nº 6.404/1976:

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

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

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

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

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

Tal dispositivo foi analisado pelo Parecer Normativo CST nº108/1978, que teceu as seguintes considerações, com as quais filiam-se este conselheiro:

INVESTIMENTOS

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

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

o valor da aplicação ser transferido para o subgrupo de investimentos e procedida a sua correção monetária, considerando como data de aquisição a do balanço do exercício social anterior.

Assim, em decorrência deste dispositivo, mostra-se correto o enquadramento dado pela recorrente em relação a seus títulos patrimoniais, dado estes serem necessários para o exercício de sua atividade de operar nas Bolsas.

Em relação às ações recebidas em decorrência da desmutualização, contudo, a conclusão depende da verificação de outros fatos.

A legislação dispõe de duas alternativas para a escrituração destas ações: no ativo circulante, caso se tratem de direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente, ou em investimentos, caso se tratem de participações permanentes em outras sociedades.

Conforme sobejamente demonstrado nos autos, a intenção da Recorrente jamais foi de manter as ações, cuja venda deu azo à autuação, como investimento de longo prazo. O assunto foi amplamente examinado e descrito com clareza pela i. Julgadora de piso. A seguir transcrevo a narrativa dos fatos, extraída do voto condutor da decisão recorrida.

5.7. O momento do recebimento das ações da Bovespa Holding S/A e das ações da BM&F S/A, é aquele em que se deve averiguar a intenção, ou não, de a pessoa jurídica alienar/vender aquele (ou parte daquele) determinado ativo (classificando as pois em conta do ativo permanente ou do circulante). Ou seja, é o momento de questionar se é o caso de disponibilidades/direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente (art. 179, inciso I, da Lei nº 6.404/1964), ou de investimento permanente.

5.8. No caso, como a alienação da totalidade das ações da Bovespa Holding e parte das ações da BM&F S/A se deu logo após ao seu recebimento, isto é, dentro de alguns meses de seu ingresso nos registros contábeis da impugnante, é certo que haveria de se classificar esse bem (ações) no Ativo Circulante. Haja vista que os protocolos e atas das assembléias das bolsas já sinalizavam tal procedimento.

5.8.1. Neste ponto, peço licença para transcrever excerto do voto do julgador Wilson Tsutomu Hashisuga em julgado sobre a mesma matéria nesta 8a Turma e que está a corroborar o entendimento de que na data do recebimento das novas ações a impugnante já tinha intenção de aliená-las:

“8.2.3.2 No momento da desmutualização já era de conhecimento, não só das sociedades corretoras, como do público em geral, de que tanto a BOVESPA Holding S/A como a BM&F S/A pretendiam realizar a abertura de capital realizando uma oferta pública secundária das ações (IPO), para esta comprovação basta uma busca simples na internet para verificação, cita-se como exemplo a publicação da própria revista da BOVESPA que menciona um cronograma pré-estabelecido incluindo a IPO: “Seguindo à risca um cronograma rígido, a Bolsa de Valores de São Paulo transformou-se em sociedade anônima em 28 de agosto de 2007, com o nome de Bovespa Holding S.A., tornou-se uma empresa de capital aberto em 23 de outubro, incluída no Novo Mercado da própria Bolsa (...) “ entretanto, independentemente do conhecimento público, mais relevante se faz neste momento aferir o conhecimento dos acionistas. Observa-se nas atas: da BOVESPA Holding S/A AGE de 28 de agosto de 2007, 16:30h (item 4.13): “ 4.13 – Aprovar e autorizar a solicitação pela Companhia (a) de registro perante a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) como companhia aberta; e (b) da listagem das suas ações no segmento Novo Mercado da Bolsa de Valores de São Paulo”; e da BM&F S/A, AGE de 20/09/2007, no item 6 e

6. Aprovação, em conformidade com as recomendações oriundas da Assembléia

Geral Extraordinária da BM&F, realizada nesta data, das seguintes matérias: (...) (e) a proposta de abertura de capital e de realização de distribuição pública secundárias de ações de emissão (“IPO”) da BM&F S/A, autorizando a administração da Companhia a tomar todas as providências necessárias para tal(...)”. Tais atas podem ser encontradas no sitio da BM&FBOVESPA na internet, na relação histórica de atas em “relações com investidores”. Ressalte-se que todo o decidido foi aprovado por unanimidade dos acionistas.”

5.9. A situação no momento em que a interessada recebeu as Ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A, é completamente diferente daquele quando adquiriu os Títulos Patrimoniais da BM&F e as ações da CBLC. A aquisição do título patrimonial e sua manutenção no patrimônio da interessada se fazia imperativa para que a impugnante pudesse exercer suas atividades junto àquela Bolsa. Agora, perante a “transformação” da Bovespa e da BM&F (entidades sem fins lucrativos) em sociedades anônimas, deixa de existir a necessidade de manutenção dessas ações (no patrimônio da instituição financeira) para que a corretora possa operar nas Bolsas.

