



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

Processo n° 18470.720532/2010-76
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3401-004.019 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de outubro de 2017
Matéria PIS/Cofins sobre Receitas Financeiras de Instituições Financeiras
Recorrente BANCO CLÁSSICO S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

NULIDADE. PRETERIÇÃO DIREITO DE DEFESA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. PROCEDÊNCIA.

O acórdão proferido com desconhecimento de impugnação tempestiva e regularmente apresentada pelo contribuinte configura preterição do direito de defesa, hipótese de nulidade prevista no inciso II do art. 59 do Decreto nº 70.235/1972. Descabe prolação de novo acórdão, de natureza integrativa, pelo colegiado de primeira instância administrativa, para sanar a nulidade da decisão, que prejudica os atos posteriores que dela sejam consequência (§ 1º do art. 59 do Decreto nº 70.235/1972) e também porque esgotada a competência e a jurisdição da do órgão prolator da decisão nula (art. 61 do Decreto nº 70.235/1972).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em anular a decisão de piso, por preterição do direito de defesa, devendo o presente processo ser devolvido à primeira instância administrativa para que seja proferido novo julgamento, vencido o Conselheiro Rosaldo Trevisan.

ROSALDO TREVISAN - Presidente.

LEONARDO OGASSAWARA DE ARAÚJO BRANCO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rosaldo Trevisan (Presidente), Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (Vice-Presidente), Robson Jose Bayerl, Augusto Fiel Jorge D'Oliveira, Mara Cristina Sifuentes, André Henrique Lemos, Fenelon Moscoso de Almeida, e Tiago Guerra Machado.

Relatório

1. Trata-se de **auto de infração**, lavrado em 21/12/2010, com a finalidade de formalizar a exigência **(i)** da contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) acrescido de juros moratórios e multa de ofício, de maneira a totalizar o crédito tributário histórico de R\$ 738.664,64, situado às *fls.* 395 a 399, e **(ii)** da contribuição para o financiamento da Seguridade Social (Cofins), acrescido de juros moratórios e multa de ofício, de maneira a totalizar o crédito tributário histórico de R\$ 4.545.629,15, situado às *fls.* 406 a 410, ambos referentes ao período de apuração correspondente aos meses de janeiro de 2007 a dezembro de 2008.

2. Segundo se depreende da leitura do **Termo de Verificação Fiscal** (TVF), situado às *fls.* 377 a 394, o auto de infração se deve ao fato de a contribuinte, banco comercial cujo objeto social é a prática de operações ativas, passivas e acessórias e serviços permitidos aos Bancos Comerciais e às Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento, por meio das respectivas carteiras, podendo, inclusive, administrar carteira de valores mobiliários, de acordo com o art. 3ª de seu Estatuto social, não ter oferecido à tributação das contribuições sociais as receitas decorrentes de serviços financeiros.

3. A contribuinte autuada, intimada em 27/12/2010, apresentou, em 18/01/2011: **(i) impugnação** situada às *fls.* 421 a 436, na qual requereu a total improcedência do auto de infração lavrado referente exclusivamente ao PIS e, no mesmo dia, **(ii) uma segunda impugnação** situada às *fls.* 758 a 774, referente exclusivamente à Cofins, e informou, ainda, em ambas, ter impetrado o Mandado de Segurança nº 2006.51.01.022651-5, que tramitou na 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária do Rio de Janeiro, com decisão sem trânsito em julgado.

4. Ocorre que a impugnação referente exclusivamente à Cofins **não foi juntada ao e-Processo**.

5. Assim, em 26/06/2012, dando-se conta apenas da impugnação referente ao PIS, a 16ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I (RJ) prolatou o **Acórdão DRJ nº 12-47.897**, de relatoria da Auditora-Fiscal Gisele Lima Habib, que julgou, por unanimidade de votos, procedente em parte a impugnação apresentada para: **(i)** cancelar o crédito tributário lançado referente à Contribuição para o **PIS** incidente sobre as receitas não operacionais, nos meses 01/2007 a 12/2008, no valor total de R\$ 110,42, conforme discriminado na planilha constante do item “26” do voto do auditor-fiscal relator, bem como os juros de mora incidentes sobre o crédito tributário exonerado; e **(ii)** no que tange ao crédito tributário remanescente, por estar em consonância com o determinado na sentença proferida no processo Mandado de Segurança nº 2006.51.01.022651-5, entendeu que não deveria ter sido lançado em decorrência da ordem judicial que suspendeu a exigibilidade do crédito tributário correspondente, devendo a unidade de origem “(...) quanto à sua cobrança, verificar junto à PFN se o provimento judicial obtido suspende, ou não, a exigibilidade crédito tributário remanescente”, cuja ementa abaixo se transcreve:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

