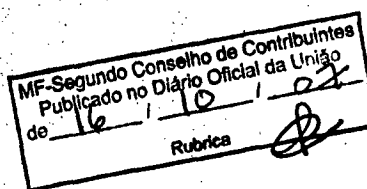




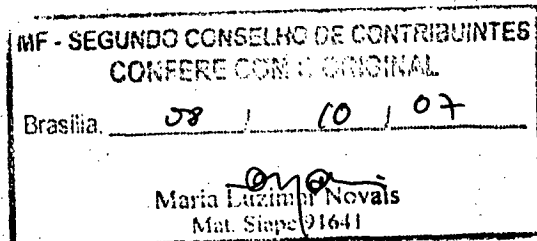
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 16327.000592/2002-97
Recurso nº : 128.732
Acórdão nº : 204-02.296



Recorrente : FUNDAÇÃO CESP
Recorrida : DRJ em Campinas - SP



COFINS. MEDIDA JUDICIAL. A submissão de determinada matéria à apreciação do Poder Judiciário afasta a competência cognitiva de órgãos julgadores em relação ao mesmo objeto.

INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO APRECIÇÃO.

Refoge competência aos órgãos julgadores administrativos para apreciar inconstitucionalidade de normas em plena vigência e eficácia.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por FUNDAÇÃO CESP.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 28 de março de 2007.

Henrique Pinheiro Torres
Presidente

Leonardo Siade Manzan
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Jorge Freire, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Nayra Bastos Manatta, Júlio César Alves Ramos, Flávio de Sá Munhoz e Mauro Wasilewski (Suplente).



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 16327.000592/2002-97
Recurso nº : 128.732
Acórdão nº : 204-02.296

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERÊNCIA GERAL	
Brasília,	08 / 10 / 07
Maria Luzimar Nevaes Mat. Sign. 91641	

2ª CC-MF

Fl.

Recorrente : FUNDAÇÃO CESP

RELATÓRIO

Por bem retratar os fatos objeto do presente litígio, adoto e passo a transcrever o relatório da DRJ em Campinas - SP, *ipsis literis*:

Trata-se do auto de infração à legislação da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, fls. 02/07, lavrado em 14/02/2002 contra a contribuinte acima qualificada, formalizando o crédito tributário no total de R\$ 2.343.455,96, já incluídos o principal, a multa de ofício de 75% e os juros de mora calculados até 31/01/2002.

2. O 'Termo de Verificação Fiscal' de fls. 08/24, traz a seguinte descrição dos fatos:

"A exigência mencionada refere-se à exclusão em duplicidade dos dividendos recebidos nos cálculos da Base de Cálculo da COFINS.

A Planilha de Cálculo da COFINS devida, elaborada no Auto de Infração anteriormente lavrado (cópia anexa), incluiu as Receitas dos Programas Previdencial (conta 3.1.0.00.00), Assistencial (conta 4.1.0.0.00.00) e de Investimentos (conta 6.1.0.0.00.00) e efetuou as exclusões autorizadas por Lei, conforme relacionado abaixo:

a) parcelas das contribuições destinadas à constituição de provisões ou reservas técnicas (Lei nº 9.701/98, art. 1º, inc. V);

b) lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição que tenham sido computados como receita (Lei nº 9.718/98, art. 3º, §2º, inc. II);

c) receita decorrente da venda de bens do ativo permanente (Lei 9.718/98, art. 3º, §2º, inc. IV);

d) rendimentos auferidos nas aplicações financeiras destinadas ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e de resgates (Lei nº 9.718/98, art. 3º, §6º, inc. III).

Ao excluirmos os rendimentos auferidos nas aplicações financeiras destinadas ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e de resgates, excluimos todo o valor das Receitas do Programa de Investimentos (conta 6.1.0.0.00.00) exceto os valores repassados para os Programas Administrativo e Assistencial através das Transferências Interprogramas (contas 6.3.2.3.00.00), como se verifica na planilha (cópia anexa).

