



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

Processo n° 16327.720777/2012-93
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3302-003.237 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de junho de 2016
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - PIS/COFINS
Recorrente ITAU UNIBANCO S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 31/10/2007 a 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.

MULTA. AUMENTO. 112,5%. INAPLICABILIDADE. JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA.

É farta a jurisprudência do CARF, no sentido de que a simples não apresentação de documentos requeridos pela Fiscalização, quando não

obscurecem seu trabalho, não justifica o agravamento da multa. Dispondo a fiscalização dos elementos necessários para a apuração da matéria tributável, descabe o agravamento da multa por não atendimento à intimação para apresentação dessas informações.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/10/2007 a 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.

MULTA. AUMENTO. 112,5%. INAPLICABILIDADE. JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA.

É farta a jurisprudência do CARF, no sentido de que a simples não apresentação de documentos requeridos pela Fiscalização, quando não impedem seu trabalho, não justifica o agravamento da multa. Dispondo a fiscalização dos elementos necessários para a apuração da matéria tributável, descabe o agravamento da multa por não atendimento à intimação para apresentação dessas informações.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao Recurso Voluntário para manter a incidência das Contribuições sobre o valor decorrente da venda das ações obtidas no processo de desmutualização, vencidos os

Conselheiros Domingos de Sá, Lenisa Prado, Sarah Linhares e Walker Araújo, Relator. O Conselheiro Ricardo Paulo Rosa redigirá o voto vencedor.

Por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao Recurso Voluntário para reduzir o percentual da multa aplicada de 112,5% para 75%.

Por maioria de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário, para manter a exigência de juros sobre a multa, vencida a Conselheira Sarah Linhares e o Conselheiro Domingos de Sá.

(assinado digitalmente)

Ricardo Paulo Rosa - Presidente e Redator.

(assinado digitalmente)

Walker Araujo - Relator.

Ricardo Paulo Rosa - Redator designado.

EDITADO EM: 12/08/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Ricardo Paulo Rosa (presidente da turma), Paulo Guilherme Deroulede, José Fernandes do Nascimento, Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Domingos de Sá Filho, Lenisa Rodrigues Prado, Sarah Maria Linhares de Araújo e Walker Araujo.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração objetivando a cobrança do crédito tributário de Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS do período de 31.10.2007 a 31.12.2007, no montante originário de R\$ 14.686.071,55.

Os fundamentos que embasaram o lançamento e a apuração da base de cálculo estão demonstradas no Termo de Verificação Fiscal de fls. 62-86. Em apartada síntese, a fiscalização constatou:

1 - Desmutualização da BM&F e venda de parte das ações recebidas na oferta pública.

- Em 28 de agosto de 2007, como resultado do processo de desmutualização da BOVESPA e da CBLC, aprovado em Assembléias Gerais Extraordinárias, realizadas nesta data, a Bolsa de Valores de São Paulo deixou de ser uma associação sem fins lucrativos para se tornar uma sociedade por ações;

- Que, antes da desmutualização, a Contribuinte era detentor de 5.600 ações da CBLC, que resultaram em 10.353.952 ações da Bovespa Holding S/A, valoradas, após a desmutualização, em R\$ 18.193.165,70;

- Que, em 30/10/2007, na distribuição pública (IPO), a Contribuinte vendeu 2.698.629 ações, por R\$ 62.068.467,00, que, ao custo de R\$ 1,757122854 por ação, representou um valor de custo total das ações vendidas de R\$ 4.741.822,69, resultando num Ganho na venda das 2.698.629 ações de R\$ 57.326.644,31;

- Que, o contribuinte não procedeu ao devido recolhimento de PIS e de COFINS sobre os ganhos auferidos com a venda das ações nos IPO da Bovespa e da BM&F, por entender que os lucros na alienação de investimentos são receitas não operacionais, oriundas de vendas de Ativos do Permanente, portanto não tributado para PIS e COFINS, conforme previsto no inciso IV, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98.

