



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 16327.720777/2012-93
Recurso nº Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº 9303-007.362 – 3ª Turma
Sessão de 16 de agosto de 2018
Matéria 63.858.4340 - COFINS - BASE DE CÁLCULO - - Instituições Financeiras: alcance da inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei 9.718/1998
63.681.4465 - COFINS - MULTA DE OFÍCIO - Requisitos para agravamento
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
ITAU UNIBANCO S.A.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

Classificam-se no Ativo Circulante as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente. As ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A recebidas em decorrência da operação denominada desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo BOVESPA e da Bolsa de Mercadorias & Futuros de São Paulo BM&F, que foram negociadas dentro do mesmo ano ou poucos meses após o seu recebimento, devem ser registradas no Ativo Circulante.

BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA OPERACIONAL. OBJETO SOCIAL. VENDA DE AÇÕES.

Nas instituições financeiras, que têm as operações de compra e venda de ações compreendidas no objeto social, a base de cálculo das contribuições sociais é o faturamento/receita bruta operacional, o que inclui, necessariamente, as receitas típicas da empresa auferidas com a venda de ações da BM&F S.A. e da Bovespa Holding S.A., recebidas em decorrência das operações societárias denominadas desmutualização.

NORMAS TRIBUTÁRIAS. MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO. Comprovado que o contribuinte não atendeu, no prazo razoável concedido, informação essencial ao andamento dos trabalhos fiscais, é cabível o agravamento da penalidade previsto no § 2º do art.44 da Lei 9.430/1996.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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

TÍTULOS MOBILIÁRIOS. REGISTRO. ATIVO CIRCULANTE.

Classificam-se no Ativo Circulante as disponibilidades e os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente. As ações da Bovespa Holding S/A e da BM&F S/A recebidas em decorrência da operação denominada desmutualização da Bolsa de Valores de São Paulo BOVESPA e da Bolsa de Mercadorias & Futuros de São Paulo BM&F, que foram negociadas dentro do mesmo ano ou poucos meses após o seu recebimento, devem ser registradas no Ativo Circulante.

BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA OPERACIONAL. OBJETO SOCIAL. VENDA DE AÇÕES.

Nas instituições financeiras, que têm as operações de compra e venda de ações compreendidas no objeto social, a base de cálculo das contribuições sociais é o faturamento/receita bruta operacional, o que inclui, necessariamente, as receitas típicas da empresa auferidas com a venda de ações da BM&F S.A. e da Bovespa Holding S.A., recebidas em decorrência das operações societárias denominadas desmutualização.

NORMAS TRIBUTÁRIAS. MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO. Comprovado que o contribuinte não atendeu, no prazo razoável concedido, informação essencial ao andamento dos trabalhos fiscais, é cabível o agravamento da penalidade previsto no § 2º do art.44 da Lei 9.430/1996.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por maioria de votos, em dar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello, que lhe negaram provimento. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello, que lhe deram provimento. Declarou-se impedida de participar do julgamento a conselheira Tatiana Midori Migiyama, substituída pela conselheira Semiramis de Oliveira Duro.

(Assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício.

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Andrada Márcio Canuto Natal, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Cecconello, Semiramis de Oliveira Duro (suplente convocada) e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de autos de infração de e-fls. 03 a 14, cientificados à contribuinte em 04/07/2012, para a exigência de créditos de contribuições para o PIS e para a Cofins relativas a fatos geradores havidos em 31/10/2007, 30/11/2007 e 31/12/2007. O Termo de Infração, com a descrição detalhada das irregularidades verificadas encontra-se às e-fls. 62 a 86 e os valores originários dos tributos lançados montavam à R\$ 793.444,36 para o PIS e R\$ 4.882.734,48 para a Cofins.

