



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

Processo n° 16682.720009/2010-29
Recurso n° Voluntário
Resolução n° **3202-000.110 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 25 de junho de 2013
Assunto PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO.
Recorrente ÁGORA CORRETORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos,

RESOLVEM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, sobrestar o processo. O Conselheiro Gilberto de Castro Moreira Júnior declarou-se impedido.

Irene Souza da Trindade Torres - Presidente.

Luís Eduardo Garrossino Barbieri – Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Irene Souza da Trindade Torres, Luís Eduardo Garrossino Barbieri, Charles Mayer de Castro Souza, Thiago Moura de Albuquerque Alves e Tatiana Midori Migiyama.

RELATÓRIO

O presente litígio decorre de lançamentos de ofício veiculados através de autos de infração (e-fls. 723/ss), lavrados em 03/08/2010, para a cobrança do PIS, multa de ofício e juros de mora (no montante de R\$ 1.276.750,42 – e-fl. 723) e da COFINS, multa de ofício e juros de mora (no montante de R\$ 7.856.927,22 – fl. e-733), em relação à duas matérias:

- (i) Incidência das contribuições sobre “outras” receitas operacionais (discussão sobre o que deve ser entendido por receita de serviços para instituições do mercado financeiro).

- (ii) Incidência das contribuições no processo denominado de “desmutualização” da Bovespa e da BM&F, mais especificamente sobre as receitas de venda das ações recebidas;

Neste passo, com vistas a melhor elucidar os fatos e destacar os argumentos trazidos pelas partes transcreve-se o **relatório** constante da decisão de primeira instância administrativa (e-fls. 723/ss), *verbis*:

Relatório:

Trata o presente processo de auto de infração lavrado contra o contribuinte acima identificado, para exigência de PIS, períodos de apuração 03/2007 a 06/2008 (fls. 723 a 726), totalizando R\$ 1.276.750,42 (R\$ 635.426,91 relativos à contribuição, com multa de ofício de 75% e juros de mora calculados até 07/2010), e Cofins, para os mesmos períodos de apuração (fls. 733 a 736), totalizando R\$ 7.856.927,22 (R\$ 3.910.319,86 relativos à contribuição, com multa de ofício de 75% e juros de mora calculados até 07/2010).

*No **Termo de Verificação Fiscal** (fls. 683 a 722) a autoridade lançadora informa, em resumo, que:*

- O termo “desmutualização” denomina o processo pelo qual a BOVESPA e a BM&F, associações civis sem fins lucrativos, transferiram suas atividades para companhias de capital aberto, transformando-se em sociedades anônimas;*
- Antes da desmutualização, as Bolsas emitiram ao longo de sua existência diversos títulos patrimoniais, dos quais dependiam as corretoras membros para ter acesso às operações organizadas por seus emissores;*
- Para operar nas bolsas, as corretoras deveriam ser titulares de ao menos um título patrimonial, e o valor de aquisição deste representava a contribuição da associada ao capital da Bolsa;*
- A ata da AGE da BOVESPA de 28/08/2007, que aprovou a desmutualização, informa que naquele momento o patrimônio da Associação era de R\$ 1.106.827.066,15 e seu capital era representado por 758 títulos patrimoniais, de valor unitário igual a R\$ 1.460.194,02;*
- O processo de desmutualização abrangeu duas etapas, ocorridas na mesma data;*
- Na primeira etapa ocorreu a “cisão parcial” da BOVESPA, com a versão de R\$ 890.878.528,59 de seu patrimônio em favor da BOVESPA HOLDING S/A e de R\$ 212.715.581,41 em favor da BOVESPA SERVIÇOS E PARTICIPAÇÕES S/A;*
- O restante do patrimônio, no valor de R\$ 3.232.956,15, permaneceu na BOVESPA, que alterou sua denominação social para ASSOCIAÇÃO BOVESPA;*
- Reduzido o patrimônio da ASSOCIAÇÃO, conseqüentemente foi reduzido o valor de cada título patrimonial, que passou para R\$ 4.265,11;*
- A BOVESPA SERVIÇOS absorveu as atividades operacionais antes desempenhadas pela ASSOCIAÇÃO, restando a esta última atribuições*

