

MARCELO MAGALHÃES PEIXOTO
GILBERTO DE CASTRO MOREIRA JUNIOR
(coordenadores)

Reiterando o compromisso de alargar a discussão acerca das formas de tributação da contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/Pasep - e da contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins - às empresas e aos contribuintes, a MP Editora lança o segundo volume dedicado aos estudos do PIS e Cofins e as respectivas decisões do CARF - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Novamente, convidamos membros conselheiros do CARF e renomados juristas para se debruçarem sobre o tema e, assim, mais uma vez, trazerem a lume uma obra plural, com importantes textos versando sobre os mais diversos assuntos, tais como: substituição tributária sobre receitas auferidas com a venda à Zona Franca de Manaus de produtos sujeitos ao regime de isenção no conceito de insumo para fins de crédito presumido de IPI; a demonstração das bolsas de valores e seus efeitos fiscais para PIS/COFINS; tratamento do deságio decorrente da aquisição de investimento para a contribuição ao PIS e para a COFINS; PIS e COFINS no agronegócio, entre outros.

Marcelo Magalhães Peixoto
Gilberto de Castro Moreira Junior

Coordenadores

PIS e Cofins

à luz da jurisprudência do CARF

Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

Volume 2

Adolpho Bergamini	José Antonio Minatel
Antônio Lisboa Cardoso	Karen Lie Mizumoto
Bernardo Motta Moreira	Letícia de Souza Zugaib
Bruno Francisco Chaves de Resende	Luciano Lopes de Almeida Moraes
Cassio Sztokfisz	Luís Eduardo Garrossino Barbieri
Cláudio Augusto Gonçalves Pereira	Marco Aurélio Greco
Daniel Dix Carneiro	Matheus Cherulli Alcantara Viana
Daniele Souto Rodrigues	Maurício Pereira Faro
Edison Carlos Fernandes	Natanael Martins
Fábio Pallaretti Calcini	Osnildo de Souza Júnior
Fabiola Cassiano Keramidas	Pedro Anan Jr.
Geraldo Valentim Neto	Pedro Guilherme Accorsi Lunardelli
Gilberto de Castro Moreira Junior	Rodrigo Cardozo Miranda
Gileno G. Barreto	Rodrigo E. Munhoz
Hercília Maria do A. dos Santos Bauer	Rogério Cesar Marques
Heroldes Bahr Neto	Sergio André Rocha
Igor Nascimento de Souza	Sidney Stahl
Ivan Allegretti	Solon Sehn
João Carlos Cassuli Jr.	Valdete Marinheiro

Apoio:

TAX
Accounting



MP
EDITORA

APET

TAX
Accounting
Auditoria e Contabilidade Integrada

BIBLIOTECA
RIVITTI E DIAS
 CLASS: 341.39741
 P753
 FONTO: Q3001
 SS:

MARCELO MAGALHÃES PEIXOTO
 GILBERTO DE CASTRO MOREIRA JUNIOR
 (coordenadores)

PIS e Cofins

à luz da jurisprudência do CARF

Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

Volume 2

Adolpho Bergamini	José Antonio Minatel
Antônio Lisboa Cardoso	Karen Lie Mizumoto
Bernardo Motta Moreira	Letícia de Souza Zugaib
Bruno Francisco Chaves de Resende	Luciano Lopes de Almeida Moraes
Cassio Sztokfisz	Luís Eduardo Garrossino Barbieri
Cláudio Augusto Gonçalves Pereira	Marco Aurélio Greco
Daniel Dix Carneiro	Matheus Cherulli Alcantara Viana
Daniele Souto Rodrigues	Mauricio Pereira Faro
Edison Carlos Fernandes	Natanael Martins
Fábio Pallaretti Calcini	Osnildo de Souza Júnior
Fabiola Cassiano Keramidas	Pedro Anan Jr.
Geraldo Valentim Neto	Pedro Guilherme Accorsi Lunardelli
Gilberto de Castro Moreira Junior	Rodrigo Cardozo Miranda
Gileno G. Barreto	Rodrigo E. Munhoz
Hercília Maria do A. dos Santos Bauer	Rogério Cesar Marques
Heroldes Bahr Neto	Sergio André Rocha
Igor Nascimento de Souza	Sidney Stahl
Ivan Allegretti	Solon Sehn
João Carlos Cassuli Jr.	Valdete Marinheiro

MP
 EDITORA

PET

TAX
 Accounting

Rivitti e Dias
 Sociedade de Advogados
BIBLIOTECA

P753

PIS e Cofins à luz da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais : volume 2 / Gilberto de Castro Moreira Junior, Marcelo Magalhães Peixoto (coordenadores). - São Paulo : MP Ed., 2013.
560p.

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-7898-057-3

1. PIS. 2. COFINS. 3. Contribuições (Direito tributário) - Brasil. 4. Direito tributário - Jurisprudência. I. Moreira Junior, Gilberto de Castro. II. Peixoto, Marcelo Magalhães, 1971- III. Brasil. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

12-8764

CDU: 34:336.23

Produção editorial/gráfica
Mônica Aparecida Guedes

Diretor responsável
Marcelo Magalhães Peixoto

Impressão e acabamento
Orgrafic

Todos os direitos desta edição reservados à

© MP Editora – 2013
Av. Paulista, 1.776 – 1º andar
01310-200 – São Paulo
Tel./Fax: (11) 3101 2086
adm@mpeditora.com.br
www.mpeditora.com.br
ISBN 978-85-7898-057-3

