



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

Processo nº 15586.000827/2005-70
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1301-002.874 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de março de 2018
Matéria PIS e COFINS
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado RACE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

EMBARGOS INOMINADOS. AUSÊNCIA DE INEXATIDÃO MATERIAL. REJEIÇÃO.

Constatado que não se sustenta a alegação de erro material no dispositivo do acórdão embargado, rejeitam-se os embargos opostos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em receber a petição de fls. 1890-1891 como embargos inominados, e rejeitá-los, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Roberto Silva Júnior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Milene de Araújo Macedo, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Bianca Felícia Rothschild e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

Relatório

Transcrevo os trechos de interesse do despacho do ilustre Presidente da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento quando da admissão dos embargos (fls. 1894-1898):

[...] passa-se a análise dos embargos de declaração interpostos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), em face do Acórdão nº 1102-000.961, de 06.11.2013, (Turma extinta), em cuja ementa consta:

[...]

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718 DE 1998. INCONSTITUCIONALIDADE DO ALARGAMENTO. DECISÃO PLENÁRIA DEFINITIVA DO STF.

O Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o alargamento das bases de cálculo do PIS e da COFINS, promovido pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, no Recurso Extraordinário nº 585.235/MG, reconhecendo a repercussão geral do tema.

O art. 62, inciso I, do anexo II do Regimento do CARF permite que se afaste a aplicação de lei sob o fundamento de inconstitucionalidade, nos casos em que a lei já tenha sido declarada inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, o PIS e a Cofins tributados na forma da Lei nº 9.718, de 1998, incidem somente sobre o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e de mercadorias e de serviços, e não sobre receitas financeiras e demais receitas operacionais, como feito no lançamento em análise.

[...]

Notificada da referida decisão em 30.05.2014, a PGFN opôs embargos de declaração em 09.06.2014 (§ 9º do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972), suscitando que:

A 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, com base na decisão do STF no RE 346.084, deu provimento parcial ao recurso voluntário para excluir do lançamento, as receitas distintas das vendas de bens e/ou prestações de serviços durante a vigência da Lei nº 9.718/98.

Contudo, deixou o colegiado de analisar todo o contexto do julgamento proferido pelo STF na matéria em questão, motivo pelo qual o acórdão é omissos neste ponto.

Ocorre que a tendência que vem se delineando na Suprema Corte é no sentido de que faturamento não é conceito que se encerra na mera venda de mercadorias e serviços, estendendo-se, pois, às receitas decorrentes da soma de outras atividades empresariais. [...]

A declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, s.m.j., não alterou, nesse particular, o critério definidor da base de incidência da COFINS e do PIS como o resultado econômico da atividade empresarial vinculada aos seus objetivos sociais.

Portanto, para o STF, até a EC n. 20/98, a COFINS e o PIS somente poderiam incidir sobre os ingressos patrimoniais oriundos de sua atividade empresarial típica; isto é, as demais receitas atípicas (não-operacionais) estariam fora da hipótese de incidência de tais tributos, posto que, nesse caso, não são faturamento da empresa.

Como visto, não se depreende da declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal que o conceito de faturamento é restrito e, muito menos, que ele está encastelado nas disposições literais da LC nº. 70/91. Tudo isto impele esse Colegiado a analisar a natureza das receitas porventura excluídas.

Desta forma, para apontar concretamente que tipos de receitas podem ser classificadas como receita operacional, é preciso ter-se em vista qual a atividade social da empresa. Se for ela uma empresa prestadora de serviços, uma receita proveniente de uma ocasional venda de mercadorias consistirá em uma receita não-operacional; se for uma empresa comercial, a eventual prestação de serviços, dará origem a receita nãooperacional.

É, assim, destituído de sentido definir-se esta ou aquela modalidade de receita como receita operacional sem que se tenha em vista qual seja o objeto social da empresa, tornando-se imprescindível a análise em cada processo administrativo ou judicial, sob pena de ensejar novo litígio no momento da execução do julgado para definição de quais rubricas deverão ou não ser retiradas da base de cálculo.

Não se pode olvidar também que, atreladas ao complexo conjunto de atividades operacionais e sua respectiva contabilização, aparecem ainda rubricas que aumentam o patrimônio líquido da empresa (receitas) e compõem acessoriamente suas operações.

A literatura chama tais ingressos de “receitas operacionais acessórias”, pois sua origem está intrinsecamente ligada ao objeto social da empresa, o que demonstra seu caráter operacional, sem corresponder, no entanto, a receitas diretamente decorrentes da atividade-fim. [...]

