



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

Processo n° 16327.000880/2001-61
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 3301-005.561 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de novembro de 2018
Matéria Contribuição para o PIS/PASEP
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado FUNDAÇÃO SABESP DE SEGURIDADE SOCIAL - SABESPREV

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/1995 a 31/12/1999

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. LAPSO MANIFESTO. CONSTATADOS OS LAPSOS MANIFESTOS, DEVE-SE CORRIGIR A DECISÃO EMBARGADA, EMITINDO NOVO ACÓRDÃO.

Constatados os lapsos manifestos na decisão objeto de embargos, deve-se expedir novo Acórdão, corrigindo a decisão anterior.

NULIDADE DE DESPACHO DECISÓRIO E DE ACÓRDÃO DRJ

Não estando presentes requisitos legais que ensejem nulidade dos atos administrativos, são eles válidos e produzem os devidos efeitos legais.

RECURSO ADMINISTRATIVO PEREMPTO

A apresentação de recurso administrativo fora do prazo estabelecido no diploma legal, tanto no rito estabelecido na Lei nº 9.784/1999, como no Decreto nº 70.235/1972, com alterações posteriores, não tem o condão de instaurar o litígio administrativo.

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA (EFPP)

Com o advento da Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1º de março de 1994, e das Emendas Constitucionais nº 10, de 4 de março de 1996, e nº 17, de 22 de novembro de 1997, o legislador ao exercer o poder constituinte derivado estabeleceu que todas as pessoas jurídicas mencionadas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/1991, aí compreendidas as **entidades de previdência privada abertas e fechadas**, deveriam contribuir para o PIS/PASEP com base na receita bruta operacional.

A partir da vigência da Lei 9.718/98, estas mesmas entidades devem contribuir com base no faturamento, correspondente à receita bruta, pois,

conforme decisão do STF, em sede de repercussão geral *A declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98 não aproveita as instituições financeiras, pois recolhem as contribuições para o PIS e COFINS com supedâneo nos §§ 5º e 6º do mesmo artigo - que permaneceram incólumes perante o STF - tendo por base de cálculo a receita bruta operacional, assim entendido o resultado de suas atividades empresariais típicas.*

FALTA DE RECOLHIMENTO

Constatada insuficiência de recolhimento da contribuição no período alcançado pelo auto de infração, é de se manter o lançamento, por força da lei.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF. Não cabe às autoridades que atuam no contencioso administrativo manifestarem-se em relação às alegações e aos pedidos alternativos com base na ofensa aos princípios constitucionais e, especialmente, quanto à inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em vigor, pois tal competência é exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, conforme Súmula Carf nº 2.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

JUROS DE MORA E MULTA DE OFICIO

Diante da falta de recolhimento do tributo, pois que a Entidade Fechada de Previdência Privada está obrigada a recolher a Contribuição ao PIS, nos meses alcançados pelo lançamento, fazendo incidir a alíquota própria sobre a base de cálculo prevista em lei, depois de efetuadas as deduções e exclusões admitidas pela mesma legislação, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento do tributo não recolhido, acrescido de multa de ofício, por absoluta obediência aos preceitos legais delineados no auto de infração. Tendo a recorrente dada azo á situação fática, enquadra-se na hipótese de incidência da norma, não havendo possibilidade de que tal penalidade não possa ser imposta, mormente por ser alvo de comando legal.

Quanto á aplicação dos juros de mora á taxa referencial do sistema SELIC aplica-se, ao caso, a Súmula CARF nº 04, que estabelece: “ *A partir de 1ª de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, á taxa referencial do Sistema Espacial de Liquidação e Custódia -SELIC para títulos federais*”

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os Embargos Declaratórios, com efeito infringente, para NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

assinado digitalmente

Winderley Moraes Pereira - Presidente.

assinado digitalmente

Ari Vendramini - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Winderley Moraes Pereira (Presidente), Liziane Angelotti Meira, Marcelo Costa Marques D'Oliveira, Salvador Cândido Brandão Junior, Semíramis de Oliveira Duro, Valcir Gassen, Marcos Roberto da Silva (Suplente Convocado) e Ari Vendramini (Relator)

Relatório

Tratam-se de Embargos de Declaração, opostos por este Conselheiro relator, contra o Acórdão nº 3301-004.785, de 23 de julho de 2018, de sua própria lavra, por conter lapso manifesto.

1. Assim restou ementado o citado Acórdão :

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/1995 a 31/12/1999

DEVE SER ANULADA A DECISÃO DRJ POR TER INVADIDO COMPETENCIA E ACEITADO PARCELAMENTO DE FORMA PARCIAL, OU HOVE PARCELAMENTO E NÃO HOVE LITIGIO A SER JULGADO OU NÃO HOVE O PARCELAMENTO, DEVENDO SER DESALOCADOS OS PAGAMENTOS EFETUADOS E JULGADO O TOTAL DO AUTO DE INFRAÇÃO, APRECIANDO O MÉRITO DA QUESTÃO SEM ENFRENTAR A QUESTÃO DA IMPUGNAÇÃO PARCIAL.

NULIDADE DE ACÓRDÃO DRJ

O fato de o Acórdão DRJ não ter enfrentado a questão de recolhimentos alocados ao auto de infração e a aceitação de parcelamento caracteriza invasão de competência originária dos Delegados da Receita Federal e não das Delegacias de Julgamento, o que enseja a nulidade do Acórdão DRJ.

Os autos devem ser devolvidos á DRJ para emissão de novo Acórdão onde se enfrentem as questões apontadas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário, para anular a decisão de primeira instância e realização de novo julgamento.

2. Tratam os presentes autos de lançamento, formalizado por auto de infração, por falta de recolhimento da Contribuição ao PIS, no período de 01/1995 a 12/1999, por entidade de previdência privada fechada, primeiramente nos moldes definidos pela Emenda Constitucional de Revisão nº01/1994 (período de 01/01/1995 a 01/01/1999) e, posteriormente nos moldes definidos pela Lei nº 9.718/1998 (período de 01/02/1999 a 31/12/1999).

3. Por bem narrados os fatos no relatório do Acórdão exarado pela DRJ/CURITIBA, adotamos seus dizeres para detalhamento da questão em exame :

Em decorrência de ação fiscal de verificação do cumprimento das obrigações fiscais pela contribuinte qualificada, foi lavrado o auto de infração de fls. 04/24 e 27/33, pelo qual é exigido o recolhimento de R\$ 4.496.269,24 de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e R\$ 3.372.201,71 de multa de lançamento de ofício de 75%, prevista no art. 86, § 1º, da Lei n.º 7.450, de 23 de dezembro de 1985, art. 2º da Lei n.º 7.683, de 02 de dezembro de 1988, c/c art. 4º, I, da Lei n.º 8.218, de 29 de agosto de 1991, art. 44, I, da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e art. 106, II, "c", do Código Tributário Nacional – CTN (Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966), além dos acréscimos legais.

2. A autuação, lavrada em 19/04/2001, e cientificada em 04/05/2001 (fl. 04), ocorreu devido à falta de recolhimento do PIS, relativa aos períodos de apuração de 01/01/1995 a 31/12/1999, conforme consta do demonstrativo de apuração de fls. 09/14, do demonstrativo de multa e juros de mora de fls. 20/24, da descrição dos fatos e enquadramento legal de fls. 05/08 e do termo de verificação fiscal de fls. 27/33, tendo como fundamento legal :

- o art. 3º, Parágrafos 2º e 3º, da Lei Complementar n.º 07, de 07 de setembro de 1970, alterado pelo art. 72, V, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n.º 01, de 1994, e pelas Emendas Constitucionais n.º 10, de 1996, e n.º 17, de 1997;

- art. 1º da Medida Provisória n.º 517, de 31 de maio de 1994, e suas reedições, convalidadas pela Lei n.º 9.701, de 17 de novembro de 1998;

- art. 1º da Medida Provisória n.º 1.001, de 1995, e suas reedições, convalidadas pela Lei n.º 9.701, de 1998;

- arts. 1º, 2º e 4º, da Medida Provisória n.º 1.353, de 1996, e suas reedições, convalidadas pela Lei n.º 9.701, de 1998,

- arts. 1º, 2º e 4º, da Medida Provisória n.º 1.485, de 1996, e suas reedições, convalidadas pela Lei n.º 9.701, de 1998,

- arts. 1º, 2º e 4º, da Medida Provisória n.º 1.674-56, de 1996, e suas reedições, convalidadas pela Lei n.º 9.701, de 1998; arts. 1º, 2º e 4º, da Lei n.º 9.701, de 1998

- arts. 2º e 3º da Lei n.º 9.718, de 27 de novembro de 1998, com as alterações da Medida Provisória n.º 1.807, de 25 de fevereiro de 1999, e suas reedições.

3. Instruindo a autuação constam, ainda, os documentos de fls. 34 a 729 (distribuídos nos volumes 1 a 3).

4. Tempestivamente, em 01/06/2001, a interessada, por intermédio de procurador regularmente habilitado (procuração fl. 783), apresentou a impugnação de fls. 731/782, instruída com os documentos de fls. 783/924, cujo teor é sintetizado a seguir.

5. De início, após descrever sumariamente a autuação, afirma que é entidade fechada de previdência privada (EFPP) sem fins lucrativos, o que tornaria insubsistente o auto de infração, pelo que pede a sua anulação.

6. Na sequência, no tópico "Programa de Integração Social - PIS", discorre sobre a legislação relativa A exigência do PIS, desde a sua instituição, por meio da Lei Complementar n.º 07, de 1970, até as emendas constitucionais n.º 01, de 1994 (de revisão), n.º 10, de 1996, n.º 17, de 1997, e n.º 20, de 1999, bem como os dispositivos legais infraconstitucionais, que entende ter relação com entidades como a sua.

7. *A seguir, comenta a natureza jurídica do PIS, concluindo por afirmar que resta, portanto, configurada e reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a natureza jurídica tributária da contribuição social ao Programa de Integração Social — PIS, devendo, destarte, submeter-se a todos os princípios constitucionais, em especial os princípios constitucionais tributários.”“.*

8. *No item "A Natureza Jurídica da Fundação Sabesp de Seguridade Social", fala sobre a forma legal com que foi constituída (entidade fechada de previdência privada, Lei n.º 6.435, de 1977, e Portaria MTPS n.º 3.556, de 1990), a sua finalidade (complementação das pensões e demais benefícios assegurados em lei aos empregados de sua patrocinadora e aos respectivos dependentes), e as suas principais características, que assim resume: (a) é entidade de assistência social; (b) não possui fins lucrativos; e (c) preenche todos os requisitos previstos no art. 14 do CTN.*

9. *Finaliza esse item, dizendo que "(...) demonstrada a natureza jurídica da requerente, entidade de assistência social sem fins lucrativos, observar-se-á que o auto de infração lavrado é totalmente insubsistente, pois fundamentado em legislação inconstitucional, em total afronta aos princípios constitucionais tributários. Com efeito, é patente a inconstitucionalidade da Lei n.º 9876/99; da Emenda de Revisão n.º 01/94 e da Lei n.º 9718/98, pelos fundamentos abaixo aduzidos”.*

10. *Prosseguindo, no item "A Lei n.º 9.876/99 — Inconstitucionalidade por Violação ao Princípio da Igualdade", alega que a nova redação dada ao art. 22 da Lei n.º 8.212, de 1991, pela Lei n.º 9.876, de 1999, inseriu-a no rol das pessoas jurídicas que devem contribuir para a Seguridade Social, com uma alíquota adicional, o que considera "totalmente ilógica, contrariando todo o sistema do direito positivo constitucional, tributário e previdenciário", já que, apesar de não ter finalidade lucrativa, estaria equiparada aos demais componentes do sistema financeiro (tais como bancos comerciais, bancos de investimentos, etc.), que terem caráter predominantemente lucrativo; diz que essa equiparação viola o princípio da igualdade contido nos arts. 5º, caput e 150, II, da Constituição Federal de 1988.*

11. *Informa que está contestando em juízo a constitucionalidade da Lei n.º 9.876, de 1999, e que já teve decisão favorável, em primeira instância (Mandado de Segurança n.º 2000.61.00.010707-5, Seção Judiciária da Justiça Federal em São Paulo/SP, cópia 8 fls. 907/913).*

12. *Argumenta que a emenda constitucional de revisão n.º 01, de 1994, ao dar nova redação aos arts. 71 a 73 dos ADCT, determinou, indevidamente, base de cálculo e contribuinte do PIS, e que, no seu caso, o fez invocando o art. 22, parágrafo único (sic), da Lei n.º 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei n.º 9.876, de 1999, que, como já relatado, considera inconstitucional; especifica que nesse ponto reside a sua irresignado: quanto à autuação do PIS relativa ao período 01/1995 a 01/1999, tendo como base legal o art. 72, V, do ADCT, acrescentado pela Emenda Constitucional de Revisão n.º 01, de 1994 (ECR n.º 01/94).*

13. *No item "0 Princípio da Igualdade e a sua Violação pela Emenda Constitucional de Revisão n.º 01/94", após tecer comentários, baseados na doutrina, sobre os princípios constitucionais em geral, e sobre o princípio da igualdade (isonomia) em particular, diz: "(...) assim, não há dúvidas que a exigência do PIS pretendida pelo Fisco, com base nos artigos 71, 72 e 73 (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1/94) do ADCT se afigura inconstitucional, pois referido instrumento normativo tratou do mesmo modo pessoas que não se encontram no mesmo estado de equivalência, a saber, de um lado as empresas com alta lucratividade (bancos*

comerciais, de investimentos, sociedades de créditos, sociedades corretoras, empresas de seguro etc.) e do outro ladoa requerente, entidade de assistência social sem fins lucrativos! " .