APRESENTAÇÃO

Reiterando o compromisso de alargar a discussão acerca do tema da tributação da contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/Pasep – e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins –, resumidamente chamadas “PIS/Cofins”, que ainda suscita inúmeras dúvidas por parte dos contribuintes, a MP Editora lança o segundo volume dedicado ao estudo de PIS e Cofins e as respectivas decisões do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Novamente, convidamos membros conselheiros do CARF e importantes juristas para se debruçarem sobre o tema e, assim, mais uma vez, trazemos a lume uma obra plural, com importantes textos versando sobre os mais diversos assuntos, tais como: substituição tributária sobre receitas auferidas com a venda à Zona Franca de Manaus de produtos sujeitos ao regime monofásico; conceito de insumo para fins de crédito presumido de IPI; a desmutualização das bolsas de valores e seus efeitos fiscais para PIS/COFINS; tratamento do deságio decorrente da aquisição de investimento para a contribuição ao PIS e para a COFINS; PIS e COFINS no agronegócio; a incidência do PIS e da COFINS em subcontratações promovidas por concessionária de ferrovia; créditos extemporâneos do PIS e da Cofins; não cumulatividade e registro de crédito nas “comissões sobre vendas” devidas à pessoa jurídica; comissões pagas a agências de publicidade pelos veículos de divulgação e as contribuições ao PIS/PASEP e à COFINS; indenizações e o PIS/Cofins; as bonificações e os descontos comerciais: a incidência ou não do PIS e da COFINS; base de cálculo do PIS&COFINS-Importação e da CIDE-Royalties e reajuste do IRRF; o PIS e a COFINS das instituições financeiras; entre outros.

Acreditamos, com isto, contribuir de alguma forma para posicionamentos teóricos e práticos sobre o tema.

Marcelo Magalhães Peixoto
Gilberto de Castro Moreira Junior
Coordenadores

OPERAÇÕES DE DESMUTUALIZAÇÃO DA BOVESPA E BM&F E A NÃO INCIDÊNCIA DE PIS E COFINS SOBRE A ALIENAÇÃO DAS AÇÕES RECEBIDAS

Hercília Maria do A. dos Santos Bauer

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (2000); Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003); Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional de São Paulo (2007). Atua como advogada no escritório Rivitti e Dias Advogados, em São Paulo

O presente artigo tem por finalidade analisar a questão da não incidência do PIS e da COFINS sobre as receitas auferidas por corretoras de valores em decorrência da alienação de participações societárias detidas na BOVESPA S/A e BM&F S/A, obtidas em substituição aos títulos patrimoniais que detinham nas referidas entidades, antes de sua transformação.

Necessário, portanto, analisar não apenas a natureza da participação societária que estas corretoras detinham nas entidades, antes de sua transformação em Sociedade Anônima, bem como a natureza das ações que vieram a ser recebidas, para definir se as contribuições poderiam incidir em operações de alienação destas. Ademais, importa analisar com cuidado a base de cálculo legalmente estabelecida para o cálculo do PIS e da COFINS, para que se possa concluir a respeito da incidência ou não.

Analisaremos, também, os argumentos que vêm sendo utilizados pelo Fisco Federal para realizar a cobrança das contribuições, na situação ora tratada, a fim de estabelecer se há fundamento jurídico que sustente a pretensão fiscal.

1. Da desmutualização da BOVESPA e da BM&F

Em primeiro lugar, para melhor compreensão do tema, é importante consignar de que forma se deu a transformação da BOVESPA e da BM&F em sociedades anônimas. Ambas as entidades foram organizadas, inicialmente, sob a forma de associações sem fins lucrativos, das quais faziam parte as corretoras de valores, distribuidoras e agentes autônomos. A finalidade das associadas era negociar os títulos e valores mobiliários em sessões organizadas, por meio de um sistema próprio de operações, fixando os preços/cotações,

de modo a estabelecer um ambiente confiável e adequado para a realização destas transações.

Para atuar neste cenário as corretoras (e demais interessados em operar neste mercado de valores) adquiriam títulos patrimoniais das entidades responsáveis pela organização deste mercado (BOVESPA e/ou BM&F), que lhes garantia não apenas a participação na associação, mas, essencialmente, o direito de realizar as operações e transações para as quais a entidade havia sido constituída. Assim, a aquisição de um título patrimonial destas instituições era condição para que qualquer corretora pudesse vir a operar no âmbito das respectivas associações.

Estes títulos patrimoniais, por serem condição essencial para que as corretoras pudessem desenvolver suas atividades sociais, eram ativos classificáveis como permanentes, na medida em que a intenção das corretoras não era outra, senão mantê-los.

Em 2007 a BOVESPA e a BM&F optaram por realizar um processo de reorganização societária, visando à alteração de sua forma de organização social, o que significaria a transformação daquelas associações em sociedades anônimas – processo este que ficou conhecido como a desmutualização das bolsas de valores.

O objetivo da transformação do modelo de sociedade era, essencialmente, tornar-se entidade com finalidade lucrativa, em vez de manter a condição de sociedade sem fins lucrativos, por meio da qual haviam inicialmente se organizado.

Neste processo de transformação, vale notar, não houve extinção das associações anteriormente constituídas. A transformação, segundo o Código Civil é um ato por meio do qual uma sociedade altera sua forma societária, sem que, no entanto, seja necessária sua dissolução ou liquidação, *verbis*:

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

No mesmo sentido dispõe a Lei das S/A (Lei n. 6.404/76), *verbis*:

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

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

As associações mantiveram seus participantes, seu capital e seus objetivos sociais, alternando apenas suas respectivas formas de organização societária (de associações para sociedades anônimas), de modo que pudessem passar a auferir lucros no desenvolvimento de suas atividades.

A mudança na forma de sociedade ensejou a necessária substituição da forma de participação no capital da sociedade. Vale dizer, enquanto as entidades estavam organizadas sob a forma de associação o título representativo de participação no capital social era o “título patrimonial” (adquirido por cada corretora, distribuidora ou agente autônomo, quando de sua adesão à associação). Na medida em que esta entidade alterou sua forma de organização, transformando-se em sociedade anônima, foi obrigatória (e simultânea) a alteração do tipo de título representativo de participação no capital social da entidade, que passou a ser, neste caso, a “ação” (forma de registro da participação societária adotada para as sociedades anônimas).

