



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

Processo n° 16327.001073/2010-56
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3402-002.788 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de dezembro de 2015
Matéria PIS
Recorrente BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2009

PIS. BASE DE CÁLCULO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. RECEITA OPERACIONAL. CONCOMITÂNCIA.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial por qualquer modalidade processual com o mesmo objeto do processo administrativo, impede o conhecimento do recurso administrativo. Súmula CARF nº 1.

MULTA DE OFÍCIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Constatando-se a existência de concomitância com o processo judicial e a concessão de liminar antes do início da ação fiscal, exclui-se a multa de ofício.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

É legítima a cobrança de juros de mora com base na variação da taxa Selic. Súmula CARF nº 4.

Recurso voluntário provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir a multa de ofício com base no art. 63, § 1º da Lei nº 9.430/96. Vencida a Conselheira Maria Aparecida Martins de Paula, que votou no sentido de manter a multa de ofício. As Conselheiras Valdete Aparecida Marinheiro e Thais De Laurentiis Galkowicz votaram pelas conclusões. Sustentou pela recorrente o Dr. Ricardo Krakowiak, OAB/SP nº 138.192, e pela recorrida o Dr. Frederico de Souza Barroso, Procurador da Fazenda Nacional.

(Assinado com certificado digital)

Antonio Carlos Atulim – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Jorge Freire, Valdete Aparecida Marinheiro, Maria Aparecida Martins de Paula, Thais De Laurentiis Galkowicz, Waldir Navarro Bezerra, Diego Diniz Ribeiro e Carlos Augusto Daniel Neto.

Relatório

Trata-se de auto de infração com ciência pessoal do contribuinte em 13/08/2010, lavrado para exigir o crédito tributário relativo ao PIS, multa de ofício e juros de mora, em razão da falta de recolhimento da contribuição no período compreendido entre maio de 2009 e dezembro de 2009.

Segundo o Termo de Verificação fiscal, o contribuinte ajuizou o mandado de segurança nº 2001.61.00.031588-0 por meio do qual requereu a concessão de liminar para não recolher o PIS com base na Lei nº 9.718/98. A sentença foi proferida e após uma sucessão de embargos de declaração, o dispositivo da sentença assegurou ao contribuinte o afastamento do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98 e o direito de recolher o PIS com alíquota de 0,65% sobre o faturamento, assim entendido como sendo a receita bruta da venda de mercadorias e serviços, de acordo com o art. 1º da MP 2.158-35, a partir de janeiro de 2000. A apelação da União foi negada. Em seguida a União interpôs os recursos especial e extraordinário. O TRF da 3ª Região suspendeu o recurso especial e julgou extinto o recurso extraordinário nos termos do art. 543-B, § 3º do CPC.

Narrou a fiscalização que com base nessa sentença o contribuinte passou a declarar os débitos do PIS com exigibilidade suspensa, mas a partir de maio de 2009 cessou de declarar débitos com exigibilidade suspensa e passou a declarar e recolher o PIS calculado com base apenas na conta COSIF nº 7.1.7.00.00.9.

Em 15/03/2010, durante a ação fiscal, o contribuinte apresentou DCTF retificadoras dos citados períodos incluindo o PIS com exigibilidade suspensa.

Com base no Parecer PGFN/CAT/nº 2.773/2007 a fiscalização entendeu que a base de cálculo do PIS é a totalidade das receitas operacionais da instituição financeira e tributou todas essas receitas com base na apuração determinada pelo anexo I da IN nº 247/2002.

Tendo em vista que as DCTF retificadoras relativas aos débitos com exigibilidade suspensa foram apresentadas após o início da ação fiscal, a fiscalização aplicou a multa de ofício de 75% sobre tais débitos, ao argumento de que o contribuinte havia perdido a espontaneidade.