Dessa forma, visando à correção da omissão existente no acórdão, a União requer o conhecimento e o provimento do presente recurso para que sejam analisadas as receitas financeiras excluídas à luz do objeto social da empresa, na medida em que tais rubricas podem estar incluídas no conceito de faturamento, sendo tributada pela Cofins e pelo PIS, mesmo após a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 pelo STF.

Os embargos de declaração têm como requisito de admissibilidade a indicação de algum dos vícios de obscuridade ou contradição no julgado ou omissão de algum ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o colegiado não se prestando, portanto, ao rejugamento da matéria posta nos autos. Eles estão regulamentados no art. 65 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF) e foram opostos no prazo de 5 (cinco) dias contado da ciência do acórdão e atendem aos pressupostos de tempestividade e legitimidade. Passa-se a apreciar a admissibilidade.

Tem cabimento transcrever excertos do acórdão embargado:

ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS

Parte do lançamento decorre do fato de o contribuinte ter deixado de incluir, nas bases de cálculo das contribuições sociais devidas ao PIS e à Cofins, o montante das receitas financeiras e demais receitas operacionais auferidas no período de 1º/1/2001 a 31/12/2003, em desacordo com as prescrições § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, que determinou o alargamento da base de cálculo desses tributos, passando a nela incluir a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal reputou tal alargamento da base de cálculo como inconstitucional, reconhecendo a repercussão geral do tema, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 585.235/MG, em 10/9/2008, tendo por relator o Ministro Cezar Peluso, que restou assim ementado:

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, DJ de 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 nº 9.718/98.

Verifica-se que a jurisprudência mais recente do CARF tem adotado o mesmo entendimento, sendo que algumas decisões se fundamentam no art. 62-A do RICARF, enquanto outras no art. 62 do Regimento.

Como a decisão do STF não foi tomada na sistemática prevista pelo art. 543-B do Código de Processo Civil, penso que a alternativa correta é o uso do art. 62, inciso I, do anexo II do RICARF, que permite que se afaste a aplicação de lei sob o fundamento de inconstitucionalidade, nos casos em que a lei já tenha sido declarada inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal. [...]

Assim, o PIS e a Cofins tributados na forma da Lei nº 9.718, de 1998, incidem somente sobre o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e de mercadorias e de serviços, e não sobre receitas financeiras e demais receitas operacionais, como feito no lançamento em análise.

Nesse sentido, dou provimento ao recurso para excluir da base de cálculo do lançamento, constante da planilha de fl. 1.266 (fl. 1.188 física), as receitas constantes das colunas “RECEITAS FINANCEIRAS” e “OUTRAS RECEITAS”.

A situação de omissão está apontada objetivamente. Verifica-se que não houve expressa manifestação do julgador sobre ponto em que se impunha o seu pronunciamento de forma obrigatória, dentro dos ditames da causa de pedir em relação a natureza jurídica do instituto do faturamento. Tem-se que a tendência que vem se delineando no Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de que faturamento não é conceito que se encerra na mera venda de mercadorias e serviços, estendendo-se, pois, às receitas decorrentes da soma de outras atividades empresariais. Assim, devem ser analisadas as receitas financeiras excluídas à luz do objeto social do Sujeito Passivo, na medida em que tais rubricas podem estar incluídas no conceito de faturamento, sendo tributada pela Cofins e pelo PIS, mesmo após a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 pelo STF.

*Por todo o exposto, **ADMITO** os embargos de declaração interpostos.*

Em seguida os autos foram submetidos a novo sorteio.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Relator.

Conforme já relatado, o despacho de admissibilidade dos embargos (fls. 1894-1898) tratou sobre o a peça protocolada pela Fazenda Nacional às fls. 1862-1864 que versava sobre suposta omissão no acórdão embargado a respeito do real conceito de faturamento para fins de incidência de PIS e de Cofins, matéria que não teria sido alvo de manifestação do colegiado.

Contudo, com a devida vênia, o referido despacho tratou de matéria já preclusa, pois às fls. 1867-1870 consta despacho exarado pelo Presidente da turma (que proferiu o acórdão) rejeitando os embargos de forma definitiva.

Posteriormente, inclusive, fora apresentado recurso especial pela PGFN, tendo seu seguimento sido negado (fls. 1882-1886 e fls. 1887-1888).