- Que apesar da clara e precisa instrução da Bovespa para registro das ações, para as quais houvesse interesse de venda, no ativo circulante (conforme item 16 acima), e apesar da formalização da intenção de venda ao outorgar procuração para tal e torna-se signatário do "Instrumento Particular", conforme itens 17 a 22 acima, o contribuinte, contraditoriamente, considerou a totalidade das 10.353.952 ações recebidas como investimento, registrando-as integralmente no ativo permanente, inclusive as 2.698.629 ações para as quais manifestou o interesse de vender.

2 - Desmutualização da Bovespa e venda de parte das ações recebidas na oferta pública.

- Em 20 de setembro de 2007, como resultado do processo de desmutualização da Bolsa de Mercadorias e Futuros, BM&F, aprovado em Assembléias Gerais Extraordinárias, realizada nesta data, a Bolsa de Valores de São Paulo - BM&F deixou de ser uma associação sem fins lucrativos para se tornar uma sociedade por ações;

- Que o contribuinte, no momento da desmutualização, era detentor dos seguintes títulos, com valores definidos conforme item anterior:

1 Título de Membro de Compensação, matrícula nº111, valorado, na data da desmutualização, em R\$ 4.961.610,00;

1 Título de Membro de Compensação, matrícula nº115, valorado, na data da desmutualização, em R\$ 4.961.610,00;

1 Título de sócio efetivo, matrícula nº 77, valorado, na data da desmutualização em R\$ 10.000,00;

1 Título de sócio efetivo, matrícula nº 78, valorado, na data da desmutualização em R\$ 10.000,00;

1 Título de sócio efetivo, matrícula nº 79, valorado, na data da desmutualização em R\$ 10.000,00;

1 Título de sócio efetivo, matrícula nº 119, valorado, na data da desmutualização em R\$ 10.000,00;

- Que, em decorrência da desmutualização da BM&F, o contribuinte passou a ser detentor de 9.963.220 ações da BM&F Holding, valoradas em R\$ 9.963.220,00 ao valor unitário de R\$ 1,00 por ação;

- Que, o contribuinte efetuou as seguintes vendas das ações ordinárias recebidas no processo de desmutualização da BM&F:

*996.322 ações, a um fundo de investimentos integrantes do grupo Private Equity General Athantic, recebido em duas parcelas:

16/11/2007, R\$ 9.662.918,69, auferindo ganho bruto de R\$ 8.668.596,49

19/12/2007, R\$ 1.073.872,82, auferindo ganho bruto de R\$ 1.073.872,82

* Na oferta pública:

30/11/2007, 2.59.101 ações, auferindo ganho bruto de R\$ 47.826.235,87

06/12/2007, 389.865 ações, auferindo ganho bruto de R\$ 7.173.012,64.

- Que, quanto ao registro contábil das ações recebidas no processo de desmutualização da BM&F ocorreu procedimento similar ao ocorrido com as ações da Bovespa, isto é, foram registradas todas no ativo permanente, inclusive as ofertadas e vendidas no IPO da BM&F;

- Que, em relação aos ganhos obtidos com a venda dessas ações, o contribuinte adotou o mesmo procedimento incorreto adotado para a venda das ações da BOvespa Holding S/A, ou seja, tendo registrado tais ações no ativo permanente, apesar da expressa intenção de vendê-las no IPO, considerou o ganho obtido como receita não operacional, e a excluiu das bases de cálculo do PIS e da COFINS.

Em suma, a autuação se deve pelo fato da autoridade fiscal entender que a venda de ações da BM&F e da Bovespa Holding S/A, realizada pela Recorrente, não poderia ser classificada como venda de ativo permanente, e sim como venda de ativo circulante, de modo que os valores resultantes dessa operação deveriam integrar a receita operacional da contribuinte, incidindo, assim, as famigeradas contribuições.