Em sede de impugnação, a defesa alegou, em síntese, o seguinte:

a) nulidade do lançamento, por falta de motivação do ato administrativo. Não houve a indicação de nenhum dispositivo legal, apenas meros dispositivos regulamentares, que não atendem à exigência legal de fundamentação dos atos administrativos;

b) incabível o lançamento com multa de ofício, pois a decisão judicial que suspendeu a exigibilidade do crédito tributário foi proferida antes do início da ação fiscal;

c) a decisão proferida pelo TRF 3ª Região no mandado de segurança 2001.61.0031588-0 afastaria a pretensão da Fazenda exigir o PIS sobre as receitas financeiras, não se aplicando, assim, a interpretação contida no Parecer PGFN/CAT nº 2.773/2007;

d) impossibilidade de se equiparar as receitas financeiras de bancos com receitas de prestação de serviços, pois as receitas financeiras sempre foram tratadas de forma distinta pela legislação tributária;

e) do fato dos parágrafos 5º a 7º e 8º e 9º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 não terem sido declarados inconstitucionais, não decorre a conclusão de que sejam aplicáveis, pois possuem inequívoca relação de dependência com a norma declarada inconstitucional (§ 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98);

f) impugnou a cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício e atacou a cobrança dos juros com base na variação a taxa Selic.

Por meio do Acórdão nº 31.170, a 8ª Turma da DRJ-São Paulo, julgou a impugnação improcedente.

Ficou decidido que quanto à base de cálculo existe concomitância deste processo administrativo com o mandado de segurança 2001.61.00.031588-0, pois seu objeto consiste no direito de recolher o PIS com base no imposto de renda devido, afastando-se as alterações da Lei nº 9.718/98.

A DRJ entendeu que não houve nulidade em razão da falta de indicação de dispositivos legais, uma vez que os arts. 2º, I, "a", parágrafo único; art. 3º, 10, 26 e 51 do Decreto nº 4.524/2002 citam suas respectivas matrizes legais.

Também ficou decidido que o lançamento não foi feito para prevenir a decadência, pois a fiscalização constituiu o crédito tributário de acordo com o que está prescrito na sentença. A fiscalização entendeu que a base de cálculo definida na sentença é a receita operacional da instituição financeira.

A DRJ não conheceu da alegação quanto à incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício porque tal exigência não consta do auto de infração e julgou procedente a cobrança de juros com base na variação da taxa Selic.

Regularmente notificado em 12/05/2011, o contribuinte apresentou recurso voluntário em 13/06/2011, alegando, em síntese, o seguinte: 1) nulidade do auto de infração por vício na motivação; 2) não cabimento da multa de ofício porque constou expressamente do auto de infração que o lançamento foi efetuado com exigibilidade suspensa; 3) a DRJ alterou o fundamento para a imposição da multa de ofício de "DCTF retificadora apresentada após o início da fiscalização" para "a exigibilidade do crédito tributário não estava suspensa"; 4) nulidade do acórdão da DRJ porque o ato administrativo é vinculado ao motivo declarado; 5) a exigibilidade do crédito tributário está suspensa porque o Acórdão do TRF da 3ª Região afastou expressamente a possibilidade de tributação das receitas financeiras, excluindo a aplicação do Parecer PGFN/CAT/ 2.773/2007; 6) impossibilidade jurídica de se equiparar as receitas financeiras a receitas de prestação de serviços; 7) os §§ 5º, 6º, 7º, 8º e 9º do art. 3º da

Lei nº 9.718/98 não foram declarados inconstitucionais, mas sua aplicabilidade está prejudicada em face da relação de dependência que mantêm em relação ao § 1º que foi declarado inconstitucional; 8) contestou a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício e a cobrança de juros de mora com base na taxa Selic.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Carlos Atulim, relator.

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele tomo conhecimento.

A defesa alegou em preliminar a nulidade do auto de infração por falta de motivação (violação do art. 10, IV, do PAF) porque no enquadramento legal só foram mencionados dispositivos do regulamento (decreto), em lugar de dispositivos legais (lei em sentido estrito).