Na realidade os autos retornaram a este colegiado para apreciação dos embargos inominados apresentados pela PGFN às fls. 1890-1891 por meio dos quais foi alegado haver erro material no dispositivo do Acórdão 1102-000.961. Transcrevo os argumentos apresentados pela PGFN:

A e. 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF julgou que deveriam ser excluídas da base de cálculo do PIS e da Cofins, as receitas financeiras e demais receitas operacionais tributadas com base no art. 3º, §1º da Lei nº 9.718/98, declarado inconstitucional pelo STF. Vejamos:

“Verifica-se que a jurisprudência mais recente do CARF tem adotado o mesmo entendimento, sendo que algumas decisões se fundamentam no art. 62-A do RICARF, enquanto outras no art. 62 do Regimento. Como a decisão do STF não foi tomada na sistemática prevista pelo art. 543-B do Código de Processo Civil, penso que a alternativa correta é o uso do art. 62, inciso I, do anexo II do RICARF, que permite que se afaste a aplicação de lei sob o fundamento de inconstitucionalidade, nos casos em que a lei já tenha sido declarada inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Foi esse o entendimento do Acórdão nº 9303-002.182, da 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, julgado na sessão de 5 de fevereiro de 2013, tendo por relator o Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, cuja ementa transcrevo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/03/1999 a 31/03/2004

Base de Cálculo. Alargamento. Aplicação de Decisão Inequívoca do STF. Possibilidade.

Nos termos regimentais, pode-se afastar aplicação de dispositivo de lei que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária do Supremo Tribunal Federal. Afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, com trânsito em julgado, a base de cálculo da contribuição para o Financiamento da Seguridade Social Cofins, até a vigência da Lei 10.833/2003, voltou a ser o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e de mercadorias e de serviços. Recurso Especial do Contribuinte Provido em Parte. Assim, o PIS e a Cofins tributados na forma da Lei nº 9.718, de 1998, incidem somente sobre o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e de mercadorias e de serviços, e não sobre receitas financeiras e demais receitas operacionais, como feito no lançamento em análise". (destaques incluídos nos embargos)

Contudo, por um lapso, não foi especificado no dispositivo que os valores cobrados a título de PIS a partir de dezembro de 2002 deveriam ser mantidos em razão da vigência da Lei nº 10.637/02.

Assim, percebe-se que houve uma inexatidão material no dispositivo do acórdão, na medida em que não ressaltou a possibilidade de cobrança de PIS sobre as receitas financeiras e demais receitas operacionais, no período de vigência da Lei nº 10.637/02.

Em face do exposto e com amparo no art. 66 do Regimento Interno do CARF, a União requer a retificação do dispositivo do Acórdão nº 1102-000.961.

Pois bem, conforme se observa, mesmo após ter o recurso especial negado, a PGFN invocou a existência de vício material no acórdão. E, com a devida vênia, mais uma vez sem razão.

Convém ressaltar que a PGFN argumenta que o acórdão teria se equivocado ao não ressaltar a possibilidade de cobrança de PIS sobre as receitas financeiras e demais receitas operacionais, no período de vigência da Lei nº 10.637/02, contudo, o lançamento de PIS (e também o de Cofins) foram realizados, inclusive no período após o início da vigência da Medida Provisória nº 66/2002 (convertida na Lei 10.637/02), em 01/12/2002, com base no regime cumulativo dessas contribuições, conforme pode-se observar no enquadramento legal

Processo nº 15586.000827/2005-70
Acórdão n.º **1301-002.874**

S1-C3T1
Fl. 1.910

utilizado à fl. 1294¹, e continuidade da aplicação da alíquota de 0,65% para o PIS nos meses de dezembro de 2002 a dezembro de 2003 (fls. 1297-1298).

Portanto, como a autoridade fiscal não realizou o lançamento com base no regime não cumulativo de PIS e de Cofins, não há que se falar em vício material no dispositivo do acórdão embargado.

CONCLUSÃO

Isso posto, voto por receber a petição de fls. 1890-1891 como embargos inominados, e rejeitá-los.

(assinado digitalmente)
Fernando Brasil de Oliveira Pinto

¹ Arts. 1º e 3º, da Lei Complementar n.º 07/70; Arts. 2º, inciso I, 8º, inciso I, e 9º, da Lei nº 9.715/98; Arts. 2º e 3º, da Lei nº 9.718/98; Arts. 2º, inciso I, alínea "a" e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/02. Artigo 80 e 81 da MP 2.158-35 de 24/08/2001; Art. 2o. da IN SRF 75/2001, Art. 1º e 2º da IN SRF 98/2001; Art. 2º do ADI SRF no. 07/2002.