



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

Processo n° 16682.901005/2011-21
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3302-002.689 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de agosto de 2014
Matéria COFINS - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Recorrente BNDES PARTICIPAÇÕES S/A - BNDESPAR
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/08/2005 a 31/08/2005

AÇÕES. AQUISIÇÃO COMO INVESTIMENTO. CARACTERIZAÇÃO.VENDA. NATUREZA DA RECEITA.

Ações adquiridas e mantidas no patrimônio do adquirente até o fim do exercício seguinte devem ser escrituradas no ativo permanente e a receita de sua venda, quando ocorrer, é receita não-operacional e, como tal, não integra a base de cálculo da Contribuição.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA – Presidente.

(assinado digitalmente)

GILENO GURJÃO BARRETO – Relator.

EDITADO EM: 30/12/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva, Paulo Guilherme Déroulède, Fabiola Cassiano Keramidias, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Adota-se o relatório da decisão recorrida, por bem refletir a contenda.

Trata-se de pedido de compensação formulado no PER/DCOMP nº 06937.46202.260706.1.3.047368 (folhas 02 a 06), no qual é utilizado suposto indébito tributário, no montante original de R\$ 9.117.193,75, que segundo a contribuinte, tem origem no pagamento a maior de COFINS (código de receita 5856) de agosto de 2005, com o qual pretende o contribuinte compensar débito de IRPJ relativo a junho de 2006.

Quanto ao alegado direito creditório, verifica-se o recolhimento de COFINS (código de receita 5856) relativo ao mês de agosto/2005, em 29/12/2005, mediante DARF no valor total de R\$ 9.137.354,34, sendo que este é composto de R\$ 7.381.334,80 de principal, R\$ 1.476.266,96 de multa e R\$ 279.752,58 de juros, conforme extrato de pagamento (fl. 09).

Por meio do Parecer Conclusivo nº 096/2011 (fl. 239/247) e do correspondente Despacho Decisório (fl. 248), a Demac/RJ/Diort, não reconheceu o direito creditório, bem como não homologou a compensação declarada. Informou nestes que na Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais DCTF originalmente entregue em 30/09/2005 (folhas 10/11), o contribuinte informou, para o mês de agosto de 2005, COFINS (código de receita 5856) devido no montante de R\$ 3.956.671,21.

Em 20/07/2006, a empresa apresentou DCTF retificadora (folhas 10/12), alterando o valor da COFINS (código de receita 5856) para R\$ 3.972.957,34. No DACON/3º trimestre de 2005 original, transmitido em 03/11/2005, foi apurado Cofins, regime não-cumulativo (código de receita 5856), no valor de R\$ 3.956.671,21 (folhas 194 e 209), valor que foi alterado com a apresentação do DACON retificador relativo a tal período, em 24/07/2006, para R\$ 3.972.957,34 (folhas 194 e 224).

Para quitar o débito de COFINS código 5856 da competência de agosto de 2005 constante na DCTF ativa de nº 1000.000.2006.1810336388, a contribuinte efetuou dois recolhimentos, um de R\$ 3.956.671,21 em 15/09/2005 e outro de R\$ 9.137.354,34 em 29/12/2005 (extrato de fl. 9), sendo que deste último há um saldo de pagamento disponível de R\$ 9.117.193,76.

A fim de instruir a análise desta e de outras declarações de compensação, a interessada foi intimada (Termos de Intimação 534 (fls. 225/226) e 597/2011 (fls. 44/45), a prestar os seguintes esclarecimentos:

- Justificar a diferença entre o valor pago e o valor declarado dos débitos em questão, apresentando, para cada um, a apuração da base de cálculo que determinou o valor total pago, apontando os ajustes realizados para a obtenção da importância declarada e/ou retificada e os correspondentes motivos de tais alterações e juntando os documentos contábeis e fiscais que serviram de base para o procedimento;
- Apresentar cópias do balancete dos períodos de apuração correspondentes ao débito em questão e das páginas dos livros Diário e Razão, nas quais

estejam registradas as respectivas retificações, assinalando os lançamentos contábeis pertinentes, bem como demais documentos e justificativas que considerar cabíveis.

Em resposta, o contribuinte apresentou as seguintes justificativas (folhas 46 a 51):

"1. DO TRATAMENTO DA RECEITA COM A VENDA DE AÇÕES

Em outubro de 2005, a BNDESPAR realizou a operação "PIBB II", a qual consistiu da venda de diversas ações da sua carteira para o respectivo fundo.

Com essa operação, foi gerado um ganho líquido, na ordem de R\$ 1,121 bilhão.

Analizando e interpretando a legislação pertinente, a BNDESPAR chegou à conclusão de que a receita com venda de ações deveria ser tratada como receita operacional, devendo, dessa forma, ser tributada à alíquota de 7,6% para o COFINS e 1,65% para o PIS pelo seu valor bruto, evitando assim um potencial risco fiscal.

2. DO RECÁLCULO DO PIS/COFINS PARA O ANO DE 2005.

Diante do acima exposto, foi feito o recálculo do PIS/COFINS, considerando a receita com venda de ações (participações societárias) como receita tributável, contabilizada como receita operacional e incluída na base de cálculo pelo seu valor bruto. A diferença total de R\$ 35,489 milhões foi paga e contabilizada em 29/12/2005, conforme razões em anexo.

3. DA CONSULTA À SRF

Para ratificar o nosso entendimento sobre a legislação vigente, foi também feita uma consulta à Secretaria da Receita Federal, questionando se sobre a venda de ações poderia gerar uma receita operacional passível de tributação de PIS/COFINS. O resultado dessa consulta (Solução de Consulta SRRF/7ªRF/DISIT nº 36/06 de 06/02/06) foi o de que esta receita NÃO deve compor a base de cálculo para a tributação de PIS/COFINS, por se tratar de venda de bens do ativo permanente.