Entretanto, os créditos na conta 6.1.1.2.01.10.02.00-2 e 6.1.1.2.01.1.02.00-3 – Dividendos Recebidos/Planos, estão incluídos no Subtítulo 6.1.0.0.00.00 Receitas do Programa de Investimentos, conforme se verifica no Plano de Contas da Portaria MPAS nº 4.858/98) e nos próprios Balancetes Mensais apresentados pelo contribuinte (cópias anexas). Assim, ao excluirmos os rendimentos auferidos nas aplicações financeiras acima, já estávamos excluindo os dividendos. Dessa forma, o valor da Base de Cálculo da Cofins foi indevidamente reduzido na planilha (cópia anexa), por havermos deduzido os dividendos em duplicidade. Falha, ora corrigida através do presente instrumento.

Em sua correspondência de 30.11.01, a entidade informa haver impetrado o Mandado de Segurança nº 2001.61.00.021583-6 visando afastar os efeitos da autuação lavrada através do Processo Administrativo nº 16327.000844/2001-05. Informa que "a questão



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 16327.000592/2002-97
Recurso nº : 128.732
Acórdão nº : 204-02.296

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COPIA ORIGINAL
Brasília 08 / 10 / 07
Maria Luzimar Novais
Mat. Sise 91641

2ª CC-MF
Fl.

encontra-se pendente de agravo regimental interposto pela Fundação CESP, pois, após liminar concedida pelo Juízo da 15ª Vara, o Desembargador Federal Mairan Maia deferiu pedido suspensivo pleiteado pela União Federal, em sede de agravo de instrumento nº 2001.03.00.029701.1"

O processo nº 2001.61.00.021583-6, protocolado em 20.08.01, requeria que fosse:

"a) concedida a liminar, suspendendo a exigibilidade dos créditos em discussão (CTN, art. 151, inciso IV), determinando a autoridade coatora que se abstenha de adotar toda e qualquer pretensão de cobrança dos valores apontados no auto de infração em apreço, inclusive no que tange a eventual tentativa de inscrição em dívida ativa, bem como de promover nova autuação por insuficiência de recolhimento da COFINS;

b) seja, finalmente, confirmada a liminar com a concessão definitiva da segurança, reconhecendo-se os vícios que revestem a autuação e bem assim acolhendo-se a inexigibilidade da COFINS tal como lançado no auto, em face da natureza jurídica da Impetrante, como exposto no mandamus, com o que deve restar definitivamente desconstituída a autuação indevidamente lavrada."

Entretanto, foi concedida parcialmente a liminar em 29.08.01, nos seguintes termos:

"Veja-se, que, em sede de preliminar, pretende a impetrante não apenas a suspensão da exigibilidade dos créditos decorrentes da autuação impugnada, mas, também, ordem para que se abstenha de proceder novas autuações sob o mesmo fundamento – insuficiência de recolhimento da COFINS.

Ocorre, todavia, que o Poder Judiciário não tem competência para o deferimento de tal medida, sob pena de violação ao princípio da tripartição dos Poderes.

Com efeito, a fiscalização e conseqüente autuação vêm a configurar atividade típica (caracterizada, aliás, como dever) da Administração Pública, sob pena da mesma ver seus créditos fulminados pela decadência (que, como se sabe, não pode ser interrompida ou suspensa).

*Pelo exposto, estando presentes os requisitos do inciso II, artigo 7º da Lei nº 1.533/51, **CONCEDO PARCIALMENTE A LIMINAR** para determinar a suspensão da exigibilidade do crédito decorrente do Auto de Infração nº 0816600/00318/00 até ulterior apreciação do mérito, abstendo-se a autoridade impetrada de efetivar qualquer medida de cobrança de seu montante."*

As alegações da empresa foram refutadas na informação fornecida à Seção Judiciária por esta Delegacia (cópia anexa), mas segundo consta no histórico disponível no site da Justiça Federal na Internet, ainda não foi julgado o mérito (consulta anexa).

A União interpôs Agravo de Instrumento, através do processo nº 2001.03.00.029701-1 e, em 16.10.01, o Tribunal Regional da 3ª Região, ante o pedido formulado, decidiu que:

"Insurge-se a agravante contra a decisão que, em mandado de segurança deferiu parcialmente a liminar ...