Em breve resumo, as exações decorreram da incidência dos referidos tributos sobre as receitas obtidas com a alienação de ações da Bovespa Holding S.A. e da BM&F Holding S.A, ações estas recebidas pela contribuinte em decorrência do conjunto de operações societárias denominada “desmutualização” da Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F) e a Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa). Em razão de a contribuinte ter sistematicamente atrasado a resposta às intimações da fiscalização ignorando, mesmo alertada quanto a possibilidade de agravamento da multa, as exigências dos termos de intimação, com sucessivas omissões destas informações e sem esclarecer ou justificar suas causas, foi efetuado o agravamento das penalidades em 50%, com base no § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996.

A contribuinte apresentou impugnação às e-fls. 867 a 877, em 03/08/2012. A 4ª Turma da DRJ/FNS, no acórdão nº 07-32.286, prolatado em 23/08/2013, às e-fls. 943 a 961, considerou, por unanimidade, improcedente a impugnação e manteve o crédito tributário exigido.

Intimada do acórdão da DRJ em 10/12/2013 (e-fl. 968), a contribuinte interpôs recurso voluntário, em 23/12/2013, às e-fls. 970 a 983. Argumentou, em resumo que:

a) que os títulos patrimoniais da Bovespa e da BM&F eram classificadas no ativo permanente das instituições bancárias em atendimento à previsão normativa do Bacen, as ações, na "desmutualização", foram também assim classificadas, pois ocuparam a posição destes títulos que lhes antecederam;

b) que descabe a incidência de PIS e Cofins sobre valores correspondentes à receita de venda de bens do ativo não circulante pela previsão do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998;

c) que em se tratando de venda de ativos próprios, a alienação dessas ações não se enquadra no conceito de faturamento e não fora realizada na exploração do objeto social da empresa, não se tratando de atividade operacional;

d) que o alargamento da base de cálculo das contribuições para o PIS e da Cofins, pretendido pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, ao incluir as receitas não operacionais já fora afastado pelo STF, por inconstitucionalidade, tendo sido inclusive confirmada pela revogação deste dispositivo pela Lei nº 11.941/2009;

e) há de ser afastado o agravamento da multa de ofício, porque: a documentação foi apresentada, ainda que de forma fracionada, não resultando em prejuízo à ação fiscal que foi consumada, além de ser notório que a recorrente passara por grande operação de fusão em 2008, havendo por isso dificuldades no fluxo de informações, mormente para documentos antigos, e por, fim, os autos de infração de IRPJ e CSLL, do mesmo procedimento fiscal, tiveram esse agravamento afastado pela DRJ; e

f) por interpretação dos dispositivos do CTN e da própria Lei nº 9.430/1996, só é possível a exigência de juros de mora sobre os tributos, tais juros não poderiam ser exigidos sobre a multa de ofício.

Analizando o recurso voluntário a 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento resolveu converter o julgamento em resolução, de nº 3101-000.403 (e-fls. 1052 a 1055), em 10/12/2014, visando a realização de diligência para que fossem juntados aos autos os atos societários e associativos relativos ao processo de “desmutualização” das pessoas jurídicas objetivadas na alegada “transferência de ativos” quais sejam, para verificar a natureza jurídica da recita obtida com a venda.

Atendida a diligência, o recurso voluntário foi apreciado pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento em 22/06/2016, resultando no acórdão nº 3302-003.237, às e-fls. 1344 a 1375, que tem as seguintes ementas:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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

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

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

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

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

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

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

É farta a jurisprudência do CARF, no sentido de que a simples não apresentação de documentos requeridos pela Fiscalização, quando não obscurizam seu trabalho, não justifica o

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

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

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

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

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

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

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

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

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

Recurso Voluntário Provido em Parte.

O acórdão teve o seguinte teor:

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao Recurso Voluntário para manter a incidência das Contribuições sobre o valor decorrente da venda das ações obtidas no processo de desmutualização, vencidos os Conselheiros Domingos de Sá, Lenisa Prado, Sarah Linhares e Walker Araújo, Relator. O Conselheiro Ricardo Paulo Rosa redigirá o voto vencedor.

