



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

Processo nº 15540.000842/2008-97
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1401-001.129 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de fevereiro de 2014
Matéria COFINS
Recorrente UNIMED DE NOVA FRIBURGO SOCIEDADE COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2003

OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL.

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, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

NULIDADE. DEVER DE CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO PELO LANÇAMENTO.

No caso de o enfrentamento das questões na peça de defesa denotar perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento não há que se falar em nulidade do ato em litígio.

Cabe ao Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, na atribuição do exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil em caráter privativo, no caso de verificação do ilícito, constituir o crédito tributário, cuja atribuição é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

PRODUÇÃO DE PROVAS. ASPECTO TEMPORAL.

A peça de defesa deve ser formalizada por escrito incluindo todas as teses de defesa e instruída com os todos os documentos em que se fundamentar, sob pena de preclusão, ressalvadas as exceções legais.

DECADÊNCIA. TERMO INICIAL.

Em se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação, o prazo decadencial se rege pela regra do inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional se verificada a inexistência do pagamento antecipado.

COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE OS ATOS COOPERATIVOS.

A legislação tributária vigente determina que a totalidade da receita bruta, ou seja, os ingressos, a receita da atividade e as outras receitas, entre no cômputo das bases de cálculo da COFINS, independente da natureza do ato, cooperativo ou não-cooperativo, uma vez que a isenção anteriormente prevista Lei Complementar nº 70, de 1991, artigo 6º, inciso I, foi revogada, observado ainda o disposto na Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, artigo 15, e na Medida Provisória nº 101, de 2002, artigo 1º, convertida na Lei nº 10.676, de 2003.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado por unanimidade de votos, conhecer do recurso em parte, em face da opção pela via judicial e, na parte conhecida, afastar a decadência e NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Presidente e Redator para Formalização do

Acórdão

Considerando que o Presidente à época do Julgamento não compõe o quadro de Conselheiros do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) na data da formalização da decisão, e as atribuições dos Presidentes de Câmara previstas no Anexo II do RICARF (Regimento Interno do CARF), a presente decisão é assinada pelo Presidente da 4ª Câmara/1ª Seção André Mendes de Moura em 16.09.2015. Da mesma maneira, tendo em vista que o relator Maurício Pereira Faro não integra o quadro de Conselheiros do CARF, o Presidente André Mendes de Moura será o responsável pela formalização do acórdão como Presidente e redator.

Participaram do julgamento os conselheiros Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Mauricio Pereira Faro, Antonio Bezerra Neto, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Sérgio Luiz Berra Presta e Jorge Celso Freire da Silva (Presidente à Época do Julgamento).

Relatório

Trata-se de recurso interposto pelo contribuinte contra acórdão que julgou procedente o auto de infração. Por bem resumir a questão ora examinada, adoto e transcrevo o relatório do órgão julgador *a quo*:

Trata o presente processo de auto de infração de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins (fls. 08/32), lavrado contra o interessado acima qualificado, pela DRF/Niterói (RJ), referente ao ano-calendário de 2003.

O procedimento de ofício resultou em auto de infração de Cofins, no valor de R\$1.106.563,62, acrescido de juros moratórios - Taxa Selic conforme legislação vigente, os quais estão com a exigibilidade suspensa, por força da decisão, de 31/08/2006, exarada pelo Excelentíssimo Sr. Ministro do Supremo Tribunal Federal Dr. Marco Aurélio Mello, que determinou o sobrestamento do processo referente ao Recurso Extraordinário - RE/444363.

De acordo com a Descrição dos Fatos (fls. 15/22), verifica-se, em resumo, o seguinte.

Em 12/11/1999, o interessado impetrou, perante o Poder Judiciário da União, Mandado de Segurança, com pedido de liminar, sob o nº 99.0501491-8 (fls. 156/160),

cujo objeto é a incidência da Cofins sobre a Receita Bruta auferida pela cooperativa.

Em 31/08/2006, o Excelentíssimo Sr. Ministro do Supremo Tribunal Federal Dr. Marco Aurélio Mello, exarou decisão que determinou o sobrestamento do processo referente ao Recurso Extraordinário - RE/444363 (fls. 161/163), relativo à incidência da Cofins sobre a Receita Bruta auferida pela Recorrente (interessado).