5.10. Convém ainda assinalar que o Ofício Circular Bovespa 225/2007DG, largamente divulgado pela Bovespa por ocasião do processo de demutualização, orientou as suas associadas na forma da legislação que rege a matéria. Confira-se a orientação extraída do citado ofício:

1) Detentores de Títulos Patrimoniais da BOVESPA

Os detentores de títulos patrimoniais da BOVESPA deverão promover a baixa do valor convertido em ações da BOVESPA Holding S.A. do Ativo Permanente (Títulos Patrimoniais de Bolsa de Valores – conta do COSIF nº 2.1.4.10).

Em contrapartida, à sua opção:

=> registrar o correspondente valor no Ativo Circulante, em subconta específica da conta Títulos de Renda Variável (conta COSIF nº 1.3.1.20.), das ações de emissão da BOVESPA Holding S.A. recebidas em substituição, se a decisão for a de considerar essas ações como sendo “títulos disponíveis para negociação ou venda”, ou => manter esse valor no Ativo Permanente, em subconta específica da conta Ações e Cotas (conta COSIF nº 2.1.5.10.), das ações de emissão da BOVESPA Holding S.A. recebidas em substituição, se a decisão for a de considerar essas ações como investimento.

2) Detentores de Ações da CBLC Os detentores de ações de emissão da CBLC deverão também reconhecer os efeitos do processo de demutualização, baixando o valor convertido em ações de emissão da BQVESPA Holding S.A. e, conforme a sua opção :

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

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

Da análise dos autos, depreendem-se corretos e precisos os apontamentos acima transcritos.

Por conta de tudo o que foi exposto, ainda que se aceitasse a improvável tese de que uma associação civil, sem fins lucrativos, tenha-se cindido e, passo-a-passo, transmutado-se de forma insólita em uma empresa de objeto social diametralmente oposto, o fato é que, a meu sentir, está mais do que caracterizado que a operação de venda das ações em comento não tratou-se de uma venda de bem que devesse estar contabilizado no Ativo Permanente. Por esse motivo, afasta-se em definitivo a possibilidade de exclusão da receita correspondente da base de cálculo das Contribuições baseada na disposição contida no inciso IV do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/98 (venda de bens do Ativo Permanente).

Passo à análise da tipicidade da operação, em cotejo com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, declarando a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98.

A controvérsia sobre o assunto iniciou-se com promoção do alargamento do conceito de faturamento para efeito de cálculo das Contribuições para o PIS/Pasep e Cofins introduzido pela Lei 9.718/98, que incluiu na base impositiva toda e qualquer receita, independentemente de sua classificação contábil².

A inconformidade dos contribuintes alcançados pela medida levou o assunto ao Poder Judiciário, onde a matéria terminou sendo reconhecida como de Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal. A decisão recebeu a seguinte ementa.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98 e negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, tudo nos termos do voto do Relator. Vencido, parcialmente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Relator para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que reconhecia a necessidade de encaminhamento da proposta à Comissão de Jurisprudência. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, a Senhora Ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Plenário, 10.09.2008.

RE 585.235QO, Min. Cezar Peluso

Ocorre, contudo, que a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98 em nada influenciou a alteração introduzida pelo caput do artigo 3º e por todos os demais critérios de apuração especificados nos parágrafos e artigos subsequentes e na legislação superveniente. Com efeito, é de sabença que a Corte Suprema do País fez expressa menção à constitucionalidade do caput do artigo 3º da Lei 9.718/98, como fica claro nos pronunciamentos do Ministro Cezar Peluso encontrados, pelo menos, nos Recursos Extraordinários nº. 346.084, 357.950, 358.273 e 390.840.

² Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

O resgate histórico da exigência fiscal sob escrutínio remete, no caso da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, à Lei Complementar nº 70/91, na qual a base de cálculo estava definida como sendo o faturamento decorrente das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza. No caso das Contribuições para o PIS e para o PASEP, as fontes de financiamento advinham de diversas origens, conforme Leis Complementares 07 e 08 de 1970; dentre elas o faturamento das empresas e demais entidades lá especificadas.

Ao instituir a nova base tributária por meio da Lei 9.718/98, o legislador ordinário, embora tenha conservado o faturamento como base de incidência, atribuiu-lhe, repita-se, novo conceito, na medida em que especificou-o como sendo toda a receita bruta auferida pela pessoa jurídica, irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada.

O problema é que essa medida esbarrou no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal que, antes da Emenda Constitucional nº 20, de 20 de dezembro de 1998, previa o financiamento da seguridade social com base no valor arrecadado pelas contribuições sociais incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro³, sem nenhuma menção à receita em sentido lato.

É precisamente neste ponto que se encontra a origem de toda a controvérsia em torno da constitucionalidade do conceito insculpido no parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98, na medida em que ele transbordou as delimitações contidas no texto constitucional na data da entrada em vigor da legislação novel.

