



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

Processo nº 19740.000325/2007-31
Recurso nº 19.740.000325200731
Resolução nº **3401-000.219 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 03 de fevereiro de 2011
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente FUNDAÇÃO DE ASSISTÊNCIA E PREVIDÊNCIA SOCIAL DO BNDES - FAPES
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência para que se aguarde na origem o desfecho do processo judicial impetrado pela Recorrente, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenberg Filho - Presidente

(assinado digitalmente)

Odassi Guerzoni Filho - Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros Gilson Macedo Rosenberg Filho, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Guerzoni Filho, Fernando Marques Cleto Duarte e Dalton César Cordeiro de Miranda.

Relatório

Trata o presente processo de dois autos de infração lavrados em 17/09/2007 para a exigência do PIS/Pasep e da Cofins referentes aos períodos de apuração compreendidos entre janeiro de 2003 e setembro de 2006, sem interrupção, montando os respectivos créditos tributários a R\$ 1.496.210,41 e a R\$ 8.959.601,71, neles incluída uma multa de ofício de 75%.

Segundo o autor do procedimento a autuada, uma **entidade fechada** de previdência complementar, com fins não lucrativos, e que tem por objetivo a instituição, administração e execução de planos de natureza previdenciária aos seus participantes e beneficiários, teria apurado e recolhido o valor de ambas as contribuições em desacordo com as regras então vigentes, notadamente, por conta de ter se valido de exclusões não permitidas ou além do permitido, caracterizadas pela não diminuição das exclusões dos valores correspondentes aos *Custeios de Programa Administrativo* (conta 3.4.2.3) e às *Remunerações dos Investimentos Administrativos e Custeios* (conta 6.4.2.3).

Ressaltou em seu relatório a autoridade fiscal que, antes da lavratura do presente auto de infração, mas, após o início da auditoria, a autuada ingressou como uma **ação ordinária** junto ao Poder Judiciário visando o reconhecimento da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, de modo que seja declarada a inexistência, desde 1º de fevereiro de 1999, de qualquer relação jurídica de que resulte obrigação da impetrante ao pagamento do PIS/Pasep e da Cofins. Todavia, não houve qualquer decisão judicial em seu favor, ainda que provisória, de modo que a exigibilidade do presente crédito tributário **não se encontra suspensa**.

Nas impugnações apresentadas para ambos os lançamentos, inicialmente, a autuada alegou que, por conta da flagrante **inconstitucionalidade** de que se reveste a regra do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, que promoveu o alargamento da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e à Cofins, inclusive por conta de decisão do STF nesse sentido, não existiria qualquer dispositivo legal obrigando as entidades fechadas de previdência privada ao pagamento tanto do PIS/Pasep quanto da Cofins.

Alegou ainda a Impugnante que o Fisco, ao tratar as entidades de previdência privada como assemelhadas às instituições financeiras para fins de tributação do PIS/Pasep e da Cofins o fez com base no conceito de entidade **aberta** de previdência complementar; assim, não poderia ser imputada àquelas fechadas o auferimento de receitas com vendas de seus planos de benefícios. Nesse ponto, citou decisão do então denominado Conselho de Contribuintes¹ que iria na linha de seu entendimento.

Ad argumentandum, alegou que não deixara de reduzir nenhum valor do montante das exclusões da base de cálculo e que não poderia ter sido utilizada a Taxa Selic para fins de atualização monetária dos valores lançados.

A 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento do Rio de Janeiro/RJ II, não conheceu da impugnação na parte em que a mesma alegara a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, em face da concomitância e, e, na parte conhecida, não vislumbrou a existência de amparo legal para os ajustes pretendidos pela Impugnante nos valores das exclusões da base de cálculo, bem como, manteve a utilização da Taxa Selic como forma de atualização monetária.

No Recurso Voluntário, inicialmente, a Recorrente argumenta que por ser uma entidade fechada de previdência complementar, nenhum recebimento poderia ser qualificado como receita e muito menos faturamento, de sorte a ser alcançado pela incidência das contribuições devidas ao PIS/Pasep e à Cofins.

Quanto à concomitância alegada pela DRJ, entende a Recorrente que o fato de ter recorrido ao Poder Judiciário antes da lavratura do auto de infração, não caracterizaria a sua renúncia à esfera administrativa, visto que a lide sequer havia sido instaurada.

Em relação à formação da base de cálculo, alegou, *verbis*:

“14.Ocorre que o Custeio do Programa Administrativo (conta 3.4.2.3) é composto pela Sobrecarga Administrativa, que importa em 10% (dez por cento) da Receita Previdencial e pelo Fundo Administrativo.

15. Todavia, o Fundo Administrativo da Recorrente é constituído nas bases mínimas determinadas pela Secretaria de Previdência ao Complementar - SPC/MP ou seja equivalente ao registrado no Ativo Permanente, conforme disposto na referida Resolução CGPC nº. 05/02.

16.A Recorrente adota critério de atribuição do custeio administrativo, fundado na alocação dos custos a cada programa, considerando o método de apropriação de custos por atividade.,

17. Entretanto, conforme exaustivamente esclareceu em suas impugnações, o custeio administrativo da Recorrente tem atingido percentual bem abaixo do limite estatutário (10%), bem como da previsão legal (15%), gerando excedente administrativo.