4. DA VENDA DE BENS DO ATIVO PERMANENTE

De acordo com a base legal firmada na Solução de Consulta da SRF (art. 1º §3º II c/c art. 15 da citada Lei 10.833/03), as receitas decorrentes da venda de ativo permanente não integram a base de cálculo do PIS/COFINS. Entretanto, faz-se necessário, face ao dispositivo citado anteriormente, delimitar o alcance da norma apenas às ações pertencentes ao ativo permanente. Em termos fiscais, de acordo com o art. 35, III, da IN 25/01, tem-se o seguinte:

"Está dispensado o pagamento em separado do imposto de renda sobre os ganhos líquidos auferidos, na alienação de participações societárias permanentes em sociedades coligadas e controladas, e de participações societárias que permaneceram no ativo da pessoa jurídica até o término do ano-calendário seguinte ao de suas aquisições".

Dessa forma, se o investimento não se enquadrar como uma coligada ou controlada, ou não permanecer em seu ativo até o

término do exercício seguinte ao da aquisição, a SRF entende que a intenção não era de permanência da ação (ativo permanente), devendo ser tributado para fins de apuração do Lucro Real Anual, juntamente com os demais ganhos.

5. DO NOVO CÁLCULO DO PIS/COFINS PARA O EXERCÍCIO DE 2005

De acordo com o entendimento do item anterior, para o fisco, um investimento é caracterizado como permanente se for enquadrado como coligada ou controlada, ou se permanecer na carteira até o término do exercício seguinte ao de sua aquisição.

Subsidiariamente, utilizou-se esse conceito para a tributação do PIS/COFINS, já que de acordo com o item 3 anterior, a SRF se pronunciou, em resposta à consulta, que a receita com a venda de bens do ativo permanente não se configura base para tributação pelo PIS/COFINS. Assim, foi procedido o recálculo do PIS/COFINS de todos os meses de 2005, o que inclui aqueles objetos do Termo de Intimação em Referência, tributando-se apenas o valor bruto da venda das ações que não se enquadram no conceito de ativo permanente para o fisco, utilizando como base o Demonstrativo do Resultado na Venda de Ações/Tributação de Renda Variável/Controle e Apuração de Prejuízos", elaborado pela Gerência que controla a carteira de ações. (...)

Conforme demonstrado (...), foram recolhidos a maior R\$ 32,515 milhões de PIS e R\$ 149,768 milhões de COFINS, totalizando-se R\$ 182,285 milhões.

6. CONCLUSÃO

Ao longo do exercício de 2005, o tratamento do cálculo do PIS/COFINS, com relação às receitas oriundas de venda de ações, sofreu alterações significativas em razão da divergência em relação ao entendimento inicial, motivando a elaboração de Consulta à SRF.

Tais alterações ensejaram recolhimentos extemporâneos, em dezembro de 2005, de R\$ 35,489 milhões, principalmente por causa do grande volume de alienação de ações para o fundo PIBB II".

Por ocasião de resposta à consulta efetuada à SRF, um novo entendimento foi dado à receita na venda de ações e, em consequência, ao tratamento que vínhamos aplicando, identificamos valores recolhidos a maior no exercício de 2005 de PIS e de COFINS, totalizando R\$ 182,285 milhões.

Os responsáveis pelo controle, apuração e recolhimento desses tributos procederam, através da legislação aplicável, à compensação desses valores, ocasionando as diferenças apontadas no Termo de Intimação.

Com relação às DCTF, foram necessárias as retificações, haja vista as alterações dos valores devidos de PIS e COFINS, pois os mesmos não estavam condizentes com a nova realidade.

(...)"

O contribuinte baseou-se em entendimento firmado na Solução de Consulta SRRF/7ªRF/DISIT nº 36/06 (fls. 64/72) de que a receita com venda de ações constantes do ativo permanente é não operacional, e por isso não deve compor a base de cálculo para a tributação de PIS/COFINS.

Tal consulta nos termos de sua conclusão (itens 36 a 39 da consulta) teve ineficácia parcial declarada, só sendo vinculante em relação ao disposto no seu item 39, o qual transcrevemos:

"39. A receita decorrente da alienação, em 13 de dezembro de 2005, de participação societária permanente, formada até 6 de agosto de 2001, é não operacional, decorrente da venda de ativo permanente. Dessa forma, tal receita não integra as bases de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS."

A despeito do resultado da consulta, esta partiu da premissa de que as participações societárias estariam corretamente classificadas no ativo permanente e que não se constituiriam em receita operacional.

O exame dos documentos contábeis e extracontábeis apresentados permite observar que os valores excluídos da base de cálculo pela contribuinte são coerentes com os valores demonstrados de receita com venda de ações. Restaria apenas verificar se tais operações de venda de participações societárias estariam incluídas no artigo 1º, § 1º, inciso II da Lei 10.833/2003, com a redação dada pelo artigo 21 da Lei nº 10.865/2004, isto é, caberia verificar se: as receitas são não-operacionais; e se decorrem da venda de item devidamente escriturado e mantido no ativo permanente.

A consulente, quando da Solução de Consulta SRRF/7ª/DISIT nº 36, de 06/02/2006, afirma que a referida parcela alienada compunha PARTICIPAÇÃO PERMANENTE e, no item 15.3 da consulta consta que a consulente declarou que a participação societária foi mantida contabilizada no ativo permanente até a data da alienação.

A solução de consulta foi solucionada na forma dos itens 38 e 39 desta, a seguir transcritos:

"38. Isto posto, soluciono parcialmente a consulta para esclarecer que a participação societária permanente, formada até 6 de agosto de 2001, deve permanecer classificada em conta do ativo permanente até o momento de sua alienação, em 13 de dezembro de 2005.

39. A receita decorrente da alienação, em 13 de dezembro de 2005, de participação societária permanente, formada até 6 de agosto de 2001, é não operacional, decorrente da venda de ativo permanente. Dessa forma, tal receita não integra as bases de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins."