14. *Argui, ainda, que o art. 2º, II, da Lei n.º 9715, de 1998, determina que a contribuição ao PIS para as entidades sem fins lucrativos será efetuada com base na folha de salários, dizendo ser essa a exigência que o fisco deveria ter-lhe feito, a fim de se cumprir o principio da isonomia.*

15. *No tópico "A Emenda Constitucional de Revisão n.º 01/94 e a Ofensa aos Princípios da Legalidade e da Tipicidade", sustenta que a ECR n.º 01/94, também violou o principio da legalidade e da tipicidade tributária, já que, com relação As EFPP inexistente base de cálculo para fins de apuração do PIS, o que toma incompleta a sua norma de incidência.*

16. *Diz que a precitada ECR n.º 01/1994, ao dar nova redação ao art. 72, V, do ADCT, determinou que a alíquota de 0,75% incidirá sobre a receita bruta operacional, como definida pela legislação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza, mas que inexistente essa definição na legislação do imposto de renda; após transcrever dispositivos do imposto de renda, afirma que a receita bruta operacional prevista na legislação do IR só pode ser a receita bruta de vendas de bens na operação de conta própria, o prego dos serviços prestados e as operações de conta alheia, sendo que, no entanto, as EFPP não realizam tais operações, inexistindo, em seus planos de contas, tais registros, não havendo, pois, base de cálculo para o PIS.*

17. *Alega que o principio da tipicidade exige que a norma jurídica tributária esteja completa (deve conter os aspectos mínimos no seu antecedente e consequente, possibilitando a identificação da hipótese de incidência, do seu aspecto espacial e temporal, dos sujeitos da relação tributária, da base de cálculo e da alíquota), sob pena de se comprometer também o principio da certeza e da segurança jurídica, sendo que, no caso, a ECR n.º 01/1994 feriu de morte o principio da tipicidade cerrada, estando a norma prevista no art. 72, V, do ADCT incompleta e inaplicável, restando insubsistente o auto de infração lavrado, no que diz respeito exigência do PIS no período 01/1995 a 01/1999.*

18. *Argumenta não ser possível alegar-se que a MP n.º 517, de 1994, e suas reedições, convertida na Lei n.º 9.701, de 1998, tenham definido a base de cálculo, já que apenas se limitaram a estabelecer possíveis exclusões ou deduções, e, assim, para as EFPP são despidas de qualquer lógica jurídica, pois, se a própria ECR não definiu a sua base de cálculo, como poderiam os referidos instrumentos normativos, de nível hierárquico inferior, estabelecer exclusões e deduções de base de cálculo inexistente.*

19. *Sustenta que a exigência fiscal pretendida pelo fisco, com base no art. 72, V, do ADCT, também viola o principio da legalidade, pois, não existiu, no período 01/1995 a 01/1999, lei complementar, lei ordinária ou medida provisória definindo a base de cálculo do PIS para as EFPP, restando inaplicável o citado dispositivo do ADCT, e por consequência, inexigível essa contribuição.*

20. *Já, no item "A Emenda de Revisão n.º 01/94 e as Mudanças na Natureza Jurídica da Contribuição para o PIS", afirma que a ECR n.º 01/94 alterou a destinação do produto arrecadado do PIS, prevista no art. 239 da Constituição Federal de 1988, converte o em um imposto com destinação específica, o que, para tornar possível a sua exigência, tomaria necessária a edição de lei complementar, que inexistente.*

21. *Mesmo entendendo-se que a norma prevista na ECR n.º 01/94 contenha todos os requisitos necessários a ensejar a pronta incidência tributária, afirma que inexistente, no seu caso, o critério material previsto na emenda, qual seja "auferir receita bruta operacional definida na legislação do imposto sobre a renda", posto*

que, na qualidade de entidade sem fins lucrativos, e pelas demais peculiaridades inerentes à sua atividade, não auferir receita bruta.

22. Relativamente aos períodos de apuração compreendidos entre 02/1999 e 12/1999, diz terem sido autuados com base nas Leis n.º 9.701, de 1998, e n.º 9.718, de 1998, e na Medida Provisória n.º 1.807, de 1999; assim, quanto à aplicação da Lei n.º 9.718, de 1998, assevera que é inconstitucional e inválida, pois, no momento de sua promulgação a Constituição Federal não permitia a criação de contribuição sobre "receita", sendo que o alargamento do conceito de faturamento para considerá-lo como receita, pretendido por esse dispositivo, afrontou o texto constitucional então vigente, bem como o art. 110 do CTN; alega, ainda, que sendo inválida, em face do vício de inconstitucionalidade, não há como convalidá-la por meio de posterior aprovação de Emenda Constitucional, no caso, da EC n.º 20, de 1998, o que importaria em atribuir efeito repristinatório a essa emenda, que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

23. Diz que mesmo que se aceitasse a validade da Lei n.º 9.718, de 1998, em razão 'de essa lei provir da Medida Provisória n.º 1.724, de 1998, houve ofensa ao art. 246 da Constituição Federal de 1988, citando a doutrina de Misabel Derzi.

24. Prossegue, argumentando que mesmo que superadas as inconstitucionalidades mencionadas, a Lei n.º 9.718, de 1998, não pode ser aplicada uma vez que, conforme já teria demonstrado, sua natureza jurídica é de entidade assistencial sem fins lucrativos, não havendo, em sua escrituração contábil, títulos que possam ser denominados como de "faturamento" ou de "receitas", tomados esses na acepção mercantil.

25. Explica que para as EFPP, apesar de a contabilidade registrar as contribuições como receitas e os benefícios como despesas, tais valores são anulados no demonstrativo de resultado pelos cálculos atuariais e incorporados diretamente nas rubricas do patrimônio líquido como benefícios concedidos, benefícios a conceder e reservas a amortizar, e que se pode afirmar que o balanço de um fundo de previdência é constituído somente de contas de ativo e passivo, não existindo resultados operacionais, receita operacional, receita líquida, lucro operacional, lucro líquido, lucro bruto, etc; dessa forma, não teria receita própria, sendo apenas simples gestora de poupanças alheias, cumprindo papel de assistência e previdência complementar, de elevado interesse público, frisando não ter qualquer finalidade lucrativa, e acrescentando que seus objetivos são os mesmos da seguridade social, em complementação do sistema oficial.

26. Conclui esse item afirmando que, com respeito aos períodos de apuração 02/1999 a 12/1999, o auto de infração lavrado com base na Lei n.º 9.718, de 1998, para fins do PIS, é totalmente insubsistente, devendo ser anulado.

27. Por sua vez, no item "Das Obrigações Acessórias", entende que em face dos fundamentos jurídicos anteriormente invocados acerca da inexigibilidade do PIS, não há corpo subsistir a multa de ofício e os juros de mora aplicados, por se tratarem de obrigações acessórias, que seguem o destino da obrigação principal.

28. Alega ainda ser indevida a cobrança dos juros de mora com base na taxa Selic, posto que essa taxa não se destinaria à correção dos débitos tributários, por acarretar aumento de tributo, sem lei específica a respeito, com violação ao art. 150, I, da Constituição Federal; ainda quanto a esse tema (juros de mora com base na taxa Selic), transcreve ementa do Acórdão no Recurso Especial n.º 215881/Pr do Superior Tribunal de Justiça, que diz ter esgotado todos os fundamentos jurídicos que demonstrariam a ilegalidade e a inconstitucionalidade da aplicação da taxa

Selic para fins de apuração de débito tributário, não havendo, pois, como subsistir a aplicação de tal taxa, bem como daquela prevista no art. 84 da Lei n.º 8.981, de 1995, para fins de apuração de eventual débito do PIS, devendo prevalecer os juros legais de 1% ao mês.

29. Por fim, requer que seja dado provimento à sua impugnação, para o fim de anular o auto de infração, declarando-o insubsistente, e assim resumindo os fundamentos jurídicos que conduzem a esse entendimento: (a) a inconstitucionalidade da Lei n.º 9.876, de 1999, que ao dar nova redação ao parágrafo único (sic) do art. 22 da Lei n.º 8.212, de 1991, incluindo-a no referido dispositivo, violou o princípio constitucional da igualdade; (b) a inconstitucionalidade da Emenda de Revisão n.º 01, de 1994, em face da violação dos princípios constitucionais da igualdade, da legalidade e da tipicidade cerrada; (c) a necessidade 'de lei complementar em face da mudança da natureza jurídica do PIS com o advento da Emenda Constitucional n.º 01, de 1994; (d) a inconstitucionalidade da Lei n.º 9.718, de 1998, e a sua não incidência no que diz respeito às EFPP; (e) a insubsistência das obrigações acessórias, em especial a multa e os juros de mora, em face da anulação da inexistência de obrigação principal; e (f) a inconstitucionalidade e ilegalidade da aplicação da taxa Selic para fins de apuração de juros de mora relativos ao PIS.

30. Caso não seja esse o entendimento, requer que seja determinada perícia contábil em seus documentos, para que se apurem todos os recolhimentos efetuados a título de PIS, aplicando-se-lhes a atualização monetária devida, bem como permitindo todas as deduções e exclusões permitidas pela legislação.

31. Conforme despacho de fl. 927, a interessada protocolizou, em 28/02/2002, a petição de fls. 929/931, instruída com os documentos de fls. 932/938, que tem o seguinte teor:

“(…) A Requerente, consoante se depreende dos seus estatutos sociais, é Entidade Fechada de Previdência Privada. Por isso, está submetida ao cumprimento das normas jurídicas veiculadas na Medida Provisória n.º 2.222, de 04 de setembro de 2001 (doc. 1). Diante dessas novas regras de tributação, a Requerente procedeu à opção pelo ‘Regime Especial de Tributação’ (doc. 2), conforme previsto no artigo 2º da citada medida provisória n.º 2222/01. Além disso, conforme autoriza o artigo 5º da mencionada Medida Provisória n.º 2222/01, a Requerente decidiu aderir também ‘anistia/remissão’ e efetuar o pagamento dos débitos relativos atributos administrados pela Secretaria da Receita Federal”.

No entanto, objetivando usufruir os benefícios trazidos pela Medida Provisória n.º 2222/01 e, em atendimento ao disposto no artigo 50, parágrafo Iº da Medida Provisória citada REOUER a autora a desistência expressa e irrevogável desta defesa administrativa relativamente ao PIS calculado nos termos do inciso II do artigo 6º da Medida Provisória n.º 25, de 23 de janeiro de 2002, bem como renuncia a qualquer alegação de direito.

A Requerente protesta pela juntada da planilha demonstrativa da contribuição ao PIS devido, totalizando o montante final do débito relativamente ao qual está requerendo a desistência.

Esclarece a Requerente que, na remota hipótese dessa Secretaria considerar débitos além dos declarados na supra mencionada planilha com relação a estes a defesa administrativa deverá retomar seu curso até final julgamento.

Outrossim, as entidades foram beneficiadas com relação sucumbência, conforme dispõe o parágrafo 2º do artigo 5º da referida Medida Provisória,

ao ser fixada a sucumbência em 'até um por cento do valor do débito decorrente da desistência da respectiva ação judicial'.

Ocorre que, por se tratar de defesa administrativa, inexistente sucumbência.

Requer, assim, seja homologada a desistência da presente defesa administrativa, nos termos e condições ora descritas

32. Em função dessa petição, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo (DRJ/SP), conforme despacho de fl. 939, encaminhou o processo à DEINF/SP, para confirmar a adesão da contribuinte ao RET e atestar os eventuais pagamentos alegados; de acordo com o despacho DEINF/SP de fl. 1000, a solicitação teria sido atendida, com a devolução do processo à DRJ/SPO-I para prosseguimento. Pelo despacho de fl. 1002, tendo em vista a transferência da competência definida na Portaria SRF n.º 351, de 27 de março de 2003, os autos do processo foram encaminhados a esta DRJ/CTA.