Em função disso, o crédito tributário relativo à Cofins foi constituído, de ofício, através da lavratura do presente auto de infração, com a exigibilidade suspensa, por força da decisão exarada pelo Excelentíssimo Sr. Ministro do Supremo Tribunal Federal Dr. Marco Aurélio Mello, que determinou o sobrestamento do processo referente ao Recurso Extraordinário - RE/444363.

A fiscalização tratou a receita bruta como gênero, contendo 3 (três) espécies, a saber: os Ingressos (atos cooperativos), a Receita da Atividade (atos não cooperativos) e Outras Receitas, às fls. 243/257, sendo que todas são normalmente tributáveis em relação a Cofins.

A legislação tributária vigente determina que a Receita Bruta, ou seja, os Ingressos, a Receita da Atividade e as Outras Receitas, entre no cálculo das bases de cálculo da Cofins, independente da natureza do ato, cooperativo ou não cooperativo, uma vez que a isenção anteriormente prevista na Lei Complementar nº 70/1991, artigo 6º, inciso I, foi revogada, observado ainda o disposto na Medida Provisória nº 2.158-35/2001, artigo 15, e na Medida Provisória nº 101/2002, artigo 1º, convertida na Lei nº 10.676/2003.

A escrituração mantida pelo interessado (Anexo I do presente processo)

não distingue os ingressos das receitas da atividade, tampouco os dispêndios dos custos/despesas, considerando todas as origens de recursos como ingressos e todas as aplicações dos recursos como dispêndios.

A fiscalização, por meio de diversos Termos de Intimação Fiscal intimou o interessado a apresentar demonstrativo que identificasse os ingressos/receitas, mês a mês, auferidos no transcorrer do ano-calendário de 2003, referentes ao rateio na proporção direta da fruição relativa aos atos realizados pela cooperativa perante às pessoas físicas vinculadas, pessoas jurídicas vinculadas e pessoas físicas e jurídicas não vinculadas.

A fiscalização, por meio de diversos Termos de Intimação Fiscal, intimou o interessado a apresentar demonstrativo que identificasse os dispêndios/custos e/ou despesas, mês a mês, incorridos no transcorrer do ano-calendário de 2003, referentes ao rateio na proporção direta da sua necessidade, relativa aos atos realizados pela cooperativa perante às pessoas físicas vinculadas, pessoas jurídicas vinculadas e pessoas físicas e jurídicas não vinculadas.

Após sucessivas solicitações de prorrogação de prazo, as quais, diga-se, foram deferidas pela fiscalização, o interessado apresentou respostas, sem, no entanto, apresentar os demonstrativos que identificassem os ingressos e as receitas da atividade e os dispêndios e os custos e/ou despesas.

Como a apresentação dos referidos demonstrativos não ocorreu, a fiscalização, às fls. 248/251, procedeu ao rateio dos valores auferidos, com base na proporcionalidade dos dispêndios e do custo/despesa, identificando os valores relativos aos Ingressos relativos aos atos cooperativos (infração 001 do auto de infração) e os valores - relativos à Receita da Atividade (infração 002 do auto de infração)

Já o montante de recursos auferidos, referentes às atividades não relacionadas aos objetivos sociais do interessado, tais como, "ingressos financeiros", "ingressos patrimoniais" e "receitas não operacionais" (fl. 27), denominados de Outras Receitas, também foram tributados (infração 003 do auto de infração).

Inconformado, o interessado apresentou impugnação de fls. 318/333 alegando, em síntese, o seguinte:

. que a autuação é decadente, já que a suposta obrigação objeto do lançamento deveria ter sido constituída até dezembro/2007, nos termos do art. 173 do Código Tributário Nacional (CTN), mas só foi regularmente notificada da mesma em dezembro/2008.

. que não compete ao Auditor negar a juntada de documentos no processo e tampouco desconsiderar as informações prestadas pelo advogado, ainda que não acompanhada de procuração. As informações foram enviadas tempestivamente (04/12/08),

ainda que sem o conteúdo solicitado pelo Auditor.

. que inexiste co-relação entre os elementos fiscalizados e as conclusões da auditoria, uma vez que esta se baseou em critérios subjetivos e nos valores pessoais do Auditor.

. que a autuação é nula, pois o Auditor não declinou a base de cálculo para apurar o tributo.

. que o arbitramento foi indevido e fruto apenas da arbitrariedade do Auditor.

