



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

Processo n° 10980.724261/2011-47
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3401-002.842 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de janeiro de 2015
Matéria COFINS/PIS
Recorrente HSBC VIDA E PREVIDÊNCIA 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 maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário para acolher a nulidade arguida. Vencido o Conselheiro Robson Bayerl. Declaração de voto do Conselheiro Eloy Eros da Silva Nogueira.

JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS - Presidente.

JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA - Relator.

ELOY EROS DA SILVA NOGUEIRA - Conselheiro

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

Relatório

Trata o presente processo de dois autos de infração lavrados em 22/08/2011. Pelo primeiro (fls.1120/1124), é exigida a COFINS de fatos geradores supostamente ocorridos entre março de 2008 e dezembro de 2010, acrescido de juros e multa, o que totalizou R\$ 16.047.956,33. Pelo segundo (fls. 1137/1141), é exigido o PIS, do mesmo período, também acrescido de juros e multa, que culminou no montante de R\$ 2.607.792,40.

Conforme consta no termo de verificação fiscal (fls.2669/2680), a atuada é uma empresa que atua no ramo de seguro de vida. Ela impetrou Mandado de Segurança para afastar a base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no §1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98. A sentença declarou a inconstitucionalidade da referida norma, mas não discriminou sobre quais receitas o PIS e a COFINS incidiriam. Com base nessa decisão, segundo a autoridade fiscal, a Atuada deixou de recolher o PIS e a COFINS sobre os prêmios dos seguros. Contudo, a Fazenda entende que o prêmio é receita oriunda de prestação de serviço financeiro (o seguro) e como tal compõe a base de cálculo das contribuições em comento.

A Contribuinte apresentou impugnação (fls.2682/2708), mas a DRJ em Curitiba/PR manteve o lançamento integralmente (fls.2895/2915).

A Contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls.2923/2965) alegando, em suma, nulidade do acórdão da DRJ por ter inovado na fundamentação e que o valor referente ao prêmio de seguro não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em primeira apreciação, esta Turma Julgadora decidiu sobrestar o julgamento do processo com base no art. 62-A, § 2º, do Regimento Interno do CARF, em razão dos Recursos Extraordinários nºs 400.479 e 609.096, representativos de controvérsia, que trata da base de cálculo do PIS e da COFINS das instituições financeiras. Não obstante, a norma que determinava o sobrestamento foi revogada pela Portaria MF nº 545, de 18 de novembro de 2013, fazendo com que o presente processo administrativo retornasse para a apreciação deste Colegiado antes do julgamento da matéria pelo STF.

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 DRJ manteve o auto de infração lavrado contra a Recorrente, em razão desta não ter recolhido a COFINS sobre os valores dos prêmios recebidos pelo serviço como seguradora. Em seu recurso voluntário, a recorrente devolveu para apreciação as seguintes matérias: nulidade do acórdão da DRJ por deixar de apreciar matérias levantadas pela

Recorrente; nulidade do acórdão da DRJ por ter inovado na fundamentação jurídica; impossibilidade de lançamento de PIS e COFINS sobre as receitas oriundas dos prêmios de seguro.

1. Da nulidade do acórdão da DRJ

A Recorrente alega que o acórdão da DRJ é nulo porque ela deixou de apreciar o item II.3 da Impugnação e seus subitens, que tratam da impossibilidade de enquadramento das receitas de prêmios de seguro, como se receita de prestação de serviço fossem.

Nesse ponto não tem razão a Recorrente. Muito embora não tenha tratado especificamente do ponto levantado na impugnação, a DRJ deixou claro seu entendimento no sentido de que os prêmios de seguro se equivalem à receita de venda de bens ou de prestação de serviço, por essa ser a atividade principal da Recorrente. Abaixo segue a conclusão da DRJ acerca desse tema:

“Portanto, não se vislumbra a situação cogitada pela interessada de que as receitas decorrentes de sua atividade operacional, ou seja, as receitas decorrentes de prêmios de seguros de vida e previdência complementar, que, a seu ver, se equivalem a receitas financeiras, estariam excluídas da incidência das contribuições ao PIS e à Cofins, por não fazerem parte de seu faturamento.