33. Conforme despacho de fl. 1003, o processo foi devolvido pela DRJ/CTA a DEINF/SP para esclarecer se persistia litígio a ser apreciado; em resposta a esse despacho a DEINF/SP elaborou o despacho decisório de fls. 1006/1008, no qual decidiu não reconhecer o direito de a contribuinte usufruir da anistia prevista na Medida Provisória n.º 2.222, de 2001, c/c a Lei n.º 9.779, de 1999, em razão de não ter sido integral os pagamentos por ela efetuados no parcelamento vinculado à sua opção pelo RET.

34. Desse despacho decisório a interessada teve ciência em 07/07/2004, conforme AR de fl. 1010.

35. Em 30/08/2004, a contribuinte protocolizou manifestação de inconformidade contra o citado despacho decisório, documento de fls. 1011 a 1017, com as alegações a seguir resumidas ;

36. Afirma haver equívoco na decisão da DEINF/SP, posto que teria recolhido regularmente os juros devidos, fato que se comprovaria a partir do exame das planilhas indicadas em sua defesa.

37. Diz que a autoridade a quo (o titular da DEINF/SP) reconheceu: (a) a presença de todos os requisitos para que pudesse se beneficiar da anistia instituída pela MP n.º 2.222 c/c a Lei n.º 9.779; (b) que a contribuinte declarou, de forma expressa e irretroatável, a desistência da defesa administrativa e procedeu à opção pelo Regime Especial de Tributação (RET); e (c) que a opção pelo RET (fl. 940) e o requerimento em que informa a desistência do recurso administrativo (fls. 929/931) estavam de acordo a legislação (anexo I da IN SRF n.º 126, de 2001; art. 5º da MP 2.222, de 2001).

38. Apesar desse reconhecimento, argumenta que foi indeferida a homologação do parcelamento, pois a mencionada autoridade entendeu que a interessada não efetuara o recolhimento dos juros, nos termos dos dispositivos legais.

39. Após transcrever a planilha constante do precitado despacho decisório (fl. 1014), fala que a DEINF/SP reconheceu que recolheu um valor total de R\$ 313.331,62, considerando-o insuficiente; no entanto, entende que os valores recolhidos têm a composição das planilhas de fls. 1015 e 1062.

40. A partir da análise dessas planilhas, bem como das cópias de DARF de fls. 1.063/1074, considera que os valores que relacionou, como quitados, refletem os valores integrais devidos, já acrescidos dos juros legais.

41. Argumenta que os recolhimentos foram efetuados não se discriminando nos DARF os valores relativos ao principal e aos juros, mas tão somente o total dessas parcelas, o que, acredita, teria ensejado o equívoco por parte da autoridade julgadora a quo.

42. Ressalta que se o entendimento for por ter havido equívoco no preenchimento dos DARF, o mesmo não é apto a retirar a validade dos recolhimentos, que diz terem sido integrais (principal e juros), bastando a efetivação de procedimento Redarf para retificar os documentos de recolhimento, caso isso seja necessário.

43. Por fim, dizendo ter demonstrado o regular e integral recolhimento do PIS no RET, nos exatos termos da MP n.º 2.222, de 2001, e da Lei n.º 9.779, de 1999, requer que se conheça de sua manifestação de inconformidade, e que se homologue o parcelamento efetuado, extinguindo-se o crédito tributário.

44. A fl. 1076, despacho da Dicat/Deinf/SP, propondo o retorno do processo DRJ/SPO-I, observando que a contribuinte apresentou intempestivamente a manifestação de inconformidade de fls. 1011/1017, em face do despacho que a desenquadrou do benefício concedido pela MP n.º 2.222, de 2001.

45. A fl. 1078, despacho da 8ª Turma da DRJ/SPO-I, devolvendo o processo para julgamento por esta 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba/PR, em razão da Portaria SRF n.º 351, de 27 de março de 2003

46. É o relatório.

4. Em exame preliminar, o Acórdão CARF nº 3301-004.785, ora embargado, foi assim redigido :

19. Preliminarmente, verifica-se que o Acórdão DRJ traz uma questão fundamental a ser examinada: o não enfrentamento dos recolhimentos alegados pela recorrente, verificando se os mesmos devem ou não ser considerados para efeito de instauração do litígio ou não.

20. Isto porque a recorrente alega que efetuou recolhimento de 06 (seis) parcelas, que estas parcelas teriam juros embutidos no valor recolhido e corresponderiam ao valor integral do débito, portanto tais recolhimentos permitiriam que a recorrente fosse aceita no regime especial de tributação criado pela MP nº 2.222/2001.

21. Ademais alega a recorrente que tais parcelas corresponderiam a parcelamento do débito e, que, portanto, a recorrente faria jus aos benefícios concedidos pela Lei nº 9.779/1999, o que reduziria o seu débito.

22. Ainda assim, a recorrente aduz que, se não fosse aceito o parcelamento, que fosse apenas objeto de litígio o valor eventualmente remanescente, descontados os valores recolhidos.

23. Verifica-se, também, que a DRJ invadiu competência ao aceitar o valor como parcelamento e apenas julgar o valor remanescente, o que caracteriza uma contradição, pois se houve parcelamento do valor devido, não haveria litígio, ou ainda, se não houve tal parcelamento, não haveriam de ser considerados os valores recolhidos, nem tais valores deveriam ser alocados ao auto de infração, reduzindo o crédito tributário constituído.

24. Por todos estes motivos, deve o Acórdão DRJ ser anulado, para que sejam devolvidos os autos à DRJ/CURITIBA, para enfrentamento das questões suscitadas e correção das falhas apontadas em emissão de novo decisum.

CONCLUSÃO

25. Por todo o exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO para declarar nulo o Acórdão DRJ/CURITIBA e para que os autos sejam devolvidos à DRJ/CURITIBA para enfrentamento das questões apontadas e emissão de novo Acórdão.

5. Entretanto, tendo incorrido em lapso manifesto na formalização do Acórdão, este Conselheiro opôs embargos a tal Acórdão, com os seguintes motivos :

O Acórdão nº 3301-004.785 ora embargado foi formalizado sem considerar que o Acórdão DRJ/CURITIBA nº 7.396, de 17/11/2004, enfrentou a questão de forma clara, pois que, em suas preliminares esclarece que :

- “ a interessada protocolizou petição na qual informa que exerceu a opção pelo Regime Especial de Tributação - RET, com desistência da impugnação, concordando em ser devedora do valor de R\$ 303.792,13 de contribuição ao PIS.....esse valor teria sido apurado conforme a MP nº 25/2002 e recolhido por meio de DARF.....caso o fisco considere débitos além dos apurados na planilha de fls. 932/934, a desistência da impugnação parcial, mantendo o questionamento ao lançamento na parcela que exceder o indicado naquela planilha”

- “ no entanto, a análise dessa petição, bem como a correção dos valores contantes da precitada planilha de fls. 932/934 foge à esfera de competência deste órgão julgador colegiado; de fato, a verificação de que a contribuinte obedeceu a todos os requisitos legais contidos na legislação para fruição dos benefícios fiscais de que dispõem as MP nº 2.222, de 2001, e de nº 25, de 2002, pertence ao órgão que a jurisdiciona, no caso, a Delegacia Especial de Instituições Financeiras em São Paulo (DEINF), bem como é desse órgão a verificação da adequação a essa legislação do recolhimento promovido por meio dos DARF de fls. 958/961.”

- “ tal verificação, no caso, ocorreu conforme despacho decisório de fls. 1006/1008.”

- ' dessa forma, a autoridade competente pronunciou-se por não validar a opção da interessada pelo RET e por reativar o crédito tributário.”

- “ dessa maneira, o presente litígio fica restrito ao lançamento original em confronto com as tempestivas razões de impugnação trazidas pela interessada.”

- “ ademais, quanto à desistência condicionada da impugnação, manifestada na petição de fls. 929/931, cumpre destacar que não há previsão na legislação então invocada...ou seja, ou há desistência expressa e irrevogável da impugnação no processo administrativo fiscal, ou não há. Assim, a petição feita com ressalvas, tentando impor condições para sua aceitação, não encontra amparo legal.”

Também, na conclusão do voto do Relator há que se destacar que o nobre julgador negou provimento às razões de impugnação e considerou procedente o lançamento, no valor original de R\$ 4.496.269,24 de PIS e R\$ 3.372.201,71 de multa de ofício, além dos acréscimos legais, inclusive com a incidência da taxa SELIC.

Assim, existindo o lapso manifesto, faz-se necessário que os presentes embargos sejam conhecidos e acolhidos para correção do Acórdão.

6. Admitidos os embargos, os presentes autos retornaram a este Conselheiro para as devidas correções.

É o relatório

Voto

Conselheiro Ari Vendramini

7. Por bem descrever as **razões recursais**, e fundamentais para a entendimento deste voto, reproduzimos o já adotado parcialmente relatório da Resolução nº 202-00.834, da lavra da Sra. Conselheira Maria Cristina Roza da Costa, do então Segundo Conselho de Contribuintes, conforme fls. 1.316 destes autos (fls. 2.646 dos autos digitais).

Intimada a conhecer da decisão, a empresa insurreta contra seus termos, apresentou, recurso voluntário a este E. Conselho de Contribuintes, com as mesmas razões de dissentir postas na impugnação, bem como o que segue:

a) reafirma a ocorrência de erro material no preenchimento dos DARF utilizados para efetuar o pagamento parcelado dos débitos da Contribuição do PIS, nos termos admitidos pela Medida Provisória nº 2.222, de 04/09/2001, disciplinada pela IN SRF nº 126, de 19/01/2002;

b) resiste a não homologação pelo Delegado da DEINF dos pagamentos efetuados com os benefícios da anistia concedida pela MP nº 2.222/2001, havendo produzido provas suficientes nos autos a fim de comprovar a quitação integral do crédito tributário mediante adesão a anistia. Reapresenta os cálculos;

c) aduz que os cálculos constantes da fl. 957 confrontados com os DARF acostados por cópia as fls. 958 a 961 compõem os fundamentos e provas que, se analisados, permitiria entendimento diverso do externado pelo Delegado da DEINF;

d) pugna pela nulidade da decisão proferida pela autoridade jurisdicionante uma vez que a negativa de análise de provas e argumentos apresentados constitui vício insanável, além dos princípios de Direito Tributário aplicáveis a espécie;

e) pelo princípio da eventualidade, enfrenta o mérito da decisão recorrida, evocando os equívocos que entende havidos, especificamente, quanto a recusa da autoridade julgadora a quo em apreciar inconstitucionalidade de dispositivos legais;

0 laborando o histórico normativo da Contribuição para o PIS, bem como na natureza jurídica das entidades de assistência social, sua condição de entidade sem fins lucrativos, reafirma a inconstitucionalidade das normas em que fundou o auto de infração;

g) rechaça a imposição de penalidade e juros de mora, mormente porque calcados na taxa Selic, a qual não se destina a correção de débitos tributários. Cita jurisprudência do STJ.

Em conclusão requer a nulidade do despacho de fls. 1006 a 1009 e todos os atos posteriores, alcançando a decisão recorrida.

Alternativamente requer:

h) apreciação da inconstitucionalidade dos atos normativos;

i) insubsistência das obrigações acessórias.

A autoridade preparadora informa a efetivação do arrolamento de bens para fins de garantir a instância recursal, conforme fl. 1308.

As fls. 1263 a 1269, a recorrente apresentou Pedido de Revisão dirigido ao Delegado da DEINF em São Paulo-SP, o qual não foi por este apreciado.

8. Verificamos que as razões de recurso apresentadas resumem-se nas seguintes questões

a) a regularidade e legalidade dos atos administrativos que dispuseram sobre a opção e os recolhimentos efetuados pela recorrente, referentes às disposições contidas na Medida Provisória nº 2.222/2001, que instituiu o RET – Regime Especial de Tributação para as entidades de previdência privada e atos correlatos – afirma a recorrente que tais atos estão eivados de nulidades ;

b) a constitucionalidade de vários diplomas constitucionais e legais, que embasaram a autuação, e que se vinculam às atividades exercidas pela recorrente;

9. Tratemos das questões apresentadas na peça recursal de forma individualizada, em função de se caracterizarem por matérias distintas, uma referente á autuação por falta de recolhimento de exação tributária, outra por referir-se á opção por Regime Especial de Tributação e os atos administrativos a ela relacionados.

10. Iniciemos pela questão das nulidades por se tratar de questões de ordem pública, por carregarem a possibilidade de macular todo o procedimento administrativo.

PRELIMINARES

- A QUESTÃO DAS NULIDADES ALEGADAS PELA RECORRENTE

11. Os itens *I – Histórico, II – Preliminarmente – a ocorrência de erro material (erro de cálculo) na r. decisão proferida pela DEINF e A – a ocorrência de nulidade processual*, trazem alegações de nulidade, tanto de decisão exarada pelo Sr. Delegado da DEINF/SP, como, em consequência de tal nulidade, a nulidade do Acórdão exarado pela DRJ/CURITIBA.