LANÇAMENTO NÃO IMPUGNADO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Considera-se definitivamente constituído na esfera administrativa o lançamento não impugnado.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

FATURAMENTO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. RECEITAS OPERACIONIAS.

Afastada a aplicação do § 1º, do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, a base de cálculo que deve ser considerada para a apuração da Contribuição para o PIS das instituições financeiras é o faturamento, assim entendido como sendo a sua receita operacional, devendo ser efetuadas as exclusões e deduções previstas na Lei nº 9.701/1998 e na Lei nº 9.718/1998 (com as alterações promovidas pela MP 2.158/2001 e por suas sucedidas).

RECEITAS NÃO OPERACIONAIS. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPEDE LANÇAMENTO.

É de se cancelar o lançamento da Contribuição para o PIS incidente sobre receitas não operacionais, por estar em desacordo com o determinado em sentença proferida em Mandado de Segurança.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DE NORMA LEGAL.

As argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade não são oponíveis na esfera administrativa, incumbindo ao Poder Judiciário apreciá-las.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008
JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Por expressa disposição legal, os juros de mora serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic, inexistindo qualquer limite à aplicação deste percentual.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

6. A contribuinte, intimada da decisão em 22/11/2012, conforme aviso de recebimento situado à fl. 553, apresentou, em 28/11/2012, na unidade local, cópia da impugnação protocolada referente à Cofins.

7. Paralelamente, em observância ao prazo recursal, a contribuinte interpôs, em 17/12/2012, **recurso voluntário**, situado às fls. 556 a 561, no qual alegou, em síntese: **(i)** a nulidade do acórdão de primeira instância administrativa ao proferir decisão condicional ao determinar à unidade de origem verificar junto à PFN se o provimento judicial suspende ou não a exigibilidade do crédito tributário remanescente; **(ii)** que o processo judicial é prejudicial ao administrativo, e **(v)** subsidiariamente, a necessidade do sobrestamento do presente feito até o ulterior julgamento definitivo do processo judicial.

8. A unidade, ciente da segunda impugnação apresentada pela contribuinte, referente à Cofins, constatou que de fato ocorrera o seu protocolo, tendo sido a peça recepcionada pelo mesmo funcionário que atestou o recebimento da primeira, referente ao PIS e, assim, remeteu o processo à Delegacia Regional de Julgamento que, por seu turno, proferiu o **Despacho nº 04/2012**:

“Considerando ter a contribuinte comprovado a apresentação tempestiva de impugnação contra o lançamento da Cofins efetuado por meio do Auto de Infração de fls. 26 a 30, entendo que a decisão proferida por meio do Acórdão nº 12-47897, de 26/06/2012, declarando a constituição definitiva do referido crédito tributário, deva ser revista.

Assim, proponho que o presente processo seja restituído à Dicat-EQCAU/DRF/RJ1, para as seguintes providências:

a) seja procedida à juntada por anexação do presente processo ao de nº 18470720532/2010-76; e

b) atendida a solicitação contida no item anterior, seja o processo nº 18470720532/2010-76 restituído a esta Turma de Julgamento para que seja revista a decisão proferida por meio do Acórdão nº 12-47897, de 26/06/2012”.