Ao contrário, nos termos da decisão judicial, ficou estabelecido que não integram o faturamento das pessoas jurídicas, e portanto não compõem a base de cálculo das referidas contribuições, as demais receitas que não a venda de mercadorias e serviços, sendo que, no caso, da interessada, que corresponde a instituição financeira, amolda-se perfeitamente à previsão contida no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, o que impõe a observância da legislação antecedente à edição da Lei nº 9.718/98, no que se reporta à base de cálculo, especificamente as estabelecidas nas Leis Complementares nº 07/70 e 70/91”.

Portanto, não houve omissão por parte da DRJ.

A Recorrente ainda alega que o acórdão da DRJ é nulo por ter inovado na fundamentação do lançamento, vez que a autoridade lançadora classificou a receita dos prêmios como decorrentes de serviços financeiros.

Neste ponto tem razão a Recorrente. A DRJ inovou ao mudar o fundamento. Enquanto a DRF foi categórica ao afirmar que a Recorrente presta serviços financeiros e que, por isso, o PIS e a COFINS incidem sobre as receitas dos prêmios, a DRJ fundamentou que essas contribuições incidem sobre as receitas dos prêmios porque essas receitas são oriundas

da atividade fim da empresa e que, portanto, são receitas operacionais. Vejamos trecho do voto da DRJ:

“Como se pode ver, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 390.8405/MG, considerou inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, entendendo-se que o faturamento compreende somente a receita obtida com a venda de mercadorias ou prestação de serviços e que para o alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins em data anterior a EC nº 20 seria necessária lei complementar. Contudo, pelas partes transcritas, verifica-se que não restou decidido e nem pode ser compreendido que as receitas decorrentes da atividade do setor financeiro, como sua atividade principal, dentre as quais a que a contribuinte se enquadra, estariam desoneradas da tributação do PIS e da Cofins. Veja-se que em relação ao assunto houve o entendimento da sinonímia das expressões faturamento e receita bruta, que compreende a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, tendo sido o questionamento direcionado ao fato de a Lei nº 9.718, nas palavras do ministro relator, incluir no conceito de receita bruta todo e qualquer aporte contabilizado pela empresa, pouco importando a origem, em si e a classificação que deva ser levada em conta sob o ângulo contábil.

*Assim, pela trilha que se seguiu aquele julgamento, não há como se chegar a conclusão de que as **receitas provenientes da atividade fim do setor financeiro**, como no caso da autuada, compreende as demais receitas que não a venda de mercadorias e serviços. Frise-se uma vez mais que ficou claro pelo posicionamento da Mesa, isso sim, é de que o alargamento da base de cálculo, que foi declarada inconstitucional, compreende aqueles **ingressos financeiros que não caracterizam a atividade operacional da empresa**. Esse alargamento da base de cálculo, portanto, introduzido por meio de lei ordinária, e por isso considerado inconstitucional, consiste em adicionar na receita bruta, para fins de base de cálculo da Cofins e do PIS, o valor das demais receitas que não são decorrentes das atividades principais da empresa, como por exemplo, citado em parte da própria transcrição, as receitas de alugueis, as receitas financeiras (aqui entendendo os rendimentos de investimentos financeiros – e não a própria receita operacional da pessoa jurídica), as indenizações recebidas, royalties etc”.*

É interessante frisar que aqui não se trata de mérito, mas sim uma questão processual. Uma vez efetuado o lançamento, o fundamento não pode ser corrigido pelas instâncias julgadoras. A fundamentação da DRJ, muito embora esteja citando decisão do STF, diverge da fundamentação do DRF, o que causa o cerceamento de defesa da Contribuinte, a qual perdeu uma instância para discutir essa nova fundamentação. Nessa linha, o acórdão da DRJ é nulo, nos termos do art. 52, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, *in verbis*:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.206-2 de 24/03/2004

Autenticado digitalmente em 02/03/2015 por JEAN CLEUTER SIMOES MENDONCA. Assinado digitalmente em 10/03/2015 por JULIO CESAR ALVES RAMOS, Assinado digitalmente em 05/03/2015 por ELOY EROS DA SILVA NOGUEIRA, Assinado digitalmente em 02/03/2015 por JEAN CLEUTER SIMOES MENDONCA

Impresso em 12/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

“Art. 59. São nulos:

(...)