Intimada em 04.07.2012, a Recorrente em sede de impugnação apresentou os seguintes argumentos, conforme demonstra o trecho extraído do acórdão de piso:

a) que procedeu à venda de parte das ações da Bovespa Holding S/A e da BM& S/A sem, legitimamente, incluir tais receitas na base de cálculo da Contribuição para o PIS e da Cofins, pois, seja por força da disposição inserta no inciso IV do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que exclui da receita bruta a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente, seja por não se adequar ao conceito de faturamento contido na mesma norma.

b) que as ações recebidas na desmutualização foram corretamente registradas no ativo permanente, sendo que a receita advinda da alienação dessas ações não pode sofrer a incidência das contribuições de que se trata, pois tal condição consistiria de hipótese legal de exclusão de sua base de cálculo (inciso IV do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98).

c) que diante da obrigação imposta pelas Bolsas de Valores, efetuou a aquisição de títulos destas entidades em anos anteriores, os quais foram contabilizados na conta de títulos patrimoniais, e que, portanto, no processo de desmutualização foram recebidas ações de valores idênticos aos títulos da Bovespa e da BM&F, que já estavam contabilizados na conta de títulos patrimoniais, pelo que o mesmo tratamento contábil e tributário deve ser a elas aplicado, sem a necessidade de reclassificação contábil dos ativos, como equivocadamente entendeu a autoridade administrativa. Aduz que a classificação de um ativo em conta do ativo permanente deve se basear na intenção da sociedade, no momento da aquisição, de permanência ou de negociação e defende que é patente sua intenção, quando da compra dos títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F (posteriormente transformados em ações), de permanecer com os tais ativos, inclusive por ser

condição indispensável para operar na bolsa. Defende, assim, que foi correta a classificação das ações recebidas em conta de ativo permanente, e não de circulante, visto que no processo de desmutualização das bolsas ocorreu uma mera substituição de títulos patrimoniais por ações, não alterando o caráter de permanência do ativo.

d) ainda que se admita, a título de argumentação, que as ações em comento deveriam ter sido contabilizadas no ativo circulante, fato é que mesmo assim as respectivas receitas não estariam compreendidas no conceito de faturamento (empregado no artigo 195 da Constituição Federal de 1988, fundamento de validade da Lei nº 9.718/98), pois não guardam relação com a sua atividade empresarial, razão pela qual não fazem parte da hipótese de incidência da contribuição para o PIS e da Cofins.

e) o alargamento da base de cálculo das contribuições ao PIS e a Cofins, pretendido pelo parágrafo 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, com a inclusão de receitas não operacionais, já foi afastado pelo Supremo Tribunal Federal, por manifestada inconstitucionalidade (RE's nºs 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084), o que foi confirmado com a revogação do referido pela Lei nº. 11.941/1909, restringindo, portanto, o conceito de faturamento para efeitos de sua incidência às receitas operacionais.

f) Contra o agravamento da multa de ofício, a impugnante, inicialmente, destaca que a própria autoridade fiscal reconhece que apresentou a documentação solicitada, ainda que de forma fracionada e alega que: os documentos solicitados pelo Fisco eram bastante antigos, o que dificultou sobremaneira o levantamento das informações; ao final do ano de 2008, passou por uma grande operação de fusão e que após uma operação dessa grandeza há um período em que o fluxo de informações é truncado; a eventual morosidade no atendimento das informações solicitadas pelo Fisco não resultou em prejuízo à fiscalização que culminou na lavratura do presente auto de infração.

g) Contesta a incidência de juros sobre multa de ofício. Nesse sentido, alega que, a teor do art. 3º, caput e §3º, da Lei nº 9.430/1996, os débitos de tributos e contribuições é que se sujeitam aos juros de mora e não o valor da multa de mora e que, por iguais razões, não cabe aplicar tais juros sobre a multa de ofício. Alega, ainda que o artigo 164 do CTN confirma essa conclusão quando, ao tratar de crédito tributário, separa claramente os conceitos de crédito, juros de mora e penalidades. Menciona que mesma clara distinção ocorre no artigo 161, caput, do CTN. E defende que, por consequência, também não são aplicáveis à multa de ofício os juros de 1% ao mês, referidos no § 1º do art. 161 do CTN.

Através do acórdão nº 07-32.286, a 4ª Turma da DRJ/FNS, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação nos termos da ementa abaixo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Ano calendário: 2007

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

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

VENDA DE AÇÕES. RECEITA OPERACIONAL. INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO.

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano calendário: 2007

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. INEXISTÊNCIA.

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

VENDA DE AÇÕES. RECEITA OPERACIONAL. INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO.

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

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2007

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVADA.