Inconformada, requer a concessão de efeito suspensivo e a reforma da r. decisão.

DECIDO. ...

Conforme se infere, a partir da vigência da Lei nº 9.718/98, encontra-se a agravada sujeita ao recolhimento da COFINS.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 16327.000592/2002-97
Recurso nº : 128.732
Acórdão nº : 204-02.296

MP - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
COMPLERE COTIZAÇÃO
Brasília, 08 / 10 / 07
Maria Lúcia Novais
Mat. Siga 91641

2ª CC-MF
Fl. _____

Ante o exposto, defiro o pedido de efeito suspensivo pleiteado."

A entidade interpôs Agravo Regimental em 29.10.01, pois, "não se conformando, data vênica, com o r. despacho que, concedendo efeito suspensivo ativo ao recurso interposto pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), cassou a r. liminar proferida pelo R. Juízo da 15ª Vara federal da Seção judiciária de São PAULO". Pois, entende a empresa que "dita decisão deve ser reformada, haja vista – sempre com a necessária vênica – não estarem presentes os pressupostos autorizadores da concessão do efeito suspensivo" e que "... concessa vênica a questão não foi analisada de maneira completa."

Resta claro que, como cita a própria entidade, "o r. despacho que, concedendo efeito suspensivo ativo ao recurso interposto pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), cassou a r. liminar proferida pelo R. Juízo da 15ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo." (grifo nosso)

A empresa não dispõe de liminar para suspender a exigibilidade de cobrança do valor já lançado. E, na própria concessão da liminar original, não se atendeu ao absurdo pedido de impedir novas autuações de COFINS. Dessa forma, lavramos o presente Auto de Infração, com multa de ofício e sem suspensão de exigibilidade." [destaques do original]

3. A autuante esclarece ainda no 'Termo de Verificação Fiscal', que a Fundação CESP é uma entidade fechada de previdência privada, nos termos do art. 1º de seu Estatuto, regida de conformidade com as normas e princípios nele estabelecidos, "e nos Regulamentos, nas Instruções e nos Programas de Ações, bem como com a legislação pertinente às entidades fechadas de previdência privada" (art. 2º).

4. Acrescenta a auditora que a Lei nº 6.435/77, em seus artigos 1º e 4º, conceitua as entidades de previdência privada abertas e fechadas, que, por sua vez, encontram-se inseridas dentre as empresas relacionadas no §1º, do art. 22, da Lei nº 8.212/91, que engloba as atividades do setor financeiro.

5. No referido termo prossegue a autoridade fiscal reproduzindo os dispositivos legais que fundamentam a presente exigência e adicionando as explicações consideradas necessárias, que se sintetiza adiante:

5.1. a COFINS, instituída pela Lei Complementar nº 70/91, passou a ser devida, a partir de 1º de fevereiro de 1999, por todas as pessoas jurídicas, com base no seu faturamento, definido como receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica. Tal previsão encontra-se na MP 1.724/98, convertida na Lei nº 9.718/98, de 27.11.98, onde são estabelecidas (art. 3º, §§ 5º e 6º) novas exclusões da base de cálculo apurada pelas pessoas jurídicas referidas no §1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91;

5.2. Na MP 1.858/99, a legislação novamente faz distinção de tratamento entre entidades fechadas de previdência privada e outras entidades sem fins lucrativos (art. 1º e 2º, inc. III do § 6º, e art. 13);

5.3. Consoante o Ato Declaratório (Normativo) nº 21, de 31 de outubro de 2000, do Coordenador-Geral do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal, aplicam-se às entidades fechadas de previdência privada, simultaneamente, as exclusões da Lei nº 9.718/98 e as da Lei nº 9.701/98 [grifo da autuante]:

"Declara, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento e aos demais interessados, que a base



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 08 / 10 / 07
Maria Luzimar Novais
Mat. Sing. 91641

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 16327.000592/2002-97
Recurso nº : 128.732
Acórdão nº : 204-02.296

de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, das entidades de previdência privada abertas e fechadas é o valor da receita bruta mensal, assim entendido, a totalidade das receitas auferidas, admitidas as deduções e exclusões previstas no art. 1º da Lei nº 9.701, de 17 de novembro de 1998 e no art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Medida Provisória nº 1991-15, de 10 de março de 2.000, e reedições, atual Medida Provisória nº 2.037-23, de 26 de outubro de 2.000."

