



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

Processo nº 10980.722317/2011-29
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3401-002.831 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de dezembro de 2014
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO COFINS
Recorrente HSBC EMPRESA DE CAPITALIZAÇÃO (BRASIL) S/A
Recorrida DRJ-CURITIBA/PR

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/03/2008 a 31/12/2010

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INOVAÇÃO NA MOTIVAÇÃO DO LANÇAMENTO. NULIDADE DO ACÓRDÃO DA DRJ.

A inovação, pela DRJ, na motivação e fundamentação do lançamento ocasiona o cerceamento de defesa, o que torna nulo o acórdão recorrido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário para declarar nula a decisão da DRJ.

JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS - Presidente.

JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Alves Ramos, Robson José Bayerl, Jean Cleuter Simões Mendonça, Eloy Eros da Silva Nogueira, Cláudio Monroe Massetti (Suplente) e Bernardo Leite de Queiroz Lima.

Relatório

Trata o presente processo de dois autos de infração (fls.143/170) pelos quais foram lançados a COFINS e o PIS não recolhidos sobre receitas de capitalização, referentes aos fatos geradores ocorridos entre março de 2008 e dezembro de 2010, acrescidos de juros e multa, totalizando o valor de R\$ 19.792.614,93.

A Contribuinte apresentou Impugnação (fls.1.416/1443), mas a DRJ em Curitiba/PR manteve integralmente o lançamento (fls.1.634/1.654).

A Contribuinte interpôs Recurso Voluntário tempestivamente em 08/05/2012 (fls. 1.663/1.707).

O recurso foi apreciado por este Conselho pela primeira vez em março de 2013, ocasião na qual foi sobrestado com fundamento no §1º, do art. 62-A, do RICARF, em razão do Recurso Extraordinário nº 609.096, reconhecido como representativo de controvérsia pelo STF, nos termos do art. 543-B, do CPC, que trata da incidência do PIS e da COFINS sobre as receitas de instituições financeiras.

Com a revogação da norma do RICARF que ordenava o sobrestamento de processos com mesma matéria de recursos cuja repercussão geral fora reconhecida pelo STF, os autos retornaram para apreciação deste Colegiado.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Jean Cleuter Simões Mendonça

O Recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

A Recorrente, instituição financeira, foi autuada em razão de não ter recolhido o PIS e a COFINS sobre as receitas oriundas de capitalização. Em seu Recurso Voluntário, ela devolveu as seguintes matérias para apreciação deste Conselho: Nulidade do acórdão da DRJ por não ter apreciado todas as matérias arguidas; nulidade do acórdão da DRJ por ter inovado na fundamentação do lançamento; impossibilidade de equiparar capitalização a prestação de serviço; ilegalidade da aplicação da multa de ofício; e ilegalidade de juros sobre a multa.

1. Da nulidade do acórdão da DRJ por não apreciar todas as matérias

Segundo a Recorrente, a DRJ deixou de analisar item II.3 e seus subitens da Impugnação, que tratam da impossibilidade de equiparação das receitas de capitalização à receitas de prestação de serviço. Os itens cuja DRJ supostamente se omitiu foram os seguintes:

“II.3. Do Equívoco Cometido pela D. Fiscalização: Impossibilidade de Enquadramento das Receitas de Capitalização no Conceito de Contraprestação pela Prestação de Serviço”;

“II.3.i) Impossibilidade da Classificação da Atividade de Capitalização como se Prestação de Serviço Fosse”;

“II.3.ii) Impossibilidade da Classificação da Atividade de Capitalização como se Prestação de Serviço Fosse Mesmo se Equipara à Securitária”;

“II.3.iii) Inaplicabilidade do GATS para Caracterização de Serviços”.

Nesse ponto tem razão a contribuinte. Em nenhum momento do acórdão de mais de vinte laudas, a DRJ mencionou as matérias arguidas. Ao invés disso, a instância de piso comentou o julgamento do STF que declarou inconstitucional o alargamento da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, disposto na Lei nº 9.718/98, e concluiu que, ainda que a receita não tenha origem em venda mercadorias, de prestação de serviço ou venda de mercadorias e prestação de serviço, incidirão o PIS e COFINS sobre os valores originados na atividade principal da empresa, pois se tratará de receita operacional.

Assim, é nula a decisão da DRJ, vez que tratou de matéria diversa da levada a sua apreciação.