Caracterizado o reiterado atraso na prestação de informações solicitadas pela fiscalização, o reiterado descumprimento das exigências postas nos termos de intimação fiscal e a reiterada omissão de informações solicitadas pela fiscalização, sem justificativa e sem solicitação de prazo de prorrogação, configurada está a hipótese legal para a aplicação da multa de ofício agravada, no percentual de 112,5% do valor da contribuição devida.

Não se conformando com a decisão de primeira instância, a Recorrente, intimada em 26.11.2013, interpôs Recurso Voluntário em 23.12.2013, reproduzindo integralmente as alegações apresentadas em sede de impugnação.

Remetido o processo ao Colegiado, o antigo relator do processo, Conselheiro Rodrigo Mineiro Fernandes, por meio da Resolução nº 3101-000.403, converteu o julgamento em diligência para que fossem juntados aos autos cópia dos atos societários relativos ao processo de "desmutualização" das pessoas jurídicas envolvidas na alegada "transferência de ativos", cujo intuito era verificar como se deram as alterações societárias das partes envolvidas.

Referidos documentos foram carreados aos autos às fls. 1.058-1.298, e demonstram que as alterações societárias relativa ao "*processo de desmutualização*" consistiu na operação de abertura de capital das Bolsas de Valores e se deu mediante cisão da associação e incorporação da parcela cindida por sociedade anônima.

Instada a se manifestar, a Recorrente apenas reiterou os argumentos apresentados em sede recursal (fls. 1.306-1310) e, requereu, ao final, o cancelamento integral do lançamento.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Walker Araujo - Relator

O recurso voluntário interposto pela Recorrente é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Conforme exposto anteriormente, o cerne da questão diz respeito a análise da incidência do PIS e da COFINS sobre as receitas provenientes da venda das ações que resultaram da transformação da Bolsa de Valores de São Paulo - Bovespa e da Bolsa Mercantil e de Futuros BM&F em sociedades por ação.

No entendimento da autoridade fiscal, a conferência das ações das sociedades anônimas aos associados da BOVESPA e da BM&F resultou numa nova aquisição de participação societária e/ou devolução do capital investido na antiga associação sem fins lucrativos, implicando na necessidade de reclassificação do ativo, de permanente para circulante, considerando que à época da operação a Recorrente manifestou interesse em negociar, no mesmo exercício, parte das ações recebidas.

Por sua vez, entende a Recorrente que não houve nova aquisição de participação societária, tampouco devolução de capital investido, ocorrendo tão e somente a mera substituição de títulos patrimoniais por ações, o que não demandaria a reclassificação destes ativos.

Além disso, segundo a Recorrente as ações oriundas do processo de desmutualização foram recebidas de valores idênticos aos títulos da Bovespa e da BM&F, que já estavam contabilizados na conta de títulos patrimoniais, pelo que o mesmo tratamento contábil e tributário deve ser a elas aplicado, sem a necessidade de reclassificação contábil dos ativos.

Correto o procedimento adotado pela Recorrente.

Isto porque, na operação denominada "*desmutualização*" os títulos patrimoniais convertidos em ações não resultaram nova aquisição de participação societária, tampouco devolução de capital investido. O que ocorreu de fato, foi a mera substituição de título patrimoniais por ações resultantes de operações de cisão e incorporação do patrimônio das associações sem fins lucrativos.

Com efeito, as ações recebidas pela Recorrente não foram dadas em pagamento pelas sociedades anônimas, como também não houve mudança da titularidade dos títulos patrimoniais. Os títulos patrimoniais inicialmente registrados pela Recorrente em seu

ativo permanente foram apenas substituídos nominalmente por ações, não representando, como pretende a fiscalização, nova aquisição de participação societária.

Ou seja, ações não foram compradas no mercado para venda, já existiam no patrimônio da Recorrente como investimento permanente.

Some-se a isso, que há equivalência das ações e dos títulos patrimoniais registrados pela Recorrente, evidenciando, assim, se tratar de mera substituição de um título representativo de capital por outro.

É de se observar, ainda, que os títulos patrimoniais foram adquiridos à época pela Recorrente para o fim de investimento e como requisito/condição imprescindível para operar na Bolsa de Valores.

Desta forma, como a intenção da Recorrente não era a comercialização propriamente dita, os investimentos adquiridos como condição para operar na Bolsa de Valores foram registrados no ativo permanente.