Não vislumbro a nulidade apontada, pois no termo de verificação, vinculado ao auto de infração, a fiscalização lastreou o lançamento em bases legais, conforme se constata no seguinte excerto extraído da fl. 193:

Assim, por força da exclusão de sua espontaneidade, fica a instituição financeira sujeita ao lançamento de ofício dos valores apurados nos períodos maio/2009 a dezembro/2009 com a aplicação da multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento) prevista no art. 86, § 1º, da Lei nº 7.450/85; art. 2º da Lei nº 7.683/88; e art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96 com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/07, a seguir resumidos:

(...)

4 - A FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Os valores da contribuição para o PIS instituído pela LC 7/70, rel maio de 2009 a dezembro de 2009, foram apurados por esta fiscalização de cor disposto nos arts. 2º e 3º da Lei 9.718/98 com as alterações introduzidas pela M 1.807/98 e suas reedições, sendo a última a MP nº 2.158-35, de 24 de agosto de inciso I, alínea "a" e parágrafo único, 3º, 10º, 26º e 51º, do Decreto nº 4.524, d de 2002; na Instrução Normativa 247, de 21 de novembro de 2002; no Pare 2773/2007; no art. 7º Inciso I e § 1º do Decreto 70.235/72; e no disposto no

Desse modo, deve ser rejeitada a preliminar de nulidade.

No mérito, as questões postas para o deslinde deste colegiado são as seguintes: 1) se a fiscalização lavrou o auto de infração com exigibilidade suspensa ou não; 2) se existe concomitância de discussão com o processo judicial no qual o contribuinte questiona a ampliação da base de cálculo do PIS pelo art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98; 3) se é cabível ou

não a manutenção da multa de ofício; 4) legalidade da exigência de juros de mora com base na variação a taxa Selic. Caso se decida sobre a manutenção da multa de ofício, o colegiado deverá se manifestar também sobre o cabimento da exigência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO SEM EXIGIBILIDADE SUSPensa E COM INFLIÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO POR FALTA DE RECOLHIMENTO DO PIS.

Desde a impugnação a defesa vem alegando que a fiscalização lavrou o auto de infração com exigibilidade suspensa e, mesmo assim, lançou a multa de ofício com base no fato de o débito ter sido declarado após o início da ação fiscal (perda da espontaneidade).

A defesa transcreve excertos do auto de infração e de outras partes do processo para sustentar que a fiscalização lavrou o auto de infração com suspensão da exigibilidade e, de forma absurda, lançou a multa de ofício.

As coisas não ocorreram da forma como foi alegado pela defesa.

Muito embora a fiscalização mencione no termo de verificação que o contribuinte vinha declarando em DCTF, com exigibilidade suspensa, os débitos apurados com base no mandado de segurança nº 2001.61.00.031588-0; e também tenha feito referência a "crédito tributário com exigibilidade suspensa" no corpo do auto de infração, a verdade é que o contexto do termo de verificação demonstra justamente o contrário: ou seja, a fiscalização não efetuou o lançamento com exigibilidade suspensa, **pois invocou como um dos fundamentos do ato administrativo o Parecer PGFN nº 2.773/2007**, conforme constou da imagem do enquadramento legal acima colacionada.

A menção ao referido parecer é incompatível com a lavratura de auto de infração com exigibilidade suspensa, pois na visão da Procuradoria da Fazenda Nacional, e também da fiscalização, a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98 não impede a exigência das contribuições ao PIS e COFINS sobre as receitas financeiras das instituições financeiras, uma vez que a base de cálculo para essas instituições sempre foi a receita operacional, mesmo antes da Lei nº 9.718/98.

Ademais, a menção à "exigibilidade suspensa" feita no termo de verificação, se refere ao fato da instituição financeira ter declarado os débitos em DCTF sob tal condição, conforme deixa bem clara a seguinte passagem do termo de verificação (fls. 180):

"(...)

Diante do exposto, o contribuinte passou a declarar os débitos com exigibilidade suspensa, os quais estão controlados nos Processos A 16327.003579/2002-90 – PA janeiro/00 a dezembro/01 e nº 16327.001592/2 inscrito em Dívida Ativa na Procuradoria da Fazenda Nacional. Este processo relativos aos períodos de apuração de janeiro/02 a maio/08.

