



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n°	10980.000139/2004-52
Recurso n°	128.483 Embargos
Matéria	Cofins - Auto de Infração
Acórdão n°	203-12.358
Sessão de	15 de agosto de 2007
Embargante	ASSOCIAÇÃO BANESTADO
Interessado	ASSOCIAÇÃO BANESTADO

Assunto: Contribuição para o Financiamento da
Seguridade Social - Cofins

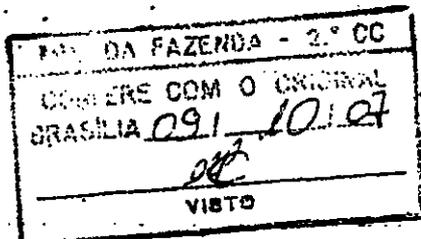
Período de apuração: 01/03/1998 a 30/09/2003

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO SANADA SEM MODIFICAÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. Devem ser acolhidos embargos de declaração contra Acórdão que deixou de conhecer o mérito do Recurso Voluntário, sob a alegação de concomitância de objeto entre as esferas administrativas e judicial, ao final, entretanto, não comprovada.

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Documento entregue ao-actuado, no qual, por lapso do servidor, ficaram em branco as lacunas para o preenchimento de número de páginas, não teve o condão de impedir o pleno conhecimento dos atos infracionais imputados para que exercesse a ampla defesa, esta, aliás, efetuada em relação a todos os tópicos da infração.

PERDA DA ISENÇÃO. TERMO INICIAL. Nos exatos termos do artigo 5º do artigo 32 da Lei nº 9.430, de 1996, o termo inicial para a perda da isenção é a data do fato ou infração que a motivou. No caso, na data em que a entidade passou a exercer atividades desvirtuadas de suas finalidades, nos termos do Ato Declaratório especificamente proferido.

PERDA DA ISENÇÃO. PENALIDADES. MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA. A perda da



isenção remete a entidade à condição de contribuinte comum, não mais isento à incidência dos tributos e contribuições, razão pela qual, na falta de recolhimento dos mesmos seu prazo legal, deve se submeter às penalidades estabelecidas em lei, dentre elas a multa de ofício de 75% e os juros de mora.

BASE DE CÁLCULO. MENSALIDADE DOS ASSOCIADOS. CONCEITO DE RECEITA BRUTA. Caracterizada a infração que motivou a perda da isenção por parte da entidade, suas receitas relativas às *Mensalidades dos Associados* perderam tal condição, revestindo-se, ou, passando a ser consideradas como receitas quaisquer, no caso as de prestação de serviços, e, portanto, dentre as hipóteses de incidência da Cofins.

BASE DE CÁLCULO. VALORES QUE TRANSITARAM PELA CONTABILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. Não tendo sido comprovado o alegado *mero trânsito* pela contabilidade das receitas com o *Telebingão Milionário*, bem como pelo fato de que tal atividade envolveu a aferição de receitas, deve-se manter os valores correspondentes na base de cálculo da contribuição.

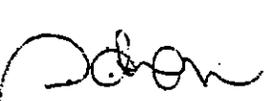
Embargos acolhidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

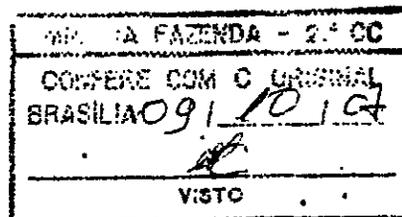
ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em acolher os embargos de declaração, dando-lhes efeitos infringentes, para retificar o Acórdão n.º 203-10.901, passando o resultado do julgamento a ser o seguinte: "*por unanimidade de votos, não se conheceu do recurso em parte, em face da opção pela via judicial e, na parte, conhecida, negou-se provimento ao recurso*".