Para se adequar ao item 38 da solução de consulta em comento, foi verificado se a situação fática atende as premissas expostas neste item, quais sejam: se a participação societária é, de fato, permanente; e se permaneceu classificada em conta do ativo permanente até o momento da alienação.

A respeito da referida consulta, em seu item 26, é citado o Parecer Normativo CST Nº3, de 28/01/1980. Tal parecer, em sua ementa diz: "Para os efeitos da legislação do imposto de renda, sendo norma afeta àquele imposto; No item 6 do Parecer Normativo CST Nº3, de 28/01/1980 se afirma que os critérios de classificação a serem observados são aqueles consubstanciados nos arts. 178 a 182 da Lei 6.404/76, sendo que o artigo 179, III determina que serão classificados em investimentos apenas as participações permanentes em outras sociedades.

No período em análise, em estrita consonância com o artigo 179 da Lei 6.404/76, o Parecer de Orientação CVM 17/89 esclarece que as participações societárias são um direito e podem ser classificadas contabilmente: no ativo circulante, quando de caráter temporário, havendo a intenção de realização no curso do exercício social subsequente; no realizável a longo prazo, quando de caráter temporário, igualmente, de caráter temporário, havendo a intenção de realização

após o término do exercício seguinte; no ativo permanente, em investimentos, quando de caráter permanente.

O segundo parágrafo do Parecer de Orientação CVM 17/89 pontua que: Investimentos (no Ativo Permanente) devem ser classificadas as participações permanentes em outras sociedades.

Quanto ao caráter temporário versus permanente, esclarece, mais adiante, o Parecer de Orientação CVM 17/89:

"No caso dos investimentos em ações ou quotas de outras empresas, embora possam ser realizados para atender aos mais diversos objetivos, pode-se agrupá-los da seguinte forma:

a) participações voluntárias de caráter meramente especulativo ou com o objetivo de obter, independentemente de prazo, rendimentos produzidos pela sua valorização e negociação. São normalmente as aplicações feitas em Bolsa, embora a empresa possa manter "permanentemente" uma carteira de ações comprando e vendendo ações de acordo com a sua expectativa de valorização, este é tipicamente um investimento temporário (classificação: Ativo Circulante ou Realizável a Longo Prazo, consoante a expectativa de alienação);

b) participações voluntárias exercidas para extensão ou complementação das atividades da investidora, ou mesmo para diversificação (horizontalização) dessas atividades, ou ainda como estratégia operacional (segurança no fornecimento de insumos, eliminação de concorrência, etc). Neste caso espera-se não o rendimento da valorização dessas ações no mercado, mas sim o rendimento, produzido pelas operações da empresa investida ou pela melhoria operacional da empresa investidora. Assim, mesmo que um investimento dessa natureza possa, a qualquer momento, ser alienado, não deve ser considerado como temporário, são investimentos permanentes (classificação: Ativo Permanente/Investimentos);"

Com o fim de examinar o caráter de permanência ou transitoriedade das participações societárias da BNDESPAR foi verificado primeiramente o que determina seu estatuto. No caso da interessada, é uma sociedade de participações cujo objeto social abrange a realização de operações de capitalização de empreendimentos, o apoio para o desenvolvimento de novos empreendimentos e a contribuição para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo de oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas, nos termos do artigo 4º do seu estatuto.

Para consecução de tais objetivos, no artigo 5º do estatuto está determinado que a empresa adquirirá títulos e valores mobiliários (inciso I) e operará no mercado secundário (inciso III), isto é, na bolsa de valores ou no mercado de balcão.

Foram verificadas as demonstrações contábeis e os relatórios de administração, disponíveis no sítio da internet do BNDES. No Relatório de Administração do ano de 2006, consta o seguinte, às fls. 135 e 137:

"O resultado com alienações reflete a estratégia de giro da carteira de investimentos da BNDESPAR e visa contribuir com o orçamento de investimentos do Sistema BNDES, sempre aproveitando as oportunidades favoráveis do mercado. Em 2006 os principais desinvestimentos que contribuíram para o resultado foram: Banco do Brasil (R\$ 819 milhões), incluindo oferta pública realizada em junho de 2006, Net (R\$ 247 milhões), Arcelor Brasil (R\$ 220 milhões) e Iochpe -Maxion (R\$ 128 milhões). Em 2005 o principal desinvestimento está

representado pelo Papéis Índice Brasil Bovespa (PIBB) – Fundo de Índice Brasil - 50, lançado em julho de 2004, com novo aporte em outubro de 2005, que gerou um resultado positivo de R\$ 1.012 milhões no exercício de 2005.

"A BNDESPAR é uma importante fonte de apoio financeiro às empresas através de valores mobiliários e mantém os seus investimentos por um prazo médio de cinco anos, raramente detendo mais do que 33% do capital total de uma empresa. Apesar de serem transitórios por natureza, alguns dos investimentos da BNDESPAR são feitos por períodos mais longos, dependendo essencialmente do tempo de maturação dos investimentos realizados. Adicionalmente, no início dos anos 80, houve integralização de capital do BNDES pelo Tesouro Nacional com ações de empresas estatais. Essas ações foram transferidas posteriormente para a BNDESPAR, constituindo atualmente parte expressiva do valor da carteira de participações societárias da Emissora. O gerenciamento da carteira da BNDESPAR enfatiza a diversificação e o giro de ativos. Em 31 de dezembro de 2006, tal carteira compreendia papéis de 182 empresas (incluindo ações em 138 empresas), com valores concentrados principalmente nos setores de petróleo e gás, de mineração e de energia elétrica. "

Já no relatório da administração que consta das demonstrações financeiras completas referentes ao ano de 2005, publicada no Diário Oficial da União em 24/02/2006, a empresa informa que a receita de alienação de participações societárias é o seu carro chefe, dado que, em 2005, representou 69% da receita operacional.