. que é uma sociedade cooperativa sem fins lucrativos que pratica apenas os atos cooperativos previstos na Lei nº 5.764/71, sobre os quais não incidem tributos federais, sendo, portanto, nulas as autuações.

. que atua exclusivamente em nome dos sócios (médicos cooperados), não possuindo receita referente à sua atividade objeto, pois os valores que recebe em nome dos sócios apenas transitam pelo seu Caixa e não compõem o seu patrimônio.

. que o Parecer Normativo CST da Cosit nº 38/80 reconhece a não incidência de tributo nas atividades cooperativas.

. que o Conselho Federal de Contabilidade (CFC) aprovou normas específicas para reger os demonstrativos contábeis e o balanço das sociedades cooperativas, estabelecendo conceitos próprios para as receitas que a cooperativa recebe em nome dos sócios (INGRESSOS) e para as despesas atribuídas aos mesmos (DISPÊNDIOS).

. que, apesar da permissão legal de operar com terceiros (médicos não cooperados), não exerce este tipo de operação, pois adota o princípio da exclusividade. Atua apenas em nome dos seus sócios, realizando as operações previstas no Parecer Normativo CST da Cosit nº 38/80: organização e administração dos interesses comuns ligados à atividade profissional, tais como os que buscam a captação de clientela; a oferta pública ou particular dos serviços dos associados; a cobrança e o recebimento dos honorários; o registro, controle e distribuição

periódica dos honorários recebidos; a apuração e a cobrança das despesas da sociedade, mediante rateio na proporção direta da fruição dos serviços pelos associados;

cobertura de eventuais prejuízos com recursos provenientes do Fundo de Reserva (art. 28, I) e, supletivamente, mediante rateio, entre os associados, na razão direta dos serviços usufruídos.

. que o Auditor agiu na contramão da orientação que prevalece nos últimos pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), contrariando orientação pacífica dos tribunais superiores; citou acórdãos do STJ.

. que, com a impugnação, junta os documentos mencionados na defesa.

Por fim, requer a realização de perícia.

Consta Despacho da 7. Turma da DRJ/RJ/I, às fls. 335/336, para que o interessado fosse intimado a apresentar o instrumento de representação processual (procuração). Cumprida a exigência às fls. 338/339.

É o relatório. O presente processo somente agora está sendo analisado, em face do volume e das condições dos serviços.

Em face destes argumentos, 4ª Turma da DRJ/RJ1 julgou improcedente a impugnação, e por via de consequência, manteve o crédito tributário exigido, conforme consta no acórdão proferido, e assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003

PERÍCIA.DESNECESSIDADE. INDEFERIMENTO.

Deve ser indeferida a perícia que é desnecessária, já que a documentação contida nos autos é suficiente para formar a convicção do julgador.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2003

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

Nos tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN). Contudo, no lançamento por homologação o que se homologa é o pagamento. Se não houver pagamento, já não será o caso de lançamento por homologação, mas sim de lançamento de ofício (art. 149 do CTN), situação em que a constituição do crédito tributário deverá observar o disposto no

art. 173, inciso I, do CTN o direito de a -Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício- seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado").

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2003

COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO. AÇÃO JUDICIAL CONCOMITANTE COM PROCESSO ADMINISTRATIVO.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial contra a Fazenda Nacional, por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, versando sobre o mesmo objeto do processo administrativo, importa em renúncia às instâncias administrativas e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa competente.

BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo da Cofins está perfeitamente demonstrada nos autos, não havendo, portanto, nulidade na autuação.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Em face do referido acórdão de Primeira Instância, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro André Mendes de Moura - Redator para Formalização do Voto

Em face da necessidade de formalização da decisão proferida nos presentes autos, e tendo em vista que o relator originário do processo não mais integra o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, encontro-me na posição de Redator, nos termos dos arts. 17 e 18, do Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015 (RICARF).

Informo que, na condição de Redator, transcrevo literalmente a minuta que foi apresentada pelo Conselheiro durante a sessão de julgamento. Portanto, a análise do caso concreto reflete a convicção do relator do voto na valoração dos fatos. Ou seja, não me encontro vinculado: (1) ao relato dos fatos apresentado; (2) a nenhum dos fundamentos adotados para a apreciação das matérias em discussão; e (3) a nenhuma das conclusões da decisão incluindo-se a parte dispositiva e a ementa.