9. Assim, em 25/02/2013 a 16ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I (RJ) prolatou nova decisão, o **Acórdão DRJ nº 12-53.160**, também de relatoria da Auditora-Fiscal Gisele Lima Habib, que julgou, por unanimidade de votos, procedente em parte a impugnação apresentada para: **(i)** “considerar nula a declaração efetuada por meio do Acórdão DRJ/RJOII nº 12-47.897, de 26 de junho de 2012, sobre a constituição definitiva do crédito tributário referente à Cofins lançado por meio do Auto de Infração de fls. 395 a 399”; e **(ii)** julgar “procedente em parte a impugnação para cancelar o crédito tributário lançado referente à Cofins incidente sobre as receitas não operacionais, nos meses 01/2007 a 12/2008, no valor total de R\$ 679,51, conforme discriminado na planilha constante do item “42” do voto, assim como os juros de mora

incidentes sobre o crédito tributário exonerado”, especificando, ainda, que “deve a Delegacia de origem, atentar para o disposto no item 43 do voto”, que abaixo transcrevemos:

43. No que tange ao crédito tributário remanescente, por estar em consonância com o determinado na sentença proferida no processo Mandado de Segurança nº 2006.51.01.022651-5 da 2ª VF/RJ, entendo que este não deveria ter sido lançado com suspensão de exigibilidade. No entanto, tendo sido o crédito tributário constituído nesta condição, e tratando-se de questão relativa à possibilidade de cobrança (exigibilidade), deve a Delegacia de origem, considerando o acima exposto, avaliar a possibilidade de exigência dos valores lançados.

10. Transcreve-se, ainda, a ementa do segundo acórdão:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

FATURAMENTO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. RECEITAS OPERACIONAIS.

Afastada a aplicação do § 1º, do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, a base de cálculo que deve ser considerada para a apuração da Cofins das instituições financeiras é o faturamento, assim entendido como sendo a sua receita operacional, devendo ser efetuadas as exclusões e deduções previstas na Lei nº 9.701/1998 e na Lei nº 9.718/1998 (com as alterações promovidas pela MP 2.158/2001 e por suas sucedidas).

RECEITAS NÃO OPERACIONAIS. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPEDE LANÇAMENTO.

É de se cancelar o lançamento da Contribuição para o PIS incidente sobre receitas não operacionais, por estar em desacordo com o determinado em sentença proferida em Mandado de Segurança.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

DECLARAÇÃO DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA ESFERA ADMINISTRATIVA POR INEXISTÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. IMPUGNAÇÃO TEMPESTIVA. COMPROVAÇÃO. DECLARAÇÃO NULA.

É de se considerar nula a declaração consignada em Acórdão referente à constituição definitiva de crédito tributário por inexistência de impugnação quando restar comprovada a apresentação tempestiva da peça impugnatória.

INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DE NORMA LEGAL.

As arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade não são oponíveis na esfera administrativa, incumbindo ao Poder Judiciário apreciá-las.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Por expressa disposição legal, os juros de mora serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic, inexistindo qualquer limite à aplicação deste percentual.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

11. A contribuinte, alegando ter sido intimada da nova decisão em 13/10/2014, apresentou novo **recurso voluntário**, situado às fls. 819 a 825, no qual alegou, em síntese, a nulidade insanável do Acórdão DRJ nº 12-53.160, que teria feito “(...) *inusitada e incompreensível confusão que deságua em erro de julgamento*” ao declarar nulo o acórdão de primeira instância que o precedeu, referente à Cofins, e, logo em seguida, julgar novamente procedente em parte o quanto requerido para o mesmo tributo (Cofins). Assim, segundo a contribuinte recorrente, o erro consiste no fato de a DRJ “(...) *rejulgou, sem competência funcional, julgamento anterior dela mesma*”. Reiterou, ainda, os argumentos de seu primeiro recurso voluntário, requerendo, ao final, a improcedência dos autos de infração lavrados.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator Leonardo Ogassawara de Araújo Branco

12. Devido às particularidades do presente caso, os recursos voluntários apresentados pela contribuinte serão analisados, em seus requisitos de admissibilidade mais adiante, em conjunto com a apreciação das alegações de nulidade das decisões recorridas.

13. Em primeiro lugar, cabe a análise a respeito da tempestividade do recurso voluntário interposto contra a segunda decisão de primeira instância administrativa, o **Acórdão DRJ nº 12-53.160**, proferido em sessão de 25/02/2013, uma vez que consta dos autos o seguinte aviso de recebimento, situado à fl. 1.024:

RECURSO VOLUNTÁRIO,

nos termos do artigo 75, do Decreto 7.574, de 29/09/2011, consoante as razões abaixo.