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa”.

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

“CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOVAÇÃO NA FUNDAMENTAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. Acatada a preliminar de cerceamento de defesa, por supressão de instância, posto que a autoridade julgadora de primeira instância inovou em relação aos fundamentos primeiros apresentados pelo fisco sem que a Requerente tenha sido cientificada dos mesmos e oportunizada sua manifestação. Recurso Voluntário Provido.(CARF. 3a SJ, 1a TE. Proc. 10480.914180/200953, julgado em 30/01/2013. Rel.José Luiz Bordignon)

“IRPJ - NULIDADE DA DECISÃO DA DRJ - FUNDAMENTO DISTINTO DO LANÇAMENTO - CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA - É nula a decisão que manter 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)

Assim sendo, não resta dúvida de que a inovação da DRJ ocasionou a nulidade de seu acórdão.

Ex positis, dou provimento ao Recurso Voluntário interposto para declarar a nulidade do acórdão da DRJ, para que os autos retornem àquela instância de julgamento, a fim de que seja proferido um novo acórdão, dentro dos limites da fundamentação utilizada no lançamento de ofício.

É como voto.

Jean Cleuter Simões Mendonça - Relator

Declaração de Voto

Conselheiro Eloy Eros da Silva Nogueira.

Peço vênia para expor entendimento divergente do aprovado por este Colegiado, para acatar a preliminar de nulidade com base em inovação do fundamento da exigência em debate. Ouso fazê-lo, respeitosamente, considerando os bem balizados argumentos do voto do Ilustre Relator Conselheiro Jean Cleuter Simões Mendonça.

A recorrente rogou pela nulidade do decisum de 1º grau alegando que ele teria inovado na fundamentação do lançamento. Em seu recurso, ela entendeu que a autoridade lançadora teria se baseado no fundamento que os prêmios são receitas decorrentes de prestação de serviços; enquanto que a DRJ teria se baseado no entendimento que os prêmios são receitas provenientes da atividade fim da empresa, que elas são receitas operacionais.

Essa proposição não pode prosperar, como veremos a seguir, pois: 1º) não houve inovação no fundamento; 2º) os argumentos ou fundamentos não são excludentes; 3º) os citados argumentos ou fundamentos não são estranhos ao cerne da lide, ao contrário, estão eles nela presentes.

Primeiramente, parece-me necessários recuperarmos o fato a partir do qual se constroem os entendimentos em discussão. Lendo os documentos oferecidos pela contribuinte durante a fiscalização, encontramos que os valores registrados em parte importante das seguintes contas contábeis não foram submetidos à tributação em comento:

Código Conta	Descrição Conta
3111	PREMIO EMITIDO
3112	PREMIO RESTITUIDO
3114	TRANSFERENCIAS CEDIDAS
3115	PREMIOS CANCELADOS
3118	RESGATES DE SEGURO DE VIDA INDIVIDUAL/VGBL
312	VARIAÇÕES DAS PROVISÕES TECNICAS
313	VARIAÇÕES DAS PROVISÕES TECNICAS
341	OUTRAS RECEITAS OPERACIONAIS
35	RECEITAS FINANCEIRAS
	(-) RENDIMENTOS FINANC GARANTIDORES PROV TÉCNICA S
3921	OUTRAS RECEITAS NÃO OPERACIONAIS
41	RENDAS DE CONTRIBUIÇÕES RETIDAS
42	VARIAÇÕES DAS PROVISÕES TECNICAS
43	DESPESAS COM BENEFICIOS E RESGATES
451	OUTRAS REC OPER PREVIDENCIA
	(-) SINISTROS EFETIVAMENTE PAGOS

Os dados carreados aos autos demonstram que, além das receitas não-operacionais (conta código 2921), há rubricas que registram os ingressos resultantes das atividades da empresa em suas operações permanentes.