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

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

Em resumo, o voto vencedor que guiou o acórdão quanto a "desmutualização" e tributação das receitas decorrentes das alienações das ações resultantes desta, concluiu que para as associações civis sem fins lucrativos se transformarem em sociedades é imprescindível que se interrompam sua personalidade jurídica, e por vedação legal não podem destinar qualquer parcela de seu patrimônio a entes com fins lucrativos, mas restitui-lo aos associados, sendo isso que ocorreu no caso sob análise. Assim, não há que se falar em transformação de títulos patrimoniais em ações. A modificação da natureza jurídica das entidades ensejou o mesmo efeito nos direitos possuídos. Após essa modificação, a autuada deixou evidente, inclusive no Termo de Adesão ao Instrumento Particular e Assunção de Obrigações Celebrado no Âmbito da Bolsa de Mercadorias e Futuros BM&F que pretendia alienar as ações resultantes, por isso, não poderiam ser classificadas no ativo permanente como o fez.

Também com relação à tributação das receitas da atividade fim da empresa, no quesito que aborda a possibilidade legal de tributar pelas contribuições em litígio, assim concluiu o redator do voto condutor:

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

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

vez que a revogação tácita do parágrafo único do artigo 11 da Lei Complementar 70/91 decorre das disposições introduzidas pelo artigo 3º da Lei 9.718/98 e MP 2.158/01.

Logo, conclui:

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

Recurso especial da Fazenda

Intimada do acórdão em 15/08/2016 (e-fl. 1376), a Procuradoria da Fazenda Nacional veio a interpor recurso especial de divergência em 19/03/2015 (e-fls. 1377 a 1390).

O acórdão recorrido entendeu que o não apresentação de documentos de forma integral, diante de reiteradas intimações, mas que não acarrete prejuízo ao procedimento fiscal, não justifica o agravamento da multa. Essa visão estaria em divergência com os acórdãos paradigmas nº 9101-001.456 e nº 9101-001.487, para os quais tal tipo de desatendimento, mesmo desacompanhado de dolo do sujeito passivo, implicaria a majoração da multa de ofício realizada.

Ao final, a Procuradora requer o conhecimento de seu recurso e para que lhe seja dado provimento com a reforma do acórdão recorrido para manter a autuação na sua integralidade.

O Presidente da 3ª Câmara de Terceira Seção de Julgamento do CARF apreciou o recurso especial de divergência da contribuinte em 04/01/2017, no despacho de e-fls. 1392 a 1394, com base nos arts. 67 e 68 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria nº 343 de 09/06/2015, dando-lhe seguimento.

Contrarrazões da contribuinte

A contribuinte foi intimada (e-fl. 1400) do acórdão nº 3302-002.237 e do recurso especial de divergência da Fazenda em 03/04/2017 (e-fl. 1404) e apresentou contrarrazões, às e-fls. 1488 a 1493, nas quais argui o não conhecimento do recurso especial da Procuradora, por falta de similitude fática entre o acórdão recorrido e os paradigmas apresentados, pois afirma que, diferentemente das situações dos paradigmas, no caso do acórdão *a quo* não foi deixado de atender às intimações da fiscalização. A documentação solicitada foi por ela apresentada, ainda que de forma fracionada. Ainda que admitido o recurso, pleiteia seu desprovimento, em face da ausência de prejuízo à ação fiscal e ao erário pela apresentação dos documentos por ela realizada.

Recurso especial da contribuinte

Na mesma data, a autuada interpôs recurso especial de divergência, às e-fls. 1407 a 1415. Indica o acórdão paradigma de nº 9303-004.183 no qual, além de se considerar que os títulos da Bovespa e da BM&F tinham a característica de bens do ativo permanente, - assim como as ações da sucessão universal seguida da incorporação -, se afirma que as instituições financeiras não têm com atividade própria comprar e vender ações, mas o gerenciamento de recursos de terceiros e por essas razões a receita oriunda dessas alienações não compõem a base de cálculo do PIs e da Cofins. Dessa forma, haveria evidente divergência com o acórdão recorrido. Retoma sua argumentação do recurso voluntário para requerer a reforma do acórdão *a quo*, mantendo-se a decisão no que concerne à redução da multa de ofício para 75%.