A empresa detém suas participações societárias com a finalidade transitória e especulativa, caracterizando-se sua carteira de ações por ativos financeiros. Tal transitoriedade significa, nos termos do Parecer de Orientação CVM nº 17/89 que suas participações societárias deveriam estar classificadas no Ativo Circulante ou no Realizável a Longo Prazo, conforme a expectativa de realização no curso do exercício social subsequente ou não.

É contrário à Lei 6.404/76 e ao Parecer CVM Nº 17/89 classificá-las no permanente dado o caráter especulativo do qual se revestem.

Apesar dos relatórios de administração, a BNDESPAR tem suas participações societárias classificadas principalmente no ativo permanente, o que configura técnica contábil em desconformidade com o referido PO CVM 17/89. Apesar da incoerência na classificação de suas participações, a receita oriunda da alienação de tais participações societárias é registrada na Demonstração do Resultado do Exercício de forma coerente com o estatuto social e com os Relatórios de Administração, visto que na DRE a receita da alienação das participações societárias da empresa está demonstrada como RECEITA OPERACIONAL.

Tal classificação como Receita Operacional foi coerente com as normas e procedimentos de contabilidade expedidas pelo IBRACON, mais especificamente a NPC nº 14, aprovada em 18/01/2001 que em seu item 9 define receita operacional e receita não operacional:

"9. As receitas podem ser classificadas ou denominadas como segue:

Receita operacional corresponde ao evento econômico relacionado com a atividade ou atividades principais da empresa independentemente da sua frequência.

Receita não operacional corresponde aos eventos econômicos aditivos ao patrimônio líquido, não associados com a atividade ou atividades principais da empresa, independentemente da sua frequência. O conceito de receita não operacional é de elemento líquido, ou seja, ela é considerada pelo líquido dos correspondentes custos. Como casos comuns desse tipo de receita temos os ganhos de capital, correspondentes a transações com imobilizados ou com investimentos de natureza permanente, desde que não relacionadas com a atividade principal da empresa. "

As receitas de participação societária ora analisadas são classificáveis no Ativo Circulante ou no Ativo Realizável a longo prazo, de conformidade com a orientação expedida pela CVM através do PO CVM nº 17/89, nos estritos termos do artigo 179 da Lei 6.404/76, e tidas como receitas operacionais nos termos da NPC nº 14 do IBRACON. Estão enquadradas na base de cálculo da COFINS não cumulativa determinada conforme o artigo 1º da Lei 10.833/2003, não havendo como enquadrá-las no inciso II do § 2º, visto que são RECEITAS OPERACIONAIS.

Em conformidade com o Parecer DIORT/DEMAC 096/2011, o chefe da DIORT/DEMAC, resolveu

- 1). NÃO RECONHECER o direito creditório relativo ao pagamento a maior de COFINS (código: 5856) referente ao período de apuração de agosto de 2005; e
- 2). NÃO HOMOLOGAR a compensação declarada através da DCOMP nº 06937.46202.260706.1.3.04.7368.

O contribuinte foi cientificado da não homologação do crédito tributário em 26/07/2011 (fl. 251).

Inconformada com a decisão administrativa, o contribuinte interpôs, em 09/08/2011, manifestação de inconformidade, na qual alega, em síntese, que (fls. 261/292):

- Após a Emenda Constitucional nº 20, com a edição da Lei nº 10.833, a hipótese de incidência da COFINS deixou de estar limitada ao faturamento, passando a abarcar "o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil".
- Entretanto, a própria Lei exclui a incidência da COFINS sobre algumas espécies de receitas e, em relação às receitas oriundas daquela venda de participações societárias realizada pela BNDESPAR, houve dúvida se não estariam justamente abarcadas pela previsão do inciso I ou pela do inciso II do § 3º do artigo 1º da Lei nº 10.833/2003, eis que, além do fato de que tais ativos estiveram classificados no ativo permanente por mais de um ano-calendário, poder-se-ia considerar que se tratava de receitas financeiras, sujeitas a alíquota zero, por força do Decreto nº 5.442, de 9 de maio de 2005
- Por outro lado, vale registrar que a intenção da BNDESPAR por ocasião da aquisição dos ativos nunca foi de especular. Muito pelo contrário, tais ativos haviam sido classificados no Ativo Permanente originariamente, em razão de não haver qualquer previsão de alienação dos mesmos nos momentos das respectivas aquisições.
- Não homologada a compensação, não resta outra alternativa à BNDESPAR senão apresentar Manifestação de Inconformidade, no prazo de 30 dias da intimação da decisão, instaurando-se processo

administrativo fiscal litigioso para verificação dos créditos tomados para compensação.

