



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

Processo n° 16327.000162/2010-85
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3402-002.029 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de março de 2013
Matéria PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL
Recorrente DEUTSCHE BANK CORRETORA DE VALORES S/A
Recorrida DRJ SÃO PAULO (I)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

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

Ementa:

À Primeira Seção de Julgamento do CARF cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância, quando houver procedimentos conexos, decorrentes ou reflexos, assim compreendidos os referentes às exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª câmara / 2ª turma ordinária da terceira SEÇÃO DE JULGAMENTO, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso voluntário para declinar competência para Primeira Seção de Julgamento do CARF.

(assinado digitalmente)

GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO – Relator e Presidente

Substituto.

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros João Carlos Cassuli Junior, Silvia de Brito Oliveira, Mônica Elisa de Lima (suplente), Adriana Oliveira Ribeiro (suplente) e Mário César Fracalossi Bais (suplente).

Relatório

Como forma de elucidar os fatos ocorridos até a decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, colaciono o relatório do Acórdão recorrido, *in verbis*:

Trata-se de impugnação (fls. 128 a 139) a Autos de Infração (fls. 110 a 123) de CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL — PIS/PASEP e de CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL — COFINS, por FALTA DE RECOLHIMENTO, relativos a fatos geradores ocorridos em 31/10/2007, 30/11/2007 e 31/12/2007, lavrados pela Delegacia Especial das Instituições Financeiras - DEINF/SPO, em 22/02/2010.

2. O crédito tributário constituído composto pelos valores a seguir foi discriminados :

PIS R\$ 666.137,59

Juros de Mora (até 29/01/2010) R\$ 146.185,73

Multa R\$ 499.603,18

Valor do Crédito Tributário Apurado R\$ 1.311.926,50

COFINS R\$ 4.099.308,27

Juros de Mora (até 29/01/2010) R\$ 899.604,60

Multa R\$ 3.074.481,20

Valor do Crédito Tributário Apurado R\$ 8.073.394,07

3. Como enquadramento legal do lançamento, o autuante assinala, para o PIS, o artigo 2º, inciso I, alínea a e parágrafo único, 3º, 10, 26 e 51 do Decreto nº 4.524/02, e, para a COFINS, o artigo 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/02, o artigo 18 da Lei nº 10.684/03 e os artigos 2º e 30 da Lei nº 9.718/98 (fls. 112 e 119). Os juros moratórios foram exigidos com base no artigo 61, parágrafo 3º, da Lei nº 9.430/96 (fls. 114 e 121), e a multa de ofício com fundamento no artigo 86, parágrafo 10, da Lei nº 7.450/85, no artigo 2º da Lei nº 7.683/88, no artigo 10, parágrafo único, da Lei Complementar nº 70/91 e no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96 com a redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 11.488/2007 (fls. 114 e 121).

4. No Termo de Verificação Fiscal (fls. 99 a 109), a autoridade noticia, que :

i) o autuado teria efetuado alienações em processo de Oferta Pública Inicial — IPO, de 4.908.015 ações da BM&F S/A, em 11/2007 e 12/2007, bem como teria feito a venda, em 10/2007, de 444.626 ações da BOVESPA HOLDING S/A, ações estas

recebidas nos processos de "desmutualização" da BOVESPA, ocorrida em 08/2007, e da BM&F, em 10/2007;

ii) pelo fato de adquirir ações da BOVESPA HOLDING S/A e da BM&F S/A com o intuito de venda no curto prazo, teria havido incidência do PIS e da COFINS, nos termos da Lei 9.718/98 que determina que tais contribuições incidem sobre a receita bruta, permitindo exclusões, entretanto, de "receitas decorrentes de venda de bens do ativo permanente", conforme previsto no artigo 3º, parágrafo 2º, inciso IV da referida lei;

iii) somente poderiam ser considerados permanentes aqueles bens e direitos em relação aos quais a empresa tem interesse em manter permanentemente;

iv) a própria BOVESPA teria se manifestado pelo Ofício Circular 22/2007-DG (fls. 31 e 32) orientando as Corretoras a registrarem no Ativo Circulante as ações de emissão da BOVESPA HOLDING S/A se a decisão fosse a de considerar essas ações como sendo títulos disponíveis para venda, ou manter esse valor no Ativo Permanente, se a decisão fosse a de considerar essas ações como investimento;

v) o próprio contribuinte demonstraria tal entendimento pois na DIPJ do ano-calendário de 2007, na ficha 06B, linha 52, teria informado como zero o valor proveniente de Receitas Brutas de Alienações de Bens e Direitos do Ativo Permanente, sendo que teria classificado o ganho obtido da venda das referidas ações como Rendas de Títulos de Renda Variável, conforme a linha 12 da Ficha 06B da DIPJ, ou seja, como Receita Operacional, sujeita à tributação do PIS e da COFINS;

vi) o autuado teria considerado a venda dessas ações como venda de bens do Ativo Permanente, excluindo os valores da base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme declarado no Demonstrativo de Apuração das contribuições sociais - DACON (fls. 04 a 18), não efetuando o recolhimento dessas contribuições;

vii) a base de cálculo seria o valor da receita financeira recebida para os meses 10/2007, 11/2007 e 12/2007, conforme evidenciado em quadros demonstrativos (fls. 106 e 108), nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei 9.718/98.