O Presidente da 3ª Câmara de Terceira Seção de Julgamento do CARF apreciou o recurso especial de divergência da contribuinte em 29/05/2017, no despacho de e-fls. 1557 a 1559, com base nos arts. 67 e 68 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria nº 343 de 09/06/2015, dando-lhe seguimento.

Contrarrazões da Procuradoria

A Procuradoria da Fazenda Nacional foi cientificada do despacho de admissibilidade do recurso especial de divergência do sujeito passivo, em 01/06/2017 (e-fl. 1560), e apresentou contrarrazões em 09/07/2017, às e-fls. 1561 a 1578.

A Procuradora argumenta que a desmutualização visou transferir as atividades compreendidas no objeto social de associações civis sem fins lucrativos para entidades organizadas na forma de sociedades anônimas. Nesse processo houve devolução do patrimônio dessas associações para seus associados e, em um segundo momento lógico, subscrição das ações emitidas pelas novas sociedades anônimas.

Além disso, a Procuradora afirma, à e-fl. 1576:

A decisão do STF que julgou inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei n. 9.718/98 se fiou na indevida ampliação da base de cálculo faturamento. Para o STF, até a EC n. 20/98, a COFINS somente poderia incidir sobre os ingressos patrimoniais oriundos de sua atividade empresarial típica; isto é, as demais receitas atípicas (não-operacionais) estariam fora da hipótese de incidência da COFINS, posto que nesse caso, não são faturamento da empresa, nos moldes da jurisprudência do STF.

(Negritos do original.)

E, por fim, entende que *"é inquestionável que a atividade típica do recorrente envolve operações de subscrição e revenda de ações – como ocorreu no presente caso"* (e-fl. 1577).

Sendo as ações da titularidade de empresa que assim opera e sendo as ações de sua titularidade, fatalmente as receitas recebidas devem ser consideradas operacionais, visto que são oriundas da atividade típica, regular e habitual do contribuinte.

Pelas razões apresentadas, a Fazenda Nacional requer o desprovisionamento do recurso especial do sujeito passivo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos -Relator

Início a análise pelo recurso especial de divergência da contribuinte, por prejudicialidade, haja vista que uma decisão favorável, nas matérias cujas divergências foram admitidas implicaria ser desnecessária a discussão sobre as multas propostas no recurso especial da Procuradoria da Fazenda Nacional, uma vez que só existem lançamentos relativos à "desmutualização" neste processo, o que afastaria a aplicação de qualquer multa ou seu agravamento.

Recurso especial de divergência da contribuinte

O recurso é tempestivo, cumpre os requisitos regimentais, por isso dele conheço.

De início, ressalto que as bem fundadas razões do i. conselheiro Ricardo Paulo Rosa, no voto vencedor no acórdão recorrido, já me parecem bastantes para dar provimento ao recurso. Além disso, a matéria, vinculada à "desmutualização" da Bovespa e BM&F, implicando na tributação da venda de ações, não é nova nesta Turma. Já aqui enfrentada algumas vezes, inclusive recentemente, sendo que nestas, por maioria ou pelo voto de qualidade, decidimos que a venda posterior de tais ações gera receita tributada pela contribuição para o PIS e pela Cofins.

Em julgamento havido em maio, tive a oportunidade de redigir o voto vencedor no acórdão nº 9303-00.846, em processo no qual, além da matéria principal, também se questionava a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício. Por isso, peço licença para reproduzir as razões de decidir daquele voto:

Pois bem, discordo do argumento principal, porque os títulos extintos e as ações recebidas no processo de desmutualização possuem características essenciais diversas.

Repara-se que a manutenção, no patrimônio do recorrente, dos títulos de participação na anteriormente existente associação representativa das Bolsas de Valores era condição necessária para a realização de sua atividade. Por outro lado, após o processo denominado desmutualização, com a transformação da associação em sociedade por ações, a manutenção dos títulos de participação societária emitidos (no caso, as ações) deixou de ser condição para realização da atividade. Tanto é assim que parte desses títulos puderam ser e efetivamente foram alienados em curto tempo, aliás esse é o objeto do lançamento ora discutido.