Ainda que, para efeito de definição da base de cálculo da Cofins, já houvesse uma forte tendência ao reconhecimento de uma equivalência entre o conceito de faturamento e receita (de observar que a própria LC 70/91, muito antes da EM 20/98, já especificava a base de cálculo como sendo a receita), a expansão promovida pelo parágrafo primeiro foi para muito além daquilo que estava e ainda está sedimentado como sendo o possível conceito de faturamento empresarial para fins de determinação da base de cálculo das Contribuições.

De fundamental importância, neste cenário, observar e compreender com precisão o verdadeiro problema identificado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal ao acolhimento da nova definição de faturamento introduzida pela Lei 9.718/98.

³ O texto antes e depois da EM 20/98.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;

II - dos trabalhadores;

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, o Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

Nos precitados Recursos Extraordinários, o Ministro Cesar Peluso faz criteriosa abordagem do assunto, estabelecendo os limites da definição possível para o conceito veiculado no (constitucional) caput do artigo 3º da Lei 9.718/98, conforme segue.

Por todo o exposto, julgo inconstitucional o parágrafo 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, por ampliar o conceito de receita bruta para “toda e qualquer receita”, cujo sentido afronta a noção de faturamento pressuposta no art. 195, I, da Constituição da República, e, ainda, o art. 195, parágrafo 4º, se considerado para esse efeito de nova fonte de custeio da seguridade social.

Quanto ao caput do art. 3º, julgo-o constitucional, para lhe dar interpretação conforme à Constituição, nos termos do julgamento proferido no RE nº 150755/PE, que tomou a locução receita bruta como sinônimo de faturamento, ou seja, no significado de “receita bruta de venda de mercadoria e de prestação de serviços”, adotado pela legislação anterior, e que, a meu juízo, se traduz na soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.

(...)

Sr. Presidente, gostaria de enfatizar meu ponto de vista, para que não fique nenhuma dúvida ao propósito. Quando me referi ao conceito construído sobretudo no RE 150.755, sob a expressão “receita bruta de venda de mercadorias e prestação de serviço”, quis significar que tal conceito está ligado à idéia de produto do exercício de atividades empresariais típicas, ou seja, que nessa expressão se inclui todo incremento patrimonial resultante do exercício de atividades empresariais típicas. Se determinadas instituições prestam tipo de serviço cuja remuneração entra na classe das receitas chamadas financeiras, isso não desnatura a remuneração de atividade própria do campo empresarial, de modo que tal produto entra no conceito de “receita bruta igual a faturamento.”

(...)

6. (...) Faturamento nesse sentido, isto é, entendido como resultado econômico das operações empresariais típicas, constitui a base de cálculo da contribuição, enquanto representação quantitativa do fato econômico tributado. Noutras palavras, o fato gerador constitucional da COFINS são as operações econômicas que se exteriorizam no faturamento (sua base de cálculo), porque não poderia nunca corresponder ao ato de emitir faturas, coisa que, como alternativa semântica possível, seria de todo absurda, pois bastaria à empresa não emitir faturas para se furtar à tributação. (grifos meus)

(...)

Como é de hábito e, ainda mais, por se tratar de um tema polêmico e de grande repercussão, todos os Ministros que à época integravam a Suprema Corte manifestaram seu entendimento sobre o assunto, agregando elementos de particular interesse na delimitação precisa dos contornos da decisão tomada.

Os apontamentos a seguir foram extraídos do Voto proferido nos autos do RE 346.084, pelo Ministro Ilmar Galvão.

O recorrente considera que tais precedentes não seriam aplicáveis ao caso, haja vista que o STF teria estabelecido sinonímia entre faturamento e receita bruta quando tais expressões designavam receitas oriundas de vendas de bens e/ou serviços.

Tal leitura não é correta. A Corte, ao admitir tal equiparação, em verdade assentou a legitimidade constitucional da atuação do legislador ordinário para

densificar uma norma constitucional aberta, não estabelecendo a vinculação pretendida pelo recorrente em relação às operações de venda.

Ao contrário do que pretende o recorrente, a Corte rejeitou qualquer tentativa de constitucionalizar eventuais pré-concepções doutrinárias não incorporadas expressamente no texto constitucional.

O STF jamais disse que havia um específico conceito constitucional de faturamento. Ao contrário, reconheceu que ao legislador caberia fixar tal conceito. E também não disse que eventuais conceitos vinculados a operações de venda seriam os únicos possíveis.

Não fosse assim, teríamos que admitir que a composição legislativa de 1991 possuía um poder extraordinário. Por meio da Lei Complementar nº 71, teriam aqueles legisladores fixado uma interpretação dotada da mesma hierarquia da norma constitucional, interpretação esta que estaria infensa a qualquer alteração, sob pena de inconstitucionalidade.

