



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

Processo nº 11080.009099/2005-00
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 3201-002.311 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de agosto de 2016
Matéria EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
Embargante FAZENDA NACIONAL/DELEGACIA DA RFB DE PORTO ALEGRE/RS
Interessado SBS ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/05/2001 a 31/12/2004

OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO. EXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

Acolhem-se os embargos de declaração quando caracterizada a aduzida obscuridade na decisão recorrida. Embargos acolhidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos de declaração sem efeitos infringentes.

(assinado digitalmente)

WINDERLEY MORAIS PEREIRA - Presidente Substituto.

(assinado digitalmente)

MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Winderley Moraes Pereira, Mércia Helena Trajano DAMorim, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo, José Luiz Feistauer de Oliveira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Paulo Roberto Duarte Moreira, Tatiana Josefovicz Belisário e Cássio Schappo. Ausência justificada de Charles Mayer de Castro Souza.

Relatório

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 23/09/2016 por MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM, Assinado digitalmente em 2

3/09/2016 por MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM, Assinado digitalmente em 04/10/2016 por WINDERLEY MORAI

S PEREIRA

Impresso em 06/10/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Em sessão transcorrida em 26 de novembro de 2013, a 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 3ª Seção decidiu, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, interposto pelo sujeito passivo nos termos do acórdão nº 3201-001.495, assim ementado:

Assunto: PIS/PASEP

Período de apuração: 01/05/2001 a 31/12/2004

PIS. BASE DE CÁLCULO. ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718/1998. INCONSTITUCIONALIDADE DE DECLARADA PELO STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ART. 62A DO REGIMENTO INTERNO DO CARF. OBRIGATORIEDADE DE REPRODUÇÃO DO ENTENDIMENTO.

O §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 foi declarado inconstitucional pelo STF no julgamento do RE nº 346.084/PR e no RE nº 585.235/RG, este último decidido em regime de repercussão geral (CPC, art. 543B). Portanto, aplicação do disposto no art. 62A do Regimento Interno do CARF, o que implica a obrigatoriedade do reconhecimento da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

NÃO HIPÓTESE DE APLICAÇÃO DO ART. 138 DO CTN. PERDA DE ESPONTANEIDADE. Omissão de receita, pagamento após início de procedimento fiscal.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Cientificado da referida decisão, O Delegado da DRF- Porto Alegre/RS, com fundamento no inciso V do §1º do art. 65 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, tempestivamente, interpôs embargos de declaração, onde alega contradição e/ou obscuridade no acórdão, nos seguintes termos:

*Considerando que o voto da relatora, no que concerne ao PIS, inicia **limitando** o período de apuração cumulativa em **maio/2001 até novembro/2002**, e que, em seguida, refere que “Como a fiscalização procedeu a inclusão da receita financeira na base de cálculo nos períodos de apuração **com incidência cumulativa**, fica excluída essa parcela.”, faz-se necessário esclarecer se a decisão abrange somente os períodos de apuração de **maio e outubro de 2001** – os quais estão compreendidos no período limitado de maio/2001 a novembro/2002, ou se a decisão alcança, inclusive, os demais períodos em que houve apuração de PIS **no regime cumulativo**, quais sejam, fevereiro a dezembro de 2004.”*

Diante do exposto, requer seja dado provimento aos embargos de declaração.

Os embargos declaratórios foram conhecidos por decisão do Presidente da Turma, na forma do art. 65, caput, Anexo II, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela

Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015. Foi determinada, assim, a inclusão do processo em pauta para julgamento pelo Colegiado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM

A embargante, inconformada com a decisão no julgamento em apreço, argumenta contradição e/ou obscuridade no acórdão, como relatado acima, e que deve ficar claro para fins de execução do acórdão, a fim de se determinar se devem ser excluídas as receitas financeiras em todos os períodos em que foi apurado o PIS sob o regime cumulativo, ou se somente em relação ao período de maio/2001 a novembro/2002.

Para entendimento do julgamento do acórdão embargado, é salutar relembrar que versa sobre lançamento de ofício pela falta/insuficiência de recolhimento do PIS cumulativo e não cumulativo envolvendo períodos desde maio de 2001 até dezembro de 2004.