A seguir, a transcrição do voto.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele tomo conhecimento, inclusive para os efeitos do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional.

A Recorrente alega que discute a matéria em ação judicial.

A garantia da inafastabilidade da jurisdição prevê que a lei não pode excluir lesão ou ameaça a direito da apreciação da do Poder Judiciário, como também não pode prejudicar a coisa julgada, entendida como a imutabilidade dos efeitos da decisão judicial decorrente do esgotamento dos recursos eventualmente cabíveis. Nesse sentido, a decisão definitiva exarada em processo administrativo fiscal não tem força de coisa julgada, dada a sua suscetibilidade de revisão pelo Poder Judiciário.

Por esta razão, 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, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial¹.

Restou demonstrado que a ação judicial ajuizada tem o mesmo objeto do processo administrativo fiscal, o que importa desistência do recurso voluntário interposto, conforme consta expressamente na decisão de primeira instância, cujas informações estão comprovadas nos autos e cujos fundamentos cabem ser adotados de plano:

O interessado impetrou Mandado de Segurança (nº 99.0501491-8), cópias juntadas às fls. 12/29 do Anexo II do presente processo, por meio do qual pleiteia o não recolhimento da Cofins sobre os atos cooperativos próprios de sua finalidade. Ou seja, o interessado está questionando judicialmente a incidência da Cofins sobre a Receita Bruta auferida pela cooperativa.

Segundo a fiscalização, o crédito tributário relativo à Cofins foi constituído, de ofício, através da lavratura do presente auto de infração, com a exigibilidade suspensa, por força da decisão exarada, em 31/08/2006, pelo Excelentíssimo Sr. Ministro do Supremo Tribunal Federal Dr. Marco Aurélio Mello, que determinou o sobrestamento do processo referente ao Recurso Extraordinário — RE/444363), relativo à incidência da Cofins sobre a Receita Bruta auferida pela Recorrente-(interessado).

Portanto, in casu, a ação judicial tem o mesmo objeto do presente processo administrativo.

Deve-se registrar que, segundo o disposto no art. 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 1.737/1979, combinado com o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/1980 e disciplinado, no âmbito

¹ Fundamentação legal: inciso XXXV e inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, art. 78 do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF nº 1.

administrativo, pelo Ato Declaratório Normativo Cosit nº 03, de 14/02/1996, a propositura de ação judicial pelo interessado, versando sobre o mesmo objeto do processo administrativo, importa em renúncia às instâncias administrativas e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa competente.

A seguir, cita-se o ADN Cosit nº 3/1996, item a):

a) 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;"

Cabe reproduzir, outrossim, o art. 26 da Portaria MF nº 58, de 17 de março de 2006:

"Art. 26. O pedido de parcelamento, a confissão irretratável da dívida, a extinção sem ressalva do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuinte contra a Fazenda Nacional de ação judicial com o mesmo objeto importa a desistência do processo."

Portanto, descabe a apreciação por esta autoridade julgadora das razões de mérito trazidas pelo interessado na peça impugnatória que têm o mesmo objeto da ação judicial.

Cabe ressaltar, todavia, que o interessado faz alegações na peça impugnatória do processo administrativo, as quais se referem a matérias que não constam no processo judicial. Neste caso, o ADN Cosit nº 3/1996, item b) dispõe o seguinte:

"h) conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada (p.ex., aspectos formais do lançamento, base de cálculo etc.); " Portanto, as matérias diferenciadas alegadas na peça impugnatória que não constam na ação judicial serão apreciadas por esta autoridade julgadora.

Portanto somente é cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos.

Cabe ao Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, no exercício da competência da RFB, em caráter privativo constituir o crédito tributário pelo lançamento. Esta atribuição é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, ainda que ele seja de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo. É a autoridade legitimada para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador.

Nos casos em que dispuser de elementos suficientes, o ato de exclusão e os Autos de Infração podem ser lavrados sem prévia intimação à pessoa jurídica no local em que

foi constatada a infração, ainda que fora do seu estabelecimento, cujos autos devem estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. Este ato administrativo sim, não prescinde da intimação válida para que se instaure o processo, vigorando na sua totalidade os direitos, deveres e ônus advindos da relação processual de modo a privilegiar as garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes².