ANTONIO BEZERRA NETO

Presidente


ODASSI GUERZONI FILHO

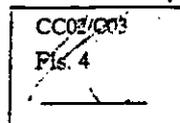
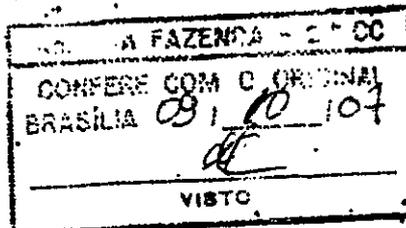
Relator



Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel, Carlos Dantas de Aassis, Eric Moraes de Castro e Silva, Mônica Monteiro Garcia de Los Rios (Suplente), Luciano Pontes de Maya Gomes e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Ausentes os Conselheiros Silvia de Brito Oliveira e Dory Edson Marianelli.

RECEBIDA NA FAZENDA - 2.ª CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 03/10/04
[Assinatura]



Relatório

Trata-se dos Embargos de Declaração de fls. 523/527, interpostos pela interessada contra o Acórdão n.º 203-10.901 (fls. 498/501). Presente a tempestividade.

Reproduzo as considerações por mim postas diante do Presidente esta Terceira Câmara para fins de admissão dos referidos embargos:

"(...).

A embargante alega omissão no Acórdão acima mencionado, que estaria caracterizada pelo fato de que a matéria que discute em ação própria junto ao Poder Judiciário (Ação Declaratória c/c Anulatória de Ato Administrativo) não guarda semelhança com a matéria suscitada em sede de Recurso Voluntário.

Assim, tendo esta Terceira Câmara, por unanimidade de votos, não conhecido o seu recurso em face à opção pela via judicial, entende a embargante que será prejudicada caso seja derrotada na ação judicial, visto que, terá havido a constituição definitiva do crédito tributário deste processo, o que forçosamente, a levará, novamente, ao Poder Judiciário.

De fato.

De um lado, a matéria posta diante do Poder Judiciário, Processo n.º 2003.70.00.083855-2, trata de pedido de antecipação de tutela para suspender os efeitos do Ato Declaratório, Executivo n.º 84, de 11/11/2003, de modo a determinar que a Secretaria da Receita Federal se abstenha de efetuar qualquer exigência em relação à autora, inclusive a lavratura de autos de infração e o direito de continuar sob o benefício da isenção até ulterior determinação. No mérito, pretende ver declarado o seu direito à isenção do IRPJ, da CSLL, do PIS e da Cofins, sob a alegação de que cumpre todos os requisitos exigidos por lei para usufruir tal benefício, declarando improcedentes quaisquer autos de infração lavrados em razão do aludido Ato Declaratório, cuja anulação é pleiteada.

De outro, as matérias que trouxe a esta Terceira Câmara para serem submetidas a julgamento versaram sobre: a) preliminares de nulidade, por conta de apontada falta de elementos fáticos no auto de infração, o que lhe teria causado o cerceamento ao seu direito de defesa, bem como, por conta de vício formal no Auto de Infração, que não teria indicado o correto enquadramento legal; b) o não cometimento de infração alguma enquanto não existente o Ato Declaratório no qual se baseou a infração; o descabimento da aplicação de multa de ofício e de juros por conta da perda do benefício fiscal da isenção; não incidência da Cofins sobre o valor das mensalidades dos associados e das receitas de bingos.

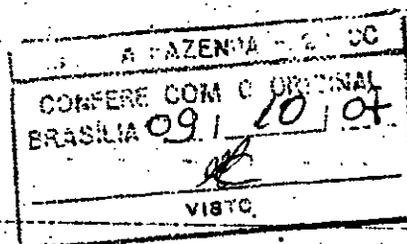
Assim, o pleito da embargante no sentido de que sejam admitidos os presentes embargos mostra-se procedente, haja vista que, em não logrando êxito na sua ação judicial, não terão sido apreciados por este

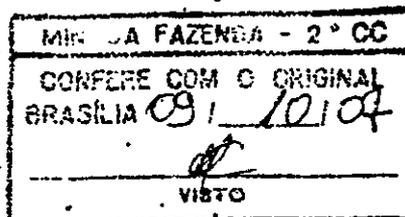
*Colegiado, por omissão, os seus argumentos de defesa não
dirêcionados especificamente à isenção da Cofins.*

*É o meu parecer, Senhor Presidente, desta Terceira Câmara do
Segundo Conselho de Contribuintes, que submeto à sua apreciação”.*

Após parecer favorável ao recebimento dos Embargos, em face da omissão constatada, estes foram admitidos e vieram a esta Câmara para julgamento.