Dessa maneira, verificada a alteração da natureza da participação societária e, conseqüentemente, afastada a necessidade de manutenção de sua classificação contábil, resta necessário verificar se as ações recebidas têm natureza permanente ou circulante. Importante registrar aqui que a

administração tributária, em que pese não ter competência para determinar a classificação contábil correta, para fins de elaboração e publicação das demonstrações contábeis de instituições financeiras, tem competência para constituir crédito tributário e, de forma vinculada à lei, deve interpretar as normas vigentes, para verificação dos efeitos tributários, e aplicá-las considerando a natureza dos fatos e não a mera formalidade de sua escrituração.

Ora, Entendo que o critério de verificação da correta classificação da participação societária, como investimentos permanentes ou títulos do ativo circulante, seja relativamente simples: a intenção de sua manutenção no patrimônio ou de sua alienação, no curto prazo. Partindo dessa premissa, cabe colocar que a melhor evidência dessa intenção seja a efetiva alienação das ações no curto prazo, o que no caso indiscutivelmente ocorreu.

Portanto, conclui-se que a alienação das ações caracteriza alienação de títulos do ativo circulante e, considerando que essa operação está compreendida no objeto social do recorrente instituição financeira, conseqüentemente, verifica-se que ela é alcançada pela tributação das contribuições em discussão no presente processo

(...)

Finalmente cumpre rechaçar o argumento da recorrente, de que a operação não se enquadraria nas operações da atividade objeto da entidade. Com efeito, a alienação de títulos (sejam eles próprios ou de terceiros) se enquadra nas atividades objeto de instituições financeiras e, portanto, as decorrentes receitas compõem a base de cálculo da contribuição em debate.

Recurso especial de divergência da Fazenda Nacional

O recurso é tempestivo.

Conhecimento

Em contrarrazões, a contribuinte afirma que inexistente similaridade fática dos acórdãos paradigmas com o recorrido. Isso porque, segundo ela, naqueles processos o contribuinte sequer contribuiu com a fiscalização e deixou de responder às intimações.

Penso que isso somente se estabeleça em parte, senão vejamos.

No acórdão de nº 9101-001.487, a recorrente era a Fazenda, que, conforme disposto no relatório viu a autuação dessa multa afastada pelo acórdão de recurso voluntário, com a seguinte ementa:

AGRAVAMENTO DO PERCENTUAL DA MULTA DE OFÍCIO - FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO - Incabível o agravamento da multa de ofício, quando o contribuinte não exhibe à fiscalização os livros comerciais e fiscais que amparariam a tributação com base no lucro presumido e que foi o motivo do arbitramento do lucro por parte da autoridade lançadora. O que justifica o agravamento da multa de ofício é o não atendimento à intimação para prestar esclarecimentos, não

a prestação de forma insatisfatória na apresentação de livros contábeis e fiscais.

(Negritei)

Ou seja, de fato não houve apresentação da documentação requerida pelos agentes fiscais naquele caso, não apenas mero fracionamento.

Já com relação ao acórdão nº 9101-001.456, a situação é similar à que aqui se discute. O acórdão de recurso voluntário para o qual a Fazenda havia interposto seu recurso especial de divergência, tinha a seguinte ementa, também transcrita no relatório do paradigma:

*Nos fundamentos do seu voto, o Relator do acórdão recorrido sustenta que "O fato de não atender **ou atender de forma incompleta, como aliás, é o caso,** às solicitações do Fisco não justifica a majoração, a qual, entendo, somente ser cabível quando o contribuinte cause embaraço à fiscalização".*

(Negritei)

No voto há diversas indicações do atendimento parcial, mediante intimações e reintimações, nas quais se informava que o não atendimento no prazo marcado poderia ensejar a penalização aplicada. Situação em tudo semelhante ao do acórdão *a quo* do presente processo.

Com bastaria a indicação de um acórdão paradigma, entendo que este último cumpre o requisito regimental para fins de admissão do recurso especial de divergência da Procuradora e por isso voto por dele conhecer.