- O BNDES é o principal instrumento de execução da política de investimento do Governo Federal e tem por objetivo primordial apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do País.
- A BNDESPAR é uma sociedade por ações, constituída em 1982, controlada integral do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social BNDES.
- As empresas integrantes do Sistema BNDES foram criadas com a finalidade de praticar operações que auxiliem o fomento da economia nacional ex vi d o artigo 8º da Lei n.º 1.628/52 tendo como objeto a prática de atividades necessárias ao desenvolvimento da economia nacional.
- Sua ação é pautada nas diretrizes estratégicas formuladas em conjunto com o BNDES (principal instrumento do Governo Federal para os financiamentos de longo prazo com ênfase no estímulo à iniciativa privada nacional) e direcionada a apoiar o processo de capitalização e o desenvolvimento de empresas nacionais.
- Por ser uma subsidiária integral do BNDES, atua de forma aderente ao objetivo deste, que se consubstancia no desenvolvimento econômico do País. Em resumo, a BNDESPAR atua de acordo com políticas determinadas pelo Governo Federal, apoiando empresas nacionais, de forma a:
 - (i) Fortalecer as estruturas de capital das empresas e apoiar novos investimentos na economia;
 - (ii) Apoiar a reestruturação da indústria através de fusões e aquisições;
 - (iii) Apoiar o desenvolvimento de empresas emergentes;
 - (iv) Apoiar o desenvolvimento de pequenas e médias empresas;
 - (v) Desenvolver a indústria de fundos fechados de "private equity"; e
 - (vi) Contribuir para o desenvolvimento do mercado de capitais.
- A BNDESPAR desempenha atividades voltadas para o fortalecimento do mercado de capitais, dentre outras atividades previstas no artigo 4º de seu estatuto.
- Esse processo se dá pelo investimento em empresas nacionais através da subscrição de ações (participações societárias de caráter minoritário) e debêntures conversíveis e ainda, pelo fortalecimento e modernização do mercado de valores mobiliários.
- No contexto das atividades de fomento, as operações de apoio realizadas pela BNDESPAR, via de regra, são realizadas no longo prazo, razão pela qual, as inversões em participações societárias adquiridas com intenção de permanência são mantidas até o término do ano calendário subsequente ao de sua aquisição, classificadas originariamente no subgrupo de Investimentos do Ativo Permanente.
- Foi com base nos aspectos acima destacados, não observados no parecer contra o qual se apresenta a presente manifestação, que foram emitidos diversos pareceres anteriores da própria Receita Federal em sentido contrário ao do despacho decisório ora recorrido.

- Foi formulada, com fulcro no art. 48 da Lei n.º 9430/96, consulta específica a respeito da alienação de participações societárias da BNDESPAR. A consulta realizada pela BNDESPAR à Receita Federal teve como finalidade sanar dúvida referente à incidência de PIS e da COFINS sobre receitas decorrentes da alienação de participação acionária de titularidade da BNDESPAR realizada em dezembro de 2005, *cujo crédito, foi compensado no presente pedido de compensação (sic).*
- A Solução de Consulta SRRF/70 RF/DISIT N° 36, de 06/02/2006 (fls. 74/82) elucidou parcialmente a consulta, restando assim ementada no tocante à COFINS, verbis:

"(...)

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social Cofins

Ementa: BEM DO ATIVO PERMANENTE. ALIENAÇÃO. RECEITA NÃO INTEGRA A BASE DE CÁLCULO.

A receita decorrente da alienação, em 13 de dezembro de 2005, de participação societária permanente, formada até 06 de agosto de 2001, é não operacional, decorrente da venda de ativo permanente. Dessa forma, tal receita não integra a base de cálculo da Cofins.

A mera intenção de alienação de participação societária permanente é incapaz de alterar a classificação, como não operacional, da receita decorrente de eventual concretização da operação.

Dispositivos Legais: Art. 1o, § 3o, II, da Lei n° 10.833/2003; e art. 511 do Decreto n° 3.000/1999 (RIR/1999)."

- Há que se destacar que o tempo de manutenção da participação acionária nos ativos da BNDESPAR até sua alienação foi elemento determinante para que a Receita Federal concluísse que o ativo alienado preenchia os requisitos necessários para qualificá-lo como permanente, conforme sobressai do seguinte trecho da solução de consulta, verbis:

"35. Dessa forma, a receita decorrente da alienação de participação societária em tela, mantida por mais de quatro anos, não integra a base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, por ser não operacional, decorrente da venda de ativo permanente."

A conclusão da Solução de Consulta n° 71/08, também é neste sentido.

"SOLUÇÃO DE CONSULTA N° 71/08

Órgão: Superintendência Regional da Receita Federal SRRF/6ª Região

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

EMENTA: REQUISITOS PARA CLASSIFICAÇÃO NO ATIVO PERMANENTE

Do ponto de vista da aquisição de um bem, a simples intenção ou pretensão de vendê-lo já descaracteriza a sua incorporação ao imobilizado. A entrada de um bem no ativo imobilizado tem como condição básica a expectativa de permanecer no patrimônio da pessoa jurídica por mais de 12 meses com a finalidade de ser utilizado na manutenção das atividades da pessoa jurídica (ex: alugar). No caso de prazo inferior, o

comercializar o bem. No caso dos imóveis alugados também deve ser demonstrado que havia expectativa de auferir benefícios econômicos com as locações. No caso de imóveis para atividades administrativas, devem ser apresentadas provas de que tais bens estavam destinados a estas atividades. Em não sendo satisfeitos os requisitos, para fins fiscais a classificação do bem no imobilizado é indevida, o que não permite a exclusão da receita auferida na alienação deste bem da base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins.

DISPOSITIVOS LEGAIS: CTN (Lein n. 5172, de 25 de outubro de 1966); arts. 96 e 100; Lei n. 6404, de 1976, art. 179; Lei 10.637/2002; Lei n. 10.833, de 2003; Lei n. 10.684, de 2003; Parecer Normativo CST 3, de 28 de janeiro de 1980.

Complementa a solução de consulta n. 80/2007 SRRF/6ª RF/Disit Sandro Luiz de Aguiar Chefe de Divisão (Data da decisão 23.5.2008)" (Grifo nosso)

- A decisão acima ratifica as seguintes conclusões já alinhavadas na consulta específica realizada pela BNDESPAR: (i) a expectativa de permanência de um bem no ativo imobilizado por mais de 12 meses é condição para classificação no ativo permanente, o que confere natureza não-operacional à receita decorrente de sua venda; e (ii) quando o bem é comercializado antes do período de 12 meses não se presume a permanência, que deve ser provada.
- Também neste sentido, o Parecer Normativo do COORDENADOR DO SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO CST - nº 3 de 28.01.1980 (D.O.U.: 04.02.1980), citado no item 25 do Parecer Consultivo nº 80/2011, em que a Receita Federal orienta, no parágrafo 4º, que os resultados obtidos na alienação, baixa ou liquidação de bens do Ativo Permanente são considerados ganhos ou perdas de capital e, por conseguinte, classificados como Resultados Não-Operacionais:
- A definição de Investimentos e o tratamento a ser dado consta do Parecer Normativo do COORDENADOR DO SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO - CST nº 108 de 28 de dezembro de 1978 (D.O.U.: 09.01.79), referido no item 4.2.1 do PN CST nº 41 de 1980:

INVESTIMENTOS

7. Classificam-se como investimentos, segundo a nova Lei das S.A., "as participações permanentes em outras sociedades e os direitos de qualquer natureza, não classificáveis no ativo circulante, e que não se destinem à manutenção da atividade da companhia ou da empresa" (art. 179., III). Com relação ao dispositivo transcrito, dois pontos demandam interpretação: (1) o que se deve entender por "participações permanentes" e (2) quais seriam os "direitos de qualquer natureza".

