



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 13808.000353/2002-36
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9303-001.418 – 3ª Turma
Sessão de 04 de abril de 2011
Matéria COFINS
Recorrente SOCIEDADE DE CULTURA ARTÍSTICA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/10/2001

CONCOMITÂNCIA.

A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - por qualquer modalidade processual-, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto.

Recurso Especial do Contribuinte Não Conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do recurso especial, nos termos do voto da Redatora-Designada. Vencida a Conselheira Judith do Amaral Marcondes Armando (Relatora), que dava provimento parcial ao recurso. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Susy Gomes Hoffmann.

Henrique Pinheiro Torres - Presidente Substituto

Antonio Carlos Atulim - Redator *ad hoc*

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Nanci Gama, Susy Gomes Hoffmann, Judith do Amaral Marcondes Armando, Gilson Macedo Rosenberg Filho, Rodrigo da Costa Pôssas, Gileno Gurjão Barreto, Maria Teresa Martínez López, Rodrigo Cardozo Miranda e Antonio Carlos Atulim e Henrique Pinheiro Torres.

Relatório

Segundo a fiscalização, o contribuinte obteve nos autos do mandado de segurança nº 1999.61.00.014705-6 a concessão de segurança para recolher a COFINS com base na Lei Complementar nº 70/91.

A fiscalização lavrou o auto de infração sem a multa de ofício e com exigibilidade suspensa, para constituir o crédito tributário relativo à COFINS sobre as receitas financeiras e sobre outras receitas operacionais nos períodos de apuração compreendidos entre fevereiro de 1999 e outubro de 2001.

Por meio do Acórdão 204-02.776 a Quarta Câmara do antigo Segundo Conselho de Contribuintes negou provimento ao recurso voluntário. O julgado recebeu a seguinte ementa:

"COFINS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.

INEXISTÊNCIA DE BASE LEGAL PARA A SUSPENSÃO DE SEU CURSO. A simples interposição de ação judicial por parte do contribuinte não tem como efeito a impossibilidade de o Fisco efetuar o lançamento, com a exigibilidade suspensa, objetivando prevenir a decadência de o direito de a Fazenda Nacional constituir seus créditos.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. Tributos e contribuições não pagos ou pagos fora do prazo de vencimento sujeitam-se à incidência de juros de mora, ainda que os créditos tributários lançados estejam com a exigibilidade suspensa por força de sentença concedendo a segurança proferida pelo Judiciário.

CONSECTÁRIOS LEGAIS. É cabível a exigência, no lançamento de ofício, de juros de mora calculados com base na variação acumulada da Selic.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. Às instâncias administrativas não competem apreciar vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

INSTITUIÇÕES DE CARÁTER CULTURAL SEM FINS LUCRATIVOS. BASE DE CÁLCULO. As instituições de caráter cultural sem fins lucrativos estão isentas da Cofins apenas no que tange às receitas advindas de atividades próprias da entidade, quais sejam, aquelas decorrentes de atividades constantes dos seus objetivos sociais. As demais receitas obtidas devem sofrer a tributação da contribuição.

CONCOMITÂNCIA NA ESFERA JUDICIAL E ADMINISTRATIVA. Tratando-se de matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário, não se conhece da impugnação, por ter o mesmo objeto da ação judicial, em respeito ao princípio da unicidade de jurisdição contemplado na Carta Política.

Recurso negado.

Regularmente notificado do referido acórdão, o contribuinte interpôs recurso especial de divergência, alegando, em síntese, que o entendimento do acórdão recorrido é equivocado, pois a não incidência da COFINS alcança não só as receitas das atividades próprias, mas também todos os valores recebidos e que sejam aplicados no desenvolvimento de suas atividades. Alegou divergência de interpretação do art. 14, X, da MP 1.858-6/99 em relação ao paradigma 201-80.214.

Por meio do despacho 3400-634 o presidente da câmara recorrida admitiu o recurso especial.