DA TEMPESTIVIDADE

O presente Recurso é tempestivo, vez que a notícia da prolação do v. acórdão objurgado foi comunicada ao Recorrente no dia 13/10/2014 (cfr. AR junto ao processo). Logo. Ofertada hoje, a inconformação observa o prazo previsto no art. 73 do predito Decreto.

17. A questão demandaria, em princípio, diligência para que a unidade local esclarecesse a respeito da efetiva data da intimação da contribuinte: se 25/09/2014 (conforme aviso de recebimento) ou 13/10/2014 (conforme alega a recorrente).

18. No entanto, para fins de reconhecimento da questão que será analisada a seguir, entendemos que a apreciação da tempestividade do recurso pode ficar adiada para depois da decisão, a ela prejudicial, a respeito de estar inquinada de nulidade a segunda decisão, o **Acórdão DRJ nº 12-53.160**, proferido em sessão de 25/02/2013.

19. Isto ocorre porque as nulidades devem ser conhecidas de ofício e em qualquer grau de jurisdição. Seu reconhecimento, por seu turno, tornaria o segundo recurso voluntário prejudicado, ainda que seu apelo reste, neste sentido, integralmente provido.

20. A nulidade, como consabido, apenas não será pronunciada nem precisará ser suprida ou refeito o ato reputado nulo quando se afigurar possível decidir o mérito em favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a sua declaração, conforme inteligência do §3º do art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, o que não é o caso, como se verá a seguir.

21. Em nosso entendimento, o órgão julgador de primeira instância administrativa esgotou sua competência e jurisdição ao proferir o **Acórdão DRJ nº 12-47.897**, de 26/06/2012. Contudo, algumas considerações devem ser feitas para se chegar a tal conclusão.

22. Segundo se depreende da leitura do Termo de Verificação Fiscal, foi inaugurado procedimento de fiscalização por meio do Mandado de Procedimento Fiscal nº 071600.2010-00013-4, referente ao período compreendido entre 01/2007 e 12/2008, com o objetivo de se verificar a correta apuração das bases de cálculo do PIS e da Cofins.

23. Assim, os dois autos de infração foram objeto, portanto, do mesmo procedimento fiscal, que compreendeu o mesmo período de apuração (01/2007 a 12/2008), ambos lavrados em 21/12/2010, tendo sido a contribuinte intimada pessoalmente de ambos em 27/12/2010. Na verdade, os dois autos de infração são apenas um, o **Auto de Infração nº 071600/00013/10**. Em outras palavras, dois tributos cobrados em um mesmo auto e em um mesmo processo administrativo (18470.7205322010-76).

24. De maneira **inusual**, ainda que não expressamente vedada pelo ordenamento, em 18/01/2011, a contribuinte apresentou não uma, mas duas peças de impugnação para o auto ora combatido: uma para o PIS e outra para a Cofins. Conforme se

descreveu de maneira minudente no relatório que integra o presente acórdão, a impugnação referente à Cofins não foi anexada ao e-processo, o que levou a DRJ a considerar constituído definitivamente o crédito tributário referente à Cofins.

25. Em outras palavras, ignorando a existência de impugnação específica quanto à Cofins, entendeu o colegiado de primeiro piso ter se operado a preclusão consumativa neste particular, conforme trecho do voto da Auditora-Fiscal relatora no **Acórdão DRJ nº 12-47.897**, de 26/06/2012:

8. De plano, cabe observar que, conforme explicitado pela Impugnante nos parágrafos “01” do item “01 – DOS FATOS – A ORIGEM DA AUTUAÇÃO” e “48” do item “05 – CONCLUSÃO”, abaixo transcritos, a impugnação apresentada refere-se, estritamente, ao lançamento da Contribuição para o PIS, efetuado por meio do Auto de Infração de fls. 406 a 410, cuja cópia foi trazida juntamente com a peça impugnatória e anexada às fls. 475 a 468.

9. Não consta dos autos qualquer outra peça impugnatória além da acima mencionada. De acordo com o art. 15 do Decreto nº 70.235/1972, o sujeito passivo, cientificado do lançamento, poderá, no prazo de 30 dias contados da data da ciência, impugná-lo, nos termos dos artigos 5º, 15, 16 e 17 deste mesmo Decreto. Não tendo sido apresentada impugnação ao lançamento da Cofins efetuado por meio do Auto de Infração de fls. 395 a 399, é de se considerar o referido crédito tributário definitivamente constituído na esfera administrativa.