2. Da nulidade da decisão da DRJ em razão da inovação da fundamentação do lançamento

A Recorrente alega que o auditor-fiscal fundamentou o lançamento na equiparação da receita oriunda de capitalização à contraprestação de serviço prestado, mas a DRJ manteve o lançamento sob fundamento de que as receitas obtidas com capitalização são receitas operacionais e como tal devem ser tributadas pelo PIS e pela COFINS. Segundo a Recorrente, essa inovação torna o acórdão recorrido nulo, por causar cerceamento de defesa.

Nesse ponto, também resta razão à Recorrente. Conforme visto no tópico anterior, a DRJ manteve o lançamento após analisar a decisão do STF, referente ao julgamento de inconstitucionalidade do §1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98 (alargamento da base de cálculo) e concluir que o PIS e COFINS incidem sobre a receita operacional e, como a capitalização é atividade principal da empresa, os valores advindos dessa atividade são receitas operacionais e sofrem a tributação das aludidas contribuições. Contudo, ao se analisar o Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal, principalmente as fls.187 e 188, nota-se que as receitas da capitalização sofreram lançamento porque o auditor-fiscal entendeu que a capitalização

equipara-se ao serviço de seguro e, como tal, é serviço financeiro, por isso sua receita seria oriunda de prestação de serviço e, dessa forma, sofreria incidência do PIS e da COFINS.

Na análise acima, fica clara a diferença de fundamentação para o lançamento, pois enquanto o argumento para efetuar o lançamento foi uma construção para considerar capitalização como serviço, o fundamento para manter o mesmo fundamento foi no sentido de que, mesmo não sendo serviço, é sobre incidência do PIS e da COFINS por ser receita operacional.

Está claro, pois, que em nenhum momento, nem no lançamento, nem na Impugnação, foi levantada a matéria acerca de incidência do PIS e da COFINS sobre a receita operacional. Por essa razão, a manutenção do auto de infração apoiada em nova fundamentação configura inovação da DRJ, ocasionando o cerceamento de defesa da Recorrente, que perdeu o direito de debater a matéria em uma instância a mais. Assim, nos termos do art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, é o caso declarar nulo o acórdão da DRJ que inovou na fundamentação para manter parte do lançamento.

Nesse sentido têm decidido as esferas administrativas, conforme decisões colacionadas abaixo:

“IRPJ - NULIDADE DA DECISÃO DA DRJ - FUNDAMENTO DISTINTO DO LANÇAMENTO - CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA - É nula a decisão que mantiver o lançamento com fundamentos distintos dos que basearam o auto de infração, em razão de não permitir o amplo direito de defesa ao contribuinte em face da inovação após a sua impugnação”.(Primeiro Conselho de Contribuintes. Processo 11020.003043/2004-67, julgado em 17/08/2006)

“CERCEAMENTO DE DEFESA. DECISÃO COM ANÁLISE DE ARGUMENTO QUE NÃO CONSTA NO LANÇAMENTO. A decisão de primeira instância deve analisar e enfrentar argumentos presentes no lançamento e no recurso. A inovação de motivação confunde o sujeito passivo, cerceando sua defesa. Anulada a Decisão de Primeira Instância”. (Segundo Conselho de Contribuintes. Processo 14041.001182/2007-49, julgado em 03/12/2008)

“DIREITO CREDITÓRIO. RECONHECIMENTO. FUNDAMENTOS. INOVAÇÃO. Se a autoridade administrativa mantém glosa de crédito sob fundamento diverso do atacado por meio de Manifestação de Inconformidade, a ela incumbe oportunizar meios para que o contribuinte possa se pronunciar, sob pena de cerceamento do direito de defesa. SALDO NEGATIVO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. RECOMPOSIÇÃO. INOCORRÊNCIA. EFEITOS. Para que o lançamento de ofício possa interferir na liquidez e certeza do saldo negativo declarado, é necessário que o referido procedimento tenha alcançado, inclusive, a recomposição da apuração deste mesmo saldo. Nos lançamentos de ofício promovidos pela Receita Federal relativamente ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica,

Processo nº 10980.722317/2011-29
Acórdão n.º **3401-002.831**

S3-C4T1
Fl. 1.752

parte-se do pressuposto de que o ajuste exigido pela legislação de regência já restou finalizado.

Ex positis, dou provimento ao Recurso Voluntário interposto para declarar a nulidade da parte do acórdão da DRJ que deixou de analisar os argumentos ventilados na Impugnação e inovou na fundamentação para manter o lançamento.

É como voto.

Jean Cleuter Simões Mendonça - Relator