- Pouco depois, a corretora aliena parte destas ações por valor superior ao recebido na desmutualização. Tal alienação era da natureza da operação, uma vez que o objetivo do processo de desmutualização foi transformar as Bolsas em companhias de capital aberto;
- A base legal aplicável ao contribuinte, para apuração do PIS e da Cofins, é: arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718/98, MP nº 2.158/2001, arts. 1º - V e 2º da Lei nº 9.701/98, arts. 2º - I – “a” e parágrafo único e 3º do Decreto nº 4.524/2002, art. 18 (c/c art. 29 – III) da Lei nº 10.684/2003;
- A autuada ajuizou **Ação Ordinária nº 2005.51.01.011843-0**, visando o não recolhimento do PIS e da Cofins incidentes sobre o alargamento da base de cálculo, insurgindo-se também contra os aumentos da alíquota da Cofins promovidos pelo art. 8º da Lei nº 9.718/98 e pelo art. 18 da Lei nº 10.684/2003, além de pleitear a compensação de tais valores;
- A ação transitou em julgado em 03/04/2007, afastando a incidência do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, mantida a sujeição ao art. 2º da mesma Lei e a anterioridade nonagesimal a ser contada da MP nº 1.724/98, mantidos os demais dispositivos atacados pela autora, inexistindo vício no aumento da alíquota da Cofins;
- A questão é o que seria receita bruta no caso de uma instituição do mercado financeiro;
- A PFN entende que a jurisprudência do STF traduz-se na tributação das receitas operacionais, que, no caso das instituições financeiras, incluiria as receitas financeiras, que são da essência da atividade social da empresa;
- A Nota Cosit nº 21/2006 conclui ser equivocado o entendimento dado pelas instituições financeiras de que deveriam recolher as contribuições apenas sobre receitas de serviços;
- A maior parte das receitas destas instituições decorre da atividade de intermediação das operações financeiras, que correspondem à prestação de serviço precípua de uma instituição financeira;
- Assim, sendo as atividades prestadas pelas instituições financeiras caracterizadas como serviços financeiros bancários, as receitas delas provenientes devem ser consideradas receitas de serviços, integrantes do faturamento, não sendo possível entendê-las como receitas não operacionais;
- O julgamento do STF, no sentido de que tais instituições não estão obrigadas a recolher as contribuições sobre receitas que não compõem seu faturamento (receitas que não se enquadrem no conceito de receita de serviço) não conflita com a tributação sobre receitas financeiras, pois, no caso deste tipo de empresa, são estas operacionais;
- No procedimento fiscal foi apurado que o contribuinte, na data das desmutualizações da BOVESPA e da BM&F possuía 11 títulos da primeira (preço total de custo de R\$ 6.625.096,08) e 3 títulos da segunda (preço total de custo de R\$ 9.076.345,84);
- Tais valores estavam registrados em conta de ativo permanente (2.1.4.10.10 – Títulos de Bolsas de Valores e 2.1.4.10.20 – Títulos de Bolsas de Mercadorias e Futuro);