12. Alega a recorrente, nos itens mencionados (fls. 1.120/1.134 dos autos), que, sendo entidade fechada de previdência privada sem fins lucrativos recolhia a Contribuição ao PIS com base em sua folha de salários, entretanto, em decorrência de procedimento fiscalizatório, foi autuada por falta de recolhimento do PIS de acordo com a legislação vigente, que implicaria a adoção da receita bruta operacional como base de cálculo da exação em tela;

13. Alega, ainda, que :

- diante de tal autuação, a recorrente apresentou impugnação dirigida á DRJ/CURITIBA;

- *na pendência de julgamento da impugnação pela DRJ, foi editada a Medida Provisória nº 2.222 / 2001, que instituiu o Regime Especial de Tributação (RET) para as entidades fechadas de previdência privada, ao qual a recorrente procedeu à opção, conforme previsto no artigo 2º, como também optou pelo parcelamento dos débitos permitido pelo artigo 5º, ambos da citada MP, na forma de anistia e remissão, efetuando o pagamento dos débitos relativos a tributos administrados pela SRF, em seis parcelas;*
- *o parágrafo 1º do citado artigo 5º da MP nº 2.222 / 2001 previa a necessidade do contribuinte requerer a desistência expressa e irrevogável de defesa administrativa e renúncia a qualquer alegação de direito sobre os créditos a serem quitados, tendo a recorrente procedido à desistência e renúncia às alegações de direito sobre o tema, bem como procedeu ao recolhimento da Contribuição ao PIS calculada conforme Inciso II do artigo 6º da MP nº 25 / 2002, como informado em seis parcelas mensais;*
- *a desistência da defesa administrativa se deu em relação aos débitos constantes da planilha acostada aos autos, mantendo seus termos e efeitos em relação a eventuais débitos considerados pela SRF além dos declarados;*
- *o Sr. Delegado da DEINF/SP decidiu pela não homologação do parcelamento efetuado em função de suposto não recolhimento dos acréscimos legais ao principal (juros SELIC) nas parcelas objeto dos recolhimentos;*
- *contra a referida decisão a recorrente manifestou-se sobre a integralidade do recolhimento, **manifestação esta tida como intempestiva pela DEINF**, tendo sido a defesa administrativa encaminhada para análise da DRJ;*
- *analisando os fundamentos de defesa apresentados, tendo em vista que houve desistência quanto aos valores declarados, a 3ª Turma da DRJ/CURITIBA entendeu por manter o lançamento em sua integralidade, abrindo-se prazo para apresentação de Recurso Voluntário dirigido ao CARF;*
- *ocorreu nulidade absoluta em despacho prolatado nos autos que macula os atos praticados posteriormente, pois a requerente aderiu ao RET, efetuando o recolhimento da Contribuição ao PIS na forma prevista no dispositivo (fls. 1.063 a 1.074 – DARFs), recolhimento esse devidamente acrescido de juros SELIC, a partir da data do parcelamento, conforme artigo 5º da MP nº 2.222 / 2001 e artigo 10 da MP 38/2002 e, em análise ao parcelamento, o Sr. Delegado da DEINF/SP não homologou o parcelamento sob a alegação de que a recorrente não efetuou o recolhimento dos juros (fls. 1.006 a 1.009);*
- *entretanto, a recorrente esclarece que, na ocasião, produziu provas suficientes nos autos (planilha acostada às fls. 957 – doc 11) para comprovar a quitação integral do crédito tributário mediante adesão à anistia, apurando-se, desse fato, que o Sr. Delegado da DEINF/SP **deixou de apreciar as provas apresentadas pela recorrente, maculando a decisão prolatada de vício de nulidade**, pois o Sr. Delegado da DEINF/SP deixou de homologar a anistia alegando que a recorrente não recolheu as parcelas com os juros devidos, e na planilha de fls 957 (1925 autos digitais) em confronto com nova planilha apresentada apura-se o efetivo recolhimento dos juros;*
- *o que ocorreu é que o recolhimento dos juros foi efetivado juntamente com o principal, em vez de discriminado separadamente nos DARFs, sendo informado corretamente à SRF como demonstrado;*
- *portanto, se o Sr. Delegado da DEINF/SP tivesse analisado o documento de fls. 957 juntamente com as guias de recolhimento acostadas, que compõem os fundamentos e provas da recorrente, teria formado entendimento diferente do*

decidido, demonstrando que a negativa da análise de provas e argumentos apresentados constitui vício insanável de nulidade, a ser decretada pelo CARF, determinando-se a prolatação de nova decisão pelo Sr. Delegado da DEINF/SP e encaminhamento dos autos à DRJ para novo julgamento, uma vez que a decisão a ser proferida pela DEINF acerca do parcelamento é prejudicial e influenciará na posterior decisão da DRJ;

- nesse sentido, há que se esclarecer, não se apresenta Recurso Voluntário contra a decisão de fls. 1006/1009, eis que mencionada foi proferida pelo D. Delegado da DEINF e este D. Conselho de Contribuintes não possui competência para rever os atos daquela autoridade. Todavia, requer a decretação de nulidade da referida decisão eis que eivada de vício insanável de nulidade, e que macula o processo administrativo;

- mencione-se que a consequência lógica da decretação de nulidade da decisão de fls. 1006/1009 é a anulação dos posteriores atos processuais, inclusive a decisão de fls. 1083/1103 – Acórdão nº 7.396/2004 da DRJ/CURITIBA), eis que nova decisão a ser prolatada pelo D. Delegado da DEINF/SP (caso se entenda pela nulidade daquela de fls. 1006/1009) poderá ensejar a extinção do crédito tributário e a prejudicialidade de eventual decisão acerca da impugnação administrativa mantendo-a;

- diante de vários princípios aos quais estão submetidos o processo administrativo tributário, a fundamentação do despacho decisório é obrigatória, não podendo as decisões proferidas não estarem eivadas de motivação ou desconsiderarem os fundamentos expostos e provas apresentadas, nos termos do artigo 31 do Decreto nº 70.235/72, sendo que as provas apresentadas deverão ser consideradas pelo julgador, para que acolha ou não a defesa apresentada, sob pena de nulidade, no mesmo sentido o artigo 2º da lei nº 9.784/1999, apurando-se, nos presentes autos, vício de nulidade, pois o julgador deixou de considerar, em sua decisão, as provas apresentadas;

- o julgador apenas seguiu o parecer fiscal que, por sua vez, também não considerou as provas acostadas aos autos, em momento algum considerou tal documento – a planilha de fls. 957 – em sua decisão, documento este apto a fundamentar eventual decisão favorável ao contribuinte;

- a análise das provas é tema do Capítulo XII – DA MOTIVAÇÃO, da Lei nº 9.784/1999 e a não consideração das provas acarreta violação a princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório e, não se manifestando o D. Delegado da DEINF/SP sobre todos os fundamentos da recorrente, na decisão de fls. 1006/1009, é certo que tal decisão é nula, a ser decretada com fundamento no artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972;

- a decisão é nula por falta de consideração das provas apresentadas e por falta de análise ao caso concreto, face à omissão sob diversos aspectos imprescindíveis para a prolatação da decisão, em especial acerca da efetiva quitação do crédito tributário em comento.

14. Para melhor compreensão da questão das nulidades suscitadas pela recorrente, transcrevemos os textos legais, citados pela recorrente, relativos ao alegado :

a) MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.222 / 2001 :

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1º A partir de 1º de janeiro de 2002, os rendimentos e ganhos auferidos nas aplicações de recursos das provisões, reservas técnicas e fundos de entidades abertas de previdência complementar e de sociedades seguradoras que operam planos de benefícios de caráter previdenciário, ficam sujeitos à incidência do imposto de renda de acordo com as normas de tributação aplicáveis às pessoas físicas e às pessoas jurídicas não-financeiras.

Parágrafo único. O imposto correspondente à parcela do rendimento ou ganho apropriada ao participante ou assistido pelo plano não pode ser compensado com qualquer imposto ou contribuição devido pelas pessoas jurídicas referidas neste artigo ou pela pessoa física participante ou assistida.

Art. 2º A entidade aberta ou fechada de previdência complementar, a sociedade seguradora e o administrador do Fundo de Aposentadoria Programada Individual - FAPI poderão optar por regime especial de tributação, no qual o resultado positivo, auferido em cada trimestre calendário, dos rendimentos e ganhos das provisões, reservas técnicas e fundos será tributado pelo imposto de renda à alíquota de vinte por cento.

.....
§ 2º A opção pelo regime de que trata este artigo substitui o regime de tributação do imposto de renda sobre os rendimentos e ganhos auferidos por entidade fechada de previdência complementar e pelo FAPI, previsto na legislação vigente, bem assim o de que trata o art. 1º, relativamente às entidades abertas de previdência complementar e às sociedades seguradoras.

.....
Art. 3º A opção pelo regime referido no art. 2º deverá ser efetivada até o último dia útil do mês de novembro de cada ano, produzindo efeitos para todo o ano-calendário subsequente.

§ 1º A entidade fechada de previdência complementar e o FAPI poderão optar pelo regime referido no art. 2º até o último dia útil do mês de dezembro de 2001, produzindo efeitos para o período de 1º de setembro a 31 de dezembro de 2001.

.....
§ 3º A opção de que trata este artigo será formalizada segundo as normas estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.

.....
Art. 5º Os optantes pelo regime especial de tributação poderão pagar ou parcelar, até o último dia útil do mês de janeiro de 2002, nas condições estabelecidas pelo art. 17 da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, os débitos relativos a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, incidentes sobre os rendimentos e ganhos referidos no caput do art. 2º e os lucros que lhes sejam, total ou parcialmente, decorrentes, bem assim em relação à movimentação dos respectivos recursos.(Vide Medida Provisória nº 38, de 13.5.2002)

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, a pessoa jurídica deverá comprovar a desistência expressa e irrevogável de todas as ações judiciais que tenham por objeto os tributos indicados no caput, e renunciar a qualquer alegação de direito sobre as quais se fundam as referidas ações.

.....

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se, também, aos débitos da mesma natureza dos referidos no caput que não tenham sido objeto de ação judicial, cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31 de agosto de 2001. (GRIFOS NOSSOS)

b) MEDIDA PROVISÓRIA Nº 25 / 2002

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1º A opção, pelo regime especial de tributação instituído pela Medida Provisória nº 2.222, de 4 de setembro de 2001, por entidade aberta ou fechada de previdência complementar, sociedade seguradora ou administrador do Fundo de Aposentadoria Programada Individual - FAPI, instituídos a partir de 1º de janeiro de 2002, quando efetivada no próprio ano-calendário de sua instituição, produzirá efeitos a partir do trimestre calendário da opção até 31 de dezembro do referido ano-calendário.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, às hipóteses de instituições resultantes de cisão, total ou parcial, incorporação e fusão.

Art. 2º O regime especial de tributação de que trata o art. 2º da Medida Provisória nº 2.222, de 2001:

I - relativamente aos planos assistenciais, alcança, exclusivamente, os vinculados às entidades fechadas de previdência complementar submetidos às normas estabelecidas no art. 76 da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001;

II - terá o imposto ali referido imputado às provisões, reservas técnicas e fundos dos respectivos planos.

.....
Art. 6º O pagamento ou parcelamento na forma do art. 5º da Medida Provisória nº 2.222, de 2001, alcança, inclusive, os débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, ajuizados ou a ajuizar, relativos:

I - a processos judiciais ajuizados até 31 de dezembro de 2001, com vencimento previsto, na legislação em vigor, até 31 de janeiro de 2002;

II - na hipótese de entidade fechada de previdência complementar, à Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e à Contribuição para a Seguridade Social (Cofins) incidentes sobre a totalidade de suas bases de incidência, a serem determinadas na forma estabelecida pelos §§ 5º-6º, inciso III, e 7º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, independentemente da data de ocorrência dos respectivos fatos geradores, observado o disposto no inciso I deste artigo e no § 3º do art. 5º da Medida Provisória nº 2.222, de 2001.

c) LEI Nº 9.718 /1998, com a redação à época da publicação da MP Nº 25/2002
Art. 2º As 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. (redação dada pela MP nº 2.158-35, de 2001)

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. (redação dada pela MP 2.158-35, de 2001).

*§ 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**)*

.....

§ 5º Na hipótese das pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, serão admitidas, para os efeitos da COFINS, as mesmas exclusões e deduções facultadas para fins de determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP.

§ 6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir:

.....

III - no caso de entidades de previdência privada, abertas e fechadas, os rendimentos auferidos nas aplicações financeiras destinadas ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e de resgates;

.....