Ou seja, enquanto a formalização da participação no capital de uma associação se dá por meio de um título patrimonial, a partir do momento em que esta entidade se transforma em sociedade anônima, o título que passa a representar esta mesma participação no capital é a ação.

Assim, nas transformações da BOVESPA e da BM&F seus associados receberam, em substituição aos títulos patrimoniais que possuíam, ações das sociedades anônimas em que as entidades se transformaram. Vale notar que foi efetuado um cálculo para que o número de ações conferidas equivalesse, em termos de valores, aos títulos patrimoniais que antes eram detidos por cada um dos associados.

Por ocasião da transformação das entidades, de associações em sociedades anônimas, até para garantir a realização da transformação, os associados comprometeram-se a realizar a alienação de parcela de suas ações, de modo a permitir a entrada de outros sócios no capital social da empresa que se transformava.

Os antigos associados, na medida em que realizaram citadas alienações, em sua maioria, não ofereceram as receitas derivadas destas negociações à incidência do PIS e da COFINS. O Fisco Federal, contudo, vem exigindo o recolhimento destas contribuições, sobre referidas receitas, bem como daquelas derivadas de alienações posteriormente realizadas. O entendimento da auto-

ridade fiscal é de que se trata de receita tributável pelas contribuições, seja porque se enquadrariam na base de cálculo do PIS e da COFINS, seja porque não se confundem com as receitas que estão expressamente excluídas da incidência, nos termos da legislação de regência (em especial, receitas da venda de ativo permanente).

Todavia, não nos parece ser acertado o posicionamento das autoridades fiscais, conforme demonstraremos a seguir, por meio da análise dos argumentos que vêm sendo utilizados pela Receita Federal, para exigência das contribuições em comento.

2. Posicionamento da Receita Federal em relação à incidência do PIS e da COFINS sobre as receitas derivadas da alienação das participações societárias na BOVESPA S/A e na BM&F S/A

Diante do não recolhimento do PIS e da COFINS, por grande parte das corretoras de valores, quando da alienação de ações da BOVESPA S/A e da BM&F S/A, a Receita Federal promoveu a autuação de diversas empresas, para cobrança destas contribuições.

Os argumentos utilizados pelo Fisco Federal para promover tais cobranças foram essencialmente dois: as ações não poderiam ser classificadas como ativo permanente das corretoras (e, portanto, não poderiam ser excluídas da incidência das contribuições), e o PIS e a COFINS incidem sobre a receita derivada do desenvolvimento de suas atividades empresariais, o que, no caso de instituições financeiras incluiria a receita de venda de investimentos.

No entender da fiscalização as ações recebidas pelas corretoras (e demais associados), no momento em que houve a transformação das entidades em sociedades anônimas, deveriam ser objeto de reclassificação, pois se trataria da aquisição de “novas” participações societárias. Estas, segundo as autoridades fiscais, teriam sido recebidas em razão da devolução do capital das associações das quais as corretoras faziam parte. Dessa forma, em se tratando de novas participações societárias, ao avaliar sua natureza as corretoras deveriam ter classificados tais bens em conta de ativo circulante, e não poderiam tê-las mantido em conta de ativo permanente, como fizeram, pois já não existia mais a intenção de mantê-las em seu poder.

O Fisco Federal corrobora seu entendimento de que se trataria de bens de ativo circulante o fato de que as corretoras efetuaram a alienação de parte destas participações logo no momento da transformação em sociedade anônima

e abertura de capital das “novas” companhias, assim como efetuaram vendas posteriores das ações que detinham.

Conclui o Fisco que, se as ações não possuem natureza de ativo permanente não poderiam se enquadrar como exceções à incidência do PIS e da COFINS, com base no artigo 3º, parágrafo 2º, inciso IV da Lei n. 9.718/98¹ – como interpretado pelas corretoras, devendo ser recolhidas as contribuições sobre as receitas auferidas nas alienações destas participações societárias.

Ademais, para dar sustentabilidade ao argumento de que o PIS e a COFINS incidiriam sobre estes valores, o Fisco defende um conceito mais amplo de faturamento, em detrimento daquele que foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal, que seria, segundo o entender da fiscalização, aplicável às instituições financeiras. Vale notar que as instituições financeiras – dentre elas as corretoras de valores – submetem-se às regras estabelecidas pela Lei n. 9.718/98, no que se refere à apuração do PIS e da COFINS. Portanto, a base de cálculo das citadas contribuições é o faturamento, sem que se aplique o alargamento da base proposto pelo parágrafo 1º do artigo 3º daquela Lei, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, o faturamento não equivale, em relação às instituições financeiras, à totalidade de receitas, por expressa manifestação do Tribunal Constitucional.

Todavia, a fim de possibilitar a incidência do PIS e da COFINS sobre as receitas derivadas das vendas das ações, ora sob análise, o Fisco vem adotando um significado para “faturamento” diverso daquele adotado pela Corte Constitucional quando da análise da inconstitucionalidade das disposições contidas na Lei n. 9.718/98. Vale dizer, naquela ocasião foi afastada a incidência das contribuições sobre a “totalidade de receitas”, mantendo-se o conceito de “faturamento” anteriormente adotado pelo Tribunal, de que corresponde à receita da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços.

Por este conceito as receitas oriundas das vendas de ações próprias (investimento direto da pessoa jurídica) jamais poderiam ser alcançadas pelas contribuições. Deste modo, o Fisco pretende aplicar um conceito mais amplo de

1. “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.”