A contribuinte tem a decisão judicial transitada em julgado como central para o seu suposto direito de não sofrer tributação do PIS e da COFINS sobre suas receitas de prêmios e previdência complementar. Imperioso conhecermos a ação judicial, pois ela é invocada pela contribuinte e trata da sua relação de obrigação do PIS e da COFINS. Sendo assim, a ação judicial estabelece elementos que não podem ser desconsiderados ou ignorados na apreciação do processo na esfera administrativa.

Vejam, Senhores Conselheiros, que a contribuinte coloca no centro da disputa judicial os conceitos de faturamento e receita e a inconstitucionalidade do alargamento da base de tributação do § 1º do art. 3º da Lei n. 9.718/1999. A contribuinte, em sua petição inicial, rogou:

"o reconhecimento de seu direito líquido e certo (i) ao afastamento do artigo 3º, caput, e de seu parágrafo 1º, ambos da Lei nº 9.718/98, por violarem o Texto Constitucional vigente à época de sua edição; bem como, (ii) de sujeitarem-se à incidência da Contribuição ao PIS e da COFINS tomando como base de cálculo o faturamento (e não a totalidade das receitas), assim entendido o produto exclusivamente da venda de mercadorias, da prestação de serviços ou da combinação de ambos, tal como definido pela Lei Complementar nº 70/91, no que concerne aos fatos geradores ocorridos a partir de janeiro de 2001/"

A autoridade judicial foi clara ao sublinhar que o afastamento do alargamento trazido pelo § 1º do art. 3º da Lei n. 9.718/1999, considerado inconstitucional pelo STF, NÃO significava a exclusão da base de tributação das receitas financeiras obtidas pelas instituições financeiras considerando os argumentos trazidos aos autos que essas se caracterizam como receitas OPERACIONAIS e, portanto, sofrem a incidência do PIS e da COFINS. Senão vejamos:

"Via de conseqüência, elucide-se que o deferimento da ordem não afasta a obrigatoriedade de pagamento das contribuições consoante sistemática originária, sendo certo que a presente decisão restringe-se à inexigibilidade das exações na base de cálculo cuja inconstitucionalidade restou reconhecida, mantendo-se a base de cálculo prevista na legislação reguladora anterior à Lei nº 9.718/98. Aliás, saliente-se que exatamente neste sentido foi formulado o pedido das impetrantes"

"II.b - Do pedido formulado no item III.2.ii da inicial

Outrossim, observa-se que a parte impetrante postula, no item III.2.ii dos pedidos definitivos (fl. 14), o reconhecimento de seu direito de se sujeitarem à incidência das exações tomando por base de cálculo o faturamento (e não a totalidade de suas receitas) - assim entendido o produto exclusivamente da venda de mercadorias, da prestação de serviços ou da combinação de ambas, tal como definido pela Lei Complementar nº 70/91 (desde a competência de janeiro de 2001).

De fato, a inserção de tal pedido deu ensejo a ampla manifestação da autoridade coatora a respeito das razões pelas quais as receitas financeiras das instituições financeiras caracterizam receitas operacionais, integrantes de seu faturamento, independentemente do que definido pela Lei nº 9.718/98. E mais, deu azo à oposição de embargos declaratórios pela União Federal, conforme fls. 1.416/14.424.

Mas, como já firmado na decisão de fls. 1.425/1.426, apesar das ilações das impetrantes em sua peça inicial no que concerne ao enquadramento de suas atividades ao conceito de faturamento enunciado na legislação que antecedeu a Lei

*nº 9.718/98, **inexiste pedido específico de estudo da questão à luz de cada uma das receitas auferidas pelas demandantes.***

Efetivamente, inegável que eventual controvérsia respeitante a este enquadramento somente poderá ser objeto de deliberação em sede de processo instaurado especificamente para este fim, em que demonstrem as impetrantes a real natureza de cada uma das receitas auferidas, para que se possa deliberar sobre o seu enquadramento, ou não, à descrição da base de cálculo prevista para o recolhimento dos tributos sub exame, em especial com produtos de serviços, razão pela qual não há que se fazer qualquer ilação a respeito neste mandamus.

Como se vê, não há como olhar esses argumentos como se eles não estivessem sendo debatidos pelas partes interessadas, no próprio processo judicial e no processo administrativo. Quando se retorna à Lei Complementar 7/70 e 70/91, o esforço é identificar os conceitos de receita e de faturamento considerando as especificidades da instituição financeira. A lei não substitui a realidade; e o que ela representa precisa ser interpretado considerando as características da realidade. A autoridade judicial ressaltou, em sua apreciação, que decidia para afastar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei n. 9.718/1999, mas que não adentrava na definição de quais receitas operacionais deveriam ser ou não tributadas pelo PIS e pela COFINS.

A leitura serena dessas peças processuais nos permitem concluir que os julgadores a quo não mudaram o fundamento do auto de infração ao caso, ao contrário, ao longo de todo o voto podemos constatar que eles o desvelaram considerando os elementos e argumentos presentes na ação judicial e que integram, forçosamente, a definição em disputa neste processo administrativo. Singelamente, a meu ver, eles procuraram demonstrar que, contrariamente à argumentação da contribuinte, a prestação de serviços é parte principal das suas atividades, e que as receitas daí decorrentes integram o seu faturamento. Ou seja, que a atividade securitária e de previdência complementar é atividade fim da contribuinte, perfeitamente classificável como prestação de serviços, e as receitas dela decorrentes são receitas resultante da prestação de serviços.

Os julgadores a quo também demonstraram que os Ministros do STF, em seu precioso debate e conclusão, chegaram à sinonímia entre 'faturamento' e 'receita operacional', correspondendo aos ingressos obtidos na realização da contribuinte de sua finalidade institucional, da sua razão social.

Portanto, **a afirmação, na ementa e conclusão do decisum de primeiro grau, que as receitas de prêmios de seguro de vida e previdência complementar são atinentes à sua atividade operacional e elas não foram afastadas do campo de incidência pela decisão judicial transitada em julgado em discussão, não está inovando o fundamento da autuação, mas apenas:** (1º) interpretando e concordando com a autoridade lançadora que a decisão judicial não excluiu as receitas operacionais da base de tributação, (2º) interpretando que essas receitas são atinentes à atividade operacional da contribuinte. Vejam, Senhores Conselheiros, com seus próprios olhos:

BASE DE CÁLCULO. RECEITAS DE SERVIÇOS FINANCEIROS. ARRENDAMENTO MERCANTIL/LEASING. AÇÃO JUDICIAL.

Pela decisão judicial transitado em julgado, que considerou inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da Cofins, trazida pela Lei nº 9.718/98, conforme entendimento do Superior Tribunal Federal, ficaram afastadas da base de cálculo o valor das demais receitas não decorrentes da atividade principal da empresa, não restando estabelecido, na decisão judicial, que as receitas de prêmios de seguros de vida e previdência complementar, atinentes a sua atividade operacional, tenham sido afastadas da incidência das referidas contribuições. (GRIFOS NOSSOS)

O fundamento da autuação não foi alterado. Basta ler o voto para constatar isso. Ademais, também demonstra essa minha afirmativa ler o título da ementa. Ela traz clara indicação de que o cerne da autuação está nas receitas financeiras auferidas pelas Instituições financeiras e que elas compõem a base de cálculo do PIS e da COFINS, e que, ao caso, há de se verificar o alcance da decisão judicial. Assim resume o título da ementa:

**BASE DE CÁLCULO. RECEITAS DE SERVIÇOS FINANCEIROS.
ARRENDAMENTO MERCANTIL LEASING. AÇÃO JUDICIAL.**

Peço licença para usar de uma imagem Pretender tratar a natureza de prestadora de serviços das instituições financeiras como se isso fosse absolutamente separado de sua finalidade institucional e também da classificação das suas atividades entre operacionais e não operacionais, seria, comparativamente, se me permitem a analogia, afirmar que o tapete é justificado e composto exclusivamente com os fios azuis de sua trama, olvidando os fios de outras cores.

Por essas considerações que concluí não se poderia dar provimento à preliminar de nulidade pela alegação de inovação do fundamento da exigência, o que, a meu ver, claramente não aconteceu.

Conselheiro Eloy Eros da Silva Nogueira.