7.1 Por participações permanentes em outras sociedades, se entendem as importâncias aplicadas na aquisição de ações e outros títulos de participação societária, com a intenção de mantê-las em caráter permanente, seja para obter o controle societário, seja por interesses econômicos, como, por exemplo, a constituição de fonte permanente de renda. Essa intenção será manifestada no momento em que se adquire a participação, mediante a sua inclusão no subgrupo de investimentos caso haja interesse de permanência ou registro no ativo circulante, não havendo esse interesse. Será, no entanto, presumida a intenção de permanência sempre que o valor registrado no ativo

circulante não for alienado até a data do balanço do exercício seguinte àquele em que tiver sido adquirido; neste caso, deverá o valor da aplicação ser transferido para o subgrupo de investimentos e procedida a sua correção monetária, considerando como data de aquisição a do balanço do exercício social anterior.

7.1.1 A intenção de permanência, em certos casos, é presumida em função de critérios estabelecidos em lei. Por exemplo: a participação da companhia em sociedades coligadas e controladas, de que trata o art. 243 e seguintes da Lei nº 6.404/76, dados os reflexos da aquisição do investimento (expressiva participação do capital ou, então, assunção do controle societário); as participações decorrentes dos incentivos fiscais, cujas regras e princípios mostram, de maneira clara, que o poder público abre mão de parte de sua receita tributária, desde que aplicada em investimentos que, pela sua natureza, revestem-se do caráter de permanência.

7.1.2 Da mesma forma, presume-se a permanência em relação às participações em sociedades por quotas, em razão da ausência de título representativo da respectiva quota e pela formalidade exigida para a sua transferência, notadamente a necessidade de contrato escrito, registrado no órgão competente.

7.2 Ainda com relação a participações há que considerar as hipóteses de subscrição de ações, quotas ou quinhões de capital de outras sociedades, não seguida da imediata integralização.

(...)

7.4 Finalmente, tem gerado dúvidas a restrição constante do final do inciso III do artigo 179 da Lei das S.A. A interpretação sistemática do dispositivo leva à conclusão de que a expressão "não classificáveis no ativo circulante, e que não se destinem à manutenção da atividade da companhia ou da empresa", refere-se apenas aos "direitos de qualquer natureza" e não às "participações permanentes em outras sociedades".

7.4.1 Deste modo, as aplicações em direitos, não destinadas à manutenção da atividade da empresa, quando a intenção do investidor seja a de permanência, se classificam como investimento, passível de correção monetária. É o caso, por exemplo, das aplicações em imóveis não necessários à manutenção da atividade explorada e não destinados à revenda.

- Por sua vez, o Parecer Normativo COORDENADOR DO SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO – CST nº 100 de 01.12.1978 (D.O.U.: 07.12.1978) é também bastante taxativo na orientação de que bens classificados no Ativo Permanente e alienados posteriormente terão as receitas decorrentes da alienação classificadas como não operacionais.
- Através do parecer de fls. 239/247, o fisco, desconsiderando a própria Solução de Consulta para o caso específico e todo o tempo em que permaneceram no Ativo Permanente, entendeu que a receita decorrente de operação que deu origem ao crédito utilizado nas compensações não homologadas deveria ser classificada como receita operacional e, ainda, que sobre tal receita deveria incidir PIS/COFINS.
- O próprio Parecer Conclusivo nº 096/2011 consignou, no item 28, que "a BNDESPAR tem suas participações societárias classificadas principalmente no ativo permanente".

- De fato, as ações alienadas em agosto de 2005, sempre estiveram classificadas no Ativo Permanente.
- O Parecer também reconhece que as participações societárias permaneceram no ativo da pessoa jurídica até o término do ano-calendário seguinte ao de suas aquisições.
- Além disso, em diligência realizada na BNDESPAR, foi lavrado Termo de Verificação Fiscal MPF 201000.1594 de 21/10/2010 (doc.3), no qual a própria autoridade fiscal constatou que as ações alienadas no mês de novembro e dezembro de 2005 sempre estiveram contabilizadas no ativo permanente, razão pela qual a receita de tais vendas não integraria a base de cálculo da COFINS e do PIS, cf. trecho do termo transcrito abaixo:

"Em Novembro/2005, a receita bruta de venda de ações foi de R\$ 42.478.400,00, e em Dezembro/2005, de R\$ 269.467.163,97, sendo que todas as participações alienadas em Novembro/2005 e Dezembro/2005 estavam registradas no Ativo Permanente, razão pela qual as receitas correspondentes não integram as bases de cálculo de PIS e COFINS".