“faturamento”, para que estas receitas possam ser inseridas na base de cálculo do PIS e da COFINS, devidas pelas instituições financeiras.

Nesse diapasão o Fisco vem afirmando que a base de cálculo das citadas contribuições seria a “receita derivada de suas atividades empresariais”.

Como demonstraremos na sequência, em primeiro lugar é inadmissível que o Fisco aplique um conceito de faturamento diverso daquele que hoje está chancelado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Ainda que exista posicionamento isolado de alguns Ministros do Tribunal, visando aplicar um conceito de faturamento diferenciado (mais amplo), esta não é a posição adotada expressamente pelo Tribunal nos julgados submetidos ao Plenário da Casa, de modo que esta jurisprudência não pode ser afastada neste momento, em favor de posicionamentos isolados dos julgadores.

Ademais, ainda que isso fosse possível, há flagrante distorção deste conceito mais amplo, que vem sendo adotado por alguns Ministros, pois mesmo que se admitisse a aplicação deste posicionamento, ele não autorizaria a tributação dos valores derivados da venda das participações societárias sob análise.

Desta feita, conforme se demonstrará a seguir, as pretensões fiscais de incidência do PIS e da COFINS sobre as receitas oriundas da alienação das participações societárias das corretoras de valores, distribuidoras de títulos e outros antigos associados da BOVESPA e da BM&F, após o processo de desmutualização, não possuem sustentabilidade jurídica.

3. A classificação das ações como ativo permanente das corretoras e a não incidência do PIS e da COFINS

O primeiro argumento do Fisco Federal que merece análise é a questão da necessidade de reavaliar e reclassificar as ações recebidas pelas corretoras, em substituição aos títulos patrimoniais que detinham na BOVESPA e na BM&F, antes do processo de desmutualização, transferindo-as do ativo permanente (títulos patrimoniais) para o ativo circulante (ações).

De início importa destacar que não há controvérsia quanto à adequação da classificação dos títulos patrimoniais das entidades em contas de ativo permanente das corretoras, distribuidoras e agentes autônomos, na medida em que estes títulos eram condição para que tais pessoas pudessem exercer seus respectivos objetos sociais; era essencial para que pudessem operar perante a BOVESPA e a BM&F. A controvérsia se dá em relação à manutenção das ações substitutivas destes títulos, no ativo permanente das corretoras e demais associadas das entidades.

Vale notar que o fundamento da fiscalização para exigir tal (re)classificação, é a premissa de que se trata de nova aquisição de participação societária, derivada essencialmente da “devolução de capital” que teria ocorrido em razão do processo de transformação sofrido pelas entidades.

Contudo, conforme já analisado anteriormente, a premissa fiscal está equivocada. Isto porque, ao contrário do que afirma a autoridade tributária, não houve devolução de capital, porque não houve extinção das entidades, mas mera transformação na forma de se organizarem.

Assim, se a transformação das associações em sociedades anônimas não se realizou por meio da extinção das entidades e criação de outras novas, não há de se falar em devolução de capital nem aquisição de “nova” participação societária. O que houve foi apenas a substituição de um título representativo de capital, por outro, em virtude da transformação social ocorrida. A empresa é a mesma, os participantes são os mesmos, a área de atuação é a mesma, o valor investido é o mesmo (inclusive porque foi feito o cálculo de ações correspondentes aos títulos anteriormente detidos, justamente para preservação do valor do investimento realizado antes), tendo ocorrido apenas alteração na forma de organização da sociedade e, por conseguinte, substituição de um título por outro.

Vale dizer, enquanto as entidades estavam organizadas sob a forma de associações a participação da Recorrente se deu através da propriedade de títulos patrimoniais. Estes eram o tipo de título que representava a participação da Recorrente no capital daquelas entidades, enquanto associações. Quando houve a transformação destas associações em sociedades anônimas os títulos representativos do capital social passaram a ser as ações. Ou seja, em decorrência da transformação do tipo das entidades, deu-se também a modificação no tipo de instrumento representativo da participação no capital social, que passou de títulos patrimoniais para ações.

Portanto, a transformação sob análise não ensejou a necessidade de reclassificação dos ativos, pois não se trata da realização de um novo investimento. A alteração de forma da participação no capital social da mesma entidade não acarreta tal obrigatoriedade, conforme se depreende, inclusive da Deliberação CVM n. 29/86, que esclarece que a contabilidade se baseia na essência e não na forma jurídica dos institutos, *verbis*:

(...) 2º) A contabilidade possui um grande relacionamento com os aspectos jurídicos que cercam o patrimônio, mas, não raro, a **forma jurídica pode deixar de**

retratar a essência econômica. Nessas situações deve a Contabilidade guiar-se pelos seus objetivos de bem informar, seguindo, se for necessário para tanto, a essência ao invés da forma. (Destacamos)

No presente caso, a essência do investimento é a mesma. Afinal, como tratado anteriormente, o valor investido permaneceu o mesmo e a substituição dos títulos patrimoniais pelas ações só ocorreu, em termos meramente formais, porque a entidade não mais poderia ter seu capital social representado por títulos patrimoniais, em razão de ter deixado de organizar-se sob a forma de associação, passando a organizar-se como sociedade anônima, cujos títulos representativos do capital adquirem a forma de ações.

Corroborar este entendimento a Resolução n. 750/93 do Conselho Federal de Contabilidade que estabelece a prevalência da essência das transações sobre seus aspectos formais, o que impacta na forma de contabilização dos ativos, como no presente caso, *verbis*:

Art. 1º. (...)

§ 2º Na aplicação dos Princípios Fundamentais de Contabilidade há situações concretas e a **essência das transações deve prevalecer sobre seus aspectos formais.** (Destacamos)

Conclui-se que a exigência de nova classificação para a participação societária detida pelas corretoras na BOVESPA e na BM&F, após a desmutualização, não possui fundamento, pois ao contrário do que defende o Fisco Federal não houve devolução de capital ou aquisição de nova participação societária que ensejasse tais procedimentos.

