



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

Processo nº 11516.003498/2006-72
Recurso nº 11.516.003498200672 Voluntário
Acórdão nº **3401-01.677 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 25 de janeiro de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - PIS E COFINS (CUMULATIVIDADE) - AÇÃO JUDICIAL - ATOS COOPERADOS - RECEITAS FINANCEIRAS - DECADÊNCIA PARCIAL DE OFÍCIO
Recorrente COOPERATIVA ALIANÇA - COPERALIANÇA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 30/09/2001 a 30/11/2001

DECADÊNCIA. PAGAMENTO ANTECIPADO. CINCO ANOS CONTADOS DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.

Segundo o disposto no artigo 116 do Decreto nº 2.637, de 1998, que aprovou o Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados, o direito de constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, quando tendo o sujeito passivo antecipado o pagamento do imposto, a autoridade administrativa não homologar o lançamento, salvo se tiver ocorrido dolo, fraude ou simulação (Lei nº 5.172, de 1966, art. 150, § 4º). Aplicação ainda, do art. 62-A, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, com as alterações da Portaria MF nº 586, de 21/12/2010, em face do entendimento do STJ a respeito da matéria. No caso, atingidos pela decadência os períodos de apuração anteriores ao segundo decêndio de 1996.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 31/12/2001 a 30/06/2006

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA DE OBJETO. RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. SÚMULA CARF Nº 1.

Importa 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. No caso, o Mandado de Segurança, que teve sentença transitada em julgado desfavoravelmente às pretensões da impetrante, versou sobre suposta ilegalidade da MP nº 1.858/99, sobre a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 31/12/2001 a 30/06/2006

PIS/PASEP. COOPERATIVAS. INCIDÊNCIA.

A contribuição para o PIS devida pelas sociedades cooperativas deve ser calculada com base no faturamento mensal, que corresponde à receita bruta conforme definida no art. 3.º da Lei n.º 9.718, de 1998, permitindo-se, estritamente, as exclusões previstas na legislação vigente à época dos fatos geradores.

Recurso Voluntário provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial em relação ao lançamento de PIS/Pasep para reconhecer, **de ofício**, a decadência parcial; em afastar o alargamento e, quanto **à Cofins**, também por unanimidade de votos, em negar provimento por concomitância

Júlio César Alves Ramos - Presidente

Odassi Guerzoni Filho - Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Ângela Sartori, Odassi Guerzoni Filho, Fernando Marques Cleto Duarte e Adriana Oliveira e Ribeiro.

Relatório

O presente processo trata de auto de infração cientificado ao sujeito passivo em 04/12/2006 referente à constituição de crédito tributário [principal, juros de mora e multa de ofício de 75%] para a exigência do PIS/Pasep e da Cofins (regime da cumulatividade) que teriam sido recolhidos a menor para os períodos de apuração compreendidos entre setembro de 2001 e junho de 2006.

De acordo com o *Termo de Encerramento da Ação Fiscal*, parte integrante e indissociável do auto de infração, às fls. 293/297, a autuada, uma cooperativa que tinha como objetivo principal o serviço de distribuição, geração, comercialização de energia elétrica e construção, manutenção e operação de linhas de transmissão e distribuição aos seus associados, teria recolhido o PIS/Pasep e a Cofins somente sobre a folha de pagamento e sobre a receita bruta dos valores das vendas com não cooperados, de maneira, diz o Fisco, que os demais valores faturados teriam ficado à margem da tributação e sequer teriam sido declarados em DCTF.

Consta ainda do referido Termo a informação do trânsito em julgado de sentença proferida em sede de mandado de segurança negando o pedido da autuada para que esta não fosse compelida ao recolhimento da Cofins com base nas regras da MP nº 1.858/99 e reedições, bem como que não se sujeitasse à alíquota de 3% da referida contribuição e ao alargamento da base de cálculo introduzido pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998. Não integra os autos a cópia da referida decisão judicial.

Apreciando os termos da impugnação a 10ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em SP I, manteve integralmente o lançamento em decisão assim ementada:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/09/2001 a 30/06/2006

PIS. SOCIEDADES COOPERATIVAS. INCIDÊNCIA. A contribuição para o PIS devida pelas sociedades cooperativas deve ser calculada com base no faturamento mensal, que corresponde à receita bruta conforme definida no art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, permitindo-se, estritamente, as exclusões previstas na legislação vigente à época dos fatos geradores.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Período de apuração: 01/09/2001 a 30/06/2006 ALEGAÇÕES DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. Em virtude do princípio da unicidade da jurisdição, não cabe à esfera administrativa apreciar matéria que foi objeto de pronunciamento definitivo por parte do Poder Judiciário.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido"

No Recurso Voluntário e especificamente em relação à Cofins a Recorrente pede que sua argumentação versando sobre a não incidência da Cofins nos atos cooperados seja levada em conta não obstante a existência da decisão judicial transitada em julgado em seu desfavor. Entende ela que deveria prevalecer a verdade material.

Para ambas as exigências – PIS/Pasep e Cofins – argumentou que as cooperativas não “faturam” e que somente procedem as atividades básicas em favor de seus cooperados, de sorte que, a seu ver, o ato cooperativo não implicaria numa operação de mercado e nem num contrato de compra e venda de mercadorias em face da ausência de intenção de lucro. Dai, conclui, não serem devidas as ditas contribuições sobre os atos com seus cooperados.