§ 7º As exclusões previstas nos incisos III e IV do § 6º restringem-se aos rendimentos de aplicações financeiras proporcionados pelos ativos garantidores das provisões técnicas, limitados esses ativos ao montante das referidas provisões. (Parágrafo acrescido pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 24/8/2001)(GRIFOS NOSSOS)

d) LEI Nº 9.779/ 1999 Art. 17.

Fica concedido ao contribuinte ou responsável exonerado do pagamento de tributo ou contribuição por decisão judicial proferida, em qualquer grau de jurisdição, com fundamento em inconstitucionalidade de lei, que houver sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, o prazo até o último dia útil do mês de janeiro de 1999 para o pagamento, isento de multa e juros de mora, da exação alcançada pela decisão declaratória, cujo fato gerador tenha ocorrido posteriormente à data de publicação do pertinente acórdão do Supremo Tribunal Federal. (Vide Medida Provisória nº 1.807, de 1999) (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§ 1º O disposto neste artigo estende-se: (Vide Medida Provisória nº 1.807, de 1999) (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

I - aos casos em que a declaração de constitucionalidade tenha sido proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário; (Vide Medida Provisória nº 1.807, de 1999) (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

II - a contribuinte ou responsável favorecido por decisão judicial definitiva em matéria tributária, proferida sob qualquer fundamento, em qualquer grau de jurisdição; (Vide Medida Provisória nº 1.807, de 1999) (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

III - aos processos judiciais ajuizados até 31 de dezembro de 1998, exceto os relativos à execução da Dívida Ativa da União. (Vide Medida Provisória nº 1.807, de 1999) (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

*§ 2º O pagamento na forma do **caput** deste artigo aplica-se à exação relativa a fato gerador: (Vide Medida Provisória nº 1.807, de 1999) (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)*

I - ocorrido a partir da data da publicação do primeiro Acórdão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, na hipótese do inciso I do § 1º; (Vide Medida Provisória nº 1.807, de 1999) (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

II - ocorrido a partir da data da publicação da decisão judicial, na hipótese do inciso II do § 1º; (Vide Medida Provisória nº 1.807, de 1999) (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

III - alcançado pelo pedido, na hipótese do inciso III do § 1º. (Vide Medida Provisória nº 1.807, de 1999) (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§ 3º O pagamento referido neste artigo: (Vide Medida Provisória nº 1.807, de 1999) (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

I - importa em confissão irretroatável da dívida; (Vide Medida Provisória nº 1.807, de 1999) (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

II - constitui confissão extrajudicial, nos termos dos arts. 348, 353 e 354 do Código de Processo Civil; (Vide Medida Provisória nº 1.807, de 1999) (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

*III - poderá ser parcelado em até seis parcelas iguais, mensais e sucessivas, vencendo-se a primeira no mesmo prazo estabelecido no **caput** para o pagamento integral e as demais no último dia útil dos meses subsequentes; (Vide Medida Provisória nº 1.807, de 1999) (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)*

IV - relativamente aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, poderá ser efetuado em quota única, até o último dia útil do mês de julho de 1999. (Vide Medida Provisória nº 1.858-6, de 1999) (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§ 4º As prestações do parcelamento referido no inciso III do § 3º serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do mês de vencimento da primeira parcela até o mês anterior ao pagamento e de um por cento no mês do pagamento. (Vide Medida Provisória nº 1.807, de 1999) (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§ 5º Na hipótese do inciso IV do § 3º, os juros a que se refere o § 4º serão calculados a partir do mês de fevereiro de 1999. (Vide Medida Provisória nº 1.807-2, de 1999) (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§ 6º O pagamento nas condições deste artigo poderá ser parcial, referente apenas a determinado objeto da ação judicial, quando esta envolver mais de um objeto. (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§ 7º No caso de pagamento parcial, o disposto nos incisos I e II do § 3º alcança exclusivamente os valores pagos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§ 8º Aplica-se o disposto neste artigo às contribuições arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001).

15. Diante dessa legislação, a recorrente apresentou Termo de Opção ao RET – Regime Especial de Tributação (fls.938), acompanhado de petição (fls. 929/931) e planilhas (fls. 932/934) que, em seu entender, se constituiria em prova suficiente para a sua aceitação no citado regime de tributação.

16. Entretanto, para que a DEINF/SP pudesse avaliar tal aceitação, foi a recorrente intimada (Intimação Dicat/Eqccet nº 298/2002 – fls. 956) a apresentar os DARFs relativos aos recolhimentos do PIS em conformidade com o disposto na MP nº 2.222/2001.

17. Respondendo a esta intimação, a recorrente apresentou a planilha de fls. 957, que reputa como a prova substancial e apta para sua aceitação no RET, e 12 (doze) DARFs, de fls. 958/961, comprovando o recolhimento das 06 (seis) parcelas exigidas pela legislação instituidora do RET.

18. Em análise de tais documentos apresentados, a DEINF/SP emitiu relatório e despacho decidindo por não reconhecer o direito de a recorrente usufruir da anistia prevista na Lei nº 9.799/1999 e suas alterações e na MP nº 2.222/2001, relativo ao pagamento do PIS, no valor de R\$ 313.331,62, em função de não ter sido integral e , conseqüentemente reativar a exigibilidade do crédito tributário (fls. 1.006/1.008).

19. Conforme Aviso de Recebimento de fls. 1.010, a recorrente teve ciência do despacho em 07/07/2004.

20. Em 30/08/2004, fls. 1.111, a recorrente apresentou recurso administrativo contra o despacho da DEINF, que denominou não homologação do parcelamento, portanto 54 (cinquenta e quatro dias) após a ciência.

21. Aqui se fixa o ponto de irrisignação da recorrente e a sua alegação de ocorrência de nulidade. Desse momento em diante, a recorrente apresentou pedidos referentes a esta decisão administrativa, na tentativa de ver comprovado o efetivo cumprimento da legislação que lhe permitia o acesso ao RET e, por conseqüência, a aceitação dos seus recolhimentos, que reputa ser no montante integral do crédito tributário devido nos presentes autos, devendo o mesmo ser extinto e, na eventualidade de ser apurado um crédito de valor maior, que essa diferença seja alvo do Recurso Voluntário.

22. A nulidade alegada pela recorrente é de que, apresentando a planilha de fls. 957 e os DARFs de fls. 958/961, em sendo tais elementos analisados em conjunto, permitiriam que a decisão do Sr. Delegado da DEINF teria outro norte que não como foi, no sentido de não reconhecer o direito á anistia concedida por texto legal. Alega a recorrente que a falta de tal análise, por parte da DEINF, maculou o procedimento administrativo, pois ocorreu erro de cálculo (os pagamentos foram integrais e não parciais das parcelas do crédito tributário) por parte da DEINF, que foi carreado para a decisão da DRJ/CURITIBA, que, por conseqüência, teria sido por esse motivo eivada de nulidade.

23. Para o deslinde da questão, os seguintes cinco aspectos são fundamentais :

a) A PEREMPÇÃO DO RECURSO ADMINISTRATIVO APRESENTADO - tendo tido ciência do despacho que não reconhece sue direito á anistia em 07/07/2004 e tendo apresentado recurso administrativo contra tal despacho 54 (cinquenta e quatro) dias depois, em 30/08/2004, a recorrente apresentou seu recurso de forma intempestiva.

- apesar de o despacho exarado não se submeter ao rito do Processo Administrativo Fiscal, por falta de previsão (o Decreto nº 70.225/1972 rege o processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União e o de consulta sobre a aplicação da legislação

tributária federal), por elogio ao formalismo poderíamos admitir que o recurso estivesse sob este rito processual (por determinar a reativação do débito e, portanto, a exigência do crédito tributário formalizado pelo auto de infração) e, portanto, o prazo para sua apresentação obedeceria o disposto no artigo 5º do citado Decreto nº 70.235/1972 (os prazos serão contínuos, excluindo-se, na sua contagem, o dia de início e incluindo-se o dia de vencimento), no artigo 15 (a impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias contados da data em que foi feita a intimação ou exigência) e no artigo 33 (da decisão – de primeira instância – caberá recurso voluntário, dentro dos trinta dias seguidos á ciência da decisão).

- diante destes prazos, a decisão administrativa tornou-se definitiva, conforme disposto no artigo 42 do mesmo diploma legal (são definitivas as decisões de primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto), tendo sido perempto o recurso apresentado.

- por outro ângulo, submetendo-se o despacho e o recurso administrativo ao rito processual estabelecido pela lei nº 9.784/1999, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública, o prazo a ser considerado é o do estabelecido no artigo 59 (salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida), aplicando-se ao caso o disposto no artigo 63 (o recurso não será conhecido quando interposto fora do prazo).

- por qualquer dos ângulos que se queira analisar o fato, há de se decidir que o recurso administrativo apresentado era perempto e, portanto, em homenagem ao Princípio da Segurança Jurídica, deve-se concluir que a preempção existe para que os processos não se alonguem no tempo indefinidamente.

- recurso perempto não tem o condão de estabelecer o litígio, tendo a decisão administrativa se tornado definitiva

b) A NÃO OCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE – as nulidades, no âmbito do processo administrativo fiscal, são elencadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972 (são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente, os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa) e, no despacho exarado não se verificam a ocorrência de tais hipóteses, o que reveste o ato de legalidade e eficácia.

- ainda, considerando-se os termos da Lei nº 9.784/1999, não ocorreu ilegalidade no ato em exame, portanto não ensejando a sua anulação, nos termos do artigo 53 do diploma legal, que estabelece que a Administração deve anular seus atos quando eivados de vício de ilegalidade.

c) A NÃO OCORRÊNCIA DA NEGATIVA DE ANÁLISE DA PROVA, COMO ALEGADO – a recorrente alega negativa de análise dos documentos apresentados – planilha de fls. 957 e DARFs de fls. 958/961 – fato que não ocorreu, pois análise da planilha apresentada levou a autoridade administrativa a emitir intimação exigindo a apresentação de DARFs que comprovassem os recolhimentos dos valores elencado na planilha e a análise dos DARFS apresentados levou a autoridade á conclusão exposta no relatório e despacho de fls. 1.006/1.008, contra os quais a recorrente se insurge.

d) A INEXATIDÃO DA PLANILHA APRESENTADA E A INCORREÇÃO DOS RECOLHIMENTOS EFETUADOS

– A MP nº 2.222/2001 instituiu o RET – Regime Especial de Tributação destinado às entidades abertas ou fechadas de previdência complementar, as sociedades seguradoras e os administradores do FAPI – Fundo de Aposentadoria Programada Individual, para tributação pelo Imposto de Renda. Por ser um regime especial de tributação, estabeleceu sua legislação instituidora os requisitos para acesso ao regime. Um dos requisitos encontrava-se descrito no artigo 5º da citada MP nº 2.222/2001, com as condições impostas pelo artigo 6º da MP nº 25/2002.

- estabelecia este artigo 5º a possibilidade de o optante pelo RET pagar ou parcelar, nas condições estabelecidas pelo artigo 17 da lei nº 9.779/1999 (quais sejam, em síntese, recolhimento com a anistia de multa e de juros de mora) os débitos relativos a tributos incidentes sobre o resultado positivo, auferido em cada trimestre calendário, dos rendimentos e ganhos das provisões, reservas técnicas e fundos, os lucros deles decorrentes e em relação á movimentação de tais recursos. Mais tarde a MP nº 25/2002 ampliou o alcance desse requisito, estabelecendo que o pagamento ou parcelamento (no caso de entidades fechadas de previdência complementar - EFPP) alcançava, inclusive, débitos inscritos ou não em Dívida Ativa da União, ajuizados ou a ajuizar relativos á Contribuição ao PIS/PASEP e á COFINS incidentes sobre a totalidade de suas bases de incidência, a serem determinadas na forma estabelecida pelos §§ 5º, 6º, inciso III e 7º da lei nº 9.718/1998, independente da data de ocorrência dos respectivos fatos geradores, sendo que aplicava-se, também aos mesmos débitos que não tivessem sido objeto de ação judicial, cujos fatos geradores tivessem ocorrido até 31/08/2001.

- portanto, tratava-se de verdadeiro contrato de adesão, como toda espécie de moratória, que trazia aos que a ele aderissem, o benefício de anistia.

- como a toda moratória e a toda anistia, que tratam de suspensão e de exclusão de crédito tributário, respectivamente, nos termos do inciso I do artigo 151 e inciso II do artigo 175, todos do Código Tributário Nacional (Decreto nº 5.172/1966), deve-se aplicar a norma de interpretação literal de tal legislação, a comando do inciso I do artigo 111 do mesmo códex.