A classificação destes ativos devia permanecer a mesma, pois houve mera alteração na forma através da qual eles se apresentavam, não havendo, contudo, qualquer modificação em sua essência, na medida em que se tratava de participação em mesmo valor, nas mesmas entidades que, apenas, passaram a se organizar em um modelo societário diferente.

Ademais, vale notar que mesmo a alteração de forma se deu de modo compulsório – devido à modificação na forma de organização da entidade. Em situação na qual também houve a substituição compulsória de um bem por outro – contribuinte teve seu imóvel desapropriado e substituído por Títulos da Dívida Agrária (TDA's) – o antigo Conselho de Contribuintes entendeu que deveria ser mantida a classificação contábil do bem – como ativo permanente – não

obstante as TDA's tivessem natureza diversa. Privilegiada, portanto, a essência sobre a forma. Vejamos parte da decisão em comentário, *verbis*:

Entendo que a situação excepcional, não somente da desapropriação como da forma do pagamento da mesma, remetem ao entendimento de que os TDAs recebidos, quando alienados pelo expropriado, representam a consagração do recebimento do preço.

Tal preço pela alienação compulsória de um bem. Em se tratando de propriedade pertencente a uma pessoa jurídica, manifesta a sua vinculação contábil ao ativo imobilizado.

Como tal, alcançado pela norma prevista no art. 3º, IV, da Lei n. 9.718/98, que exclui da receita bruta a decorrente da venda de bens da mencionada natureza. (2º Conselho de Contribuintes, 1ª Turma - Acórdão n. 201-77.523)

O Fisco defende sua posição, também, com o argumento de que tais participações societárias não poderiam estar registradas no ativo permanente das corretoras porque as ações foram alienadas após a transformação das entidades. Entretanto, esta alegação também não merece guarida, na medida em que a mera alteração da intenção do proprietário em relação à destinação do bem não enseja alteração de sua classificação contábil – que é determinada no momento da aquisição do bem. Neste sentido dispõe o Parecer Normativo n. 03/80, da própria Receita Federal, *verbis*:

5. Por conseguinte, tendo em vista os reflexos da alteração pretendida na apuração dos resultados da pessoa jurídica, é evidente que o contribuinte não tem faculdade de classificar as contas, ou reclassificá-las, segundo critérios subjetivos de sua conveniência. Ao contrário, impõe-se a rigorosa observância dos preceitos da lei comercial e fiscal.

6. Os critérios de classificação a serem observados devem ser aqueles consubstanciados nos arts. 178 a 182, da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, aplicável por expressa determinação do § 4º do art. 70 do Decreto-Lei n. 1.598/77. No caso sob exame, a reclassificação, para o ativo circulante, de direitos registrados no ativo imobilizado fere frontalmente disposições do art. 179 da Lei n. 6.404/76. Segundo a alínea I desta norma, **somente podem ser incluídos no ativo circulante os direitos de crédito e os que tiverem por objeto mercadorias e produtos do comércio ou da indústria da companhia, além das disponibilidades e das aplicações de recursos em despesas do exercício seguinte.**

(...)

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.** (Destacamos)

Constata-se da leitura do Parecer Normativo em destaque que os bens que não são objeto da atividade da empresa não devem estar registrados no ativo circulante. É perfeitamente possível, portanto, que um bem do ativo permanente – por exemplo, um investimento realizado a longo prazo, como é o caso dos títulos patrimoniais adquiridos pelas corretoras – venha a ser alienado sem que este seja classificado no ativo circulante.

Aliás, se cada vez que uma empresa decidisse alienar algum item de seu ativo permanente, fosse obrigada a transferi-lo para o ativo circulante, teríamos de admitir que a disposição contida na Lei n. 9.718/98 – no sentido de excluir da tributação a receita da venda de ativo permanente – é totalmente inócua e inaplicável. Afinal, se houvesse sempre a necessidade de prévia transferência de um ativo da conta de permanente para a conta de circulante, antes de sua alienação, nenhum contribuinte jamais auferiria receita de venda de ativo permanente.

Portanto, pouco importa se as corretoras alienaram parte das ações logo em seguida à transformação das entidades – aliás, inclusive porque tiveram de fazê-lo como condição para realização da transformação e abertura de capital das entidades – pois estas participações societárias foram adquiridas, em geral, muito antes da realização da transformação das associações e, naquele momento, a aquisição dos títulos patrimoniais se deu como condição necessária para o desenvolvimento das atividades das empresas, de modo que é evidente o intuito de manutenção das referidas participações.

Ademais, mesmo que as corretoras tenham alienado parte das ações que receberam em substituição aos títulos patrimoniais em questão, é fato que não as receberam visando sua venda. Vale dizer, as ações adentraram o patrimônio das corretoras para substituir os títulos patrimoniais. Supor que foram “adquiridas com o intuito de venda posterior”, como alega o Fisco, para defender sua classificação em ativo circulante, é absurdo. As corretoras sequer tiveram liberalidade na aquisição destas ações, pois, como analisados, as receberam em substituição aos títulos de propriedade que possuíam e, naquele momento,

formalmente já não poderiam existir. Assim, não optaram por adquirir essas ações. Além disso, ao recebê-las é inadmissível supor que o fizeram visando à venda.

Logo, quando o Fisco Federal afirma que seria evidente a necessidade de classificar estas ações em ativo circulante porque foram adquiridas com o intuito de venda posterior, está totalmente equivocado. Como se vê, não foi esse o intuito das associadas, pois foi independentemente de sua vontade que receberam as ações, na medida em que adentraram seu patrimônio em substituição aos títulos que deixaram de ter validade. Logo, o elemento de vontade já não estava presente neste momento. Impossível, portanto, a alegação fiscal de que além de intuito de aquisição havia intuito de aquisição para venda, pois, como visto, esta jamais foi a razão pela qual as ações vieram a compor o patrimônio das corretoras e demais associadas da BOVESPA e da BM&F.