As Autoridade Fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Tendo em vista que a atividade do lançamento é vinculada, a escrituração e os documentos comprobatórios dos lançamentos nela efetuados podem ser examinados pelo Erário e a pessoa jurídica tem o dever de exibí-los e prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos³.

A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente e da qual a pessoa jurídica foi regularmente cientificada. Ainda, na apreciação da prova, a autoridade julgadora formou livremente sua convicção, em conformidade do princípio da persuasão racional⁴.

Assim, o Auto de Infração e a decisão de primeira instância de julgamento contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos no processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos, em observância às garantias ao devido processo legal. O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício. A proposição afirmada pela defendente, desse modo, não tem cabimento.

A Recorrente solicita a realização de todos os meios de prova.

Sobre a matéria, vale esclarecer que no presente caso se aplicam as disposições do processo administrativo fiscal que estabelece que a peça de defesa deve ser formalizada por escrito incluindo todas as teses e instruída com os todos documentos em que se fundamentar, precluindo o direito de a Recorrente praticar este ato e apresentar novas razões em outro momento processual, salvo a ocorrência de quaisquer das circunstâncias ali previstas, tais como fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de

² Fundamentação legal: inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 142 e art. 195 do Código Tributário Nacional, art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, art. 9º, art. 10, art. 23 e 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, Decreto nº 6.104, de 30 de abril de 2007, art. 2º e art. 4º da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999 e Súmulas CARF nºs 6, 8, 27 e 46.

³ Fundamentação legal: art. 142 e art. 195 do Código Tributário Nacional, art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, art. 10 e art. 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 2º e art. 4º da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal.

⁴ Fundamentação legal: art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos⁵.

Embora lhe fossem oferecidas várias oportunidades no curso do processo a Recorrente não apresentou a comprovação inequívoca de quaisquer inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo constantes nos dados informados à RFB ou ainda quaisquer fatos que tenham correlação com as situações excepcionadas pela legislação de regência.

A realização desses meios probantes é prescindível, uma vez que os elementos probatórios produzidos por meios lícitos constantes nos autos são suficientes para a solução do litígio. A justificativa arguida pela defendente, por essa razão, não se comprova.

A Recorrente argui que o lançamento foi alcançado pela decadência.

Compete antes de examinar as razões da defesa, analisar a objeção de decadência por ser matéria de ordem pública que pode ser conhecida a requerimento da parte ou de ofício, a qualquer tempo e em qualquer instância de julgamento. Este instituto pode ser definido como a perda do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário pelo lançamento, tendo em vista decurso do lapso temporal de cinco anos previsto em lei. Em se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação, no caso em que o sujeito passivo efetue o pagamento antecipado sem a necessidade do exame prévio por parte da Administração Pública, o prazo decadencial começa a fluir da ocorrência do fato gerador.

Por seu turno, comprovada a conduta qualificada pelo dolo, pela fraude ou pela simulação, bem como se verificada a inexistência do pagamento antecipado, o prazo de cinco anos se inicia a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Esse é o entendimento constante na decisão definitiva de mérito proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em recurso especial repetitivo nº 973.733/SC⁶, cujo trânsito em julgado ocorreu em 29.10.2009 e que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF⁷. Ademais, o art. 45 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em conformidade com a Súmula Vinculante nº 8 e assim foi afastado definitivamente do ordenamento jurídico.

No presente caso, tratando-se de tributos sujeitos ao lançamento por homologação que se inicia a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Uma vez que não se comprovou a existência de pagamento antecipado, não se verificou o transcurso do prazo legal de caducidade das exigências do período de janeiro a dezembro do ano-calendário de 2003 e validamente

⁵ Fundamentação legal: art. 16 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e art. 170 do Código Tributário Nacional.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Repetitivo nº 973733/SC. Ministro Relator: Luiz Fux, Primeira Seção, Brasília, DF, 12 de agosto de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=901905&sReg=200701769940&sData=20090918&formato=PDF>. Acesso em: 26 ago. 2011.

⁷ Fundamentação legal: § 4º do art. 150 e inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional, art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF e art. 269 do Código de Processo Civil.

notificado a Recorrente em 30.12.2008, porque o termo do prazo de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Destarte, esta afirmação não é pertinente.

A Recorrente discorda do procedimento fiscal.