- desta forma, para optar ao RET a recorrente, ao optar por parcelar o seu débito, na forma do inciso III e seu § 4º do artigo 17 da Lei nº 9.779/1999, a recorrente aderiu ao seguinte termo contratual estabelecido nos textos legais de regência : parcelamento dos débitos (artigo 5º da MP nº 2.222/ 2001) da Contribuição ao PIS/PASEP incidentes sobre a totalidade de suas bases de incidência, a serem determinadas na forma estabelecida pelos §§ 5º, 6º, inciso III e 7º da lei nº 9.718/1998, independentemente da data de ocorrência dos respectivos fatos geradores (inciso II do artigo 6º da MP nº 25/2002) em seis parcelas iguais, mensais e sucessivas, acrescidas dos juros equivalentes á Taxa SELIC acumulada mensalmente (Lei nº 9.779/1999, artigo 17, ° 3º, incisos III e § 4º).

- além destas condições a recorrente ainda estabeleceu outra, de próprio arbítrio, ao dizer, no requerimento que acompanhou a sua opção ao RET ,que desistia expressa e irrevogavelmente da defesa administrativa relativamente ao PIS calculado nos termos do inciso II do artigo 6º da MP nº 25/2002, bem como renunciava a qualquer alegação de direito (fls.930).

- pelo exposto, podemos analisar os valores constantes das planilhas de fls. 932/934; 957 e 1.265/1.266 (estas últimas constantes de pedido de revisão da decisão proferida pelo Sr. Delegado da DEINF, em não aceitar o parcelamento efetivado) e dos DARFs de fls. 958/961, e verificar o cumprimento dos requisitos para a opção ao RET.

- com muito bem esclareceu a Divisão de Acompanhamento Tributário -DICAT da DEINF/SP, ás fls. 1.349/1.352, ao responder a diligência solicitada pela Resolução nº 202-

00.834 (fls.1.312/1.317) do Segundo Conselho de Contribuintes : a homologação ao RET seria admitida se a recorrente houvesse recolhido o valor de R\$ 4.496.269,24 (valor do tributo ou principal, constante do demonstrativo consolidado do crédito tributário do processo às fls. 03 do auto de infração), independente se fosse em parcela única ou não, pois este era o valor do crédito tributário referente ao PIS incidente sobre as receitas da recorrente.

- tal valor poderia ter sido recolhido em seis parcelas iguais e sucessivas, acrescidas de Taxa de juros SELIC.

- ao verificarmos os DARFs apresentados, confrontando-os com as planilhas citadas, verificamos que existe incorreção em tais recolhimentos, pois foram insuficientes.

- tomemos como exemplo o mês de **janeiro/1995**, conforme Balancete Analítico da empresa recorrente, que faz parte do auto de infração, fls. 635/641, **verificamos que a recorrente adota como base de cálculo do PIS as rubricas Previdencial (conta 3.3.2.3 – fls. 635), de valor 0,00 e Assistencial (conta 4.1.0.0 – fls.637, e 4.3.2.3 – fls. 637) nos valores de R\$ 3.694.705,99 e R\$ 56.334,27, respectivamente, excluindo o valor da rubrica Assistencial (conta 4.1.0.0), tendo como resultado a base de cálculo do PIS no valor de R\$ 56.334,27, e o valor de PIS a recolher como R\$ 422,51 (planilha da recorrente de fls. 957 – fls. 1.925 dos autos digitais)**

- para o mesmo mês, o **Demonstrativo de base de cálculo do PIS, Anexo I ao auto de infração, fls. 35, utilizando o mesmo Balancete Analítico, chega a autoridade fiscal ao seguinte demonstrativo, em obediência á legislação de regência, que admite como base de cálculo a totalidade das receitas operacionais :**

Prog Previdencial (conta 3.1.0.0).....	R\$ 598.833,92 (fls.635)
Prog Assistencial (conta 4.1.0.0).....	R\$ 3.694.705,66 (fls.637)
Prog Administrativo (conta 5.1.0.0).....	R\$ 142.892,15 (fls.639)
Prog. Investimento (conta 6.1.0.0).....	R\$ 1.554.972,33 (fls.641)
Faturamento (soma).....	R\$ 5.991.404,06
Exclusões	
A) Receita Previdencial (conta 3.1.0.0).....	R\$ 598.833,92 (fls. 635)
B) Déb prog adm (conta 3.3.2.3).....	R\$ 89.343,39 (fls. 635)
A) – B)	R\$ 509.490,53
Base de Cálculo PIS	R\$ 5.481.913,53.

- valor este ás fls. 05 do auto de infração (VALOR TRIBUTÁVEL) (fls. 13 dos autos digitais) e ás fls. 09 do auto de infração (fls. 21 dos autos digitais), **temos o valor devido, para o mês de janeiro de 1995, de R\$ 41.114,35.**

- o método utilizado pela recorrente, para todos os meses constantes da planilha, ás fls 957 (fls. 1.925 dos autos digitais) resultou nos valores devidos de R\$ 42.517,35 (rubrica Previdencial) e R\$ 270.814,06 (rubrica Assistencial), que, somados, perfazem o montante de

R\$ 313.331,41, valor este recolhido em seis parcelas pela recorrente, conforme DARFs de fls. 958 a 961 dos autos (fls. 1.926 a 1.934 dos autos digitais).

- tais recolhimentos foram confirmados pela RFB., conforme tela de sistema informatizado, onde também se contatam as alocações aos respectivos meses de recolhimento, às fls. 1.335.

- assim, conclui-se que houve incorreção nos valores constantes da planilha apresentada pela recorrente e, por consequência, insuficiência nos recolhimentos efetivados, pois a recorrente, ao utilizar com base de cálculo valor menor do que o exigido pela legislação, terminou por calcular valor incorreto para seus recolhimentos.

- por derradeiro, há que se esclarecer que o fato de haver, no valor total dos DARFs recolhidos, juros não destacados do principal, não altera o fato de que tais recolhimentos foram feitos em valores insuficientes e que, mesmo assim, tiveram seus valores alocados aos débitos constantes do auto de infração, reduzindo, dessa forma, o valor total do débito e por consequência, do auto de infração.

- assim, do valor total do crédito tributário formalizado pelo auto de infração, de R\$ 4.496.269,24, os recolhimentos, apesar de insuficientes para quitar o débito, que totalizaram o valor de R\$ 313.331,41, conforme DARFs de fls.958/961, ao serem alocados, e após cálculos efetuados pelo sistema eletrônico da RFB, houve redução do valor do crédito tributário para R\$ 4.400.889,12, pois os valores recolhidos extinguíram os valores devidos referentes aos períodos de apuração de janeiro, fevereiro e parte de março de 1995.

- entendemos que tais alocações ocorreram de forma equivocada pois, em não sendo reconhecido o parcelamento, o valor impugnado é o total do auto de infração, sendo que tais recolhimentos devem ser desalocados para ,após a operacionalização deste *decisium*, terem o tratamento devido, pela unidade de origem, nos sistemas de registro da RFB.

- o relatório emitido pela DICAT/DEINF, em resposta á diligência solicitada pela Resolução nº 202-00.834 bem delineou o ocorrido ao esclarecer que “ *a recorrente, se optasse em pagar de uma só vez, deveria ter recolhido o montante de R\$ 4.496,269,24, valor do auto de infração, havendo a intenção de parcelar o valor, a referida MP (MP nº 2.222/2001 c/c MP 25/2002) concedia seu recolhimento em até seis parcelas iguais, com vencimento da primeira em 31/01/2002, sendo que haveria o acréscimo de juros SELIC a contar de janeiro de 2002, conforme disposto no § 4º do artigo 17 da Lei nº 9.779/1999, sendo que a requerente aderiu aos benefícios da MP 2222/2001, em que realizou recolhimentos do PIS conforme seu entendimento, ou seja, utilizou base de cálculo diferente da estipulada em lei (em que gerou este auto de infração), resultando em recolhimento a menor, contudo, os valores recolhidos foram alocados aos débitos deste auto de infração conforme podemos depreender às fls. 1.332/1.333 3 1.328, reduzindo seu principal para R\$ 4.400.889,12.”*

- desta forma, o fato de estarem ou não os juros destacados nos DARFS não afetam o resultado final, pois os recolhimentos restaram insuficientes.

- neste diapasão e, diante dos elementos aqui demonstrados, correto o despacho da DEINF/SP e, por consequência, não ocorrendo o erro de cálculo suscitado e não havendo mácula ao procedimento administrativo, não tendo sido afetado o julgamento de primeira instância, NEGOU provimento ao recurso neste ponto..

e) QUANTO AO REQUERIMENTO APRESENTADO A DESTEMPO, AOS 20/06/2018, NO QUE TANGE A QUESTÃO DA NULIDADE - não assiste razão á recorrente, pois suas alegações de que a Auditora Fiscal não utilizou, na base de cálculo da

exação, o valor das exclusões permitidas, não são pertinentes. Verifica-se no Anexo I – Demonstrativo da Base de Cálculo do PIS, anexo ao auto de infração, constante às fls. 71/81 dos autos digitais, que, em todos os cálculos, onde estão demonstradas as bases de cálculo, demonstradas as receitas, as exclusões e o valor da base de cálculo, consta, ao final das planilhas explicativas, a informação em destaque)como podemos verificar no exemplo numérico citado na letra d) anterior): **Obs.: (A) – (B) é a parcela das contribuições destinada á reservas técnicas.** Portanto, tais exclusões foram consideradas na base de cálculo da exação pela fiscalização, ao contrário do que demonstra a recorrente.

24. Por conclusão, reputo não ter ocorrido as nulidades suscitadas pela recorrente e, portanto, rejeito as preliminares de nulidades apresentadas, negando provimento ao Recurso, neste ponto.

NO MÉRITO

A FALTA DE RECOLHIMENTO DA EXAÇÃO TRIBUTÁRIA

25. Superada a questão preliminar, passamos a tratar das questões de mérito, que se sintetizam em questionar a constitucionalidade e a legalidade da exação, fundamento do lançamento tributário em exame.

26. O REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E AS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA -

- o Regime de Previdência Complementar, denominado Previdência Privada, deve refletir um caráter complementar e facultativo, razão pela qual é regido e disciplinado por legislações autônomas relativamente ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e aos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), embora se constitua, também, como mais um mecanismo de proteção social, integrando o sistema constitucional de Seguridade Social.

- evidenciam-se duas características que possibilitam distinguir a Previdência Social da Previdência Complementar, quais sejam a contratualidade e a facultatividade, pois a Previdência Social é instituída por lei, de adesão compulsória, sendo custeada pelo Poder Público, pelas empresas e pelos empregados. As entidades que poderão gerir o Regime de Previdência Complementar classificam-se em fechadas e abertas.

- a Previdência Complementar, constituída sob a modalidade de entidade fechada deve ser criada sem o intuito de obter finalidade lucrativa, estando, pois, acessível aos empregados de determinada empresa ou grupo de empresas, bem como aos seus associados ou membros de pessoas jurídicas, de caráter profissional, classista ou setorial.

- como Entidades Fechadas de Previdência Privada devem possuir finalidade ausente de qualquer intento lucrativo, o objetivo primordial destas consiste em preservar o padrão de vida anterior á inatividade, bem como prestar toda assistência solicitada por seus beneficiários pois visam complementar os benefícios previdenciários concedidos pela Previdência Social.

- há, portanto, no âmbito das Entidades Fechadas de Previdência Privada (EFPP) uma inequívoca presença da solidariedade, desse modo devem ser organizadas sob a forma de sociedades civis ou fundações, cujo patrimônio é todo destinado à concessão e manutenção dos benefícios previdenciários.

- a finalidade destas entidades é, portanto, gerir poupanças alheias com o objetivo de suplementar os benefícios da Previdência Oficial e, para tanto, o participante sofre, em sua remuneração, descontos que serão vertidos ao fundo de pensão do qual é contribuinte e beneficiário simultaneamente.

- na condição de gerentes de poupanças alheias, tais entidades foram equiparadas a instituições financeiras para efeito de tributação - os ativos das EFPP compõem o patrimônio financeiro da entidade, constituindo-se em reservas técnicas que devem estar sempre disponíveis para cobertura do cumprimento de suas obrigações institucionais assumidas contratualmente com os participantes.

27. A TRIBUTAÇÃO DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR PELO PIS.

- às fls. 2.358/ 2.402 dos autos digitais encontra-se o Estatuto da recorrente, onde, em seus arts. 3º, 4º e 5º lemos :

Art. 3º – A FUNDAÇÃO tem como finalidade a concessão de benefícios suplementares e/ou assemelhados aos da Previdência Social, pagáveis aos Participantes da FUNDAÇÃO e aos Dependentes daqueles, conforme definido no Regulamento Básico de Benefícios

Parágrafo Único. A FUNDAÇÃO poderá incumbir-se da prestação de serviços assistenciais, de acordo com as normas estabelecidas pelo Conselho de Curadores, obedecidos os preceitos legais e regulamentares aplicáveis.