Portanto, considerando que os investimentos em discussão iniciaram o ano de 2007 como título patrimonial, o fato de a BOVESPA e a BM&F terem sido desmutualizada em agosto e do IPO ter ocorrido posteriormente, não altera a natureza do bem que continua sendo investimento próprio e, conseqüentemente, não justifica a mudança de classificação contábil no próprio exercício e a reclassificação.

Neste sentido, destaco os julgamentos proferidos por este Conselho Administrativo Fiscal que analisaram questões idênticas as discutidas neste processo:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Exercício: 2007

DESMUTUALIZAÇÃO DA BOVESPA E DA BM&F. SUBSTITUIÇÃO DOS TÍTULOS PATRIMONIAIS POR AÇÕES.

A operação denominada desmutualização das bolsas não implicou a dissolução de que trata o art. 61 do Código Civil e tampouco a devolução de patrimônio aos associados. Os antigos títulos patrimoniais, que se encontravam classificados no ativo permanente das entidades sócias, foram substituídos por ações, as quais foram emitidas em quantidade equivalente ao valor monetário daqueles títulos patrimoniais, uma vez que tais ações eram representativas do mesmo patrimônio."

PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. ALIENAÇÃO ONEROSA DAS AÇÕES RECEBIDAS EM SUBSTITUIÇÃO DOS ANTIGOS TÍTULOS PATRIMONIAIS DAS BOLSAS.

A receita auferida com a venda das ações recebidas em substituição dos títulos patrimoniais das antigas Bovespa e BM&F está excluída das bases de cálculo do PIS e da Cofins por se tratar de alienação de patrimônio próprio, amparada pelo art. 3º, IV, da Lei nº 9.718/98.

Recurso provido. (Acórdão 3403-003-447 - 4ª Câmara/3ª Turma Ordinária - Relator Antônio Carlos Atulim - Sessão 10.12.2014)"

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/10/2007 a 31/12/2007

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

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

VENDA DE ATIVOS NÃO INCIDÊNCIA DE COFINS

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/10/2007 a 31/12/2007

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

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

VENDA DE ATIVOS NÃO INCIDÊNCIA DE PIS

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

Recurso Voluntário Provido (Acórdão 3302-001.871 - 3ª Câmara/2ª Turma - Relator - Sessão 27.11.2012 - Relator Walber José da Silva)"

Destaca-se parte do voto proferido pelo Conselheiro Antônio Carlos Atulim no processo nº 16327.721734/201144 (Acórdão nº 3403003.447, de 10/12/2014), cujas razões de decidir retratam o meu entendimento sobre o tema:

A questão posta para deslinde por parte deste colegiado não é nova. Trata-se mais uma vez de analisar a incidência do PIS e da COFINS sobre as receitas provenientes da venda das ações que resultaram da transformação da Bolsa de Valores de São Paulo e da Bolsa Mercantil e de Futuros em sociedades por ações.

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

Com a transformação societária da antiga BM&F na sociedade por ações BM&F S/A e na incorporação da CBLC pela BOVESPA HOLDING, ocorridas em 2007, o contribuinte recebeu 3.882.732 de ações da BOVESPA HOLDING em conversão das antigas ações da CBLC e 4.981.610 de ações da BM&F S/A em conversão do título da antiga BM&F.

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

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

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

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

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

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

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

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

em que vai se converter, enquanto que o art. 2.033, do mesmo Código, autoriza as associações a sofrerem cisão, fusão e incorporação.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Com essas considerações, voto no sentido de dar provimento ao recurso.(grifado)

Conclui-se, portanto, que os títulos da Bovespa e da BM&F que eram de propriedade da sociedade tinham a mesma característica de bens do ativo permanente e que as ações recebidas em decorrência da cisão seguida de incorporação deveriam ser registradas em seu ativo permanente.

Assim, entendo que as ações de emissão da Bovespa Holding S.A e da BM&F S.A recebidas pela Recorrente em decorrência do processo de “desmutualização” da BOVESPA foram corretamente classificadas no ativo permanente da Recorrente, fato que afasta a incidência do PIS e da COFINS, nos termos do inciso IV, do §2º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98.