Sobre a matéria, a Lei Complementar nº 70 de 1991, determina:

Artigo 6º. São isentas da contribuição:

I - as sociedades cooperativas que observarem ao disposto na legislação específica quanto aos atos cooperativos próprios de suas finalidades;

Por seu turno, a Lei nº 9.718, de 1998 dispõe:

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas , auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

A Medida Provisória nº 1.858-6, de 1999, artigo 23, inciso II, atual Medida Provisória nº 2158-35, de 2001, fixa:

Artigo 93. Ficam revogados:

(...)

II - a partir de 30 de junho de 1999:

a) os incisos I e lido artigo 6º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991;

A legislação tributária vigente determina que a totalidade da receita bruta, ou seja, os ingressos, a receita da atividade e as outras receitas, entre no cômputo das bases de cálculo da COFINS, independente da natureza do ato, cooperativo ou não-cooperativo, uma vez que a isenção anteriormente prevista Lei Complementar nº 70, de 1991, artigo 6º, inciso I, foi revogada, observado ainda o disposto na Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, artigo 15, e na Medida Provisória nº 101, de 2002, artigo 1º, convertida na Lei nº 10.676, de 2003.

Consta na Descrição dos Fatos, cujas informações estão comprovadas nos autos e cujos fundamentos cabem ser adotados de plano:

Trata-se de lavratura de AUTO DE INFRAÇÃO - COFINS, em decorrência da ação fiscal levada a efeito pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), órgão integrante do Poder Executivo da União, sujeito ativo da obrigação

tributária, neste ato apresentada pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB) matrícula nº 19.552, MÁRCIO VIANNA, que no final subscreve e, de agora em diante, identificado por AUTORIDADE FAZENDÁRIA; junto ao sujeito passivo da obrigação tributária, contribuinte, pessoa jurídica, em epígrafe, de agora em diante identificado por FISCALIZADA, referente ao ano-calendário de 2.003, exercício de 2.004, iniciada em 25/ABR/2.007 e encerrada nesta data, tendo sido verificado, por amostragem, o cumprimento das obrigações tributárias referentes aos impostos e contribuições administrados pela RFB, onde foram constatadas irregularidades que justificam a constituição, de ofício, do crédito tributário apurado, com exigibilidade suspensa, cujo montante total chega a R\$ 1.946.183,28 (um milhão, novecentos e quarenta e seis mil, cento e oitenta e três reais e vinte e oito centavos), atualizado até 28/NOV/2.008. [...]

DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A AUTORIDADE FAZENDÁRIA, com a finalidade de que não reste margem para dúvida e, conseqüentemente, de deixar claro o método adotado para realizar o procedimento de apuração do crédito tributário, devido aos cofres do Tesouro Nacional pela FISCALIZADA, utiliza termos específicos para designar os valores contabilizados e apurados, devidamente registrados no Termo de Arbitramento de Lucro, [...].

A lavratura do competente Auto de Infração - COFINS [...] não significa que a AUTORIDADE FAZENDÁRIA descaracterizou a FISCALIZADA da condição de cooperativa que é. Comprova-se essa afirmativa analisando-se o conteúdo do Termo de Arbitramento de Lucro e do Termo de Verificação Fiscal, [...], onde se pode constatar a exclusão dos valores, referentes aos Ingressos, relativos aos atos cooperativos, no montante de R\$ 10.678.954,07 [...] considerando-se a Receita Bruta de R\$ 36.885.456,01 [...], ou seja, deu-se a não-incidência de IRPJ sobre 28,951666% do montante total auferido pela FISCALIZADA.

As cópias, autenticadas pela AUTORIDADE FAZENDÁRIA, das folhas dos Livros Diário, dos Balanços Patrimoniais, referentes aos anos-calendário de 2003 e de 2006, do Livro de Apuração do Lucro Real - IRPJ e do Livro de Apuração do Lucro Líquido Ajustado - CSLL, apresentados pela FISCALIZADA, integram o anexo denominado ANEXO I do presente Processo Administrativo Fiscal (PAF).

As cópias das peças processuais referentes ao Mandado de Segurança, com Pedido de Liminar, impetrado pela FISCALIZADA, em 12/NOV/1999, perante o Poder Judiciário da União sob o nº 99.0501491-8, cujo objeto é a incidência da COFINS sobre a Receita Bruta auferida pela Cooperativa, integram o anexo denominado ANEXO II do presente PAF. [...]