Alegou também que a revogação da isenção da Cofins que estava prevista na Lei Complementar nº 70/91, o que se deu pela MP 1.858-9, feriria o princípio constitucional da hierarquia das leis.

Ad argumentandum, entende que, ao menos a partir da vigência da Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004, não seriam devidas as contribuições ao PIS/Pasep e à Cofins.

Por fim, e, em relação à inclusão na base de cálculo de ambas as contribuições, das Receitas Financeiras, invocou o entendimento do STF quanto à inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, para pugnar pelo cancelamento da exigência fundada nessa rubrica.

No essencial, é o Relatório.

Voto

Conselheiro Odassi Guerzoni Filho, Relator

A tempestividade se faz presente pois, cientificada da decisão da DRJ em 30/03/2011, a interessada apresentou o Recurso Voluntário em 20/04/2011. Preenchendo os demais requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido, exceto na parte em que caracterizada a concomitância de objeto consoante explicitado abaixo.

Concomitância de objeto

A **Súmula Carf nº 1**, consolidada no Anexo III da Portaria CARF nº 106, de 21 de dezembro de 2009, dispõe que "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".

No caso, de não se conhecer do Recurso Voluntário na parte em que o mesmo versa sobre os temas já submetidos ao crivo do Poder Judiciário, quais sejam: não incidência da **Cofins** nos atos cooperados; malferimento ao princípio da hierarquia das leis, em face de ter sido uma medida provisória o dispositivo legal utilizado para a revogação da isenção da Cofins prevista no art. 6º da Lei Complementar nº 70/91; e a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998.

PIS/Pasep e MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Na parte conhecida, e, apenas no que toca à exigência relacionada ao PIS/Pasep, porquanto referida matéria não fez parte da ação judicial que ensejou a caracterização da concomitância, de se reconhecer, de ofício, a **decadência** para os lançamentos correspondentes aos períodos de apuração de setembro, outubro e novembro de 2001, em face do transcurso de cinco anos contados da ocorrência dos respectivos fatos geradores.

É que, conforme afirmado pela autoridade lançadora, a autuada efetuara recolhimentos a título de PIS/Pasep apenas com base na sua folha de pagamento, caracterizando-se, desta forma, a existência de pagamentos antecipados, condição essa que determina o dispositivo legal a ser adotado para fins de determinação do termo inicial de contagem do referido prazo de cinco anos: se o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, ou o inciso I, do art. 173, do mesmo Código.

Essa questão, antes controversa, já restou pacificada neste Colegiado, por força do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, introduzido pela Portaria MF nº 586, de 2010, segundo o qual as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

E sobre a aplicação daqueles dois dispositivos do CTN, o STJ vem adotando o seguinte posicionamento (contido no RE nº 973.733):

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo ocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do *Codex* Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. *In casu*, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação *ex lege* de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

Tem-se, então, como já dito acima, que a aplicação, ora do art. 150, ora do art. 173, depende da existência ou não de pagamento antecipado, o que, no presente caso, ocorreu.

Desta forma, pela regra do § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, foram atingidos pela decadência os lançamentos dos períodos de apuração de setembro, outubro e novembro de 2001, porquanto a ciência do auto de infração se deu somente em 4/12/2006.

De se cancelar, pois, os lançamentos do PIS/Pasep relacionados aos períodos de apuração de setembro, outubro e novembro de 2001 em face da decadência.

Em face do entendimento pacificado no STF de que, na vigência da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, o PIS/Pasep e a Cofins só podem se fazer incidir sobre o montante do faturamento, assim considerado apenas o produto da venda de mercadorias de bens e/ou serviços; nada além disso. Senão, vejamos o julgado no Recurso Extraordinário 346.084 – Paraná, Relatoria Ministro Ilmar Galvão:

“CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – Pis – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98/98. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-se à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas,

independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.”

A par disso, de se considerar que partir da Portaria MF nº 586, de 2010, que introduziu o art. 62-A no Regimento Interno do CARF, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

De se afastar, pois, da autuação, a incidência do PIS/Pasep sobre as receitas outras que não aquelas decorrentes da venda de mercadorias e/ou serviços.

PIS/Pasep sobre atos cooperados

Conforme bem o disse a decisão recorrida, mostra-se inócua a discussão acerca da incidência do PIS/Pasep sobre as vendas efetuadas pelas cooperativas aos seus cooperados porquanto a legislação que rege a matéria, inclusive voltada especificamente para esse tipo de pessoa jurídica, tracejou claramente as hipóteses de incidência, isenções e as exclusões, de sorte que mostra-se correto o procedimento do Fisco ao exigir os valores obtidos a partir do seu faturamento.

Adoto, pois, como razão de decidir, os argumentos dispostos pela instância recorrida, inclusive o de que o art. 30 da Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004, não se aplica ao presente caso, pois não estamos diante de uma sociedade cooperativa de crédito.

Nego, pois, provimento ao recurso.

Conclusão

Em face de todo o exposto, não conheço do Recurso Voluntário na parte em que caracterizada a concomitância de objeto, e, na parte conhecida, reconheço, de ofício, a decadência do lançamento relacionado aos períodos de apuração de setembro, outubro e novembro de 2001; dou provimento para que seja afastada da incidência do PIS/Pasep as outras receitas que não as inseridas no conceito de faturamento; e nego provimento ao recurso na parte em que relacionado à incidência do PIS/Pasep sobre os atos com os cooperados.

Odassi Guerzoni Filho