Constatou-se o seguinte: omissão de rendimentos recebidos por serviços prestados, falta de declaração e pagamento de valores devidos, não tributação de receitas financeiras e utilização indevida de créditos pela sistemática não cumulativa do PIS e COFINS. A DRJ acatou e anulou parte do lançamento que restou prejudicado, em relação à glosa de créditos apurados na sistemática não cumulativa. Bem como reduziu valores, referentes aos pagamentos efetuados antes da lavratura do auto de infração, no entanto, após início de procedimento fiscal, ou seja, o pagamento recolhido neste período deverá ser utilizado para amortização do débito, considerando a multa de ofício, reduzida em 50% pois o pagamento foi realizado até o final do prazo de impugnação, como bem observou a decisão de primeira instância, conforme planilha apresentada na Conclusão do Voto do Acórdão *a quo*.

Em que pese as exclusões efetuadas já pela DRJ, os argumentos do recurso voluntário (e-fl 801 e ss) remetem em relação à matéria em análise sob embargos, especificamente no item b, quando a empresa invoca revisão da base de cálculo do Auto de Infração do montante auferido e contabilizado a título de receita financeira com base na Lei de nº 9.718/98, art. 3º, § 1º, cuja legislação estava devidamente afastada, bem como fora revogada pela Lei de nº 11.941/2009; o processo foi convertido em diligência, através da Resolução de nº 3201000.289.

Em resposta ao solicitado, às e-fls. 1175 a 1177, concluiu a fiscalização que não resta nada a ser deduzido e todos os pagamentos já foram considerados na execução do procedimento fiscal, ou quando do julgamento. Além de ressaltar resposta pela empresa, nos seguintes termos:

-que utilizou PIS **p/ sistemática Não Cumulativa** - de janeiro a dezembro de 2003;

-que utilizou a **sistemática Cumulativa** - de janeiro a dezembro de 2004 e que nos meses de fevereiro, março, abril e agosto de 2004, PIS **p/ sistemática Não Cumulativa**, somente sobre as receitas auferidas de serviços prestados ao Condomínio Barcelona.

422: Constan outras informações, conforme Termo de Intimação fiscal, à e- fl.

-empresa explora o ramo de prestação de serviços de obras públicas e privadas; as receitas contabilizadas pela empresa são apropriadas pelo regime de competência, considerando a emissão das notas fiscais correspondentes e os registros de Serviços Medidos a Faturar contra órgãos públicos;

...

-assim sendo, a empresa tributou as receitas para fins de recolhimento das contribuições para o PIS e COFINS na data do recebimento dos serviços prestados à órgãos públicos, e pela emissão da nota fiscal quando da prestação de serviços a empresas privadas;

Bem como, à e-fl. 582 do Relatório de Ação Fiscal:

Em cada mês, consideramos para a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor da receita recebida pelo regime de caixa mais a receita financeira contabilizada.

Desta base de cálculo aplicamos a alíquota correspondente a contribuição (0,65 % para o PIS e 3 % para a COFINS quanto a base de cálculo da receita cumulativa. 1,65 % para o PIS e 7,6 % para a COFINS quanto a base de cálculo da receita não cumulativa). No ano calendário 2004 a empresa apresentou DACT, considerando receitas proporcionalmente tributadas pela receita cumulativa e outras, pela receita não cumulativa. Da base de cálculo, descontamos os valores declarados em DCTF ou pagos, chegando as seguintes diferenças a recolher:.....

Transcreve-se o voto na matéria embargada:

Com relação ao PIS apurado no regime cumulativo incidente sobre valores recebidos a título de receitas financeiras, referente ao período de apuração cumulativo (maio/2001 até novembro/2002).

Esses valores compõem receita não-operacional da pessoa jurídica, pois não são produto direto da alienação de um bem ou serviço relacionado à atividade fim da sociedade empresarial.

PIS foi instituído pela Lei Complementar n.º 7, de 7 de setembro de 1970, passando por diversas alterações na sua base legislativa e posteriormente, na sistemática cumulativa pela Lei n.º 9.718 de 27 de novembro de 1998.

Dentro da sistemática da cumulatividade, o PIS possui a seguinte regra matriz de incidência tributária nos termos do art. 2º da Lei 9.718/98, consiste no faturamento das Pessoas Jurídicas, entendendo-se este, nos termos do artigo 3º, § 1º da

mesma lei como a receita bruta das pessoas jurídicas, ou seja, a totalidade das receitas auferidas, sendo irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

Logo, com a publicação da Lei nº 9.718/98, artigos 2º e 3º, a base de cálculo do tributo foi ampliada, de forma a alcançar toda e qualquer receita auferida pela pessoa jurídica, independentemente do tipo de atividade por ela exercida e da classificação contábil das receitas:

Art.2ºAs contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art.3º.O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

Observa-se, portanto, que as receitas oriundas das receitas financeiras enquadram-se no conceito estabelecido pelo §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, haja vista a base de cálculo do tributo atingir a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Tal dispositivo, contudo, foi declarado inconstitucional pelo STF no julgamento de questão de ordem no RE nº 585.235/RG, decidido em regime de repercussão geral (CPC, art. 543-B):

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS

Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJde 1º.9.2006; REs nos 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006) Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº9.718/98.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98 e negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, tudo nos termos do voto do Relator. Vencido, parcialmente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Relator para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que reconhecia a necessidade de encaminhamento da proposta à Comissão de Jurisprudência. Votou o Presidente, Ministro Gilmar

Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, a Senhora Ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 10.09.2008.