- As ações recebidas pela autuada em troca dos títulos patrimoniais permaneceram contabilizadas no Ativo Permanente, respectivamente contas 2.15.10.10.0003-5 – BOVESPA S/A e 2.15.10.10.0004-4 BM&F S/A;
- Desta forma, as ações recebidas na desmutualização não foram registradas no Ativo Circulante, como orientava o Ofício Circular BOVESPA nº 225/2007 – DG;
- Também o produto de sua realização não foi incluído na base de cálculo do PIS e da Cofins apresentada pelo contribuinte, que somente considerou a receita de serviços;
- Tais contribuições incidem no momento em que a empresa aliena as ações havidas na desmutualização por valor superior àquele pelo qual as recebera, configurando a diferença ganho de natureza operacional, em função da atividade da empresa, da natureza do ativo negociado e do papel que este ativo desempenha no contexto dos investimentos da empresa;
- O contribuinte parece entender que, uma vez registradas as ações no Ativo Permanente, os resultados com a sua venda poderiam ser considerados de natureza não operacional, afastando a incidência das contribuições, não levando em conta que a venda das ações, ou parte delas, já estava prevista no processo de desmutualização;
- Em relação à quantidade de ações da BOVESPA HOLDING, ressalte-se que, além das ações convertidas da BOVESPA ASSOCIAÇÃO, no total de 7.774.382, a autuada também incorporou 1.294.244 ações da CBLC, perfazendo um total de 9.068.626 ações, conforme extrato de movimentação de ações escriturais;
- A empresa também foi intimada a esclarecer operações de alienação de 706.762 ações da BOVESPA para Dora Agropecuária, tendo em vista que tal operação teria sido efetuada antes do processo de desmutualização, e operações de transferência de ações para acionistas em redução de capital, a custo contábil;
- Em relação à primeira operação, a empresa informou que foi efetuada a venda de um título patrimonial da BOVESPA antes da desmutualização;
- Entretanto, quando da desmutualização, este título ainda estava com a titularidade da autuada, tendo esta apresentado documentação comprobatória da operação;
- Assim, em relação às 706.762 ações da BOVESPA, não há que se falar em resultado tributável pelas contribuições, pois a essência da operação foi a transferência de título patrimonial, e os ganhos têm natureza não operacional;
- Quanto à segunda operação, após a apresentação de documentação solicitada, concluiu-se que o valor remanescente de 8.935.841 ações da BOVESPA HOLDING e 9.605.466 ações da BM&F foram transferidas da Agora CTVM para seu acionista AGORA HOLDING;
- Não havendo alienação das ações, não há que se falar em tributação pelas contribuições deste estoque de ações;

· Quanto às ações da BM&F, foram efetuadas alienações para a empresa General Atlantic em 16/11/2007 e 07/12/2007 (lote

complementar – 481.880 ações), sendo que nesta última houve um ganho adicional pelas ações em 19/03/2007;

· Analisadas as ocorrências pertinentes à desmutualização e seus efeitos tributários, vê-se que o contribuinte não ofereceu à tributação o ganho com a venda das ações da BOVESPA S/A e da BM&F S/A, adquirida no processo de desmutualização, conforme quadros anexos;

· No curso da fiscalização o contribuinte foi intimado a apresentar planilha em conformidade com o Anexo I da IN nº 247/2002. Da comparação desta planilha com aquela apresentada inicialmente pela empresa, na qual foram baseados os recolhimentos por ela efetuados, foram apuradas as diferenças relacionadas nas planilhas anexas.

O contribuinte tomou ciência dos lançamentos em 04/08/2010 (fls. 724 e 734), tendo apresentado **impugnação** tempestiva em 02/09/2010 (fls. 774 a 801), alegando, em resumo, que:

· O crédito relativo ao PIS, PA set/2007, já constituiu objeto de autuação anterior pela então DEINF, conforme processo administrativo nº 19740.000659/2008-96, devendo ser excluída destes autos tal exigência;

· Posteriormente à desmutualização da BOVESPA e da BM&F, a impugnante desfez-se progressivamente das ações da BOVESPA HOLDING e da BM&F HOLDING por meio de transferências a sócios, alienações para terceiros, oferta pública (negociação das ações da BOVESPA HOLDING e da BM&F HOLDING em bolsa de valores);

· As participações detidas pela impugnante da BOVESPA e da BM&F, antes e depois da desmutualização, sempre estiveram corretamente contabilizadas como ativo permanente (atualmente ativo não circulante – Lei nº 11.941/09);

· Antes da desmutualização, a impugnante registrava no ativo permanente (subconta do imobilizado) os títulos patrimoniais da BOVESPA e da BM&F, visto que a detenção destes títulos era requisito necessário para que as corretoras pudessem operar naquelas bolsas;

· Após a desmutualização, as ações da BOVESPA HOLDING e da BM&F HOLDING recebidas pela impugnante foram mantidas no ativo permanente (investimentos) – “participações permanentes em outras sociedades e os direitos de qualquer natureza, não classificáveis no ativo circulante, e que não se destinem à manutenção da atividade da companhia ou da empresa” – art. 179 – II da Lei nº 6.404/76;