No entanto, a partir de maio de 2009, o contribuinte cessou de declarar débitos com exigibilidade suspensa, e passou a declarar e recolher o PIS calculado com base na receita escriturada na conta COSIF nº código 7.1.7.00.00.9.

(...)"

O excerto acima deixa bem claro que a fiscalização não disse que o débito está com exigibilidade suspensa. O que o fisco disse foi que o contribuinte apresentou DCTF alegando que aqueles débitos se revestiam de tal condição.

Já a menção ao "crédito tributário com exigibilidade suspensa", feita no corpo do auto de infração, parece ter sido resultado de descuido por parte do auditor, pois não foi especificado o número da ação. As características do texto revelam que se trata de um texto padrão que não foi adaptado ao caso concreto, conforme excerto a seguir, extraído da fl. 199:

"(...)

O crédito tributário lançado através do presente Auto de Infração com exigibilidade suspensa por força de Medida Liminar concedida nos autos nº..... da Vara Federal (art. 151, incisos II e IV do Código de Processo Civil). Afastada a suspensão da exigibilidade, seja por falta ou ausência de depósito, caducidade ou cassação desfavorável ao sujeito passivo, este deverá recolher total ou parcialmente o crédito tributário e extensões do julgado) recolher total ou parcialmente o crédito tributário e extensões legais cabíveis, sob pena de inscrição da dívida ativa, com juros e multa de mora.

(...)"

Observem senhores conselheiros, que realmente se trata de um texto padrão, totalmente genérico, que exige adaptações para cada caso concreto, a depender do tipo de ação e do tipo de provimento obtido pelo contribuinte, mas que não foi objeto de alteração por parte da fiscalização porque neste caso foi elaborado um termo de verificação vinculado ao auto de infração.

Outro fundamento utilizado pela defesa para sustentar que o lançamento teria sido executado com exigibilidade suspensa, foi a pretensa justificativa da fiscalização para a exigência da multa de ofício.

Ao contrário do alegado, a multa de ofício não está fundamentada na perda da espontaneidade do contribuinte, mas sim na falta de recolhimento da contribuição.

decorrente da exclusão de algumas receitas operacionais da base de cálculo, conforme se extrai da seguinte parte do termo de verificação fiscal (fls. 191/192):

"(...)

Dessa forma, não resta nenhuma dúvida de que a base de cálculo pela totalidade das receitas operacionais das instituições financeiras. Assim tributária não concorda com o procedimento adotado pelo contribuinte de ca sobre a base de cálculo constituída unicamente pelas receitas escrituradas na co impondo-se recalculas as bases de cálculo tributáveis apurada com base 1 247/2002, conforme demonstrativos entregues pela própria instituição fiscalização sob intimação, relativamente aos períodos de apuração maio /2009 não declarados em DCTF, conforme "Planilha de Apuração do PIS" em anexo (fl (...)

Assim, concluímos que o contribuinte teve afastada a sua espontane ao PIS dos períodos de apuração maio/2009 a dezembro/2009 a partir de 14.12.2 o contribuinte tomou ciência do Termo de Início da Ação Fiscal.

Diante disto, as DCTF retificadoras apresentadas em 15.03.2010 não fiscais somente no que se refere ao PIS dos períodos maio/09 a dezembro/09.

Assim, por força da exclusão de sua espontaneidade, fica a inst sujeita ao lançamento de ofício dos valores apurados nos períodos maio/2009 ; com a aplicação da multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento) prevista n

"(...)"

O contexto do termo de verificação não deixa nenhuma dúvida no sentido de que o auto de infração foi lavrado **sem** exigibilidade suspensa e que a multa de ofício está fundamentada na falta de recolhimento da contribuição pelo fato de o contribuinte não ter incluído na base de cálculo outras receitas operacionais, além daquelas contabilizadas na rubrica 71700009.