Mérito

Quanto ao mérito, penso que o relatório fiscal se estende minuciosamente, nos itens 57 a 65, às e-fls. 76 a 79, sobre as diversas intimações não atendidas nos prazos ou atendidas de forma incompleta, o que levou a diversas reintimações, muitos deles sem explicação quanto às razões, ou sequer solicitação de alargamento de prazo.

Exemplo mais candente, seria o levantamento descrito no item 62, com relação ao histórico do "título de Membro de Compensação nº 115", que necessitou nove intimações para que a contribuinte se manifestasse a respeito, e ainda assim apenas parcialmente; o mesmo ocorrendo para outros títulos.

No item 65, à e-fl. 79, conclui a fiscalização:

*65. Como consequência, direta, ou indiretamente, o procedimento adotado pelo contribuinte afetou o desenvolvimento **de todos os trabalhos relativos aos dois Mandados de Procedimento Fiscal** que deram origem aos autos de infração constantes deste relatório.*

(Grifos do original)

Nesse sentido, me parece que realmente houve violação ao disposto no § 2º, inciso I, do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, quando este dispõe:

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - prestar esclarecimentos

(...)

E não me parece que tenha sido apenas um caso de falta de atendimento sem consequências, como se pode ver no item 65 acima transcrito.

Também se aplica a essa situação as considerações do i. conselheiro Júlio César Alves Ramos, no voto condutor do acórdão nº 9303-001.604, prolatado nesta 3ª Turma em 30/08/2011, segundo o qual, para caso semelhante, com diversas intimações, falta de justificativas e atraso nos trabalhos se decidiu:

No mérito, entendo que ele deva ser provido. De fato, o circunstanciado relatório fiscal que embasa a autuação demonstra cabalmente que a fiscalizada não atendeu, no prazo concedido, à intimação para prestar esclarecimentos recebida em 22 de março de 2005.

(...)

Saliente-se, ainda, que sequer protocolizou a fiscalizada qualquer justificativa ao não atendimento ou requereu dilação do prazo concedido, por si só, já bastante elástico. E não fosse isso bastante, ao “atendê-lo”, mais de quarenta dias após a primeira solicitação, ainda o fez de forma incompleta, pois não disponibilizou o livro fiscal do ano de 2004. Digna de nota é a alegação de que o livro ainda estava sendo encadernado mais de cinco meses após o encerramento do exercício a que se refere.

(...)

Igualmente inaplicável ao caso, me parece, a tese por alguns defendida de que o mero descumprimento do prazo, devidamente justificado, não ensejaria o agravamento aqui discutido. Isso porque não houve, como já dito, nenhuma justificativa por parte da fiscalizada nem mesmo pedido de dilação do já longo prazo concedido.

Nesses termos, admitir a inexigibilidade do agravamento promovido equivale a dizer que as fiscalizadas podem simplesmente deixar de atender às intimações fiscais ou fazê-lo quando melhor lhes aprouver, ignorando por completo o prazo concedido pela autoridade fiscal. Ora, parece-me que foi exatamente para impedir tal procedimento que veio a ser editado o artigo legal autorizativo do agravamento, o qual aliás precede a Lei 9.430, como se sabe.

(...)

Para o agravamento, ao contrário, tudo o que se requer é que a informação, essencial, solicitada não seja prestada no prazo, razoável, concedido, o que acarreta, quando mínimo, o retardo desnecessário da conclusão dos trabalhos fiscais, com evidente

Processo nº 16327.720777/2012-93
Acórdão n.º **9303-007.362**

CSRF-T3
Fl. 1.587

*prejuízo, por si só, ao erário. No caso sob exame, parece-me
fora de dívidas que ambos estão presentes*

Dessa forma, entendo que se deva conhecer do recurso especial de divergência da Procuradoria da Fazenda Nacional para que seja provido, resultando na manutenção da majoração da multa de ofício lançada.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por conhecer do recurso especial de divergência da Fazenda Nacional dando-lhe provimento, e conhecer do recurso especial de divergência do contribuinte, mas negando-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos