



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

Processo n° 16327.003299/2002-81
Recurso n° 226.411 Voluntário
Acórdão n° **9303-01.055 – 3ª Turma**
Sessão de 23 de agosto de 2010
Matéria AI PIS - Tributação de receitas de contratos de Swap - Pedido de perícia não apreciado, nulidade.
Recorrente Deutshce Bank S/A . Banco Alemão
Recorrida Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 28/02/1999, 31/03/1999

PEDIDO DE PERÍCIA NÃO APRECIADO - CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA CONFIGURADO.

O fato de no julgamento de primeira instância não haver apreciação de pedido de perícia formulado na peça impugnatória, macula a decisão então proferida, com o vício insanável do cerceamento do direito de defesa. Devendo o julgador *ad quem*, em sede de preliminar, decretar a nulidade do processo a partir do ato viciado. **Processo que se anula a partir do acórdão recorrido, inclusive.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em anular o processo a partir do acórdão recorrido, inclusive.

Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente

Henrique Pinheiro Torres - Relator

EDITADO EM: 10/11/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Judith do Amaral Marcondes Armando, Rodrigo Cardozo Miranda, Gilson Macedo Rosenberg Filho, Leonardo Siade Manzan, Rodrigo da Costa Pôssas, Maria Teresa Martínez López, Susy Gomes Hoffmann e Carlos Alberto Freitas Barreto.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório do acórdão recorrido:

Trata-se de recurso de ofício da 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal em Campinas - SP, apresentado contra o Acórdão da Turma (fls. 114 a 131) que cancelou lançamento de PIS (fls. 26 a 42) relativo à antecipação supostamente indevida de receitas de operações swap.

A Fiscalização entendeu que, pelo regime de competência, as referidas operações não admitiriam a contabilização das receitas, a não ser na data de vencimento dos contratos.

Alegou que a contabilização por períodos de competência, anteriormente ao vencimento do contrato, somente seria possível quando as operações afetassem, em caráter definitivo, o patrimônio da empresa.

Segundo a Fiscalização, “Na essência dos efeitos dos ajustes levados a efeito, nos casos de operações de swap, durante o transcurso do contrato, reside mera expectativa de ganho ou mera expectativa de que na data da liquidação possa haver algum diferencial a receber”.

As conclusões basearam-se no fato de, nas operações de swap, as partes contratarem a troca futura de ativos financeiros de natureza diversa.

Dessa forma, os registros efetuados nos meses posteriores à publicação da Lei nº 9.718, de 1998, e anteriores ao prazo da anterioridade nonagesimal, teriam implicado o não oferecimento à tributação das receitas reconhecidas antecipadamente.

A 3ª Turma, entretanto, divergiu do entendimento da Fiscalização.

Inicialmente, o Relator fez considerações sobre os princípios contábeis da competência e da oportunidade, observando que fatos externos (flutuação das taxas de câmbio e dos índices utilizados como referência) têm reflexo no resultado do contrato desde o momento de sua celebração, de forma que os mencionados princípios ensejariam o “reconhecimento dos ganhos e das perdas oriundas dos contratos de swap, à medida em (que) flutuam os índices objeto dos contratos, independentemente da data do vencimento ou da liquidação dos acordos”.

Acrescentou a essas ainda as seguintes razões: 1) a regra geral para o registro contábil de receitas é a adoção do regime de competência; 2) a Circular Bacen nº 2.042, de 1994, art. 1º, II, estabeleceu a obrigatoriedade da apropriação mensal dos resultados obtidos com as operações de swap; a Lei nº 9.701, de 1997, art. 1º, II, facultou às instituições financeiras a exclusão

das “diferenças positivas decorrentes de variações nos ativos objetos dos contratos, no caso de operações de swap ainda não liquidadas”, o que evidencia que, no caso das demais pessoas jurídicas, em princípio, as diferenças deveriam ser registradas; a jurisprudência do 1º Conselho de Contribuintes ter-se-ia assentado no mesmo sentido (Acórdão nº 108-07.250); a Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, inverteu “a regra geral de reconhecimento das variações monetárias cambiais ativas, elegendo o momento da liquidação da operação como o marco temporal para a inclusão dos ganhos nas bases de cálculo do PIS e da Cofins, de maneira que, não podendo ser inócua a alteração legal, a regra anteriormente vigente era a do reconhecimento das receitas à medida em que ocorria a variação do câmbio (...)”.

Observou o Relator que, quanto ao art. 74 da Lei nº 8.981, de 1995, tratar-se-ia, segundo seu entendimento, de regra aplicável apenas ao Imposto de Renda na fonte, “cuja sistemática depende da liquidação e da transferência de recursos da fonte pagadora para o beneficiário, não sendo capaz de alterar a sistemática do regime de competência que governa o reconhecimento contábil dos ganhos”.

Julgando o recurso de ofício, a câmara *a quo*, deu provimento ao recurso, nos termos seguintes:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 31/01/2001 a 31/08/2002

Ementa: RECEITA FINANCEIRA.

A base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins é o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços, afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, nos termos da sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006.

Recurso provido.

Inconformada, a contribuinte apresentou recurso voluntário, onde requer a nulidade do acórdão vergastado, por cerceamento do direito de defesa, e, no mérito, o cancelamento da exigência fiscal.

Contrarrazões da Fazenda Nacional às fls. 260 a 267.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, Relator

Assinado digitalmente em 10/11/2010 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES, 11/12/2010 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

Autenticado digitalmente em 10/11/2010 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES

Emitido em 18/03/2011 pelo Ministério da Fazenda

O recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, dele conheço.

A primeira questão que se apresenta a debate diz respeito à preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa, posto que o Colegiado *a quo* teria deixado de manifestar-se sobre a perícia requerida pela recorrente.

Como relatado, o acórdão recorrido deu provimento ao recurso de ofício e manteve o lançamento fiscal, nos termos em que efetuado. Inconformada, a autuada, apresentou recurso voluntário onde alega, como preliminar, o cerceamento de defesa, por parte do Colegiado de segunda instância que deixou de apreciar o pedido de perícia formulado na impugnação.

Havendo questionamento sobre cerceamento de direito de defesa, o que, em se confirmando, tem-se por prejudicada a análise dos demais argumentos expendidos no apelo do sujeito passivo, visto que tal mácula acarretaria a nulidade do ato viciado, *in casu*, o acórdão recorrido, faz-se então necessário examinar, primeiro, essa questão.

Compulsando os autos, verifica-se que, de fato, na impugnação apresentada à Delegacia de Julgamento, o sujeito passivo requereu a produção de prova pericial, formulando para tanto, os quesitos de letras a a e, e indicando o perito para proceder aos trabalhos, fl. 79 destes autos. De outro lado, o acórdão da turma julgadora de primeira instância, passou ao largo da questão da perícia, refutou a preliminar de nulidade argüida pela defesa, e, no mérito, cancelou o auto de infração, permanecendo silente sobre o pedido de prova pericial.

A Câmara recorrida, analisando o recurso de ofício apresentado pela órgão julgador primeiro, deu provimento ao recurso e restabeleceu o feito fiscal, na íntegra. Assim como a turma julgadora de primeira instância, a câmara recorrida também não se manifestou sobre o pedido de perícia postulado pelo sujeito passivo, em sua impugnação. Tanto a câmara julgadora quanto a câmara recorrida incidiram em vício de procedimento, ao deixarem de analisar o pedido de perícia postulado pela defesa. No caso da decisão da DRJ, como no mérito a decisão foi favorável ao sujeito passivo, a análise do pedido de perícia tornou-se prejudicado, mas tal fato deveria ter sido consignado no acórdão proferido. Tal vício, todavia, não acarreta a nulidade da decisão, já que o cancelamento do auto de infração, por si só, sana o prejuízo que a parte teve com o não enfrentamento de seu pedido. O mesmo não se pode falar do erro no procedimento da câmara a recorrida, posto que o prejuízo do cerceamento do direito de defesa não foi superado, haja vista que restabeleceu o lançamento fiscal, sem dar ao sujeito passivo resposta a questão por ele, regularmente, suscitada em sua defesa.

Note-se que, no caso de recurso de ofício, devolve-se ao órgão *ad quem* toda a matéria trazida na impugnação, que foi objeto da decisão que se recorreu de ofício. Assim, no caso em análise, à exceção da preliminar refutada pela DRJ, todas as demais matérias trazidas na impugnação foi devolvida ao órgão julgador de segunda instância, por meio do recurso de ofício, inclusive, o pedido de perícia, que deveria ter sido enfrentado.

A realização de perícia, nos termos do artigo 18 do Decreto nº 70.235/1972, com a redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 8.748/1993, será determinada, de ofício ou a requerimento da parte, a juízo da autoridade julgadora, que formará livremente a convicção acerca da imprescindibilidade da perícia. Na apreciação do pedido, o julgador, embora tenha a prerrogativa de decidir livremente, todavia, está obrigado a fundamentar a decisão, sob pena de nulidade desta. A não fundamentação vicia duplamente o resultado do julgamento: a uma

porque faz parte da essência dos atos administrativos a motivação; a duas porque cerceia o direito de defesa do sujeito passivo à medida que ele não tem como combater os motivos ensejadores do indeferimento de sua pretensão, já que estes não são conhecidos.

A situação dos autos ora em foco apresenta-se ainda mais grave, pois o pedido de perícia postulado no recurso não foi sequer decidido no acórdão vergastado, o que exaspera em muito o vício concernente ao cerceio de defesa da autuada.

Demais disso, não se pode olvidar que, uma vez deduzido um pedido perante a Administração, atendendo ele aos requisitos legais, é direito subjetivo do administrado obter resposta da autoridade competente para tal, ainda que adversa à pretensão dele.

Por fim, cabe esclarecer que neste voto não se está fazendo juízo de valor sobre a prescindibilidade ou imprescindibilidade da perícia requerida pelo sujeito passivo. O que se está aqui reconhecendo é a necessidade de, fundamentadamente, o julgador *a quo* pronunciar-se sobre o pedido formulado pela reclamante.

Diante do exposto, e com arrimo no inciso II, *in fine*, do artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972, voto no sentido de anular o processo a partir do acórdão recorrido, inclusive, para que outra decisão seja proferida, apreciando, desta feita, o pedido de perícia deduzido na impugnação e devolvido à segunda instância de julgamento, por força do recurso de ofício interposto pelo órgão julgador primeiro.

Henrique Pinheiro Torres - Relator