Regularmente notificada, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões, agindo, em preliminar, a concomitância com o processo judicial e requerendo o não conhecimento do recurso. No mérito, pugnou pela manutenção do acórdão recorrido, pois a isenção da COFINS não alcança as receitas de cunho contraprestacional.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Antonio Carlos Atulim, Redator *ad hoc*

Nos termos do art. 17, III, do RICARF¹, incumbiu-me o Senhor Presidente do Colegiado de formalizar os votos vencido e vencedor do Acórdão 9303-001.418, em virtude da relatora originária, Conselheira Judith do Amaral Marcondes Armando ter se aposentado antes da formalização e assinatura deste acórdão.

Sendo assim, adoto o voto vencido entregue à secretaria da CSRF pela relatora originária, *in verbis*:

"Aprecio Recurso de Sociedade de Cultura Artística, em boa forma.

Conforme apreciado pelo Presidente da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento deste CARF, às fls. 677 e verso, em argumentação que acolho como minha, foi reconhecida a divergência de julgamento sobre matéria semelhante.

Assim, passo ao enfrentamento da questão.

¹ Art. 17. Aos presidentes de turmas julgadoras do CARF incumbe dirigir, supervisionar, coordenar e orientar as atividades do respectivo órgão e ainda:

(...)

III - designar redator *ad hoc* para formalizar decisões já proferidas, nas hipóteses em que o relator original esteja impossibilitado de fazê-lo ou não mais componha o colegiado;

Em preliminar, não acato os argumentos da Fazenda Nacional quanto à concomitância alegada.

Naturalmente, o que vem em contrarrazões não é de enfrentamento obrigatório pelo relator. Nada obstante, tenho por princípio enfrentar qualquer matéria que possa ser objeto de divergência por ocasião das discussões.

Assim, cumpro-me destacar que o auto de infração foi lançado para prevenir a decadência e, portanto, seu conteúdo deve ser analisado a fim de que, na possibilidade de vir a ser executado, não parem máculas quanto ao seu conteúdo.

Quanto ao mérito, refiro-me agora ao recurso do contribuinte.

A matéria que nos vem para apreciar é o conceito, ou melhor, o alcance do conceito do que seja atividade própria da associação.

Entendeu a Câmara *a quo* que:

as instituições de caráter cultural, sem fins lucrativos estão isentas da COFINS apenas no que tange às receitas advindas de atividades próprias da entidade, quais sejam, aquelas decorrentes de atividades constantes dos seus objetivos sociais.

.....

De fato, é esse o preceito legal contido no art. 13, da MP 2.158, de 2001.

Entretanto, ao observarmos o teor da norma, vemos que restou algo de subjetivo para interpretar o alcance de “atividades próprias das entidades a que se refere o art. 13”.

Dito artigo refere-se em seu parágrafo IV às instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural, científico e as associações a que se refere o art. 15, da Lei nº 9.532, de 1997, quando se tratar de imposto de renda e contribuição social sobre o lucro líquido, o que não se aplica no presente caso.

Ficamos assim em torno do entendimento do que sejam atividades próprias da entidade.

Primeiramente, em países onde o mercado financeiro existe como atividade lícita, a aplicação dos recursos próprios de uma empresa não só podem, como em determinadas situações conjunturais, devem ser aplicados. Evidentemente que pelo fato de ser uma atividade de risco para o aplicador é de se esperar que seja permitido ao administrador valer-se de tal mecanismo para preservar o patrimônio da instituição, quando não vedado pela mesma em seus estatutos. Nada sendo mencionado nesse sentido, entendo ser decisão do administrador, em sintonia com sua responsabilidade funcional, aplicar ou não os recursos no mercado financeiro.

Assim, sendo empresa, ainda que filantrópica, percebe-se que tal fato não a retira do mundo real, onde se sabe, a sobrevivência econômica precede os objetivos sociais.

Não entendo que minha apreciação se afaste das determinações contidas nas normas de regência. Ocorre que, no meu modesto entender tal não ocorre, uma vez que a norma refere-se aos objetivos sociais da empresa, não mencionando que a mesma deva abster-se de praticar ações próprias de empresas liberais, de qualquer natureza, lícitas e necessárias à consecução dos objetivos sociais.