18. Dessa forma, para -correta identificação de seu custeio, torna-se necessária a dedução do excedente administrativo (conta 3.4.1.3), e como é óbvio para não ser tributada a própria contribuição calculada - mister se faz a dedução da provisão do PIS e da COFINS apurados no mês (contas 5281.0103.12, e 5.2.8.1.01.03.13).

19. Nessa linha, por não apresentar natureza típica de custeio administrativo, deduz-se o exigível contingencial referente ao PIS e COFINS (conta 5.3.1.1), que consiste na provisão para autos de infração, e respectivas atualizações.

20. E, para ajuste contábil, a conta Receita Administrativa Previdencial (conta 5.1.), utilizada para reduzir o excedente administrativo, é acrescida ao custeio, para anular seu efeito na exclusão do excedente e - compor a base apenas como receita, apurando-se, assim, o total do custeio administrativo, ou seja, a parcela efetivamente utilizada para gestão da entidade, a ser considerada para fins de tributação.

21. No que concerne à Remuneração dos Investimentos Administrativos e Custeio (conta 6.4.2.3), reitera a Recorrente que não remunera seus investimentos administrativos pelo simples fato de não. possuí-los, utilizando a conta. 6.4.2.3.01 tão-somente para indicar o custeio administrativo do Programa de Investimento, consoante determinação das aludidas normas emanadas da Secretaria de Previdência Complementar - SPC.

22. Registre-se que, em conformidade com o 'Plano de Contas determinado pela Resolução CGPC nº. 05/2002, a Remuneração dos Investimentos Administrativos é

representada pela conta 6.4.2.3.02 sendo que a referida conta não é utilizada no Plano da Recorrente.

23. Apesar da conta 6.4.23.02 registrar "a transferência de recursos para o Programa Administrativo, decorrente do resultado positivo dos investimentos, observada a participação do programa no montante aplicado, quando houver Fundos Administrativos Previdencial e/ou Assistencial disponíveis", este não é o caso da Recorrente que adota Fundo Administrativo Mínimo,

24. Outrossim, quanto a Remuneração dos Investimentos Assistenciais (conta 6.4.2.2), disposta no Anexo à Instrução Normativa SRF no.170/2002, esta conta registra "a transferência de recursos para o Programa Assistencial, decorrente do resultado positivo dos investimentos, observada a participação do programa no montante aplicado", ou seja, definição idêntica à conta 6.4.2.3.02 supracitada.

Destarte, por analogia, as contas em questão devem ter tratamento idêntico no que diz respeito à exclusão da dedução do custeio administrativo".

Por fim, contestou a utilização da Taxa Selic como forma de atualização monetária do crédito tributário.

No essencial, é o Relatório.

Voto

Conselheiro Odassi Guerzoni Filho, Relator

A tempestividade se faz presente pois, cientificada da decisão da DRJ em 20/03/2008, a interessada apresentou o Recurso Voluntário em 19/04/2008. Preenchendo os demais requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido.

Na petição da ação ordinária formalizada pela autuada em juízo, constou:

“16.Requer, pois, a Autora que, reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 3º e de seu parágrafo 1º, da Lei 9.718/98, seja declarado não existir, desde 01 de fevereiro de 1999, qualquer relação jurídica de que resulte esteja ela obrigada ao pagamento seja de PIS, seja de COFINS, e que, portanto, não eram devidos os pagamentos de PIS e Cofins acima referidos, condenando-se a UNIÃO FEDERAL a restituir à Autora a referida importância de R\$1.138.463,01, corrigida monetariamente, acrescida de juros de mora calculados, mediante a taxa SELIC, a partir da data de cada pagamento, facultado à Autora compensar o montante da condenação com quaisquer tributos por ela devidos à UNIÃO FEDERAL, que venham a ser indicados pela própria Autora.”

A Recorrente, escorada em entendimento manifestado pelo Poder Judiciário ainda em Primeira Instância, defende a tese de que não teria renunciado à discussão na esfera administrativa (sobre se o PIS/Pasep e a Cofins são devidos), pelo fato de que, à época em que impetrou a sua ação ordinária, ainda não havia nenhum litígio instaurado, ou seja, não havia ainda sido lavrado o presente auto de infração.

Porém, não assiste razão à Recorrente a teor da Súmula Carf nº 1, consolidada nos termos do artigo 2º da Portaria nº 49, de 1º de dezembro de 2010 (DOU 09/12/2010, Seção I, p. 235), a qual "importa em renúncia às instâncias administrativas a propositura, pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo". (grifei)

Assim, embora na ação judicial a Recorrente não esteja discutindo as exclusões da base de cálculo, discute uma questão maior, qual seja, se está ou não sujeita à incidência das ditas contribuições, situação esta que caracteriza a concomitância de objetos.

Em outras palavras, qualquer resultado que se obtenha na esfera administrativa acerca das exclusões glosadas pelo Fisco nenhum efeito haverá de ter no caso de as pretensões da Recorrente virem a ser acolhidas pelo Poder Judiciário. Por outro lado, em caso de ver seu pleito negado, aí sim, haverá de obter um pronunciamento deste Colegiado acerca dos lançamentos constantes do presente lançamento.

Por isso, voto por converter o presente julgamento em diligência para que a Unidade de origem aguarde o resultado definitivo da ação judicial e somente após remeta o processo para julgamento, devidamente acompanhado de cópia da referida decisão judicial.

(assinado digitalmente)

Odassi Guerzoni Filho