Art. 4º A FUNDAÇÃO será regida pela legislação geral, pela legislação da Previdência e Assistência Social, no que lhe for aplicável e, em especial, pela legislação das entidades fechadas de previdência privada, bem como por este Estatuto, pelo Regulamento Básico do Plano de Benefícios; outros Regulamentos, normas, instruções, planos de ação e demais atos aprovados por seu Conselho de Curadores.

Art. 5º A FUNDAÇÃO poderá firmar contratos, acordos, convênios e qualquer outro ajuste com entidades de direito público ou privado objetivando o atendimento exclusivo de suas finalidades, respeitada a legislação vigente.

- as entidades fechadas de previdência privada complementar foram equiparadas, para efeitos tributários, às instituições financeiras, como prevê o § 1º do artigo 22 da lei nº 8.212/1991 (com as alterações da Lei nº 9.876/1999), para esta categoria de contribuintes, a tributação do PIS tem regramento próprio, especial, segundo o estabelecido na lei nº 9.701/1998 e na Lei nº 9.718/1998, com as alterações promovidas pela MP nº 2.158-35/2001, não se lhes aplicando as regras comuns das demais pessoas jurídicas.

- com a edição da Emenda Constitucional de Revisão nº 01/1994, foram acrescentados os artigos 72, 73 e 74 aos ADCT – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo o Fundo Social de Emergência – FSE, tendo o inciso V do artigo 72 determinado que uma das fontes de recursos deste FSE seria a parcela do produto da arrecadação do PIS, calculada mediante a aplicação da alíquota de 0,75% sobre a receita bruta operacional, como definida na legislação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.
- portanto, tendo em vista a ECR nº 01/94, a Contribuição ao PIS das pessoas jurídicas de que trata o § 1º do artigo 22 da Lei nº 8.212/1991 passou a incidir sobre a receita operacional bruta, entendida como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica.
- sobre o tema, assim se manifestou o TRF 3ª Região, nos Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 0026256-52.2004.4.03.6100/SP, com relatoria da Desembargadora Federal Marli Ferreira, entendemos que não deixando dúvidas sobre os temas questionados pela recorrente nos presentes autos :

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 002625652.2004.4.03.6100/SP RELATORA : Desembargadora Federal MARLI FERREIRA INTERESSADO : União Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : SP000004 RAQUEL VIEIRA MENDES E LÍGIA SCAFF VIANNA EMBARGADO : ACÓRDÃO DE FLS. 344/377vº EMBARGANTE : DRESDNER BANK LATEINAMERIKA AG e outro, DRESDNER BANK BRASIL S/A BANCO MULTIPLO ADVOGADO : LUIZ EDUARDO DE CASTILHO GIROTTO e RUBENS JOSE NOVAKOSKI F VELLOZA EMENTA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OMISSÃO.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da Medida Provisória nº 517/94 (RE 346.983/RJ), superando o entendimento do Órgão Especial do TRF3 (INAMS nº 95.03.0523761, DJ 18/2/1997).

O juiz, na prestação jurisdicional, não está obrigado a examinar todos os argumentos indicados, bastando que fundamente a tese que adotar.

Precedentes.

Embargos de declaração parcialmente acolhidos, apenas para esclarecimento, sem efeitos modificativos VOTO A contribuição para o PIS das instituições financeiras teve suporte constitucional específico durante a vigência do inciso V do artigo 72 do ADCT, segundo o qual o PIS seria cobrado, de 1994 a 1999 na base de cálculo de 0,75% sobre a receita bruta operacional definida na legislação do imposto de renda.

A legislação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza, expressamente mencionado no inciso V do artigo 72 do ADCT, refere-se ao lucro operacional como "o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica" (Decreto-Lei nº 1.598/77, art. 11).

Todas as entidades financeiras e equiparadas, referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91, portanto, submetem-se à MP nº 517, de 31/05/94, afinal convertida na Lei nº 9.701, de 17/11/98, que regulamenta o inciso V do art. 72 do ADCT e estabelece as exclusões na base de cálculo do PIS incidente sobre a receita bruta operacional.

Tanto as Emendas quanto as Medidas Provisórias e a Lei nº 9.701/97 partem sempre da receita bruta operacional, como definida na legislação do Imposto sobre a Renda.

É incontroverso, por conseguinte, que a base de cálculo do PIS para as entidades financeiras e equiparadas, é a receita bruta operacional, tal como definida na legislação do Imposto sobre a Renda.

Assim, para quem inexistiria definição do que seja receita bruta operacional, a base de cálculo resta bem delimitada. Corresponde à receita do lucro bruto, que por sua vez é definido no Regulamento do Imposto sobre a Renda aprovado pelo Decreto nº 1.041/94 como segue:

"LUCRO OPERACIONAL Seção I Art. 224. Será classificado como lucro operacional o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica (Decreto-lei nº 1.598/77, art. 11).

Parágrafo único. A escrituração do contribuinte, cujas atividades compreendam a venda de bens ou serviços, deve discriminar o lucro bruto, as despesas operacionais e os demais resultados operacionais (Decreto-lei nº 1.598/77, art. 11, § 1º).

Seção II Lucro Bruto Art. 225. Será classificado como lucro bruto o resultado da atividade de venda de bens ou serviços que constitua objeto da pessoa jurídica (Decreto-lei nº 1.598/77, art. 11, § 2º).

Parágrafo único. O lucro bruto corresponde à diferença entre a receita líquida das vendas e serviços (art. 227) e o custo dos bens e serviços vendidos (Subseção II) (Lei nº 6.404/76, art. 187, II).

Subseção I Disposições Gerais sobre Receitas Receita Bruta Art. 226. A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados (Decreto-lei nº 1.598/77, art. 12).

§ 1º Integra a receita bruta o resultado auferido nas operações de conta alheia (Lei nº 4.506/64, art. 44).

§ 2º Não integram a receita bruta os impostos não cumulativos cobrados, destacadamente, do comprador ou contratante, dos quais o vendedor dos bens ou prestador dos serviços seja mero depositário.

Receita Líquida

Art. 227. A receita líquida de vendas e serviços será a receita bruta diminuída das vendas canceladas, dos descontos concedidos incondicionalmente e dos impostos incidentes sobre vendas (Decreto-lei nº 1.598/77, art. 12, §1º)." Os artigos acima correspondem, no Regulamento do Imposto sobre a Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000/99, aos arts. 277 a 280.

Embora a legislação do Imposto sobre a Renda não defina expressamente o que seja receita bruta operacional, os artigos acima transcritos evidenciam que o lucro operacional é composto pelo resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam o objeto da pessoa jurídica.

Forçoso concluir, pois, que a receita bruta operacional que compõe tal lucro é a soma das receitas auferidas com as atividades da pessoa jurídica, sejam elas principais ou acessórias.

O Órgão Especial desta Corte posicionara-se pela inconstitucionalidade do art. 1º da Medida Provisória nº 517/94 e reedições (INAMS nº 95.03.0523761 DJ 18/2/1997), sustentando que o "artigo 72, inciso V, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao adotar a receita bruta operacional como base de

calculado do PIS, vedou a lei incluir ou reduzir qualquer parcela integrante de sua definição (art. 44, da Lei. 4.506/64)", concluindo que "os resultados financeiros não compõem a receita bruta operacional".

Todavia, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido da constitucionalidade da Medida Provisória nº 517/1994. Confira-se a ementa:

"TRIBUTO. Contribuição para o PIS. Medida Provisória nº 517/94. Fundo Social de Emergência. Matéria estranha à MP. Receita bruta. Conceito Inalterado. Constitucionalidade reconhecida. Recurso provido. A Medida Provisória nº 517/94 não dispõe sobre Fundo Social de Emergência, mas sobre exclusões e deduções na base de cálculo do PIS."

(RE 346.983, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJe 3/5/2010)

A previsão expressa das exclusões ou deduções contidas na MP nº 517/94, não implica, necessariamente, em alteração no conceito de receita bruta previsto nas Emendas Constitucionais nºs 1/94 e 10/96, como, aliás, restou assentado no RE 346.983/RJ, de relatoria do e. Ministro Cezar Peluso.

Na ocasião, afastou-se o argumento de que o diploma legal mencionado teria modificado o conceito de receita bruta operacional, mencionado no art. 72, V, do ADCT. Merece transcrição, nesse ponto, o seguinte excerto do voto proferido pelo Relator:

"Também merece acolhida o argumento da recorrente de que a MP nº 517/94 não viola o art. 72, V, do Dispositivo Transitório, uma vez que não alterou o conceito de receita bruta, previsto na legislação relativa ao Imposto de Renda. A medida apenas permitiu exclusões e deduções da receita bruta operacional auferida no mês, na base de cálculo da contribuição, sem introduzir novo conceito ou definição do que seria receita bruta (art. 1º)." (DJe de 02.05.2011)

No mesmo sentido, os seguintes julgados: RE 380.751, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 3/5/10; RE 390.749, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 18/12/09; RE 433.077, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 22/9/09; e RE 576.213, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 1/2/11.

Ademais, o Pretório Excelso, no julgamento da ADI nº 1.417, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 23/3/01, firmou orientação no sentido da inexigibilidade de lei complementar para alteração do PIS, uma vez que sua matriz encontra-se no art. 195, I, da CF, bastando, pois, lei ordinária ou medida provisória para alterar a exação.

Como se vê, está superada a inconstitucionalidade que o Órgão Especial desta Corte pronunciou em relação à MP nº 517/94 e reedições, por ter sido declarado válida, pela Suprema Corte, a edição de medida provisória para tratar da base de cálculo do PIS, a que se referiu o artigo 72, V, ADCT.

Nesse sentido tem decidido este egrégio Tribunal:

"AGRAVO LEGAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. PIS. EMENDAS CONSTITUCIONAIS Nº 10/96 E Nº 17/97. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 517/94.

CONSTITUCIONALIDADE.

1. *Questiona-se o PIS devido pelas instituições previstas no artigo 22, § 1º, da Lei nº 8.212/91, bem assim a constitucionalidade das Emendas Constitucionais nº 10/96 (01/01/1996 a 30/06/1997) e nº 17/97 (01/07/1997 a 31/12/1999), que versam sobre a matéria tratada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 01/1994, que criou o Fundo Social de Emergência e inseriu os artigos 71,72 e 73 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ADCT; a constitucionalidade da Medida Provisória nº 517, de 31/05/1994 (e reedições); a constitucionalidade da Lei nº 9.701/98, fruto da conversão da Medida Provisória nº 1.67457, de 26/10/1998 (reedição da Medida Provisória Originária nº 517, de 31/05/1994).*

2. *Em relação às Emendas Constitucionais nº 10/96 e nº 17/97, cumpre salientar que o Órgão Especial desta E. Corte, adotando precedentes da Suprema Corte (RE nº 595.673, RE nº 495.724, RE nº 322.806 e AI nº 440.336), concluiu pela constitucionalidade das referidas normas (TRF 3ª Região, Órgão Especial, ARGINC Arguição de Inconstitucionalidade Cível 11, Processo 1999.61.00.0586416, Relator Des. Fed. Carlos Muta, DJF3 CJI 12/01/2011, p. 25 e TRF 3ª Região, Órgão Especial, ARGINC Arguição de Inconstitucionalidade Cível 10, Processo 2005.03.99.0470205, Relator Des. Fed. Carlos Muta, DJF3 CJI 12/01/2011, p. 26).*

3. *Cumpra ressaltar que, no julgamento do RE nº 587.008, apreciando controvérsia acerca da majoração de alíquota da CSL devida pelas instituições financeiras, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu que a EC nº 10/96 violou os princípios da irretroatividade e da anterioridade mitigada, sinalizando, dessarte, que o referido entendimento poderá eventualmente ser aplicado em relação ao PIS e à EC nº 17/97, todavia, como tal linha de raciocínio não ultrapassa o campo das cogitações e considerando que a questão versada nos autos diz respeito unicamente à contribuição ao PIS, impõe-se a prevalência da constitucionalidade das Emendas Constitucionais nºs 10/96 e 17/97, como reconhecida pelo Órgão Especial desta Corte.*

4. *Relativamente à Medida Provisória nº 517/94 e reedições, em tempo pretérito o Órgão Especial desta E. Corte posicionou-se pela inconstitucionalidade de seu art. 1º (INAMS nº 95.03.0523761 DJ 18/02/1997), sustentando que o "artigo 72, inciso V, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao adotar a receita bruta operacional como base de cálculo do PIS, vedou a lei incluir ou reduzir qualquer parcela integrante de sua definição (art. 44, da Lei n. 4.506/64)", concluindo que "os resultados financeiros não compõem a receita bruta operacional".*

5. Ocorre que esse entendimento restou ultrapassado por julgados posteriores do Supremo Tribunal Federal, adotados por ocasião do julgamento dos feitos nº 1999.61.00.0586416 e nº 2005.03.99.0470205.