Na tarefa de concretizar normas constitucionais abertas, a vinculação de determinados conteúdos ao texto constitucional é legítima. Todavia, pretender eternizar um específico conteúdo em detrimento de todos os outros sentidos compatíveis com uma norma aberta constitui, isto sim, uma violação à força normativa da Constituição, haja vista as necessidades de atualização e adaptação da Carta Política à realidade. Tal perspectiva é sobretudo antidemocrática, uma vez que impõe às gerações futuras uma decisão majoritária adotada em uma circunstância específica, que pode não representar a melhor via de concretização do texto constitucional.

No mesmo diapasão, a interpretação dada pelo Ministro Eros Grau em Voto-Vista versando sobre o conceito jurídico e tipológico do termo faturamento.

“06. No caso, faturamento terá sido tomado como termo de uma das várias noções que existem as noções de faturamento na e com uma de suas significações usuais atualmente. Sabemos de antemão que já não se a toma como atinente ao fato de ‘emitir faturas’. Nós a tomamos, hoje, em regra, como o resultado econômico das operações empresarias do agente econômico, como ‘receita bruta das vendas de mercadorias e mercadorias e serviços, de qualquer natureza’ [art.22 do decreto-lei n. 2.397/87]. Esse entendimento foi consagrado no RE 150.764, Relator o Ministro ILMAR GALVÃO, e na ADC n. 1, Relator o Ministro MOREIRA ALVES.

07. Daí porque tudo parece bem claro: em um primeiro momento diremos que faturamento é outro nome dado à receita bruta das vendas e serviços do agente econômico. Essa é uma das significações usuais do vocábulo [i.e., a noção da qual o vocábulo é termo é precisamente esta faturamento é receita bruta das vendas e serviços do agente econômico]. A análise dos precedentes aponta, no entanto – isso é proficientemente indicado em parecer de HUMBERTO ÁVILA no sentido de inversão dos termos: a lei tributária chamou de receita bruta, para efeitos do FINSOCIAL, o que é faturamento; o conceito de receita bruta [= receita da venda de mercadorias e da prestação de serviços], na lei, é que coincide com a noção de faturamento, na Constituição.

08. Ora, o artigo 3º da Lei n. 9.718/98 não diz mais do que isso. Seu § 1º é que vai além, para afirmar que ali e ali não se cogita de faturamento, mas de receita bruta se trata da totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para tais receitas.

(...)

10. (...) Eis o que aí se tem, nesse § 1º do artigo 3º e da Lei nº 9.718/98, uma definição jurídica de receita bruta: a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para tais receitas.

11. Cumpre então indagarmos se a lei poderia ter afirmado essa definição de receita bruta.

A Constituição dizia, anteriormente à EC 20/98, que a seguridade social seria financiada, entre outros, mediante recursos provenientes de contribuição social "dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e os lucros" art. 195, I).

A EC 20/98 alterou o preceito, para afirmar que essa mesma contribuição incidirá sobre a folha de salários e outros rendimentos do trabalho, sobre "a receita ou o faturamento" e sobre o lucro.

A lei é anterior à EC 20/98, ao tempo em que o artigo 195, I da Constituição afirmava que a contribuição incidiria "sobre a folha de salários, o faturamento e os lucros".

12. A alteração no texto da Constituição aparentemente, mas não necessariamente, indica alteração do campo de incidência da contribuição. A emenda, ao referir "a receita ou o faturamento", poderia estar a tomar receita como sinônimo de faturamento e faturamento como sinônimo de receita.

Anteriormente à EC 20/98 ela incidia sobre a receita da venda de mercadorias e da prestação de serviços [= receita bruta], que coincidia, qual afirmou esta Corte, com a noção de faturamento. Após a EC 20/98 ela incide sobre "a receita ou o faturamento".

Ora, se receita bruta [= receita da venda de mercadorias e da prestação de serviços] coincide, qual afirmou esta Corte, com a noção de faturamento, a inserção do termo de um outro conceito "receita" no texto constitucional há de estar referindo outro conceito, que não o que coincide com a noção de faturamento. Para exemplificar, sem qualquer comprometimento com a conclusão: receita como totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante para a determinação dessa totalidade o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para tais receitas.

Temos aí receita bruta, termo de um conceito, e receita bruta, termo de outro conceito. No primeiro caso, receita bruta que é enquadrada na noção de faturamento, receita bruta das vendas e serviços do agente econômico, isto é, proveniente das operações do seu objeto social. No segundo, receita bruta que envolve, além da receita bruta das vendas e serviços do agente econômico isto é, das operações do seu objeto social aquela decorrente de operações estranhas a esse objeto. (grifos meus).

Impõe-se então distinguirmos: de um lado teremos receita bruta/faturamento; de outro, a receita bruta que excede a noção de faturamento, introduzida pela EC 20/98, para a determinação de cuja totalidade são irrelevantes o tipo de atividade que dá lugar a sua percepção e a classificação contábil adotada.