· A manutenção dos títulos no ativo permanente se deveu, do ponto de vista objetivo, ao caráter permutativo dos processos de desmutualização, pelos quais os títulos de propriedade das bolsas foram meramente substituídos no patrimônio da impugnante pelas ações de emissão das companhias que as sucederam;

· Também do ponto de vista subjetivo, a impugnante não procedeu a qualquer reclassificação do seu investimento, pois, no momento da desmutualização, não havia ainda certeza sobre quando e se as ações seriam efetivamente alienadas;

· Trata-se de decisão tomada na esfera de liberdade do particular, com vistas à organização de seu próprio patrimônio, em relação a qual não

se admitem interferências por parte da Administração, senão em virtude de lei;

· Nem se diga que sempre que houver decisão de alienar um bem contabilizado no ativo permanente o contribuinte estaria obrigado a, previamente, transferi-lo para o circulante, pois tal raciocínio conduziria à conclusão absurda de que jamais haveria alienação de ativo permanente, razão pela qual o art. 2º, § 2º, inc. IV da Lei nº 9.718/98 não teria razão de existir;

· O Ofício Circular BOVESPA 225/2007 é documento particular e desprovido de qualquer força normativa ou regulamentar e, ao contrário do que afirma a autoridade fiscal, veicula orientação diversa, de caráter alternativo, que apenas confirma a importância do elemento subjetivo na contabilização de um ativo em um dos grupos de contas do balanço patrimonial e admite expressamente sua classificação nas contas do Permanente;

· Conforme previsto no art. 3º - IV da Lei nº 9.718/98, foram excluídas da base de cálculo das contribuições as receitas percebidas pela impugnante em razão da venda de ações da BOVESPA HOLDING e da BM&F HOLDING, as quais encontravam-se corretamente registradas no seu ativo permanente quando da alienação;

· Tal exclusão não tem natureza constitutiva, sendo corolário do fato gerador das contribuições, cujo alcance não pode ultrapassar os limites fixados pela Lei e reconhecidos por decisão judicial transitada em julgado;

· Assim, o registro como subconta do ativo circulante ou permanente é, por si só, irrelevante para fins de inclusão da receita oriunda da venda de tais ações na base de cálculo das contribuições;

· Ainda que se registradas no ativo circulante, tais receitas não comporiam a base de cálculo das contribuições, pois trata-se de atos de mera gestão do patrimônio próprio da impugnante, incapazes de caracterizar fato gerador de tais tributos, os quais se limitam às receitas de prestação de serviços;

· A partir de abril de 2006, a impugnante passou a efetuar depósitos judiciais nos autos do processo nº 2005.51.01.011843-0, procedendo, após o trânsito em julgado em 12/11/2007, ao levantamento de tais valores, na parcela correspondente à incidência das contribuições sobre receitas que não se enquadravam no conceito de "faturamento", fixado pelo STF, entre as quais estavam as importâncias imputáveis aos ganhos financeiros por ela auferidos em razão da aplicação de recursos de sua titularidade mantidos em tesouraria;

· Naquela ocasião, foi assegurado à Administração o devido contraditório, tendo oportunidade de se manifestar quanto à correção dos valores depositados e levantados;

· Isto se comprova pelas manifestações da DEINF e seguintes da ação judicial, nas quais declara ter examinado os demonstrativos e o material probatório adicional apresentado pela impugnante, antes de concluir pela determinação das providências cujo cumprimento pela empresa lhe permitiu efetuar o levantamento;

apenas de receitas próprias, auferidas pela aplicação de recursos próprios em uma carteira própria de investimentos, informações não questionadas pela Fiscalização e comprovadas pela documentação anexada por amostragem;

· Assim, conclui-se pela impossibilidade de tributação das receitas auferidas na aplicação de recursos de sua exclusiva propriedade nos mercados financeiros e de capitais, pois não poderão ser consideradas como auferidas pela pessoa jurídica pela venda de mercadorias ou prestação de serviços;