Diante destas considerações, conclui-se que a manutenção destas participações societárias no ativo permanente das corretoras é perfeitamente adequada. E, além disso, em razão da exceção à incidência do PIS e da COFINS sobre receitas derivadas da venda de ativo permanente (perpetrada pelo artigo 3º, parágrafo 2º, inciso IV da Lei n. 9.718/98), não há fundamento jurídico para a pretensão fiscal de cobrança das contribuições sobre a receita advinda da alienação destas participações.

4. A impossibilidade de incidência do PIS e da COFINS sobre receitas derivadas de venda de ações/investimentos próprios de uma instituição financeira

Ainda que se admitisse adequada a premissa adotada pela fiscalização, de que as ações em questão não poderiam estar classificadas no ativo permanente das corretoras, distribuidoras e demais associadas da BOVESPA e da BM&F – o que fazemos apenas por amor ao debate – mesmo assim seria infundado o posicionamento do Fisco Federal no sentido de incidência do PIS e da COFINS sobre a receita da venda destas ações. Afinal, os valores em questão não se confundem com o faturamento das empresas e, portanto, não integram a base de cálculo das citadas contribuições. Vejamos.

O PIS e a COFINS são devidos pelas instituições financeiras (dentre elas as corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários), de acordo com as disposições contidas na Lei n. 9.718/98.

Referida norma foi objeto de análise de constitucionalidade, por parte do Supremo Tribunal Federal que julgou inconstitucional o alargamento da base

de cálculo das contribuições, por entender que o conceito de faturamento não equivale à “totalidade de receitas”, como a Lei, em seu texto original, estabelecia (artigo 3º, parágrafo 1º da norma).

Na ocasião, o Tribunal Constitucional reiterou seu posicionamento, de que o faturamento equivale à “receita da venda de mercadorias e/ou serviços”. A ementa do *leading case* que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal assim dispôs, *verbis*:

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI N. 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 – EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.

TRIBUTÁRIO – INSTITUTOS – EXPRESSÕES E VOCÁBULOS – SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PIS – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI N. 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional n. 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à **venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços**. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada. (Recurso Extraordinário n. 346.084², Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio Mello, DJ01/09/06 – destacamos)

Da análise da ementa e do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, constata-se que a decisão foi exarada com base no posicionamento que já estava consolidado no Tribunal, e em consonância com o que a legislação estabelece a respeito do conceito, é o de receita da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços.

2. Na ocasião foram também julgados outros Recursos Extraordinários que versavam sobre a mesma matéria, dentre eles: RE-357950-9/RS, RE- 358273-9/RS e RE-390840-5/MG.

A pretensão do Fisco Federal, de que seja adotado como conceito de faturamento algo distinto do que foi estabelecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal é, portanto, totalmente descabida. Contudo, da análise das autuações fiscais que foram emitidas contra as corretoras verifica-se que as autoridades pretendem adotar por sinônimo de faturamento a “totalidade das receitas das atividades empresariais”.

Entretanto, nos parece que o conceito de faturamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal está claro. Na decisão exarada pelo Plenário do Tribunal está evidente que o faturamento só pode ser entendido como a receita da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços. Não há qualquer, portanto, qualquer fundamento legal para que o Fisco sustente que o conceito de faturamento seja outro, ou ainda, que no conceito de “receita de venda de serviços e/ou mercadorias” estejam incluídas “as receitas financeiras das instituições financeiras”. Além do conceito de faturamento estar evidente, nas decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, não há nenhuma ressalva quanto à inaplicabilidade do conceito de faturamento em relação às instituições financeiras. Aliás, jamais poderia haver qualquer decisão neste sentido, por total afronta à isonomia.

O Fisco Federal vem tentando justificar a aplicação de conceito diverso ao conceito firmado pelo Supremo Tribunal Federal, com base em trechos de votos proferidos pelos Ministros Cezar Peluso e Carlos Ayres Britto, em que eles, ao contrário dos demais, aventavam a possibilidade de estabelecer um conceito diferenciado de faturamento (que iria além da receita de venda de mercadorias e/ou prestação de serviços), justamente para incluir determinadas receitas financeiras na base de cálculo das contribuições – o que, por outro lado, foi afastado pela decisão plenária tomada nos respectivos julgamentos.

De início, entendemos que tal pretensão se constitui em uma grave ofensa ao princípio constitucional da isonomia, pois tenta impor um conceito diferenciado de faturamento apenas (para ampliar a incidência do PIS e da COFINS) em relação a determinados contribuintes, quais sejam as instituições financeiras.

Ademais, embora existam manifestações isoladas de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, a respeito do assunto, o conceito de faturamento, que atualmente é adotado pela Corte Constitucional não é o de “receitas ligadas à atividade institucional”, de “receitas derivadas do desenvolvimento do objeto social”, de “receitas da atividade empresarial”, ou nada parecido. O conceito de faturamento atualmente aplicado pelo Supremo Tribunal Federal é o de “receita da venda de mercadorias e/ou prestação de serviços”. Foi

necessidade de manter-se, como limite do faturamento, os valores que tenham caráter remuneratório do desenvolvimento de suas atividades empresariais, realizadas em favor de seus clientes – que não se confunde com rendimento de aplicações financeiras próprias.