É o Relatório.





Voto

Conselheiro ODASSI GUERZONI FILHO, Relator

A exigência do auto de infração contida neste processo se refere à Cofins dos períodos de apuração compreendidos, ininterruptamente, entre 31/03/1998 à 30/09/2003; no montante de R\$ 2.450.389,22, nele incluído juros moratórios e multa de ofício de 75%. O auto foi lavrado em 12/01/2004 e fundou-se, basicamente, no Ato Declaratório DRF/CTA n.º 84, de 11/11/2003, do Delegado da Receita Federal em Curitiba, que declarou, retroativamente a janeiro de 1998, a suspensão da isenção tributária prevista no artigo 15 da Lei n.º 9.532, de 27 de dezembro de 1997, e, conseqüentemente, a suspensão do tratamento tributário previsto no art. 13, inciso IV, da Medida Provisória n.º 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e da isenção prevista no artigo 14 do mesmo diploma legal.

Este novo julgamento, portanto, em sede de embargos, tratará apenas das questões suscitadas pela recorrente em seu Recurso Voluntário que não estejam afetas à questão da isenção, haja vista tal matéria estar *sub judice*.

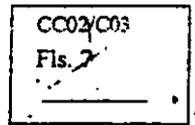
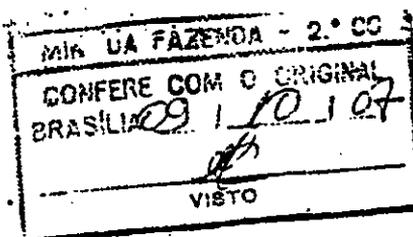
A 3ª Turma da DRJ em Curitiba/PR, por meio do Acórdão n.º 7.021, de 22/09/2004, considerou inteiramente procedente o lançamento, em decisão assim ementada:

"NULIDADE. PRESSUPOSTOS. Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. Contendo o auto de infração descrição dos fatos e enquadramento legal suficientes à perfeita compreensão das razões da autuação, não há que se falar em cerceamento de direito de defesa. ISENÇÃO. NORMAS DE INCIDÊNCIA. DISSOCIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. A isenção, dado que consubstancia simples hipótese legal de exclusão de crédito tributário, não pode ser dissociada da norma de incidência a que se refere, subsistindo essa quando aquela é suspensa, ensejando, inclusive, a aplicação dos juros de mora e da multa de ofício previstos em lei. SUSPENSÃO DE ISENÇÃO. REDISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO PRÓPRIO E DEFINITIVO. INTERPOSIÇÃO DE AÇÃO JUDICIAL. O procedimento que conduz à suspensão de isenção, efetivado por meio de processo próprio e definitivo no âmbito administrativo, que, além disso, encontra-se questionado pela contribuinte em ação judicial, não é passível de ser rediscutido em processo administrativo de exigência de crédito tributário".

Nulidades

Despropositada a argumentação da recorrente de ter havido cerceamento de direito de defesa em face de lacunas existentes no texto do auto de infração, indicativas da localização dos documentos que menciona. Mais despropositada ainda é a sua alegação de que a ausência de numeração no Auto de Infração teria também dificultado a sua defesa.

Não há confusão alguma no Auto de Infração capaz de cercear o direito de defesa. Os documentos que diz não saber onde se encontram no processo e que nem lhe teriam



sido entregues são o Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal e os demonstrativos das bases de cálculo.