Portanto, na visão da fiscalização (e do Parecer PGFN nº 2.773/2007) a base de cálculo do PIS é composta por todas as receitas operacionais, mesmo antes do advento da Lei nº 9.718/98. Sendo assim, na visão do fisco, a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98 não ampara a pretensão do contribuinte em recolher a contribuição

apenas com base nos valores contabilizados na rubrica 71700009. Não tendo o contribuinte recolhido e nem constituído o crédito tributário por meio da DCTF, sujeitou-se à exigência tributária com os consectários do lançamento de ofício.

DA EXISTÊNCIA OU NÃO DA CONCOMITÂNCIA NO CASO CONCRETO.

A defesa vem sustentando desde a impugnação a existência de concomitância com o mandado de segurança nº 2001.61.00.031588-0.

O objeto deste processo administrativo é a exigência do PIS sobre as receitas operacionais da instituição financeira, notadamente suas receitas financeiras.

Já o objeto do mandado de segurança impetrado consistiu na concessão de segurança para que a instituição financeira recolhesse o PIS com base na Lei Complementar nº 7/70, ou seja, sobre 5% do Imposto de Renda devido, sem se submeter ao art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98, bem como o direito de compensar o indébito recolhido com base na legislação superveniente.

O pedido formulado no mandado de segurança foi o seguinte (fls. 47):

"(...)

Requerem, ainda, que processado o presente segurança, requisitadas as informações e ouvido o D. Ministério lhes concedida a segurança definitiva, nos termos da Lei nº 1.533 de, afastadas as alterações introduzidas pela Lei 9718/98, assegurem-lhe líquido e certo de só se sujeitar ao recolhimento da contribuição relativamente aos meses de competência de janeiro/2000 e subsequente prevista pela LC nº 7/70, vale dizer, calculada à alíquota de 5% sobre o imposto de renda devido, bem como em consequência de proceder dos montantes pagos a maior a título de contribuição ao PIS janeiro/2000 a outubro/2001, conforme documentos comprobatórios (06), nos termos dos artigos 170 do CTN, 66 da Lei nº 8383/91

(...)"

Conforme se verifica nos autos, em momento algum na inicial foi requerido ao Judiciário que as receitas financeiras e as demais receitas operacionais fossem excluídas da tributação.

Contudo, o pedido original, embora não tenha sido específico para exclusão de receitas financeiras, foi genérico para excluir a tributação com base em **qualquer receita**, uma vez que o contribuinte se julgava no direito de recolher a exação sobre o imposto de renda

devido (LC nº 7/70). O pedido foi para não recolher com base na receita bruta (art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98) mas sim sobre o imposto de renda devido (LC nº 7/70).

A liminar foi concedida parcialmente em 17 de dezembro de 2001, nos seguintes termos (fls. 56):

"(...)

Pelo exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE** a liminar pleiteada para que se abstenha a autoridade coatora de exigir a contribuição PIS/PASEP, nos moldes da Lei 9718/98, mantida a cobrança nos moldes da Lei 9718/98.

"(...)"

A sentença confirmou a segurança parcial. Foi afastado o art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98, mantendo-se o critério de apuração vigente em 31/03/2003, e autorizada a compensação requerida (fl. 62).

Após uma sucessão de embargos de declaração essa sentença passou a vigorar com o seguinte dispositivo (fl. 87) proferido em 18/09/2007:

"(...)

Assim, reconheço a omissão apontada e que a r. sentença de fls. 297-300 e 313-315 passe a constar na parte dispositiva:

"Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a liminar e CONCEDO EM PARTE A SEGURANÇA, para:

a) no que concerne à base de cálculo do PIS afastar a aplicação do art. 3º da Lei n.º 9.718/98, para que o faturamento seja calculado sobre a receita líquida determinada por tal norma;

b) assegurar o direito dos impetrantes recolherem a contribuição do PIS à alíquota de 0,65%, sobre o faturamento (receita bruta da venda de mercadorias e serviços) de acordo com o art. 1º da MP 2.158-35, relativamente aos meses de competência;

"(...)