13. Dir-se-á que a Constituição, ao não definir faturamento, incorporou noção que dele se tinha à época. Na verdade incorporou uma das noções que dele à época se tinha. A Constituição poderia [sic], mais do que incorporar, poderia ter contemplado uma definição jurídica, de faturamento. Não o tendo feito, prevaleceu

um dos entendimentos possíveis, aquele nos termos do qual receita bruta coincide com a noção de faturamento enquanto receita da venda de mercadorias e da prestação de serviços. Poderia ter prevalecido outro.

Seguiu-se debate entre os integrantes da Mesa, com passagens que merecem destaque.

“O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) Presidente, na condição de relator, permitam-me os Colegas escancarar a questão versada neste processo.

Houve a edição da Lei nº 9.718/98, sob a égide da Carta na redação anterior à Emenda Constitucional nº 20. O artigo 3º, cabeça, dessa lei preceituou algo que se mostrou consentâneo com o Diploma Maior:

‘Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior correspondendo à receita bruta da pessoa jurídica.’

O Tribunal estabeleceu a sinonímia “faturamento/receita bruta”, conforme decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 11/DF receita bruta evidentemente apanhando a atividade precípua da empresa.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO Receita operacional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) Operacional.

Com o § 1º do mesmo artigo foi dado conceito todo próprio à receita bruta:

‘Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.’

O que significa esse dispositivo? Que haverá incidência em qualquer receita, ainda que em decorrência de locação, de investimentos etc. Então, Presidente, o legislador percebeu que fora muito adiante do que autorizado pela Carta da República e editou a Emenda Constitucional nº 20, para, com isso, placitar o deslize já verificado.

Não posso também apontar que essa Emenda tenha se mostrado inócua, porque passou e disso não cogitava o texto primitivo da Lei Fundamental a tratar da incidência, considerada a receita, não mais apenas sobre a folha de salário com explicitação, inclusive, quanto à folha de salário, e não diria apenas explicitação, mas abrangência, alargamento do conceito e sobre a receita.

Houve a alteração isso está muito claro no que, na redação primitiva da Constituição de 1988 (...)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) Estaremos estabelecendo o real alcance do vocábulo “faturamento”, tal como constante da Carta da República.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO Como exatamente inscrito na Lei Complementar 70, que instituiu a contribuição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) A remeter a operação da empresa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES Como sabemos que é assim, se sabemos que houve uma evolução em relação a isso. Como sabemos, por exemplo, que não havia o conceito de faturamento aplicado às empresas de serviço e tivemos que fazer esse tipo.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) O que esta em jogo aqui são as receitas financeiras. A produção está sendo tributada com o COFINS.

Estamos dizendo é que não pode ser tributada pelo COFINS as receitas dos investimentos financeiros das empresas, o setor bancário financeiro. Esse é o núcleo da discussão.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO Porque isto não constitui faturamento.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES Esse é um conceito que evolui.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO Evolui tanto que a Emenda Constitucional 20 veio admitir essa evolução, só que, antes dela uma lei ordinária quis fazer o mesmo.” (grifos meus)

E, ainda, a manifestação do Ministro Carlos Britto, que acompanhou na íntegra o Voto do Ministro Relator.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO Senhor Presidente, tenho aqui umas rápidas anotações. A Constituição de 38, pelo seu art.195, I, redação originária, usou do substantivo "faturamento", sem a disjuntiva "ou receita".

Em que sentido separou as coisas? No sentido de que faturamento é receita operacional, e não receita total, nem receita abrangente de qualquer ingresso na empresa.

Receita operacional consiste naquilo que já estava definido pelo Decreto-Lei 2397, de 1987, art. 22, § 1º, "a", assim redigido parece que o Ministro Velloso acabou de fazer também essa remissão à lei:

‘Art .22 (...)

a) a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, de qualquer natureza, das empresas públicas ou privadas definidas como pessoa jurídica ou a elas equiparadas pela legislação do Imposto de Renda;’

Por isso, estou insistindo na sinonímia "faturamento" e "receita operacional", exclusivamente, correspondente àqueles ingressos que decorrem da razão social da empresa, da sua finalidade institucional.

Logo, receita operacional é receita bruta de tais vendas, mas não incorpora outras modalidades de ingresso financeiro: royalties, aluguéis, rendimentos de aplicações financeiras, indenizações etc.

Esse tratamento normativo do faturamento como receita operacional foi reproduzido pela Lei Complementar 70/91, cujo art.2º assim dispõe:

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

Ou seja, mais claro, impossível.