Na verdade, tais alegações da recorrente decorrem do fato de a auditora encarregada do procedimento fiscal ter entregue cópias dos referidos documentos nas quais, de fato, deixou de preencher à mão as lacunas propositadamente deixadas em branco quando de sua elaboração, pelo simples fato de, até então, não ter formado o processo administrativo e, portanto, não saber exatamente quais seriam os números de página que referidos documentos ocupariam no processo.

Evidentemente que tal procedimento não é recomendável, mas tal falha não se repete no processo administrativo, onde estão sim preenchidas as lacunas com os números das páginas a que se referem os documentos. Assim, o Termo de Encerramento se encontra às fls. 100/104, devidamente datado e assinado por responsável pela autuada e os demonstrativos da base de cálculo estão às fls. 48/62, 65/67, e 70/75.

Ademais, como se verá adiante, a defesa da recorrente quanto ao mérito da autuação, está mais que a evidenciar que não houve a falta de qualquer embaraço na sua realização, motivo pelo qual, a decisão da DRJ não deve ser reformada no que se refere à nulidade suscitada.

Mérito

Ausência de infração

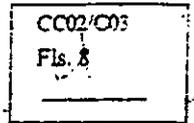
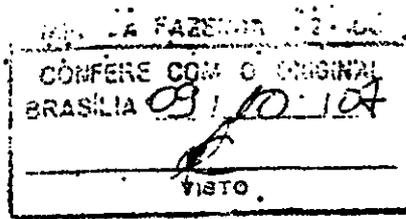
Alega a recorrente não ter incorrido em infração aos dispositivos legais mencionados pela fiscalização, visto que, se deixou de recolher a Cofins durante os períodos apontados, assim o procedeu porque estava amparada nos dispositivos legais que lhe garantiam a isenção da incidência. Em outras palavras, não devia obediência aos dispositivos legais que diz o fisco ter ela infringido. Alega ainda não ter o auto de infração feito qualquer menção à Lei 9.430, de 1996, "*combinada com os artigos 13 a 15 da Lei nº 9.532, de 1997*".

Alega que os julgadores de primeira instância não compreenderam a sua argumentação constante da peça impugnatória e que a exigência da Cofins só teria cabimento a partir da decretação da perda da isenção.

Tais argumentos não prosperam. Primeiro, porque, ao contrário do que afirma a recorrente, há a menção expressa no citado Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal de fls. 100/104 do artigo 15 da Lei nº 9.532/97 e dos artigos 13 e 14 da MP nº 2.158-35, que tratam da isenção que lhe foi suspensa.

Segundo, que a recorrente não alcançou o sentido exato do parágrafo 5º do artigo 32 da Lei nº 9.430, de 1996, que, define como termo inicial para a suspensão da isenção, a data da prática da infração. Ora, pergunto: qual a infração cometida pela Associação Banestado para perder a sua isenção? *Resposta*: a prática de atividades econômicas envolvendo terceiros, que não seus associados, que acabaram por desvirtuar as finalidades para as quais fora constituída. Quando se deu tal prática? *Resposta*: No início do ano de 1998.

Logo, a partir do momento em que a Associação cometeu a "infração" que deu azo à suspensão do benefício fiscal do qual gozava, isto é, no início de 1998, e, tendo em vista



a edição do Ato Declaratório com efeitos retroativos até tal data, passou a sujeitar-se, desde então, 1988, às regras legais válidas para todos os contribuintes da Cofins.

Daí ter havido sim infração àqueles dispositivos legais mencionados pelo fisco no auto de infração, visto que, então obrigada a recolher a Cofins, deixou de fazê-lo.

De outra parte, a teor do artigo 9º do Decreto nº 70.235, de 1972, é o Auto de Infração o instrumento legal cabível para a formalização de exigência de crédito tributário.