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

(...)

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

(...)

IV a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente.

Por fim, é imperioso consignar que a informação prestada pela BOVESPA Holding à todos os associados, por meio da Circular nº 225/2007-DG, no sentido de que as ações “substituídas” deveriam ser registradas através dos critérios abaixo descritos, não inválida o procedimento contábil adotado pela Recorrente:

Os detentores de ações de emissão da CBLC deverão também reconhecer os efeitos do processo de desmutualização, baixando o valor convertido em ações de emissão da Bovespa Holding S/A e, conforme 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 do COSIF nº 2.1.5.10.), se a decisão for a de considerar essas ações como investimento.*

Lembramos que os acionistas da Bovespa Holding S/A, a seu critério, considerando seus objetivos de investimento, poderão realizar uma alocação mista, entre o Ativo Circulante e Ativo Permanente.

Isto porque, vincular o contribuinte ao cumprimento de regras instituídas por meio de circular, destoa das regras previstas no inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal, que preceitua: " *Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*".

Vencido este Relator em relação a incidência do PIS e da COFINS, passa-se a análise dos demais argumentos suscitados pela Recorrente relativos **(i)** ao agravamento da multa de ofício prevista no inciso I, do §2º, do artigo 44, da Lei 9.430/96; e **(ii)** a incidência de juros sobre multa de ofício.

Em relação ao primeiro ponto, alega a Recorrente que **(i)** a própria autoridade fiscal reconhece que apresentou a documentação solicitada, ainda que de forma fracionada; **(ii)** os documentos solicitados pelo Fisco eram bastante antigos, o que dificultou sobremaneira o levantamento das informações; **(iii)** ao final do ano de 2008, passou por uma grande operação de fusão e que após uma operação dessa grandeza há um período em que o fluxo de informações é truncado; **(iv)** a eventual morosidade no atendimento das informações solicitadas pelo Fisco não resultou em prejuízo à fiscalização que culminou na lavratura do presente auto de infração.

Sobre esta matéria, entendo que a manutenção da multa agravada não pode persistir. Isto porque, não houve desrespeito a norma prevista no inciso I, do §2º, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96, considerando que **(i)** a Recorrente prestou informações à fiscalização, ainda que forma fracionada; e **(ii)** o atendimento a fiscalização, ainda que de forma fracionada, não obstou a lavratura do auto de infração, bem como não acarretou prejuízo ao procedimento fiscal.

Outro não é o entendimento deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscal, no sentido de que a simples não apresentação de documentos requeridos pela Fiscalização, quando não impedem seu trabalho, não justifica o agravamento da multa, *in verbis*:

AGRAVAMENTO O agravamento da multa de ofício pelo atraso ou não atendimento de intimações e pedidos de esclarecimentos só tem aplicação quanto efetivamente demonstrada a recusa ou efetivo prejuízo ao procedimento fiscal. 1º CC. / 3ª Câmara / ACÓRDÃO 10323.566 em 17.09.2008. Publicado no DOU: 20.01.2009.

IMPOSSIBILIDADE MATERIAL. AGRAVAMENTO DA MULTA DE OFÍCIO A impossibilidade material do contribuinte em cumprir a intimação da fiscalização para apresentar documentos não autoriza o agravamento da multa de ofício. 1º CC. / 1ª Câmara / ACÓRDÃO 10196.675 em 17.04.2008. Publicado no DOU em: 06.11.2008.

MULTA AGRAVADA Não deve ser aplicada a multa agravada de 112,5% se não fica demonstrada ação ou omissão do contribuinte com o objetivo de retardar ou impedir a atividade de fiscalização. CARF 1ª Seção 2ª Turma da 3ª Câmara / ACÓRDÃO 130200.302 em 21.05.2010. Publicado no DOU em: 24.01.2011

MULTA AGRAVADA. FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO Dispondo a fiscalização dos elementos necessários para apuração da matéria tributável, descabe o agravamento da multa por não atendimento à intimação para apresentação dessas informações. Recurso Voluntário Provido em Parte. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais CARF 1ª Seção 1ª Turma da 3ª Câmara / ACÓRDÃO 130100.270 em 29.01.2010.