Em função disso, o crédito tributário relativo à COFINS foi constituído, de ofício, através da lavratura do presente Auto

de Infração, com a exigibilidade suspensa, por força da decisão [...], de 31/AGO/2006, exarada pelo Excelentíssimo Sr. Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dr. Marco Aurélio Mello, que determina o Sobrestamento do processo referente a: ?n Recurso Extraordinário - RE/444363.

A AUTORIDADE FAZENDÁRIA tratou a Receita Bruta como gênero, contendo 3 (três) espécies, a saber: os Ingressos, a Receita da Atividade e as Outras Receitas (vide Termo de 1 Arbitramento de Lucro [...], sendo que todas, observado o disposto na legislação vigente, são normalmente tributáveis em relação a COFINS.

Registra-se, com efeito, que a combinação de 2 (dois) fatores, ou seja, (i) a escrituração efetuada pela FISCALIZADA conter deficiência que a torna imprestável para determinar o Lucro Real, uma vez que não segrega os valores relativos aos Ingressos e às Receita da Atividade, e (ii) o não atendimento, por parte da FISCALIZADA, das 8 (oito) requisições realizadas pela AUTORIDADE FAZENDÁRIA responsável pelo procedimento de fiscalização, não permite a , adoção de alternativa senão o da realização do rateio e o conseqüente Arbitramento do Lucro da Cooperativa em tela, observado os procedimentos realizados através do Termo de Ocorrência, de Constatação e de Intimação Fiscal [...]), lavrado em 21/NOV/2008, do Termo de Arbitramento de Lucro [...], lavrado em 12/DEZ/2008, e do Termo de Verificação Fiscal [...], lavrado também em 12/DEZ/2008.

Trata-se agora da incidência da COFINS sobre a Receita Bruta [...] ou seja, sobre os Ingressos, a Receita da Atividade e as Outras Receitas. [...]

Analizando o acima descrito, o tema parece simples, mas, na realidade, é muito complexo, pois envolve inclusive declaração de inconstitucionalidade de leis. Por isso, o crédito tributário constituído através do presente lançamento de ofício está com a exigibilidade suspensa até que o Poder Judiciário da União determine definitivamente os valores sobre os quais incidirá a COFINS.

Em relação à apuração de tributos com base no lucro arbitrado, está registrado na Descrição dos Fatos, cujas informações estão comprovadas nos autos e cujos fundamentos cabem ser adotados de plano:

Ora, se, em 31/AGO/2006, o Excelentíssimo Sr. Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dr. Marco Aurélio Mello, exarou decisão que determina o Sobrestamento do processo referente ao Recurso Extraordinário - RE/444363 [...], relativo à incidência da COFINS sobre a Receita Bruta auferida pela recorrente, ora FISCALIZADA, tendo como recorrida a União Federal (Fazenda Pública), não se pode afirmar que o entendimento citado no parágrafo anterior é "pacífico e consagrado pelos tribunais superiores".

Ressalta-se ainda que todas as medidas adotadas pela AUTORIDADE FAZENDÁRIA, com a finalidade de apurar o Lucro Real da FISCALIZADA, foram em vão, não restando alternativa senão o Arbitramento do Lucro da Cooperativa em tela, sendo que, com a lavratura do Termo de Arbitramento de Lucro [...] e do Termo de Verificação Fiscal [...] , ficam perfeitamente (c) identificados os termos específicos para designar os valores contabilizados e apurados (vide Termo de Arbitramento de Lucro), [...] e (h) registrados a motivação, o método adotado e os valores referentes ao procedimento realizado para o Arbitramento do Lucro da FISCALIZADA, inclusive o rateio, cuja finalidade era desmembrar os valores da Receita Bruta, identificando-os como isentos do IRPJ ou normalmente tributáveis pelo IRPJ.

Assim, a totalidade da receita bruta, ou seja, os ingressos, a receita da atividade e as outras receitas, entre no cômputo das bases de cálculo da COFINS, independente da natureza do ato, cooperativo ou não-cooperativo. Ademais, não há que se falar em arbitramento do lucro para fins de apuração da falta de recolhimento da COFINS, que é o único Auto de Infração lavrado nos presentes autos. A conclusão oferecida pela defendente, por essa razão, não pode subsistir.

Em assim sucedendo, voto por conhecer do recurso voluntário em parte, em face da opção pela via judicial e, na parte conhecida, afastar a decadência e negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Redator para Formalização do Voto