Assim, mesmo ao defender um conceito mais amplo para faturamento, indo além do que foi decidido pelo Plenário da Casa, para adotar um conceito que incluísse outras receitas derivadas da atividade empresarial (não limitado às receitas de vendas de mercadorias e/ou prestação de serviços), os Ministros não poderiam, jamais, permitir a incidência do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras próprias, que em nada se relacionassem com a atividade desenvolvida em favor de seus clientes, sob pena de permitir justamente a realização da inconstitucionalidade que acabaram por reconhecer.

Do exposto é possível chegar, ainda, a mais uma conclusão: o conceito de faturamento, conforme demonstrado pelo STF em seus julgamentos, não está, de modo algum, dissociado dos resultados obtidos pela empresa, em relação a seus clientes, inclusive, conforme o entendimento mantido pelos Ministros que possuem entendimento mais amplo do que aquele mantido pela Casa, a respeito do conceito de faturamento. Afinal, mesmo para estes Ministros, a base do PIS e da COFINS só pode ser alargada para abranger até o limite do resultado obtido no exercício de suas atividades sociais, que corresponda à remuneração recebida de seus clientes.

As receitas que são objeto desta análise, foram auferidas em razão da alienação de participações societárias que correspondiam a investimento próprio das corretoras. Importa, portanto, ressaltar que embora o serviço prestado pelas corretoras, a seus clientes, seja a aquisição e venda de ações (corretagem), há diferença entre a atividade de corretagem de ações que as corretoras desenvolvem em favor de seus clientes, e a alienação de participações societárias que possuem, como forma de investimento próprio.

A situação é similar à da receita recebida em virtude de venda de um imóvel ou de aplicações de renda fixa (ou quaisquer outras aplicações financeiras). Trata-se de capital próprio, investido, e cujo ganho em nada se relaciona com valores recebidos em razão das atividades que realiza em prol de seus clientes. Logo, por não se confundir com receita (ainda que financeira) remuneratória de sua atividade, mas por se tratar de receita oriunda de investimento de capital próprio, não poderia compor a base de cálculo do PIS e da COFINS, ainda que se admita a aplicação do conceito alargado de faturamento, proposto pelos Ministros Cezar Peluso e Carlos Britto (pois seu limite é a relação com as atividades oferecidas/prestadas aos clientes).

Provavelmente o argumento que vem sendo utilizado pelo Fisco Federal para cobrança das contribuições, nestas situações, deriva de confusão causada pelo fato de a atividade empresarial principal das corretoras ser a compra e venda de títulos e valores mobiliários, em nome de seus clientes.

A Receita Federal confundiu, portanto, a atuação das corretoras em nome dos clientes – que representa o desenvolvimento de sua atividade empresarial – com a negociação de títulos próprios, que representam investimento das próprias corretoras e cuja receita não se relaciona com o desenvolvimento de suas atividades em prol de seus clientes, razão pela qual não poderia ser alcançada pelo PIS ou pela COFINS, ainda que se admitisse a aplicação do conceito alargado de faturamento, pretendida pelo Fisco Federal.

Portanto, é equivocado o argumento fiscal de que a receita derivada da alienação de quaisquer títulos e valores mobiliários – inclusive os que se configuram como investimento próprio e em nada se relacionam com suas atividades realizadas em favor dos clientes – sofreria a incidência do PIS e da COFINS. Apenas a receita relacionada à negociação de títulos e valores mobiliários, em nome dos clientes das corretoras, pode ser alcançada pelas referidas contribuições, mesmo quando se adota por faturamento a “receita das atividades empresariais”.

É o que ocorre, por exemplo, quando uma empresa se dedica à atividade de venda de imóveis. A receita derivada da venda de um imóvel próprio (por exemplo, da sede da empresa) não se confunde com as receitas derivadas de sua atividade empresarial – que é a venda de imóveis de clientes e para clientes. Neste sentido, aliás, já se manifestou o antigo Conselho de Contribuintes³, que afastou a incidência da COFINS sobre os valores auferidos com a alienação da sede da empresa, que se dedicava ao ramo de venda de imóveis, por entender que não se tratava de venda de “estoque”, mas de ativo próprio.

Portanto, quando as corretoras alienem participação societária que possuam em outras empresas, ainda que estejam negociando títulos e valores mobiliários, esta atividade não se confunde com a atividade empresarial desenvolvida pelas corretoras porque há uma diferença essencial entre as duas negociações: na primeira as corretoras negociam investimentos próprios, que não se relacionam com os ativos que negociam em nome de seus clientes e que, portanto, jamais pode ser considerada sua principal atividade, ou sua atividade empresarial (investimento de valores próprios). Por outro lado, ao negociar títulos e valores mobiliários em nome dos clientes, está desenvolvendo

3. Acórdão n. 221-77.601, da antiga 1ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes.

do sua atividade empresarial, nos termos dos esclarecimentos já apresentados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal que admitem a aplicação do termo faturamento como sendo a "receita da atividade empresarial" da pessoa jurídica, pois é esta a atividade que faz com regularidade e em volume que nos permite concluir que se trata de sua finalidade social, e cujo recebimento se configura uma remuneração relacionada aos serviços prestados.

Finalmente, importa destacar que mesmo que a possibilidade de negociar títulos e valores mobiliários em nome próprio (além de negociá-los em nome de terceiros/clientes) esteja prevista no contrato social das corretoras e distribuidoras de valores, esta previsão não nos permite afirmar que esta seja a atividade empresarial destas empresas⁴. Isto porque, esta previsão existe no contrato social apenas para permitir que, na realização de investimentos no mercado de títulos e valores mobiliários as corretoras não precisem recorrer a outras corretoras para realizar seus próprios negócios. Não significa, contudo, que se estabelecerá uma relação empresarial entre a corretora e ela mesma, neste tipo de operação. Do que se conclui que não se trata de relação empresarial entre corretora e ela mesma, que pudesse ensejar o entendimento que vem sendo adotado pela fiscalização.