Tudo estaria pacificado não fosse o advento da Lei ordinária 9.718, de 1988, fruto da conversão da Medida Provisória 1.724, de 1998, que equiparou os termos

"faturamento" e "receita bruta", não exclusivamente operacional não vou ler porque todos já fizeram essa leitura. Poderia fazê-lo? Unir o que a Constituição não uniu? (grifos meus)

Este, o cerne jurídico da questão. Minha resposta é, parodiando o Ministro Marco Aurélio, "desenganadamente não". (grifos meus)

Da leitura de todas as considerações acima destacadas, parece-me que, a despeito das reticências que se extraem do debate travado entre Ministros da Suprema Corte, uma vez que reconhecida a constitucionalidade do caput do artigo 3º, insofismável distinguir que a base de cálculo das Contribuições, até então expressa como receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, passou a ser também identificada, simplesmente, como receita bruta. De fato, ao declarar a inconstitucionalidade apenas do parágrafo primeiro do art. 3º da Lei 9.718/98 e, ato contínuo, reconhecer a constitucionalidade do caput do artigo, o Supremo Tribunal Federal chancelou a definição ali inculpada, e não o fez porque o conceito estava de acordo com a Lei Complementar nº 70/91, mas sim com a Constituição Federal. A conclusão é que o conceito de faturamento, seja ele definido como a receita de vendas e serviços ou, simplesmente, como receita bruta, está conforme a constituição, restando precisar qual haveria de ser a diferença entre um e outro.

E não passa despercebido o fato de que a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 02/98 teve por escopo justamente permitir que a receita da pessoa jurídica fosse alcançada pelas contribuições para o financiamento da seguridade social. De fato, ao observador desatento pode parecer inconcebível que a receita já fosse a base de cálculo das Contribuições antes mesmo da EM nº 20, quando parece ter sido justamente ela que introduziu tal possibilidade no ordenamento jurídico. No entanto, lembre-se, a base sobre qual incidia a Cofins ao tempo da Lei Complementar nº 70/91 já estava definida como sendo a receita bruta, naquela especificada como sendo o faturamento decorrente das vendas de mercadorias e serviços. Ainda mais, como também já foi mencionado, a jurisprudência firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal propunha a sinonímia, para efeitos tributários, entre a expressão faturamento e receita bruta.

A explicação para essa aparente contradição parece estar nas palavras do Exmo. Ministro Carlos Britto, quando expressa o entendimento de que a autorização introduzida pela Emenda Constitucional nº 20 alcançou, justamente, as receitas especificadas no parágrafo primeiro do artigo 3º da Lei 9.718/98, ampliação que, antes da Emenda, foi considerada inconstitucional.

Fica claro, portanto, que antes ou depois da Lei 9.718/98 e até a Emenda Constitucional nº 20, apenas as receitas tidas como próprias ou típicas da pessoa jurídica e não a totalidade das receitas empresariais poderiam integrar a base de cálculo das Contribuições.

É fato que não se desconhecem os diversos Acórdãos do Supremo Tribunal Federal que, depois da decisão pela inconstitucionalidade do parágrafo primeiro, fazem remissão ao conceito de faturamento que parecia pacificado antes da entrada em vigor da Lei 9.718/98, qual fosse, o da Lei Complementar 70/91.

Embora isso, me arrisco a dizer que tais manifestações são apenas fruto de reflexões dedicadas e focadas especificamente na questão da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo. Jamais pretendeu-se "*a constitucionalização de preconcepções doutrinárias não incorporadas expressamente no texto constitucional*", nem o reconhecimento

de “*um específico conceito constitucional de faturamento*”⁴. Com efeito, de tudo o que até aqui foi dito, creio que existam fortes razões para acreditar que a remissão ao status anterior da base imponible decorre da destinação das decisões nas lides em que foram tomadas, em processos nos quais discutia-se o direito do contribuinte de afastar o alargamento da base de cálculo e não a amplitude do conceito de faturamento em si.

E há, ainda, outras questões que precisam ser consideradas.

Resgatando mais uma vez o arcabouço normativo histórico da Cofins, vê-se que foi a Lei Complementar nº 70/91 que, ao disciplinar de maneira ampla a incidência da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, seu raio de alcance e fonte de financiamento das atividades-fins das áreas de saúde, previdência e assistência social, excluiu as instituições a que se refere o § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91 do pagamento da Contribuição, elevando, concomitantemente, a alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido por elas devida.

Lei Complementar 70/91

Art. 11. Fica elevada em oito pontos percentuais a alíquota referida no § 1º do art. 23 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, relativa à contribuição social sobre o lucro das instituições a que se refere o § 1º do art. 22 da mesma lei, mantidas as demais normas da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, com as alterações posteriormente introduzidas.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas sujeitas ao disposto neste artigo ficam excluídas do pagamento da contribuição social sobre o faturamento, instituída pelo art. 1º desta lei complementar.