· Tal conclusão já foi ratificada pelo CARF, conforme julgados citados, o que não é afetado pelo fato de a pessoa jurídica ser uma instituição financeira ou equiparada, como é o caso da impugnante, pois os rendimentos em causa não constituem “receita de serviços”, mas proventos decorrentes da aplicação de recursos financeiros de propriedade exclusiva da pessoa jurídica, razão pela qual em nada influenciaria o fato de o contribuinte exercer atividades financeiras ou qualquer outra atividade social;

· Também não se diga que tais receitas teriam natureza de prestação de serviços pelo simples fato de que são classificadas pelo COSIF na conta 7.1, relativa a “receitas operacionais”;

· A classificação COSIF possui função formal meramente regulatória, a fim de viabilizar a fiscalização e controle das instituições financeiras, não tendo o condão de modificar a natureza jurídica dos fatos a que se referem e, portanto, sua classificação para efeitos tributários;

· A impugnante pretende produzir prova pericial contábil, visando demonstrar que as receitas abrangidas pelos autos de infração não têm natureza de receitas de serviços e os investimentos de que as mesmas se originam são de exclusiva titularidade e decorrem da aplicação do caixa disponível da própria impugnante;

· A indicação do perito e os quesitos formulados encontram-se anexos à impugnação.

É o relatório.

A 16ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro proferiu o Acórdão n.º 12-50.920 de 26 de novembro de 2012 (e-folhas 2.263/ss), o qual recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/03/2007 a 30/06/2008

FATURAMENTO - INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS – RECEITAS OPERACIONAIS - A base de cálculo do PIS e da Cofins devidos pelas instituições financeiras é o faturamento, assim entendido como sendo a sua receita operacional, com as exclusões e deduções previstas na legislação aplicável, ainda que se considere a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, declarada pelo STF.

GANHOS AUFERIDOS COM A VENDA DE AÇÕES - INVESTIMENTO TEMPORÁRIO - ATIVO CIRCULANTE - INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS – As ações recebidas com acordo e/ou manifestação de venda

compromissada caracterizam-se como investimento de caráter temporário, classificado no Ativo Circulante, devendo os ganhos auferidos com sua venda ser incluídos na base de cálculo do PIS e da Cofins.

AÇÃO JUDICIAL - VALORES DEPOSITADOS EM JUÍZO - MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DA FAZENDA - Não havendo depósito judicial dos valores objeto do lançamento e, conseqüentemente, não tendo havido manifestação expressa da Fazenda acerca de sua correção, não há qualquer impedimento à sua constituição e exigência.

PERÍCIA CONTÁBIL - AUSÊNCIA DE NECESSIDADE - INDEFERIMENTO - Havendo nos autos elementos necessários à convicção do julgador administrativo, deve ser indeferido o pedido de perícia contábil formulado pelo impugnante.

PIS - DUPLICIDADE DE EXIGÊNCIA - Constatando-se duplicidade de exigência de valor, cabível a exclusão do tributo exigido em duplicidade.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

A interessada cientificada do Acórdão proferido pela DRJ – Rio de Janeiro, em 07/12/2012 (e-folha 2298), interpôs Recurso Voluntário em 07/01/2012 (e-folhas 2301/ss), onde repisa os mesmos argumentos trazidos em sua impugnação, acrescentando apenas comentários e ponderações sobre o voto vencedor da decisão de primeira instância.

O processo digitalizado foi distribuído e, posteriormente, encaminhado a este Conselheiro Relator na forma regimental.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luís Eduardo Garrossino Barbieri, relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende os requisitos de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

Duas são as matérias em discussão nestes autos:

- i. Incidência das contribuições sobre “outras” receitas operacionais (discussão sobre o que deve ser entendido por receita de serviços para instituições do mercado financeiro).
- ii. Incidência das contribuições no processo denominado de “desmutualização” da Bovespa e da BM&F, mais especificamente sobre as receitas de venda das ações recebidas;

Passemos à análise da primeira matéria.

Da incidência das contribuições sobre “outras” receitas operacionais.

Do objeto da controvérsia

A discussão sobre o que deve ser entendido por receita de serviços para as instituições do mercado financeiro.

A autoridade fiscal alega (e-folha 707) que “segundo a Nota Cosit nº 21, de 28 de agosto de 2006, resta equivocada o entendimento dado pelas instituições financeiras e a elas equiparadas, de que deveriam recolher o PIS e a COFINS apenas sobre receitas de serviços, tais como tarifas de emissão de extratos ou de talões de cheques, para citar alguns exemplos. Ora, sabe-se que a maior parte das receitas dessas instituições decorre da atividade de intermediação das operações financeiras, que poderíamos por assim dizer, ser a prestação de serviço precípua de uma instituição”.

Por sua vez, a Recorrente aduz (e-folha 2304/2305) que “(i) as exigências de PIS e COFINS formulados pelos autos de infração afrontam coisa julgada, uma vez que a Recorrente tem em seu favor decisão judicial transitada em julgado que lhe reconheceu o direito de recolher o PIS e a COFINS sobre o faturamento, assim entendido exclusivamente como ‘as receitas decorrentes da venda de bens e serviços’; e, ainda que não fosse beneficiária de tal decisão judicial, o certo é que (ii) as receitas objeto de tributação pelo auto de infração não integram a base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que: (...) b. abrangem rendimentos obtidos em operações com títulos e valores mobiliários constantes da carteira própria da Recorrente (‘gestão de tesouraria’)

A Recorrente afirma, ainda, que a discussão sobre a interpretação (aplicada pelo Fisco) de que o conceito de faturamento seria aplicável às instituições financeiras, inclusive às corretoras de títulos e valores, permitindo um alargamento das “receitas decorrentes da venda de bens e serviços” para fazer integrar também as “receitas com a venda de títulos e valores mobiliários por conta própria”, embora possa ainda estar sendo travada em casos em andamento (suspensões em razão de repercussão geral reconhecida pelo STF no RE nº 609.096/RS), jamais poderia ser aplicada em processos já definitivamente encerrados, como é o caso da ação movida pela Recorrente. E conclui, asseverando (e-folha 2320) que as receitas em discussão referem-se a receitas e rendimentos obtidos na aplicação de recursos próprios da Recorrente (aplicação de recursos em caixa, de sua propriedade, em investimento de sua carteira própria, ou seja, mantidos sob sua exclusiva titularidade).

Do processo judicial ajuizado pela Recorrente

Conforme informado pela fiscalização (e-folhas 705/ss), a interessada ajuizou Ação Ordinária Declaratória nº 2005.51.01.011843-0, tendo como objeto do pedido eximir-se do recolhimento do PIS e da Cofins sem o alargamento da base de cálculo, determinado pelos artigos 2º e 3º, caput e parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 e, também, insurgiu-se contra os aumentos de alíquota da Cofins promovidos pelo art. 8º da Lei nº 9.718/98 e art. 18 da Lei nº 10.684/2003. Pediu, ainda, fosse declarado seu direito a proceder à compensação dos valores indevidamente recolhidos com outros tributos administrados pela SRFB.

Segundo consta do Termo de Verificação Fiscal (e-folha 706) a citada Ação transitou em julgado em 03/04/2007, conforme Acórdão proferido pelo TRF 2ª Região, onde restou decidido pelo afastamento da incidência do parágrafo 1º artigo 3º da Lei nº 9.718/98 e pela manutenção do artigo 2º da citada Lei e demais dispositivos atacados pela autora.

A Recorrente confirma a informação (e-folha 2305) de que o citado processo transitou em julgado no TRF-2, restando então assentado que poderia recolher o PIS e COFINS exclusivamente sobre “as receitas decorrentes da venda de bens e serviços”.

Compulsando-se os autos, verifica-se que o acórdão proferido pelo TRF da 2ª região restou assim ementado:

E M E N T A

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. FATURAMENTO. PRESCRIÇÃO. LEIS 9.718/98 E 10.684/03. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. COMPENSAÇÃO.

1. Quanto ao tema da prescrição, a Colenda Primeira Seção, ao apreciar recentemente os EResp 435.835/SC, sessão de 24/03/2004, rel. Min. José Delgado, buscando pacificar as discussões em torno da matéria, decidiu no sentido de que “nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para se pleitear a compensação ou a restituição do crédito tributário somente se opera quando decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, contados a partir da homologação tácita.”.

2. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça concluiu o julgamento do EREsp. 327.043/DF, na sessão de 27/04/2005, por unanimidade, no sentido de ser possível interpretar o art. 4o da LC n.º 118/05 “conforme a Constituição, desde que os efeitos retroativos ali previstos limitem-se às ações ajuizadas após a vacatio legis de 120 dias prevista na parte inicial do dispositivo. Ajuizada a ação após 9 de junho de 2005, poderá o art. 3o da LC n.º 118/05 ser aplicado aos fatos geradores ocorridos antes de sua publicação. O prazo de cinco anos poderá ser contado a partir do pagamento indevido, e não da homologação expressa ou tácita, desde que a ação tenha sido proposta depois de 9 de junho de 2005 e mesmo que o pagamento antecipado pelo contribuinte tenha sido realizado antes da vigência da Lei”.

3. Assim, fica valendo o prazo de “cinco mais cinco” até 09 de junho de 2005. Somente para as ações ajuizadas após esta data poderá ser aplicado o prazo de 5 (cinco) anos previsto no art. 3o da LC 118/2005, o que não ocorre no caso em tela, eis que a demanda foi proposta em 08 de junho de 2005.

*4. O Supremo Tribunal Federal, concluindo o julgamento do RE 346.084 (rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 9.11.2005), em que se questionava a constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei n.º 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da COFINS e do PIS, declarou, por maioria, a **inconstitucionalidade do §1o do art. 3o da Lei n.º 9.718/98.***

5. O fato da instituição da COFINS haver se dado por meio de lei complementar é irrelevante, na medida em que a Lei Complementar n.º 70/91 é apenas formalmente complementar e pode ser alterada por lei ordinária.

6. Inexiste qualquer vício no aumento da alíquota da COFINS, pelas leis 9.718 e 10.684/03, não havendo, portanto, nestes autos, qualquer demonstração de que tenha contorno confiscatório, aniquilando a riqueza e a propriedade, ou de que seria antiisonômico.

7. *Da mesma forma, inexistente ofensa ao princípio da isonomia (art. 150, inciso II, da Constituição Federal), pelo fato de permitir aquela referida lei “a compensação” de até 1/3 da COFINS efetivamente paga, com os valores porventura devidos a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL. Precedente da Suprema Corte.*

8. *Quanto à aplicação do Princípio da Anterioridade Nonagesimal para que sejam exigidas as contribuições sociais previstas no art. 195 da CF, a Suprema Corte consagrou o entendimento de que, quando, através de medida provisória, for instituída a contribuição social previdenciária ou for alterado o seu regime jurídico, o prazo de 90 (noventa) dias estabelecido pelo § 6º daquele art. 195 da CF tem seu termo a quo recaindo na data da primeira edição da medida provisória. Dessa forma, fica desconsiderada a data da conversão dessa em lei. Na espécie, com relação à COFINS, as alterações tiveram sua origem no texto da Medida Provisória n.º 1.724, de 10 de outubro de 1998, e, portanto, da sua vigência deve ser computado o prazo nonagesimal, sendo certo que, quando de sua conversão na Lei n.º 9.718, de 27 de novembro de 1998, não sofreu referida medida qualquer modificação essencial, havendo pontual alteração no § 1º do art. 8º, relativa a um favor fiscal. Não está caracterizada, portanto, qualquer violação ao princípio da segurança jurídica.*

9. *Registre-se que a apelante tem razão quanto ao regime de compensação a ser empregado, na medida em que a presente demanda foi deduzida em 2005, na vigência da lei 10.637/02. Dessa forma, a compensação deve ser efetivada com quaisquer tributos ou contribuições administradas pela Receita Federal, mediante apresentação de declaração de compensação sujeita à condição resolutória.*

10. *Apelos e remessa necessária conhecidos e parcialmente providos.*

Deste modo, no meu entender, a referida decisão judicial efetivamente não adentrou na discussão sobre o que deve ser entendido por receita de serviços para as instituições do mercado financeiro, inclusive em relação às corretoras de títulos e valores mobiliários. Assim, não há que se falar em desrespeito a coisa julgada: o acórdão proferido pelo TRF/2 apenas afastou a aplicação do §1º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98, na esteira do que já restou assentado no Supremo Tribunal Federal.