26. A contribuinte, intimada da decisão em apreço, levou ao conhecimento da unidade a cópia da impugnação referente à Cofins, que foi reconhecida como legítima. Ato contínuo, precedeu-se a uma segunda decisão, “integrativa”: em outras palavras, a segunda decisão *a quo* buscou anular a primeira apenas parcialmente, naquilo que importa à Cofins, mantendo o quanto decidido com relação ao PIS, conforme trecho do o **Acórdão DRJ nº 12-53.160**, de 25/02/2013 que se transcreve abaixo:

23. Diante do exposto é de se considerar nula a declaração efetuada por meio do Acórdão DRJ/RJOII nº 12-47.897, de 26 de junho de 2012, sobre a constituição definitiva do crédito tributário referente à Cofins lançado por meio do Auto de Infração de fls. 395 a 399.

24. No que tange ao julgamento da impugnação ao lançamento da Contribuição para o PIS efetuado por meio do Acórdão DRJ/RJOII nº 12-47.897, de 26 de junho de 2012, cabe observar que, nesta parte, o referido Acórdão não se encontra maculado por vício de legalidade, surtindo todos os efeitos que lhe são próprios.

27. Estabelecidas as premissas fáticas mais relevantes, passamos a decidir.

28. Constatou-se, após a intimação da primeira decisão, o **Acórdão DRJ nº 12-47.897**, de 26/06/2012, ter sido ignorada parte substancial da defesa da contribuinte em virtude de não ter sido juntada impugnação referente à Cofins ao e-processo, tendo a recorrente comprovado documentalmente a existência de tal peça de defesa, bem como o seu tempestivo protocolo.

29. Assim, o **Acórdão DRJ nº 12-47.897**, de 26/06/2012, é **nulo** em virtude de ter sido proferido mediante flagrante preterimento do direito de defesa, nos termos do inciso II do art. 59 do Decreto nº 70.235/1972.

30. A nulidade foi, inclusive, reconhecida pela DRJ no **Despacho nº 04/2012**, o que motivou a prolação de novo acórdão.

31. Ocorre que esta nova decisão, supostamente integrativa, o **Acórdão DRJ nº 12-53.160**, de 25/02/2013, é igualmente **nulo** em virtude de dupla fundamentação: **(i)** em primeiro lugar, porque a nulidade do primeiro acórdão prejudica os atos a ele posteriores, em conformidade com o § 1º do art. 59 do Decreto nº 70.235/1972; e **(ii)** em segundo lugar, porque a nulidade somente poderá ser declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade, em conformidade com o art. 61 do Decreto nº 70.235/1972.

32. A turma julgadora esgotou sua jurisdição ao proferir o primeiro acórdão e, não obstante, dentro do prazo recursal e, portanto, tempestivamente, em 17/12/2012, a contribuinte interpôs **recurso voluntário**, situado às *fls.* 556 a 561, deslocando, assim, a competência para este Conselho. Em nenhum momento, mesmo diante da constatação de erro que culminou em preterição do direito de defesa, fulminando de nulidade o primeiro acórdão, verificou-se a devolução da competência ao julgador de primeira instância administrativa.

33. A recalcitrância quanto à decisão, tanto das partes como do julgador, deve ser expressa apenas pelos meios permitidos pelas normas que regem o processo administrativo, e não por meio de manifestações outras que, a bem da verdade, serão indiferentes ao Direito. Não cabe a reforma de decisão de primeira instância administrativa, já desafiada por recurso voluntário tempestivamente interposto, por parte do próprio órgão prolator.

34. Com base nestes fundamentos, e em atenção ao quanto determinado no § 2º do art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, voto para que seja declarada de ofício a nulidade do **Acórdão DRJ nº 12-47.897**, de 26/06/2012, e do **Acórdão DRJ nº 12-53.160**, de 25/02/2013, devendo o presente processo ser devolvido à primeira instância administrativa para que seja proferido novo julgamento.

Leonardo Ogassawara de Araújo Branco – Relator