Assim, entendo não ser cabível o agravamento da multa.

Já em relação ao segundo ponto, entendo que não assiste razão à Recorrente.

A cobrança dos juros moratórios sobre débito decorrente de tributos e contribuições encontra-se prevista no art. 61, § 3º, enquanto que a cobrança do referido gravame sobre multa isolada encontra-se estabelecida no parágrafo único do art. 43 do mesmo diploma legal, a seguir transcritos:

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

*Parágrafo único. **Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora**, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (grifos não originais)*

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

(...).

*§ 3º **Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º**, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (grifos não originais)*

Trata-se de preceitos legais constantes do mesmo diploma legal, o que demonstra que o legislador, deliberada e intencionalmente, conferiu tratamento distinto para ambas as situações, mas com o objetivo de conferir tratamento isonômico, ou seja, cobrança dos juros moratórios em ambas os casos.

E a justificativa para esse tratamento isonômico está no fato de a multa de ofício incidir sobre o valor do tributo devido, acrescido dos juros moratórios. Assim, na data do pagamento, tal gravame, automaticamente, também integrará o valor da multa de ofício, calculada proporcionalmente ao valor do tributo devido. Dito de outra forma: não são os juros moratórios que incidem sobre a multa de ofício, mas a multa que incide sobre o crédito tributário acrescido de juros moratórios.

Logo, no âmbito do lançamento de ofício, por força do disposto no art. 44 da Lei 9.430/1996, com as alterações posteriores, os juros moratórios sempre comporão o valor da multa ofício, qualificada ou não, cujo valor é calculado proporcionalmente ao “valor do imposto que deixou de ser lançado ou recolhido”, acrescido do valor dos juros moratórios.

De toda sorte, independente da cobrança da multa ser feita de forma isolada ou proporcional ao valor do imposto, os juros moratórios sempre serão devidos. No primeiro caso, o valor dos juros é calculado de forma direta, mediante aplicação do percentual dos juros sobre o valor da multa aplicada, enquanto que no segundo caso, o valor dos juros é calculado de forma indireta, mediante aplicação do percentual da multa sobre o valor do tributo devido, acrescido dos juros moratórios.

No mesmo sentido, é o entendimento explicitado no enunciado da ementa do julgado que segue transcrito:

JUROS SOBRE MULTA. A multa de ofício, segundo o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430/96, deverá incidir sobre o crédito tributário não pago, consistente na diferença entre o tributo devido e aquilo que fora recolhido. Não procede ao argumento de que somente no caso do parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96 é que poderá incidir juros de mora sobre a multa aplicada. Isso porque a previsão contida no dispositivo refere-se à aplicação de multa isolada sem crédito tributário, Assim, nada mais lógico que venha dispositivo legal expresso para fazer incidir os juros sobre a multa que não toma como base de incidência valores de crédito tributário sujeitos à incidência ordinária da multa. (CARF. 1ª Seção. 4ª Câmara. 1ª Turma Ordinária, Ac. 1401-00.155, j. 28.01.2010, rel. Alexandre Antônio Allcmin Teixeira).

Diante do exposto, conheço do recurso e voto no sentido de dar-lhe provimento para cancelar o lançamento fiscal.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Walker Araujo - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Ricardo Paulo Rosa - Redator

Em que pese as elogiáveis considerações e os robustos argumentos esposados pelo Conselheiro Relator 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 valorosos 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, essa 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 dos atos constitutivos destas pessoas jurídicas regem-se pelo Código Civil – situação que, no tocante às 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. E 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.

No caso, o que se tem é que desde o início do processo de desmutualização das bolsas fica clara a intenção dos então detentores de títulos patrimoniais da BM&F e da Bovespa, incluída a impugnante, de, após receberem as ações das novas entidades formadas como sociedades anônimas, efetivarem a alienação dessas ações, seja pela fixação de prazos para venda das ações acordados entre as companhias e seus acionistas, seja pela disponibilização de parte das ações recebidas para compor o lote destinado à Oferta Pública Inicial (IPO), ou ainda, pela alienação das ações propriamente ditas.