Portanto, a segurança foi concedida em parte para que a contribuição fosse apurada com alíquota de 0,65% incidente sobre a receita bruta da venda de mercadorias e/ou serviços, o que não resolve o problema deste processo porque cada uma das partes atribuiu conteúdo diferente à expressão "receita proveniente da venda de bens e serviços". A fiscalização entende que todas as receitas operacionais, inclusive as financeiras, são alcançadas

por aquela expressão. Já o contribuinte entende que o alcance do dispositivo se restringe aos valores contabilizados na rubrica 71700009.

Ou seja, as únicas coisas que se podem estabelecer com segurança é que o contribuinte não pode recolher o PIS com base no imposto de renda devido e o fisco não pode exigir a contribuição com base na receita bruta, assim entendida a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica (art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98).

O Judiciário ficou no meio termo. Definiu que o recolhimento deve ser com alíquota de 0,65% incidente sobre a receita bruta da venda de mercadorias e serviços.

E o que significa essa expressão?

Conforme já foi dito antes, a expressão "receita bruta da venda de mercadorias e serviços" possui significado diferente para a fiscalização e para o contribuinte. O banco considera que nessa expressão não se incluem as receitas financeiras. Já a fiscalização, escorada no Parecer PGFN nº 2.773/2007, considera que tal expressão inclui todas as receitas operacionais, inclusive as financeiras, porque no objeto social da instituição financeira estão incluídos os serviços de intermediação financeira. Nesse sentido, as receitas financeiras integrariam o faturamento de uma instituição financeira, pois decorreriam de sua atividade típica.

Essa é a essência da controvérsia existente neste processo.

Embora essa discussão não tenha integrado explicitamente a inicial do mandado de segurança, entendo que ela foi submetida ao Judiciário. A uma, porque o pedido inicial do mandado de segurança foi para não recolher com base em nenhuma receita, e sim com base no imposto de renda devido. E a duas, porque a controvérsia suscitada neste processo acabou sendo submetida explicitamente ao Poder Judiciário por meio do recurso de apelação interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional (fls. 89/116).

A Procuradoria da Fazenda Nacional sustentou na apelação exatamente a mesma tese contida no Parecer PGFN 2.773/2007, qual seja, a de que para as instituições financeiras a base de cálculo do PIS sempre foi a receita operacional, mesmo antes da Lei nº 9.718/98, e que essa lei não ampliou a base de cálculo do PIS (fl. 102). Vejamos o seguinte excerto do recurso da Procuradoria da Fazenda Nacional:

"(...)

Da Inexistência De Alteração Da Base De Cálculo Das Exações Em Debate Promovida Pela Lei 9.718/98 E Lei 10.637/02

Cumprе esclarecer que os termos empregados na nova redação d inc. da CF/88 pela Emenda Constitucional nº 20/98, quais sejam "receita ou faturam em conceito único sendo sua diferença caracterizada apenas pela atividade empr advieram, possuindo materialmente em ambas as expressões o mesmo sentido: "atividades principais e acessórias da empresa"

Não se trata nem mesmo de opção oferecida ao legislador ordinário as contribuições sociais respectivas ou alterá-las, pois frise-se o permissivo insculpido no dispositivo maior mencionado persiste o mesmo, sem qualquer ampli cálculo dos tributos correlatos.

Portanto descabida qualquer afirmação de que a Lei 9.718/98 t base de cálculo do PIS e da COFINS utilizando a expressão "receita bruta" quan permissivo constitucional (art. 195. I) em vigor quando da edição do indigitad apenas continha a expressão "faturamento".

Tal entendimento foi acolhido pelo Egrégio Tribunal Regiona Região na apreciação do Agravo de Instrumento nº 81.298, cujo registr 1999.03.00.015231-0, sendo relator o Desembargador Federal Baptista Pe transcreveremos o seguinte trecho:

"Ainda, cai por terra, igualmente, a afirmativa de que a ind ampliado a sua base de cálculo, ao se referir à "receita bruta", enq I da CF/88, quando da edição da lei, dispunha sobre "faturament

E também no seguinte excerto de fl. 103:

"(...)