- Ainda que prevalecesse o entendimento externado no parecer, o artigo 373 do Regulamento do Imposto de Renda, conjugado à Instrução Normativa n.º 1.022/2010, considera como sendo Receitas Financeiras as receitas de títulos vinculados ao mercado aberto, os quais, por força do Decreto n.º 5.442, de 9 de maio de 2005, são sujeitos a alíquota zero de COFINS.
- O agente ampara a sua decisão na NPC 14 do IBRACON, mas não observa que a própria redação desta norma contábil exclui do âmbito de sua aplicação as sociedades de participação.
- Na clássica lição de Friedrich Müller, o texto normativo não se confunde com a norma, que é a aplicação prática de um determinado enunciado, que se origina no princípio para atingir a regra. Com efeito, a interpretação dos enunciados normativos do direito tributário não pode partir daqueles que enunciam regras. Há que se iniciar qualquer raciocínio interpretativo com fundamento nos princípios. O ordenamento jurídico se presta à proteção de valores de uma sociedade. Tais valores informam os princípios que, por sua vez, norteiam a interpretação das regras jurídicas.
- Assim, a Lei de tributação deve descrever, sob pena de ofensa a tal subprincípio (e, conseqüentemente, inconstitucionalidade) os 5 elementos do fato gerador principal, de forma clara: 1 Elemento Material (hipótese de incidência), 2 Elemento Subjetivo (sujeito ativo e sujeito passivo), 3 Elemento Temporal, 4 Elemento Espacial e 5 Elemento Quantitativo (alíquota e base de cálculo).
- No caso, há uma aparente obscuridade na definição do elemento material da COFINS, que levou a não homologação das declarações de compensação que indicaram como crédito pagamento indevido de tal tributo. A BNDESPAR entende que deve prevalecer a sua intenção ao adquirir os ativos, alienados alguns anos mais tarde. O Fisco, através do parecer de fls. 239 e seguintes entendeu que a tal operação integra o objeto da BNDESPAR, desconsiderando todo o tempo em que permaneceram no Ativo Permanente e classificando a receita dele decorrente como operacional.
- A não homologação de tal crédito implica em ofensa ao princípio da igualdade, regulado, em matéria tributária, no CRFB artigo 150 II

(isonomia fiscal ou igualdade tributária), segundo o qual é vedado aos Entes federativos instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

- No caso concreto, haveria violação ao subprincípio da generalidade, no sentido de que todo contribuinte que exteriorizar idêntica capacidade contributiva deverá sofrer a mesma carga de tributação. Embora o artigo 153 §2º, I, da CRFB/88, se refira especificamente ao imposto de renda, o operador do direito deverá interpretá-lo de forma sistemática (*lex dixit minus quam voluit*), buscando a generalidade em todo o sistema tributário, em razão da isonomia, da igualdade na tributação.
- Ademais, conforme já visto, o Parecer Conclusivo nº 096/2011 esbarra no princípio do *Nemo potest venire contra factum proprium*, termo utilizado, na doutrina, por Ruy Barbosa Nogueira. De acordo com esse princípio, a Administração Pública não poderá contradizer uma decisão por ela tomada anteriormente. A Administração "não pode punir ou onerar alguém por ter seguido as instruções ou orientações ainda que o fisco as venha repudiar". Não haverá contradição entre uma vontade administrativa expectorada e uma vontade administrativa futura.
- Antes de se aplicar os enunciados normativos de direito tributário deve-se Interpretá-los. Ao contrário da aplicação, a interpretação, de fato, admite mais de um resultado, até mesmo porque, como admite Ricardo Lobo Torres, os métodos de interpretação são intercomunicáveis. O argumento do operador pode partir de dois ou mais métodos hermenêuticos, não existindo hierarquia entre eles:
- Pode-se falar ainda na interpretação benigna (em casos de dúvida, como o presente, aponta o artigo 112 do CTN que deve se interpretar em favor do contribuinte) e no método histórico, que não tem maior relevância na presente questão. Por outro lado, em razão da tipicidade fechada adotada pelo Direito Tributário brasileiro, não se pode admitir a interpretação econômica, pró-fisco, que vai de encontro às garantias fundamentais, ao permitir que a autoridade fazendária promova a tributação independentemente da forma adequada, sempre que houver alguma exteriorização de riqueza (remonta ao Código Tributário Alemão de 1919, vigente até 1977).
- Na presente hipótese, vislumbra-se claramente esta interpretação econômica, típica da jurisprudência dos interesses, que não pode ser admitida em hipótese alguma, pois configura claramente um excesso de exação, constituindo ato atentatório à moralidade administrativa em matéria tributária.
- Se o Parecer conclui que aquela receita tem caráter especulativo, ignorando o tempo em que os ativos permaneceram classificados como Ativo Permanente, que indicam a natureza não operacional dos mesmos, por que, então, não concluiu que se tratava de receita financeira, sujeita a alíquota zero, por força do Decreto nº 5.442, de 9 de maio de 2005?
- Levando-se em consideração que a conclusão pela incidência ou não de COFINS no caso depende, não meramente de sua classificação contábil, mas da verificação da real natureza da receita, se operacional ou não, a BNDESPAR entende ser imprescindível a realização de diligência e perícia para aferição de sua real natureza ex vi do artigo 18 do Decreto n.º 70.235/72.

Diante do exposto, e tendo em vista que as compensações requeridas são direito do contribuinte, a BNDESPAR requer:

i) que sejam juntados ao processo, os documentos que acompanham a presente Manifestação; ii) que seja concedido prazo adicional razoável, para serem juntados ao processo documentação suplementar ex vi da alínea "a" do parágrafo 4º do inciso V do artigo 16 do Decreto nº. 70.235 de 06/03/1972; iii) que seja homologada a declaração de compensação que indicou como crédito pagamento indevido de COFINS, em função da alienação de valores mobiliários em agosto de 2005, conforme entendimento firmado na Solução de Consulta SRRF/7ª RF/DISIT Nº 36, de 06/02/2006, a qual concluiu pela não incidência de PIS/COFINS; iv) subsidiariamente, que sejam homologadas as declarações de compensação que indicaram como crédito pagamento indevido de COFINS, porque o pagamento era mesmo indevido, por força do § 3º do artigo 1º da Lei 10.833, de 2003; v) a exclusão da multa, dos juros de mora e do valor correspondente à atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo, na forma do parágrafo único do artigo 100 c/c 112 do CTN; vi) seja reconhecida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente da glosa, nos termos do art. 151, III do CTN e do § 11 do art. 4 da Lei nº 9.430/96.