Lei 8.212/91

Art. 23. As contribuições a cargo da empresa provenientes do faturamento e do lucro, destinadas à Seguridade Social, além do disposto no art. 22, são calculadas mediante a aplicação das seguintes alíquotas:

I - 2% (dois por cento) sobre sua receita bruta, estabelecida segundo o disposto no § 1º do art. 1º do Decreto-lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, com a redação dada pelo art. 22, do Decreto-lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987, e alterações posteriores;⁹

II - 10% (dez por cento) sobre o lucro líquido do período-base, antes da provisão para o Imposto de Renda, ajustado na forma do art. 2º da Lei nº 8.034, de 12 de abril de 1990.¹⁰

§ 1º No caso das instituições citadas no § 1º do art. 22 desta Lei, a alíquota da contribuição prevista no inciso II é de 15% (quinze por cento).

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica às pessoas de que trata o art. 25.

Merece especial atenção a exclusão prevista no parágrafo único do artigo 11 da Lei Complementar 70/91. Partindo da premissa de que a lei não contém expressões inúteis, falece razão à determinação de que as instituições relacionadas o § 1º do art. 22 da Lei 8.212/91, dentre elas a litigante, sejam excluídas, acaso elas não estivessem, pelo comando geral da Norma, incluídas. Isso significa dizer que, já na vigência da Lei Complementar 70/91, as atividades desenvolvidas pela litigante estavam sujeitas ao pagamento da Contribuição, pois enquadrar-se-iam no conceito de serviços.

A despeito disso, fato é que, após, a Lei 9.718/98 e outras medidas legislativas que se seguiram, como fazem exemplo a MP 2.158/01 e, mais tarde, as Leis 10.637/03 e 10.833/03, que introduziram o Sistema Não-Cumulativo das Contribuições para o PIS/Pasep e Cofins, foi revisto o Sistema de financiamento da Seguridade Social como um todo, e incluídas, expressamente, dentre outras, as corretoras no rol de contribuintes sujeitos ao recolhimento da exação fiscal, como se extrai do texto dos parágrafos 5º e 6º do artigo 3º da Lei 9.718/98.

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

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

Como dito de início, a declaração de inconstitucionalidade alcançou exclusivamente o parágrafo primeiro do artigo 3º da Lei 9.718/98. De tudo o que se coloca, fica claro que não somente o caput do artigo, mas os demais parágrafos e toda a regulamentação superveniente deixou de ser atingida e permanece até hoje em vigor. Do parágrafo 2º ao parágrafo 9º do artigo 3º, assim como na MP 2.158/01, encontram-se exclusões permitidas da base de cálculo das Contribuições apuradas no Sistema Cumulativo, que não fariam nenhum sentido se a base continuasse adstrita às receitas proveniente das vendas de bens e serviços, no caso do conceito de serviços ser interpretado tão restritivamente como frequentemente se pretende.

E, veja-se, se o que se discute é a possibilidade de que estejam extirpados do ordenamento jurídico todas as disposições normativas introduzidas pelo artigo 3º da Lei 9.718/98 e MP 2.158/01, então haveria de se estar faltando em exclusão total do pagamento da Cofins e não apenas das receitas atípicas, uma vez que a revogação tácita do parágrafo único do artigo 11 da Lei Complementar 70/91 decorre das disposições introduzidas pelo artigo 3º da Lei 9.718/98 e MP 2.158/01.

De todo o exposto, considerando que a Recorrente trata-se de uma Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários, não vejo como considerar que as receitas em escrutínio não sejam classificadas como receitas próprias e típicas da sociedade fiscalizada.

E que também não se fale em erro na apuração da base de cálculo das Contribuições. A Recorrente parece ter ignorado todos apontamentos feitos a respeito do assunto no julgamento de primeira instância. Reproduzo a seguir o excerto do Voto no qual a matéria é exaustivamente examinada, adotando os fundamentos declinados e a demonstração lógica que lhe dá suporte como se meus fossem.

Cumpra ainda analisar a reclamação da interessada quanto ao alegado equívoco da autoridade fiscal na apuração da base de cálculo das contribuições em apreço, pois, segundo a contribuinte, teria sido considerado como valor tributável a diferença entre o preço de venda das ações e o custo dos títulos patrimoniais, ao invés de considerar a diferença entre o preço de venda e o de recebimento das ações.

7.1. Às fls. 165 no Termo de Verificação Fiscal do presente processo, a autoridade fiscal informa que a impugnante recebeu 6.241.578 (4.947.334 + 1.294.244) ações da Bovespa Holding S/A no valor de R\$ 11.717.626,11 em decorrência do processo de desmuntualização (R\$ 10.981.626,11 pela devolução dos 07 títulos patrimoniais e R\$ 736.000,00 pelas 700 ações da CBLC). Sobre a venda das ações da Bovespa Holding S/A, assim expõe a autoridade fiscal à fl. 166:

“Assim, nos termos do Instrumento Particular de Contrato de Indenização e Outras Avenças, documento firmado antes da efetivação do processo de desmuntualização da Bovespa, foram vendidas 1.248.317 (20% do total recebido) pelo valor de R\$28.711.291,00 (valor unitário de R\$23,00). As vendas, via oferta pública inicial, ocorreram nos Pregões realizados em 25 de outubro de 2007 (lote principal) e em 29 de outubro de 2007 (lote suplementar).

O ganho de R\$26.367.763,15, resultante da diferença entre o valor de venda de R\$28.711.291,00 e o custo de R\$2.343.527,85, foi classificado como receita não operacional levado a crédito da conta COSIF nº 7.3.1.10.00.01 Lucro na alienação de investimento”

7.1.1. Pela descrição dos fatos, a alienação refere-se apenas e tão somente a 20% das ações da Bovespa Holding Recebidas, portanto foram alienadas somente 1.248.315 ações (20% de 6.241.578) adquiridas ao preço de R\$ 2.343.525,22 (20% de R\$ 11.717.626,11). Ora, se o preço de venda dessas ações foi de R\$ 28.711.291,00, encontra-se correto o valor do lucro obtido na venda das ações no valor de R\$ 26.367.763,15 (R\$ 28.711.291,00 – R\$ 2.343.525,22).

7.2. À fl. 167 no mesmo Termo de Verificação, o autuante informa que a contribuinte recebeu 14.767.640 ações da BM&F pelo valor de R\$ 14.767.640,00. A respeito da venda das ações da BM&F S/A a autoridade fiscal assim se pronunciou:

“Em cumprimento ao Instrumento de Aceitação de Venda de Ações a Interbolsa alienou, em 16/11/2007, no mercado de balcão, 1.476.764 ações da BM&F S/A para a General Atlantic, pelo valor de R\$ 14.322.528,71.

Nesta operação a Interbolsa apurou lucro no valor de R\$12.845.764,71, correspondente à diferença entre o valor de venda e o custo de aquisição de R\$ 1.476.764,00, mais lucro complementar de R\$1.591.711,03, conforme razão da conta 7.3.1.10.10.00.1 Lucro na Alienação de Investimentos.

(...)

Em seguida, em cumprimento aos compromissos firmados com a BM&F S/A denominados "Instrumento Particular de Assunção de Obrigações" e "Termo de Adesão ao Instrumento Particular de Assunção de Obrigações (Anexo I), foram vendidas na oferta pública inicial, pelo preço unitário de R\$20,00, mais 3.691.910 ações (perfazendo 35% do total recebido).

As vendas ocorreram em duas etapas, a primeira no pregão de 28 de novembro de 2007 (lote principal) no qual foram vendidas 3.210.357 ações no valor de R\$62.260.430,74 e a segunda no pregão de 30 de dezembro de 2007 (lote suplementar) envolvendo 481.553 ações no valor de R\$9.337.917,61, totalizando R\$71.598.348,35 conforme extratos do Banco BMF de Serviços de Liquidação e Custódia.

7.2.1. Pela descrição dos fatos, a primeira alienação referente à venda de 10% das ações da BM&F S/A recebidas (1.476.764 ações vendidas = 10% de 14.767.640) adquiridas ao preço de R\$ 1.476.764,00 (10% de R\$ 14.767.640,00). Ora, se o preço de venda dessas ações foi de R\$ 14.322.528,71, o valor do lucro obtido na primeira venda das ações da BM&F realizada em novembro de 2007 é de

R\$ 12.845.764,71 (R\$ 14.322,528,71 – R\$ 1.476.764,00). Também em relação à alienação de 35% das ações da BM&F S/A (3.210.357 ações vendidas= 35% de 14.767.640), realizada em duas etapas: 28/11/2007 e 30/12/2007, obteve-se um lucro de R\$ 69.498,149,38 (R\$62.260.430,74 + R\$ 9.337.917,61 – R\$ 3.210.357,00 – R\$481.553,00 + R\$ 1.591,711,03*), conforme apontado pela autoridade fiscal. (*Observar que o valor de R\$ 1.591.711,03 corresponde ao lucro complementar registrado conta 7.3.1.10.10.00.1 Lucro na Alienação de Investimentos, em 20/12/2007, conforme informado às fls. 168 e 303).

7.3. Com efeito, o documento de fls. 303, apresentado pela própria impugnante em sua defesa, apenas confirma o acerto da base de cálculo utilizada na autuação. Portanto tal documento dá razão ao procedimento fiscal

7.4. A impugnante acusa a autoridade de ter utilizado o valor de aquisição dos títulos e o valor de venda das ações para identificar a base de cálculo das contribuições (fl. 201), entretanto ficou plenamente demonstrado que o autuante utilizou como base de cálculo o valor de venda diminuído do valor de aquisição (custo) das ações vendidas. Portanto a acusação de erro na apuração nas bases de cálculo revelou-se totalmente improcedente.

Assim, VOTO por negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinatura digital)

Ricardo Paulo Rosa