Perda da isenção cumulada com aplicação de multa de ofício e de juros moratórios

Entende a recorrente que já fora punida com a perda da isenção e que, portanto, na pior das hipóteses, estaria sujeita apenas ao recolhimento da Cofins em função dessa perda, mas que não haveria base legal para a exigência de multa e de juros moratórios. Sua premissa é de que não há previsão legal para a cobrança de tributos pretéritos à perda da isenção com multa.

Valem aqui os mesmos argumentos por mim utilizados no tópico anterior, ou seja, ao perder a isenção, por meio de Ato Declaratório que fixou tal efeito retroativamente a janeiro de 1998, ficou a recorrente totalmente desprotegida daquele benefício e, conseqüentemente, como as demais contribuintes da Cofins, sujeita às regras de recolhimento de tal contribuição, dentre as quais as que prevêem a incidência de multa de ofício de 75% e dos juros de mora quando, em procedimento de ofício, for apurada a falta de recolhimento.

Base de Cálculo da Contribuição

- Mensalidades dos associados

Primeiramente, a recorrente questiona a inclusão na base de cálculo da contribuição dos valores das *receitas de mensalidades*; a uma, porque tal rubrica não se insere no conceito de faturamento que vigorou sob a égide da Lei Complementar nº 70/91, isto é, antes do alargamento da base de cálculo trazido pelo artigo 3º da Lei nº 9.718/98, com vigência apenas a partir de fevereiro de 1999; a duas, porque, diferentemente do que considerou a fiscalização, as mensalidades de associados não podem ser tomadas como sendo equivalentes a receitas de prestação de serviços, pois falta àquelas as características inerentes a esta relação jurídica, quais sejam, o contratante, o contratado, o objeto, o preço e o prazo do contrato.

Entendo que não há reparo a ser feito no posicionamento adotado pela DRJ quanto a este tema. Ocorre que, tendo sido retirado o gozo do benefício da isenção da Associação Banestado, as receitas recebidas, ainda que de seus associados, têm natureza contraprestacional, haja vista que passou a recorrente a ser tratada pela legislação como uma outra qualquer, não mais como uma entidade voltada unicamente para seus associados. Assim, tais receitas devem ser mesmo consideradas como de prestação de serviços.

Como bem destacado no Acórdão recorrido, o item 3 do Parecer CSTN nº 162, de 11 de setembro de 1974, diz que, *verbis*: " (...), por serem as isenções do art. 25 do Regulamento do Imposto de Renda/66 de caráter subjetivo, não podem elas, na ausência de disposição legal, abranger alguns rendimentos e deixar de fazê-lo em relação a outros da mesma beneficiária. Conclui-se que, desvirtuada a natureza das atividades ou tornados

diversos o caráter dos recursos e condições de sua obtenção, elementos nos quais se lastreou a autoridade para reconhecer o direito ao gozo da isenção, deixa de atuar o favor legal".

Assim, por não mais se revestirem as receitas de mensalidade em meio de subsistência da recorrente, devem permanecer incluídas na base de cálculo da Cofins.

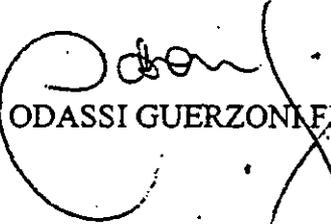
- "Telebingão Milionário

Alega a recorrente que os valores relativos a essa operação apenas transitaram pela sua contabilidade e que, portanto, devem ser excluídos da base de cálculo da contribuição.

Entretanto, consoante bem explicitado pela DRJ em seu voto, esse tipo de operação, especificamente envolvendo a recorrente e a empresa promotora do bingo, tratou-se de atividade econômica como uma outra qualquer, em que se apuram receitas e despesas, não se vislumbrando a hipótese de ter ocorrido o mero trânsito na contabilidade, até mesmo por falta de comprovação por parte da recorrente nesse sentido.

Em face de todo o exposto, conheço dos embargos para rejeitá-los na sua totalidade.

Sala das Sessões, em 15 de agosto de 2007


ODASSI GUERZON FILHO