Os membros da 4ª Turma de Julgamento no Rio de Janeiro - RJ, por unanimidade de votos, decidiram julgar improcedente a manifestação de inconformidade, não reconhecendo o direito creditório pleiteado.

Intimada do acórdão supra em 16.04.2012, inconformada a Recorrente interpôs recurso voluntário em 15.05.2012.

É o relatório.

Voto

Conselheiro GILENO GURJÃO BARRETO, Relator

O presente recurso preenche os requisitos de admissibilidade, por isso dele conheço.

No processo em epígrafe, o Recorrente vendera participações societárias diretamente de seu ativo permanente, e oferecera à tributação a respectiva receita.

Posteriormente, em face de dúvida acerca se a receita da venda dessas ações deveria se ou não tributada, a Recorrente formalizou consulta à secretaria da Receita Federal que emitiu a Solução de Consulta SRF7ª RF/DISIT nº 36 de 06.02.2006, onde concluiu-se que a receita decorrente da venda das respectivas participações societárias de titularidade da Recorrente, qualificadas como Ativo Permanente, deveriam ser excluídas da base de cálculo do PIS e da COFINS por configurar receita não operacional, nos termos do § 3, inciso VI, do artigo 1º da Lei nº 10.833/03.

Em face dessa Solução de Consulta a Recorrente alterou suas DACON's, bem como apresentou PER/DCOMP nº 06937.46202.260706.1.3.04.7368, requisitando a compensação dos valores pagos a maior a título de PIS/COFINS, em face da operação da venda de ações qualificadas como ativo permanente, configurando, portanto em receita não operacional.

Todavia, de forma contrária ao entendimento da Recorrente, bem como de forma contraditória ao entendimento anteriormente exposto pela própria Secretaria da Receita Federal, esta ao analisar sua PER/DCOMP não a homologou, conforme Parecer nº 096/2011, por entender que as participações societárias alienadas não estariam incluídas na previsão do § 3, inciso VI, do artigo 1º da Lei nº 10.833/03.

Feita essas considerações iniciais, passo a análise do presente recurso.

Conforme exposto, a Recorrente invoca, como fundamento de seu direito creditório, a SRRF/7 RF/DISIT Nº 36, de 06/02/2006, segundo a qual a receita com venda de ações constantes do ativo permanente é não operacional, e por isso não deve compor a base de cálculo para a tributação de PIS/COFINS.

Com razão a Recorrente. Vejamos.

A consulta à DISIT/7 SRRF refere-se expressamente à participação societária permanente, frisando que sua alienação tem natureza não operacional e, desta forma, não integra as bases de cálculo do PIS/PASEP e da Cofins. Portanto, em relação a venda de ações que se encontravam no ativo permanente da Recorrente, a referida Solução de Consulta encontra-se plenamente eficaz. Essa é a conclusão da consulta que deve ser cumprida, sob pena de violação ao princípio da estrita legalidade administrativa e do *nemo venire contra factum proprium* como arguido, conforme exposto pelo próprio Recorrente em seu recurso.

Veja que, a resposta dada a solução de consulta válida é de aplicação obrigatória por parte do contribuinte e da própria RFB.

Assim, estando registradas as operações de aquisição no ativo permanente, a receita auferida é de venda de bens do ativo permanente e deve ser excluída da base de cálculo da Cofins do período de apuração respectivo. Nesse sentido o §3º, inciso VI, do artigo 1º da Lei nº 10.833/03:

*Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. **(Produção de efeito) (Vide Medida Provisória nº 627, de 2013) (Vigência)***

(...)

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo as receitas:

(...)

*II - não-operacionais, decorrentes da venda de ativo permanente; **(Vide Medida Provisória nº 627, de 2013) (Vigência)***

Por fim, em caso semelhante dessa mesma Recorrente, este E. Conselho proferiu decisão, cujo acórdão transcreve-se em parte:

“(...)

A possibilidade aventada pela Diort/Demac/RJ de a recorrente possuir uma carteira de ações destinadas a negociação em bolsa (o que é compatível com a sua atividade) não se confunde com a também possibilidade de a recorrente possuir investimentos permanente em companhias abertas ou fechadas, também

compatível com seu objeto social. O Parecer Conclusivo da Diort/Demac/RJ não prova que as ações vendidas integravam carteira de ações destinadas à venda.

O caráter subjetivo do destino de uma ação adquirida (investimento permanente ou revenda) desaparece se, na virada do ano seguinte ao de sua aquisição, o título ainda permanece em poder do adquirente e registrado no seu ativo (permanente ou circulante).

Se na aquisição da ação a empresa escriturou a no ativo permanente, é porque a compra foi feita como investimento permanente. Se escriturou no ativo circulante é porque pretendia revender. Se a venda se realizar até o final do ano seguinte ao da aquisição, independente da intenção do adquirente (fator subjetivo) fica provado que a aquisição foi feita para revenda e, portanto, o registro correto da aquisição é no ativo circulante. Se a escrituração foi feita no ativo permanente, deve ser feita a retificação. No entanto, se venda ocorrer após o ano seguinte ao da aquisição, não há como contestar o lançamento contábil da aquisição no ativo permanente. Nesta hipótese, a receita da venda do título é, sim, receita da venda de bens do ativo permanente e, portanto, deve ser excluída da base de cálculo da Cofins.

(...)

(Acórdão nº 3302-002.055. Sessão 25.04.2013)

Por tais razões, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário para reconhecer como não-operacional, decorrente da venda de ativo permanente, a receita da venda de ações realizada em agosto/2005.

É como voto.

Sala das Sessões, em 19 de Agosto de 2014.

(assinado digitalmente)

GILENO GURJÃO BARRETO - Relator.