Trata-se de mera previsão contratual para facilitar a realização de um determinado tipo de investimento (do capital próprio, em mercado mobiliário) que, deste modo, não se confunde com a atividade desenvolvida em nome de seus clientes e que, assim, jamais pode ser considerada parte de sua atividade empresarial, relacionada aos serviços que as corretoras prestam, ou à remuneração que recebem por isso.

Assim, nos parece completamente infundada a pretensão fiscal de tributar por meio do PIS e da COFINS os valores recebidos pelas corretoras em razão da venda de participações societárias próprias (realizadas como investimento do capital próprio), pois não se trata, de maneira alguma, de faturamento – seja adotando-se o conceito atualmente aceito pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, seja adotando-se o conceito alargado defendido por alguns Ministros da Corte (ainda não aprovado pela Casa).

4. Traçando um paralelo, esta previsão no contrato social é similar à previsão de que, dentre os objetivos sociais, as empresas podem participar do capital de outras empresas, por exemplo. Isso não significa que "participar do capital de outras empresas" seja a atividade empresarial de todas as pessoas jurídicas que possuem tal previsão no contrato social (exceto, talvez, no caso de *holdings*).

5. Conclusões

Da análise dos argumentos que vêm sendo adotados pelas autoridades fiscais para exigir o PIS e a COFINS sobre a alienação das participações societárias detidas pelas corretoras de valores na BOVESPA e na BM&F, pós-processo de desmutualização das entidades, parece-nos que falta sustentação jurídica para a pretensão fiscal.

Em primeiro lugar porque não houve aquisição de novas participações societárias que pudessem ensejar a (re)classificação destas como um ativo circulante, afastando sua manutenção no ativo permanente, onde estavam classificados os títulos patrimoniais detidos pelas corretoras, antes da desmutualização. Houve sim mera substituição destes títulos por ações simplesmente porque ao se realizar uma modificação na forma societária que tais entidades adotavam para se organizar, foi necessário substituir, na forma, os títulos representativos do capital investido, pelas corretoras, nestas entidades. A substituição se deu de modo meramente formal, sendo mantido, inclusive, o valor investido, adotando-se a correspondência no número de títulos a ser conferido a cada corretora, a depender do valor que representavam os títulos patrimoniais por elas detidos. E, assim, se tratando de ações classificadas no ativo permanente, a legislação é expressa em excluir a receita derivada destas alienações, da base de cálculo do PIS e da COFINS (artigo 3º, parágrafo 2º, inciso IV da Lei n. 9.718/98).

Ademais, ainda que se admitisse que tais ações não pudessem estar classificadas como ativo permanente, a incidência das contribuições não seria possível porque as receitas derivadas da alienação destas participações societárias não estariam incluídas na base de cálculo do PIS e da COFINS por não fazer parte do faturamento das corretoras. Neste ponto, de se destacar que estas receitas não se incluem no faturamento, seja adotando-se o conceito hoje aceito pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal – qual seja, de receita da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços – seja adotando-se o conceito alargado de faturamento, defendido pelo Fisco, com base em votos de dois Ministros do Supremo Tribunal Federal, que entendem que, para as instituições financeiras o faturamento deve ser entendido como a "receita das atividades empresariais". Mesmo que, por hipótese, se admita a aplicação deste conceito alargado, as receitas derivadas de alienação de investimentos de capital próprio – como é o caso das advindas da venda das participações societárias sob análise – não integram o faturamento das instituições financeiras. Apenas as receitas derivadas da remuneração por serviços prestados em favor dos

clientes das instituições é que integram o conceito alargado de faturamento ("receita de atividades empresariais"), de modo que, nem sob este aspecto se sustenta a pretensão fiscal de incidência do PIS e da COFINS sobre as receitas oriundas da venda de ações da BOVESPA e da BM&F, por corretoras associadas, na situação ora tratada.

ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO CARF A RESPEITO DO CREDITAMENTO DE PIS/COFINS SOBRE DISPÊNDIOS COM FRETE (NO COMÉRCIO, NA INDÚSTRIA E NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS)

Heroldes Bahr Neto

Ex-conselheiro do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais da Receita Federal – CARF. Especialista em Direito Tributário pelo IBEJ/PR e Comércio Exterior pela PUC/PR. Advogado em Curitiba/PR.

Osnildo de Souza Júnior

Mestre em Direito Econômico e Social – PUC/PR. Especialista em Direito Tributário pelo CEU/SP. Advogado em Blumenau/SC.

1. Introdução

Assunto que com alguma frequência tem sido objeto de exame pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF diz respeito à questão envolvendo o aproveitamento de crédito de PIS/COFINS sobre os mais variados dispêndios com frete decorrentes do exercício de atividade econômica.

No **comércio**, gasta-se com frete na aquisição de mercadoria para revenda e na própria operação de venda; na **indústria**, o custo com o frete está relacionado desde a aquisição de insumos até a venda dos produtos fabricados; na **prestação de serviço**, o dispêndio com frete é comumente necessário à aquisição de insumos para a realização do serviço. Também se gasta com frete no transporte de mercadoria importada até o estabelecimento adquirente ou importador; gasta-se ainda com a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

O fato é que os gastos com o frete são os mais variados possíveis e estão presentes como elemento indispensável ao exercício de qualquer atividade empresarial. Por essa razão, a pretensão deste estudo não é a de esgotar o tema, mas apenas ilustrar e examinar – de forma crítica – algumas das principais controvérsias que foram ou que estão na iminência de serem apreciadas pelo CARF.

Afigura-se irrelevante, ao menos para a finalidade pretendida neste ensaio, se o frete é próprio ou se é contratado. Tanto porque, para nós, se há o direito creditório ele se aplica indiferentemente aos gastos com o transporte próprio ou com o tomado de terceiro. O que interessa é verificar em que casos e quais