5. Cientificado do lançamento em 25/02/2010 (fls. 111 e 118), o autuado impugnou o Auto de Infração em 26/03/2010 (fl. 128), oferecendo, em resumo, as seguintes razões:

i) o lançamento seria nulo porque haveria erro na base de cálculo e na determinação do momento da ocorrência do fato gerador, visto que a autoridade não teria levado em conta o valor de mercado dos bens recebidos, apurável quando da sua realização em moeda, no primeiro pregão realizado em Bolsa, e sim, o valor nominal, incorrendo em erro material na determinação da matéria tributável, sobretudo na quantificação do tributo exigido;

ii) a autoridade ter-se-ia apegado à forma contábil adotado pelo autuado de ter registrado as ações alienadas da BM&F S/A e da BOVESPA HOLDING S/A, no Ativo Circulante, e não no Permanente;

iii) independentemente dessa classificação contábil, as referidas ações teriam continuado integrando o Ativo Permanente até o momento da venda em Bolsa de Valores, venda esta obrigatória por força de acordo firmado entre as Corretoras, pois que teria havido apenas a substituição de bens que integravam o Ativo Permanente por outros bens dessa mesma natureza;

iv) o fato de ter sido declarado, na DIPJ, o ganho obtido na venda dessas ações como "Rendas de Títulos de Renda Variável", não como "Receitas Brutas de Alienações de Bens e Direitos do Ativo Permanente", não serviria para embasar o lançamento porque a forma contábil não pode prevalecer sobre a essência da operação, sob pena de contrariar o princípio da verdade material, consoante julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais — CARF, que colaciona;

v) o autuado teria incluído no cálculo das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL o valor correspondente à venda das ações, por tratar-se de ganho na alienação de bens do Ativo Permanente e não de ganho líquido em operações de renda variável, que não estaria sujeito ao regime de antecipações mensais, por ser classificado por receita financeira;

vi) pelo contido no processo de Consulta nº 150, da DISIT 07, de 17/09/2008, o Fisco entenderia que o chamado processo de "desmutualização" implicaria efetiva alienação de bens do Ativo Permanente, mediante pagamento com ações da BOVESPA HOLDING S/A e da BM&F S/A;

vii) tal receita teria natureza não operacional, pois que derivada da venda de bens do Ativo Permanente, e, assim, não seria alcançada pela incidência do PIS e da COFINS, nos termos do artigo 2º, inciso IV, da Lei 9.718/98;

viii) o valor a ser atribuído às ações seria aquele definido pelo mercado e sua formação se daria apenas quando da primeira negociação dos títulos ocorrida em pregões de bolsa de valores, não na data da "desmutualização", quando não havia liquidez dos papéis recebidos em troca dos títulos patrimoniais das bolsas;

ix) o próprio Fisco preconizaria, para efeito de apuração de ganho de capital, na hipótese em discussão, que o contribuinte deveria levar em conta a diferença entre o custo de aquisição e o valor de mercado dos títulos entregues como pagamento, conforme Ato Declaratório Interpretativo nº 7/2007;

x) assim, deveria ser excluída do lançamento a diferença entre o custo de aquisição dos títulos patrimoniais e o seu valor de mercado, por constituir parcela do ganho na alienação de bens

do Ativo Permanente, não sujeita à incidência do PIS e da COFINS;

xi) a norma que embasaria o lançamento, o artigo 3º, parágrafo 1º, da Lei 9.718/98 seria inconstitucional, conforme manifestação definitiva do STF, afastando da exigência do PIS e da COFINS o que não fosse receita proveniente da venda de mercadorias e da prestação de serviços;

xii) não se poderia alegar, com vinha fazendo a Fazenda nas ações em que discute a matéria, que a referida receita seria derivada da prestação de serviços de intermediação financeira, porque o bem vendido integraria a carteira própria do autuado, sendo inconcebível admitir-se que alguém preste serviço para si mesmo.

A Delegacia de Julgamento São Paulo (I) julgou o lançamento procedente, nos termos do Acórdão nº 16-26161, de 26 de julho de 2010, cuja ementa foi vazada nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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

AUTO DE INFRAÇÃO. PRELIMINARES. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

O lançamento fiscal, na qualidade de ato jurídico administrativo, somente pode ser considerado nulo quando desprovido de elemento essencial à sua constituição e forma, conforme estipulado no artigo 166 do Código Civil e no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, a saber, não ser praticado por pessoa competente, ter objeto ilícito, não ter sido observada a forma prescrita em lei, e ter sido preterido o direito de defesa. Não se incluem nessa categoria, pretensos vícios de erro na apuração da base de cálculo, na determinação dos fatos geradores, e na utilização do valor nominal em lugar do valor de mercado para precificar ações alienadas.