**Da Constitucionalidade Da Lei Nº 9.718/98 E 10.637/02 Sob A Vigência Do .
I Da CF/88**

Neste tópico será desenvolvido raciocínio que em nada prejudica a recepção da Lei nº 9.718/98 pela Emenda Constitucional nº 20/98. O que se tem sob a vigência da antiga redação do art. 195, inciso I, da Constituição é possível declarar a inconstitucionalidade da Lei em comento.

A multicitada Lei nº 9.718/98, em seus arts. 2º e 3º, assim se ex

“Art. 2º. As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, de pessoas físicas e jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no faturamento observado e observado e as alterações introduzidas por Art. 3º. O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita operacional bruta da pessoa jurídica.”

Dessa forma, não tem respaldo jurídico o descontentamento da Lei nº 9.718/98 apenas veiculou norma interpretativa, sem inovar a base de cálculo das contribuições sociais, que continua sendo o faturamento das pessoas jurídicas de direito privado deduz do art. 2º da Lei nº 9.718/98.

Ou seja, o art. 3º determina a regra geral (o faturamento com base no faturamento bruto da pessoa jurídica), enquanto que o seu § 1º apenas esclarece que o faturamento das pessoas jurídicas que vendem mercadorias, mercadorias e serviços ou serviço de prestação de serviços corresponde à totalidade de suas receitas operacionais. Texto da Lei nº 9.718/98, art. 3º, § 1º

"(...)

Nos referidos excertos, a Procuradoria da Fazenda Nacional, sustentou a tese de que o art. 3º da Lei nº 9.718/98 era meramente interpretativo porque mesmo antes da existência dessa lei a base de cálculo do PIS era a receita operacional bruta da instituição financeira.

No Acórdão do TRF da 3ª Região, recebido apenas no efeito devolutivo (fl. 114), a Juíza Consuelo Yoshida não se convenceu do acerto da tese defendida pela União, pois a referida magistrada entendeu que antes do advento da Lei nº 9.718/98, o termo faturamento significava apenas a receita bruta da venda de bens e serviços, não abrangendo nenhuma outra receita operacional ou não operacional. Sobre tal constatação, vejamos o seguinte excerto extraído da fundamentação do referido Acórdão (fl. 117):

"(...)

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA CONSUELO YOSHIDA.

O PIS - Programa de Integração Social, pela Lei Complementar nº 07/70, tem por base de faturamento.

O conceito de faturamento para fins de limitar a competência tributária da União, na essência ser o mesmo adotado pelo Direito Privado, a teor do Código Tributário Nacional, recepcionado com a lei complementar (CF, art. 146).

Assim é que a Lei Complementar nº 07/70 conceituou o faturamento consagrado na legislação (Lei nº 6.404/76, art. 187, I), que o identifica como receita bruta de venda de mercadorias e serviços.

Deste modo, a base de cálculo do PIS sobre o faturamento das pessoas jurídicas, não atingirá outra receita, quer de caráter não operacional, quer de natureza financeira.

Entretanto, a Lei nº 9.718/98 ampliou o conceito (base de cálculo do PIS) e o descaracterizou, ao estabelecer que o PIS incidirá sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante o tipo de atividade exercida.

"(...)

Portanto, conclui-se que embora não tendo sido suscitada de forma explícita na inicial do mandado de segurança, a questão da incidência do PIS sobre as receitas operacionais da instituição financeira, acabou aflorando no recurso de apelação da União, tendo sido a tese fazendária repelida pelo Acórdão do TRF da 3ª Região, o que a meu ver torna inequívoca a existência de concomitância entre o mandado de segurança e este processo administrativo.

Ainda que os senhores conselheiros entendam que a concomitância não restou estabelecida, em razão da questão da incidência do PIS sobre a totalidade das receitas operacionais não ter sido suscitada de forma explícita na inicial do mandado de segurança, pesquisa efetuada na página do TRF da 3ª Região revela que houve a interposição de recurso extraordinário por parte da União, em face do Acórdão relatado pela Juíza Consuelo Yoshida.