Esta decisão enquadra-se à hipótese prevista pelo caput do artigo 62-A do Regimento Interno do CARF, que assim dispõe:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Desta forma, diante da inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, a base de cálculo do PIS apurado no regime cumulativo compreende o faturamento mensal da pessoa jurídica, correspondendo este a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Como a fiscalização procedeu a inclusão da receita financeira na base de cálculo nos períodos de apuração com incidência cumulativa, fica excluída essa parcela.

Por todo o exposto, a conclusão foi para abranger o período de **maio/2001 até novembro/2002** (a lei referida produziu efeitos a partir de 1º de dezembro de 2002, em relação aos arts. 1º a 6º e 8º a 11). Ou seja, desconsiderar, apenas, para fins de apuração na base de cálculo, do montante auferido e contabilizado a título de receita financeira, com base na Lei de nº 9.718/98, art. 3, § único que foi afastado e considerado inconstitucional que foi o embasamento/motivação do meu voto transcrito acima, tendo em vista o alargamento do conceito de faturamento e não estrito ao faturamento de natureza operacional, inclusive, traduz o enfrentamento ao recurso voluntário da empresa.

Portanto, o art. 3º, § único da Lei nº 9.718/98, ao prever a tributação de receitas que não se enquadram no conceito de faturamento pelo PIS e pela Cofins, contrariou o art. 195, I, da CF/88, que somente autorizava a tributação de receitas que se enquadrassem no conceito de faturamento, isto é, somente aquelas decorrentes da venda de mercadorias ou de prestação de serviços. Desse modo, deve ser afastada a exigência relativa contida nos autos, cujo comando legal que determinava a tributação de tais parcelas foi declarado inconstitucional.

Quanto à parcela do crédito tributário remanescente, deve ser exigida acrescida dos consectários legais, de vez que os mesmos encontram-se expressamente estabelecidos em lei.

Registre-se o parágrafo (final) da conclusão do voto da decisão (do recurso voluntário) em comento:

Em assim sendo, voto por excluir a receita financeira da base de cálculo no período cumulativo, bem como ratificar em parte o recálculo da primeira instância, no tocante aos pagamentos pós procedimento fiscal, que perderam a espontaneidade, os quais também devem ser excluídas parcelas das receitas financeiras.

Vejamos o que consta no resultado do julgado do recurso voluntário por este Conselho consignado na folha de rosto do acórdão:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/03/2001

Autenticado digitalmente em 23/09/2016 por MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM, Assinado digitalmente em 2

3/09/2016 por MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM, Assinado digitalmente em 04/10/2016 por WINDERLEY MORAI

S PEREIRA

Impresso em 06/10/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Pelo exposto, acolhem-se os embargos de declaração interpostos, tendo em vista obscuridade, visto que a decisão, de fato, da maneira como posta, guardou traços obscuros que merecem maiores esclarecimentos para a execução do acórdão, a fim de se determinar que devem ser excluídas as receitas financeiras somente em relação ao período de **maio/2001 a novembro/2002** e para constar no final do voto:

Em assim sendo, voto por excluir a receita financeira da base de cálculo no período cumulativo, bem como ratificar em parte o recálculo da primeira instância, no tocante aos pagamentos pós procedimento fiscal, que perderam a espontaneidade, os quais também devem ser excluídas parcelas das receitas financeiras; no período de maio/2001 a novembro de 2002.

Da conclusão

Diante do exposto, e considerando que o acórdão recorrido encontra-se com a obscuridade apontada que justifique a oposição de embargos de declaração, com fins de esclarecimentos, do período a ser considerado com vistas à execução do acórdão; voto para que seja conhecido e acolhido o recurso formulado pelo Delegado da RFB de Porto Alegre/RS, sem efeitos infringentes no julgamento, conforme esclarecimento acima, pois o voto embargado foi neste sentido do período em discussão e apenas não houve referência no final da conclusão do voto.

(assinado digitalmente)

MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM - Relator