Por outro lado, verificando o estatuto da Sociedade vemos que a promoção da arte em geral, tanto nacional quanto estrangeira, faz parte de suas tarefas precípuas.

E sendo assim, as receitas decorrentes da venda de livros não podem ser alcançadas porque expressam uma forma de promoção da arte literária, tanto quanto o teatro, os concertos, e todas as demais manifestações de arte.

Vemos também que vender livros é o mesmo que vender ingressos para teatro, recital, outras formas de manifestação de arte, pelas quais se pagam ingressos, ou se recebem alimentos a serem doados – existe, portanto, uma contraprestação permitida, e necessária.

Da mesma forma, a locação de piano, salvo melhor entendimento, não pode ocorrer senão para usá-los na expressão da arte musical, ou no incentivo à formação e aprimoramento de artistas.

Já as receitas de aluguel de espaço para bar, de fato, não é atividade compatível com o objetivo da entidade, que não comprovou tratar-se de expressão da arte da 4 gastronomia, e que a racionalidade não nos leva a pensar em algo maior do que cafés, baleiros, e similares, e onde o resultado das vendas é privativo do locatário, e não aplicada nos objetivos da empresa.

Na esteira do argumentado, voto por dar parcial provimento ao recurso interposto, para excluir da base de cálculo da tributação da COFINS as vendas de livros e os aluguéis de instrumentos musicais, bem assim as aplicações financeiras, mantendo na base de cálculo da cofins a receita de aluguel do espaço de bar.

Antonio Carlos Atulim

Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Carlos Atulim, Redator *ad hoc*

Nos termos do art. 17, III, do RICARF², incumbiu-me o Senhor Presidente do Colegiado de formalizar o voto vencedor do Acórdão 9303-001.418, em virtude da redatora designada, Conselheira Susy Gomes Hoffman, ter deixado o CARF sem apresentar o voto vencedor.

Conforme se verifica nos autos, trata-se de lançamento de ofício com o objetivo de prevenir a decadência, pois o contribuinte excluiu das bases de cálculo da contribuição, a partir de fevereiro de 1999, as receitas financeiras e outras receitas operacionais com amparo em decisão judicial.

² Art. 17. Aos presidentes de turmas julgadoras do CARF incumbe dirigir, supervisionar, coordenar e orientar as atividades do respectivo órgão e ainda:

(...)

III - designar redator ad hoc para formalizar decisões já proferidas, nas hipóteses em que o relator original esteja impossibilitado de fazê-lo ou não mais componha o colegiado;

O contribuinte discute no Poder Judiciário a base de cálculo da COFINS estabelecida pelo art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98 e obteve tutela que lhe garantiu o direito de efetuar os recolhimentos com base na Lei Complementar nº 70/91.

Sendo assim, se a decisão judicial derradeira mantiver a segurança concedida no sentido de que o contribuinte deve se submeter ao recolhimento com base na Lei Complementar nº 70/91, a autuação será considerada improcedente e nada será devido pelo contribuinte a esse título.

Entretanto, o objeto do recurso especial é afastar essa autuação sob alegação de que as receitas da instituição, independentemente de quais sejam, estão excluídas da base de cálculo da COFINS se forem aplicadas nas atividades-fim da instituição.

Conforme bem apontou a ilustre Procuradora da Fazenda Nacional em sede de contrarrazões, é inequívoca a existência de concomitância com o processo judicial no caso concreto. Isso porque a ação judicial recai sobre o mesmo objeto do processo administrativo.

Pouco importa que o argumento da isenção não tenha integrado a causa de pedir da ação judicial, pois no caso incide o mandamento contido no art. 474 do CPC:

Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

Sendo assim, a opção pela via judicial impede o contribuinte de discutir a autuação na via administrativa, nos exatos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, *in verbis*:

Art 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. *A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.*

(grifei)

Interpretando este dispositivo legal, o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou:

Recurso Especial nº 24.040-6-RJ (92.0016244-4) (DJU 16/10/1995)

EMENTA: *Tributário. Ação declaratória que antecede a autuação. Renúncia ao poder de recorrer na via administrativa e desistência do recurso interposto.*

I- *O ajuizamento de ação declaratória que antecede a autuação impede o contribuinte de impugnar administrativamente a mesma autuação interpondo os recursos cabíveis naquela esfera.*

Ao entender de forma diversa, o acórdão recorrido negou vigência ao art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830, 22.09.80.