Ademais, com muito bem destacou a relatora da decisão recorrida, os períodos de apuração objeto da autuação fiscal discutida nestes autos são diferentes daqueles períodos que foram objeto da ação judicial (onde havia depósito judicial), conforme relatado em trechos do voto abaixo transcritos:

Portanto, constata-se que a DEINF/RJ efetivamente manifestou-se em juízo acerca da regularidade dos valores de PIS e Cofins convertidos em renda da União e levantados pelo contribuinte naqueles autos judiciais, relativos aos períodos de apuração 03/2006 a 02/2007, em relação aos quais poder-se-ia questionar a possibilidade de se efetuar lançamentos posteriormente a tal manifestação expressa da Administração, em razão do princípio da segurança jurídica e da preponderância da decisão judicial, considerando que a etapa de verificação de tais valores integrou aquela lide, sendo objeto de análise, tanto da autoridade administrativa, como da judicial.

No entanto, os lançamentos em análise no presente processo se referem aos períodos de apuração 03/2007 a 06/2008, exatamente posteriores àqueles objeto de depósito nos autos do processo judicial nº 2005.51.01.011843-0. Assim, em relação a estes, entendo não haver restrição a eventuais lançamentos por parte da Administração, uma vez que, apesar de se tratar aqui, de forma geral, da matéria objeto da decisão judicial transitada em julgado (base de cálculo das contribuições), a apuração e correção dos valores devidos pela autuada nestes períodos não integraram aquela lide, não tendo havido, em relação a estes, ratificação expressa da autoridade fiscal.

Desta forma, em relação aos demais períodos de apuração (para os quais não houve depósito judicial), não há impedimento a que a autoridade fiscal interprete a decisão judicial, concluindo pela necessidade de se constituir eventuais diferenças por ela apuradas, não se constituindo tal ato em qualquer desrespeito à decisão judicial transitada em julgado, nos termos em que demonstrado nos itens anteriores deste voto.

Destarte, entendo não restou configurada a concomitância entre os processos administrativo e judicial, assim como não vislumbro desrespeito a coisa julgada proferida nos autos da citada ação judicial.

Do sobrestamento da matéria pelo STF

Neste passo, deve ser analisada, nesta sessão, a conversão do julgamento em resolução, a fim de se sobrestar o processo em face de que matéria – incidência do PIS e da Cofins sobre receita de serviços das instituições financeiras (**Tema 372 / STF**) - já estaria sendo analisada no STF sob a sistemática de repercussão geral.

A meu sentir, a preliminar deve ser acatada, uma vez que o STF reconheceu a repercussão geral sobre o tema e houve determinação **expressa** de sobrestamento para os processos que versem sobre a matéria, conforme prescreve o Despacho de 15/06/2010, do Ministro Ricardo Lewandowski, abaixo transcrito (pesquisa no site STF):

Trata-se de recursos extraordinários interpostos contra acórdão que entendeu que as receitas financeiras das instituições financeiras não se enquadram no conceito de faturamento para fins de incidência da COFINS e da contribuição para o PIS.

A matéria tratada nos autos guarda similitude com o assunto versado no RE 400.479-ED-AgR/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, submetido ao julgamento pelo Pleno desta Corte em 18/8/2009, mas suspenso, na mesma data, em razão do pedido de vista do Min. Marco Aurélio.

Isso posto, determino o sobrestamento do feito até o julgamento final do RE 400.479-ED-AgR/RJ.

Publique-se.

Brasília, 1º de junho de 2010.

Ministro RICARDO LEWANDOWSKI – Relator

Assim, em atendimento ao dispositivo acima transcrito, voto por acolher a preliminar suscitada, determinando o **sobrestamento do processo**.

Processo nº 16682.720009/2010-29
Resolução n.º **3202-000.110**

S3-C3T2
Fl. 15

É como voto.

Luís Eduardo Garrossino Barbieri

CÓPIA