No caso das ações da Bovespa Holding S/A, tem-se que, em 27 de setembro de 2007, a contribuinte outorgou à esta empresa poderes para praticar todos os atos necessários à obtenção do registro de oferta pública inicial de distribuição secundária de ações ordinárias de sua emissão, inclusive no que se refere à distribuição, alienação ou qualquer outra forma de transferência de ações ordinárias de emissão da Companhia; na mesma data Itaú Unibanco S/A, através de seu representante legal, foi signatário do “Instrumento Particular de Contrato de Indenização e Outras Avenças”, onde se lê no item “Premissas” que: o Acionista Vendedor autorizou, desde logo, a alienação, no âmbito da Oferta, da quantidade de ações indicada no instrumento de Mandato.

Através da formalização da intenção de venda ao outorgar procuração para tal e da adesão ao “Instrumento Particular de Contrato de Indenização e Outras Avenças”, resta claro que o Banco Itaú S/A pretendia vender, no curso do exercício social subsequente, como o fez, parte das ações recebidas.

O mesmo ocorreu em relação às ações da BM&F S/A. O Itaú Unibanco S/A, através de seus representantes legais, em 31 de agosto de 2007, foi signatário do “Termo de Adesão ao Instrumento Particular e Assunção de Obrigações Celebrado no Âmbito da Bolsa de Mercadorias & Futuros BM&F”, nos termos do Anexo I deste termo, do qual consta o compromisso irrevogável dos signatários do referido termo de alienar 35% (trinta e cinco por cento) das ações que lhe foram atribuídas em decorrência do processo de desmutualização da BM&F (o que ocorreu em 01/10/2007), no prazo de seis meses contados a partir da data em que as ações passassem a estar admitidas à negociação na Bovespa. Em decorrência da adesão ao referido termo, mediante o “Instrumento de Aceitação de Venda de Ações Ordinárias da Bolsa de Mercadorias & Futuros BM&F S/A e Outorga de Poderes” o Banco Itaú concordou em alienar 996.322 ações para um fundo de investimentos integrante do grupo Private Equity General Atlantic, outorgando os poderes para tal. Mencione-se que a contribuinte poderia ter optado por aderir ao referido termo nos moldes do seu Anexo II, através do qual não haveria tal compromisso de venda, porém não poderia alienar as ações, por qualquer forma, antes de passado o prazo de 2 (dois) anos, contados do início das negociações em bolsa; neste caso, as ações poderiam ser consideradas como investimento, e registradas, na sua integralidade, no Ativo Permanente. No mais, através do “ANEXO II B

TERMO DE ADESÃO E PROCURAÇÃO (PESSOA JURÍDICA)”, datado de 05 de novembro de 2007, a contribuinte manifesta sua adesão à oferta pública de distribuição secundária de ações ordinárias de emissão da BM&F S/A, para vender 2.988.966 ações, outorgando poderes à BM&F para vender tais ações em seu nome, em mandato de caráter irrevogável e irretroatável, com prazo de 90 dias.

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 contábil¹.

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.

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

¹ 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.

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 lucro², 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.

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.

² 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;

(...)

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 furta 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.é., 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 poóleria [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 insculpida, 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, relembre-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*”³. 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 impositiva 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

³ As duas remissões são à manifestação, antes reproduzida, do Exmo. Ministro Ilmar Galvão.

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 receita 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, e considerando que o Banco Itaú S.A. é uma sociedade anônima que, em conjunto com as empresas coligadas e controladas, atua, no Brasil e no exterior, na atividade bancária em todas as modalidades, através de suas carteiras comercial, de investimento, de crédito imobiliário, de crédito, financiamento e investimento e de arrendamento mercantil, inclusive as de operações de câmbio, e nas atividades complementares, destacando-se as de Seguros, Previdência Privada, Capitalização, Corretagem de Títulos e Valores Mobiliários e Administração de Cartões de Crédito, Consórcios, Fundos de Investimentos e Carteiras Administradas, não como entender que a operação em escrutínio não seja uma atividade própria e típica da Recorrente.

Assim, VOTO por negar provimento ao Recurso Voluntário neste particular, para manter a incidência das Contribuições sobre o valor decorrente da venda das ações obtidas no processo de desmutualização das Bolsas.

(assinatura digital)

Ricardo Paulo Rosa