II- Recurso Especial conhecido e provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 7.630-RJ (91.012831) (DJU 22/04/1991)

EMENTA:TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXIGÊNCIA FISCAL QUE HAVIA SIDO IMPUGNADA POR MEIO DE MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO, RAZÃO PELA QUAL O RECURSO MANIFESTADO PELO CONTRIBUINTE NA ESFERA ADMINISTRATIVA FOI JULGADO PREJUDICADO, SEGUINDO-SE INSCRIÇÃO DA DÍVIDA E AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO.

Hipótese em que não há falar-se em cerceamento de defesa e, conseqüentemente, em nulidade do título exequendo.

Interpretação da norma do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, que não faz distinção, para os efeitos nela previstos, entre ação preventiva e ação proposta no curso do processo administrativo.

Recurso provido.

Vale a pena transcrever excerto do voto do relator no Resp. nº 7.630-RJ, Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão, *verbis*:

"(...) Como ficou visto, os agentes fiscais do Estado efetuaram lançamento fiscal contra a Recorrida, instaurando-se processo contencioso administrativo, o qual já se achava no Conselho de Contribuintes, para julgamento de recurso contra a Fazenda, quando se apercebeu esta de que o contribuinte havia impetrado mandado de segurança visando exonerar-se da obrigação fiscal em tela, razão pela qual o recurso foi considerado prejudicado e o lançamento definitivamente constituído, inscrevendo-se a dívida ativa e iniciando-se a execução.

Na verdade, havia o Recorrido tentado por-se a salvo da autuação, por meio de mandado de segurança impetrado antes do lançamento, o qual, aliás, foi extinto sem apreciação do mérito.

Defendendo-se agora na execução, alega nulidade do título que a embasa, ao fundamento de ausência do julgamento de seu recurso.

Não tem razão, entretanto. Com efeito, havendo atacado, por mandado de segurança, ainda que preventivo, a legitimidade da exigência fiscal em tela, não havia razão para julgamento de recurso administrativo, do mesmo teor, incidindo a regra do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, segundo a qual, a impugnação da exigência fiscal em juízo "importa em renúncia

ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto".

Em tais circunstâncias, abrevia-se a ultimação do processo administrativo que, mediante a inscrição do debitum, dá ensejo à execução forçada em juízo. Embargada esta, corre o processo em apenso ao da primeira ação, para julgamento simultâneo, em face da conexão, na forma do art. 105 do CPC.

Trata-se de medida instituída em prol da celeridade processual, e que, por outro lado, nenhum prejuízo acarreta para o contribuinte devedor.

Com efeito, se a decisão judicial lhe foi favorável, a execução resultará trancada; e se desfavorável, não terá retardado injustificadamente a realização do crédito fiscal.

A circunstância de a exigência fiscal ter sido impugnada antes, ou depois, da autuação, não tem relevância, de vez que, em qualquer hipótese, produzirá a sentença os efeitos descritos.

O que não faz sentido é a invalidação do título exequendo pelo único motivo de não haver o contribuinte logrado um pronunciamento sobre o mérito, no julgamento da ação, sabendo-se que poderá obtê-lo por via dos embargos, sem que se possa falar, por isso, em nulidade processual, notadamente cerceamento de defesa. (...)"

Como se pode verificar, para os fins do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, é irrelevante que a propositura da ação judicial ocorra antes ou depois da autuação e que o processo judicial se extinga com ou sem julgamento de mérito.

Com esses fundamentos, voto no sentido de não tomar conhecimento do recurso do contribuinte em virtude de concomitância com o processo judicial.

Antonio Carlos Atulim