O referido recurso extraordinário foi sobrestado pelo vice-presidente do TRF da 3ª Região, com base na repercussão geral decretada pelo STF no RE nº 609.096, conforme se constata na página do tribunal <http://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual/Processo?NumeroProcesso=200161000315880>, *in verbis*:

"(...)

*29/11/2012-SUSPENSO/SOBRESTADO POR DECISÃO DA
VICE-PRESIDÊNCIA*

Motivos de suspensão:

STF RE 609.096/RS

(...)"

Com o sobrestamento do processo judicial determinado pelo TRF da 3ª Região, a sorte do mandado de segurança e também deste processo administrativo está inexoravelmente vinculada ao que restar decidido no RE 609.096.

No referido recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal discute a incidência do PIS e COFINS sobre as receitas financeiras auferidas por instituições financeiras.

Sendo assim, deve ser aplicada a Súmula CARF nº 1 ao presente processo, para não se tomar conhecimento do recurso voluntário quanto à questão da incidência do PIS sobre as receitas operacionais da instituição financeira, pois ainda que se entenda que a discussão travada em sede apelação não acarreta a concomitância, o Judiciário sobrestou o mandado de segurança para aguardar a decisão do STF quanto àquela questão (RE 609.096).

DO (NÃO) CABIMENTO DA MULTA DE OFÍCIO

Considerando que o mandado de segurança se processou com a concessão de medida liminar em 17/12/2001 e que a ação fiscal teve início em 14/12/2009 (fl. 07), é evidente a existência de cláusula suspensiva da exigibilidade do crédito tributário antes do início da ação fiscal, fato que autoriza a exclusão da multa de ofício, a teor do art. 63, § 1º da Lei nº 9.430/96.

Não se olvide ainda, que na época em que o contribuinte foi notificado do lançamento (13/08/2010) já estava em pleno vigor o dispositivo da sentença de fl. 87, que determinava a apuração da contribuição com base no faturamento, **com a acepção que lhe deu a Juíza Consuelo Yoshida do TRF da 3ª Região.** O que significa que a base de cálculo era o faturamento na sua acepção tradicional, ou seja, sem adição de outras receitas operacionais (financeiras) ou não operacionais.

Se a teor do art. 151, IV do CTN a mera concessão de liminar já suspende a exigibilidade do crédito tributário, com muito mais autoridade a sentença que confirmou aquela liminar manteve em pleno vigor a cláusula suspensiva da exigibilidade do crédito tributário. A sentença sem dúvida alguma "é mais" do que uma liminar. E em direito, geralmente, quem pode o mais, pode o menos.

Portanto, deve ser excluída deste lançamento a multa de ofício com base no art. 63, § 1º da Lei nº 9.430/96.

Excluída a multa de ofício, não há interesse processual do contribuinte em ver decidida a questão da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

DOS JUROS DE MORA

A última questão a ser enfrentada neste processo é a questão da cobrança de juros de mora com base na taxa Selic sobre o tributo ora lançado de ofício.

Essa questão é objeto da Súmula CARF nº 4, *in verbis*:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da

Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

No caso concreto, foi cabível o lançamento por meio de auto de infração porque o contribuinte deixou de informar os débitos em DCTF. A apresentação das DCTF retificadoras após o início da ação fiscal, torna esse fato incontroverso. No caso, deve prevalecer a constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício porque a espontaneidade do contribuinte já havia sido excluída pelo termo de início de fiscalização.

Apenas a multa de ofício deve ser excluída, em razão do caso concreto se enquadrar no art. 63, § 1º da Lei nº 9.430/96, em situação semelhante ao que a extinta Turma 3403 decidiu em relação ao auto de infração de COFINS no Acórdão 3403-003.509.

Com esses fundamentos, seguindo a mesma trilha do Acórdão nº 3403-003.509, voto no sentido de não tomar conhecimento do recurso voluntário na parte em que existe concomitância com o processo judicial (inclusão das receitas operacionais no faturamento da instituição financeira) e, na parte conhecida, por dar provimento parcial para excluir a multa de ofício com base no art. 63, § 1º da Lei nº 9.430/96.

(Assinado com certificado digital)

Antonio Carlos Atulim