6. *Agravo Improvido."*

(AC 1287107/SP, proc. nº 000567322.1999.4.03.6100, Terceira Turma, relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, j. 01/03/2012, eDJF3 Judicial 1 de 09/03/2012, destaquei)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. PIS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. EMENDA CONSTITUCIONAL 17/97. ART. 72 DO ADCT. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA OPERACIONAL. PRINCÍPIOS DA IRRETROATIVIDADE E ANTERIORIDADES. VIOLAÇÃO INEXISTENTE.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE.

Omissão na decisão monocrática quanto à análise da questão atinente à modificação da base de cálculo do PIS (MP 517 e reedições).

Conhecimento da alegação como embargos de declaração, ante o princípio da fungibilidade recursal.

No tocante à problemática alusiva à aplicabilidade da Medida Provisória n. 517/1994 e reedições, nada obstante anterior deliberação do Órgão Especial deste Tribunal (Arguição de Inconstitucionalidade INAMS n. 164500 proc. n. 95.03.0523761 Rel. Des. Fed. Lúcia Figueiredo DJ de 18/2/1997, p. 6965), a acenar à presença de inconstitucionalidade na situação em enfoque, certo é que a jurisprudência do Excelso Pretório firmou-se em sentido diverso, apontando a higidez da modificação da base de cálculo pelo ato presidencial em destaque.

Precedente do STF, RE 390111/PR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, j. 26/04/2011, DJe 9/5/2011.

Quanto à matéria conhecida como agravo, de se destacar que não houve declaração, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 17/1997 a legitimar a incidência da norma regimental supratranscrita.

O RE 587.008 diz respeito à inconstitucionalidade, por ofensa ao artigo 195, § 6º, da CF/88, da EC nº 10/96, quanto ao inciso III do artigo 72 do ADCT, que diz respeito à CSSL não sendo idêntica à aqui discutida Não se tratando da mesma temática, inaplicável, na espécie, o quanto previsto no parágrafo único do artigo 176 do RITRF3ª Reg., devendo, assim, ser observado o provimento exarado pelo Órgão Especial, que decidiu pela constitucionalidade da EC n. 17/1997 (Arguições de Inconstitucionalidade suscitadas na AMS n. 2005.03.99.0470205 e na AC n.1999.61.00.0586416, Relator o Desembargador Federal Carlos Muta, em sessão de 30/9/2010, disponibilizado em 12/1/2011).

O Excelso Pretório reafirmou a orientação referente à inocorrência de ofensa, por parte da EC n. 17/1997, ao princípio da anterioridade nonagesimal (AI n. 844.901/PR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, j. 10/5/2011, DJe de 18/5/2011).

Conhecer em parte do recurso como embargos de declaração, acolhendo para suprir a omissão apontada e negar provimento ao agravo legal."

(AMS 247678/SP, proc. Nº 001032264.1998.4.03.6100, Terceira Turma, relatora Desembargador Federal Márcio Moraes, j. 18/08/2011, e DJF3 Judicial 1 de 16/09/2011, p. 1078, destaquei)

Quanto às demais questões, que o juiz, ao prolatar a decisão, não está obrigado a examinar todos os fundamentos de fato e de direito trazidos à discussão, podendo conferir aos fatos qualificação jurídica diversa da atribuída pelas partes, não se encontrando, pois, obrigado a responder a todas as suas alegações, nem mencionar o dispositivo legal em que fundamentou sua decisão, cumprindo a ele entregar a prestação jurisdicional, levando em consideração as teses discutidas no processo, enquanto necessárias ao julgamento da causa.

Neste sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA TERCEIRA VEZ NA AÇÃO RESCISÓRIA. COFINS. LEGITIMIDADE DA REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO PELA LEI 9.430/96. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO QUANTO A ARGUMENTOS CONCERNENTES AO NÃO CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA. VÍCIO NÃO EVIDENCIADO.

ACLARATÓRIOS PROTELATÓRIOS. MULTA PROCESSUAL MANTIDA.

1. Terceiros aclaratórios pelos quais a contribuinte insiste em asseverar que o acórdão impugnado continua omissivo no que tange à alegação de que não caberia o ajuizamento da presente ação rescisória, porquanto, na data da sua propositura, ainda estava em vigor a Súmula 276/STJ e o STF não havia reconhecido a constitucionalidade do art. 56 da Lei 9.430/96.

2. É cediço que o julgador, desde que fundamente suficientemente sua decisão, não está obrigado a responder todas as alegações das partes, a ater-se aos fundamentos por elas apresentados nem a rebater um a um todos os argumentos levantados, de tal sorte que a insatisfação quanto ao deslinde da causa não oportuniza a oposição de embargos de declaração. No caso concreto, importa repetir que o acórdão embargado, respaldado na jurisprudência do STJ, afastou o enunciado 343/STF e admitiu a ação rescisória por entender que o acórdão rescindendo 3. Os argumentos ventilados pela embargante não dizem respeito a vício de integração do julgado, mas a esforço meramente infringente tendente a respaldar tese que não foi acolhida, o que não é admitido na via dos aclaratórios. Ainda assim, caso a embargante entenda que não foi prestada a jurisdição, caberá a ela intentar a anulação do julgado mediante a interposição de recurso próprio.

4. A presente ação rescisória foi julgada em 14/4/2010 e até o momento a entrega da efetiva prestação jurisdicional vem sendo retardada pela parte sucumbente em razão de repetidos embargos de declaração pelos quais ela busca, tão somente, a modificação do resultado que lhe foi desfavorável. A constatação do caráter protelatório dos aclaratórios justifica a manutenção da multa processual de 1% sobre o valor da causa (art. 538, parágrafo único, do CPC).

5. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl nos EDcl nos EDcl na AR 3788/PE, 2007/01440842, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 02/03/2011)

"ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ASSISTENTE JURÍDICO APOSENTADO. TRANSPOSIÇÃO/APOSTILAMENTO PARA A CARREIRA DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. MATÉRIA CONSOLIDADA NO ÂMBITO DO STJ E STF. VÍCIOS DO ARTIGO 535 DO CPC INEXISTENTES. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE.

1. É ressabido que os embargos de declaração, ainda que para fins de prequestionamento, são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade, nos ditames do art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.

2. Decisão clara, suficiente e fundamentada, no sentido de que a Primeira Seção deste STJ já definiu que, em razão da isonomia constitucional, os

servidores públicos aposentados, em carreira modificada por lei superveniente, possuem direito líquido e certo à transposição e ao apostilamento, incidente sobre os ativos, caso preenchidos os requisitos contidos nos artigos 19 e 19A, da Lei n. 9.028/95.

3. A insurgência da embargante não diz respeito a eventual vício de integração do acórdão impugnado, mas à interpretação que lhe foi desfavorável, motivação essa que não se enquadra nas hipóteses de cabimento dos aclaratórios.

4. A apreciação de ofensa a dispositivos constitucionais afigura-se inviável, ainda que a título de prequestionamento, uma vez que não cabe a esta Corte o exame de matéria constitucional, cuja competência é reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, da Carta Magna.

5. Embargos declaratórios rejeitados."

(EDcl no MS 15800/DF, 2010/01852773, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 20/03/2012)

Ante o exposto, acolho parcialmente os embargos de declaração, apenas para esclarecimento, sem efeitos modificativos.

É como voto.

MARLI FERREIRA Desembargadora Federal

- a partir de fevereiro de 1999, deve-se obedecer ao decidido pelo STF, em repercussão geral, onde a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98 não aproveita as instituições financeiras, pois recolhem as contribuições para o PIS e COFINS com supedâneo nos §§ 5º e 6º do mesmo artigo – que permaneceram incólumes perante o STF – tendo por base de cálculo a receita bruta operacional, assim entendido o resultado de suas atividades empresariais típicas.

- por esclarecedores citamos os seguintes Acórdãos :

- 3301-002.884, expedido por esta Turma, de lavra da Conselheira Semiramis de Oliveira Duro

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. AUSÊNCIA DE INCLUSÃO NA DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/1998.

A base de cálculo do PIS e da COFINS em relação às instituições financeiras, em virtude de sua atividade, é obtida pela aplicação do disposto nos arts. 2º e 3º, caput, da Lei nº 9.718/1998, consideradas as exclusões e deduções gerais e específicas previstas nos §§ 5º e 6º do referido art. 3º. A discussão sobre a inclusão das receitas auferidas por instituições financeiras no conceito de faturamento, para fins de incidência de PIS e COFINS, não se confunde com o debate envolvendo a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, como já reconheceu o STF.

PIS E COFINS. FATURAMENTO. RECEITA OPERACIONAL. Entende-se por faturamento, para fins de identificação da base de cálculo do PIS e da COFINS, o

somatório das receitas oriundas da atividade operacional da pessoa jurídica, ou seja, aquelas decorrentes da prática das operações típicas previstas no seu objeto social.

Recurso voluntário negado.

= Acórdão CSRF 9303-003.3933 :

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/06/1994 a 31/12/1995

PIS/PASEP. BASE DE CÁLCULO. LEI 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO STF. REPERCUSSÃO GERAL. As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecidas como de Repercussão Geral, sistemática prevista no artigo 543B do Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas no julgamento do recurso apresentado pelo contribuinte. Artigo 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Declarado inconstitucional o § 1º do caput do artigo 3º da Lei 9.718/98, integra a base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e da Contribuição para o PIS/Pasep o faturamento mensal, representado pela receita bruta advinda das atividades operacionais típicas da pessoa jurídica.

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA OPERACIONAL. RECEITA DE INTERMEDIÇÃO FINANCEIRA. INCLUSÃO. A base de cálculo da contribuição apurada pelas instituições financeiras é a receita bruta operacional, conforme definição da legislação do Imposto de Renda, incluindo todas as receitas oriundas de sua atividade-fim. Recurso Especial do Contribuinte Negado.

A DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO QUE FUNDAMENTOU A EXAÇÃO

28. Quanto ao questionamento acerca da inconstitucionalidade das emendas constitucionais e das leis aplicáveis ao lançamento tributário, observa-se que, de plano, não caberia, em sede de contencioso administrativo, tecer-se comentários acerca de tais arguições.

- isto porque a própria Carta Magna de 1988 impõe que o controle da constitucionalidade das normas deve, obrigatoriamente, ter curso no Judiciário, seguindo os chamados procedimentos difuso ou concentrado.

- assim, só o Judiciário pode afastar a aplicação de normas por sua arguida inconstitucionalidade.

- estando essas normas, como no caso em exame, inseridas no ordenamento pátrio e, assim, revestidas de todos seus requisitos de aplicabilidade, não há como a autoridade fiscal e o julgador administrativo, furtarem-se aos seus mandamentos, pois a esses ditames estão eles indissociadamente vinculados, como preconiza o § único do artigo 142 do Código Tributário Nacional.

- com relação aos Conselheiros do CARF, aplica-se ao caso a Súmula CARF nº 2 que assim determina :
“ O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

A FALTA DE RECOLHIMENTO DA EXAÇÃO E O LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO ACOMPANHADO DE MULTA E JUROS.

29. Diante da falta de recolhimento do tributo, pois que a Entidade Fechada de Previdência Privada está obrigada a recolher a Contribuição ao PIS, nos meses alcançados pelo lançamento,

Processo nº 16327.000880/2001-61
Acórdão n.º **3301-005.561**

S3-C3T1
Fl. 2.905

fazendo incidir a alíquota própria sobre a base de cálculo prevista em lei, depois de efetuadas as deduções e exclusões admitidas pela mesma legislação, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento do tributo não recolhido, acrescido de multa de ofício, por absoluta obediência aos preceitos legais delineados no auto de infração.

- tendo a recorrente dada azo á situação fática, enquadra-se na hipótese de incidência da norma, não havendo possibilidade de que tal penalidade não possa ser imposta, mormente por ser alvo de comando legal.

- quanto á aplicação dos juros de mora á taxa referencial do sistema SELIC aplica-se, ao caso, a Súmula CARF nº 04, que estabelece : “ A partir de 1ª de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, á taxa referencial do Sistema Espacial de Liquidação e Custódia -SELIC para títulos federais.

CONCLUSÃO

30. Por todo o exposto, voto por acolher os embargo, com efeitos infringentes, para negar provimento ao recurso voluntário, mantendo o crédito tributário no valor original do tributo em **R\$ 4.496.269,24**, a multa de ofício em **R\$ 3.372.201,71**.

31. Quanto aos recolhimentos já alocados ao auto de infração, deve a unidade de origem promover a sua desalocação, por indevida e promover os respectivos registros a estes referentes nos sistemas informatizados da RFB.

32. É o meu voto.

assinado digitalmente

Ari Vendramini - Relator