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

Devem ser classificados no Ativo Circulante as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente. Considera-se que aí teriam sido classificadas as ações da BOVESPA HOLDING S/A e da BM&F S/A que foram recebidas pela contribuinte em decorrência de processo de desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA, e da Bolsa de Mercadorias & Futuros de São Paulo - BM&F e que foram negociadas logo após ao seu recebimento, no caso, dentro de três meses de seu ingresso nos registros contábeis da impugnante.

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

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

AUTO DE INFRAÇÃO. PRELIMINARES. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

O lançamento fiscal, na qualidade de ato jurídico administrativo, somente pode ser considerado nulo quando desprovido de elemento essencial à sua constituição e forma, conforme estipulado no artigo 166 do Código Civil e no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, a saber, não ser praticado por pessoa competente, ter objeto ilícito, não ter sido observada a forma prescrita em lei, e ter sido preterido o direito de defesa. Não se incluem nessa categoria, pretensos vícios de erro na apuração da base de cálculo, na determinação dos fatos geradores, e na utilização do valor nominal em lugar do valor de mercado para precificar ações alienadas.

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

Devem ser classificados no Ativo Circulante as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente. Considera-se que ai teriam sido classificadas as ações da BOVESPA HOLDING S/A e da BM&F S/A que foram recebidas pela contribuinte em decorrência de processo de desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA, e da Bolsa de Mercadorias & Futuros de São Paulo - BM&F e que foram negociadas logo após ao seu recebimento, no caso, dentro de três meses de seu ingresso nos registros contábeis da impugnante.

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

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

decorrência de processo de desmutualização da BOVESPA e da BM&F

Descontente com a decisão de primeira instância, o sujeito passivo protocolou o recurso voluntário, valendo-se dos mesmos fundamentos jurídicos apresentados na impugnação:

Termina sua petição recursal, requerendo a reforma da decisão vergastada para:

- a) Que o aspecto temporal da hipótese de incidência da obrigação tributária tenha se materializado por ocasião da venda das ações da BM&F e da Bovespa Holdings, e não na data da desmutualização;
- b) Que seja declarada a inexigibilidade das contribuições para o PIS e para a Cofins, por constituir receita não operacional resultante de bens integrantes de seu ativo permanente, e como tal, excluída da base de cálculo dessas contribuições.

Consta que o recorrente foi autuado pelos mesmos fatos, constituindo créditos tributários referentes a Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, processo nº 16327000163/2010-20.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Gilson Macedo Rosenberg Filho, Relator.

O recurso foi apresentado com observância do prazo previsto.

Quanto aos demais requisitos de admissibilidade, passo a apreciá-los.

Para passarmos à análise de mérito da matéria delimitada no momento da impugnação, deve-se investigar se foram observados os requisitos mínimos impostos por lei, cuja ausência implica a pronta inadmissão da peça recursal, sem que se investigue ser procedente ou improcedente a própria irrisignação veiculada no recurso.

As atividades do julgador direcionadas para aferição da presença desses pressupostos recebem o nome de juízo de admissibilidade. Esse juízo antecede lógica e cronologicamente um outro subsequente juízo, qual seja o juízo de mérito, no qual é analisada a pretensão recursal.

O professor Barbosa Moreira observa que *a questão relativa à admissibilidade é, sempre e necessariamente, preliminar à questão de mérito. A apreciação desta fica excluída se àquela se responde em sentido negativo.*

Os requisitos viabilizadores do exame do mérito recursal são divididos pelo professor Barbosa Moreira em duas categorias: “requisitos intrínsecos (concernentes à própria existência do poder de recorrer) e requisitos extrínsecos (relativos ao modo de exercê-lo)”. Alinham-se no primeiro grupo o cabimento, a legitimidade para recorrer, o interesse recursal e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer. O segundo grupo é composto pela tempestividade, a regularidade formal e o preparo.

Temos a consciência de que nem todos os requisitos de admissibilidade devem ser observados no âmbito do processo administrativo. Contudo, ao examinar a possibilidade de seguimento do recurso, o julgador administrativo deve estar atento para alguns dos requisitos, a saber: o interesse recursal, a legitimidade, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, a regularidade formal e a tempestividade. Atendidos todos eles, fica permitida a análise do *meritum causae*.

Retornando aos autos, tivemos ciência de que os mesmos fatos que subsidiaram os lançamentos do PIS e da Cofins serviram de base para as autuações de IRPJ e CSLL no processo nº 16327000163/2010-20.

O art. 2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF determina a competência da Primeira Seção de Julgamento para apreciar recursos que versem sobre a aplicação da legislação do PIS e da Cofins quando os fatos jurídicos que serviram para a apuração das exações forem conexos aos fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação do IRPJ.

Neste norte, em vista da correlação assinalada, não conheço do recurso por se tratar de matéria de competência da Primeira Seção de Julgamento do CARF.

É como voto.

Sala das Sessões, em 19/03/2013

Gilson Macedo Rosenburg Filho