5.4. consoante as previsões da Lei nº 9.701/98, foram realizadas ainda as seguintes exclusões (ou deduções) da base de cálculo da exigência [destaques da autuante]:

- os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita (inc. I, art. 1º);

- no caso de entidades de previdência privada abertas e fechadas, a parcela das contribuições destinadas à constituição de provisões ou reservas técnicas (inc. V, art. 1º).

5.5. com a publicação das MP nº 2.222 de 04.09.01, nº 16, de 27.12.01 e nº 25 de 23.01.02, foi instituído o RET – Regime Especial de Tributação sobre os fatos geradores ocorridos a partir de 01.09.01, normatizadas pelas IN SRF nº 89, de 31.10.01, nº 103, de 21.12.01, nº 126, de 25.01.02 e nº 128, de 31.01.02;

5.6. a adesão ao novo regime possibilitava que as entidades fechadas de previdência complementar optassem pela anistia das multas de mora e de ofício e juros de mora incidentes sobre impostos e contribuições não recolhidos relativos a fatos geradores ocorridos até 31.08.01, podendo se restringir a determinados impostos ou contribuições e até mesmo a determinados períodos, desde que o pagamento (total ou parcial) fosse realizado até 31.01.02, ficando condicionada a desistência expressa e irrevogável das ações judiciais em andamento;

5.7. de acordo com o Termo de Opção pelo RET a entidade não se manifestou pela anistia relativa ao PIS e à COFINS, razão de ter sido lavrado o presente auto de infração com multa de ofício e juros de mora, uma vez que a base de cálculo da COFINS não foi afetada pelas alterações promovidas pela MP nº 25, de 23.01.02;

5.8. assinala que o artigo 39, §3º da Lei nº 6.435/77, que estabelecia que "as entidades fechadas são consideradas instituições de assistência social, para os efeitos da letra "c" do item II do art. 199 da Constituição", foi revogado pelo artigo 6º do Decreto 2.065/83, entendimento esse ratificado pelo Colendo Supremo Tribunal Feral também em relação à nova ordem constitucional (RE 200.700-DF – 08.11.01);

5.9. por fim, registra que o lançamento foi realizado para prevenir a decadência do direito de constituir o crédito tributário e a proteger o interesse público, como determina o art. 142 do CTN, observado o prazo estabelecido no art. 45 da Lei nº 8.212/91.

6. Na 'Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal', à fl. 06, a autuante atribui a contribuinte a prática da seguinte irregularidade:

"001 – COFINS

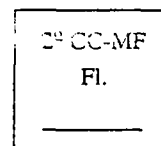
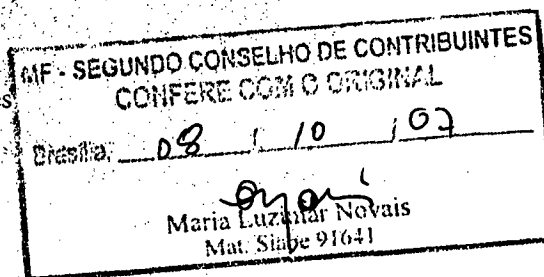
Apuração Incorreta da Contribuição, em função da Base de Cálculo e alíquotas

Valor apurado conforme descrito no Termo de Verificação que faz parte integrante deste auto de infração.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 16327.000592/2002-97
Recurso nº : 128.732
Acórdão nº : 204-02.296



<Tabela do Word>Enquadramento Legal: Art. 1º da Lei Complementar nº 70/91;

Arts. 2º, 3º e 8º. da Lei nº 9.718/98, com as alterações das Medidas Provisórias nº 1.807/99 e nº 1.858/99 e suas reedições."

7. Tendo tomado ciência da autuação em 15/02/2002, a contribuinte interpôs, em 15/03/2002, por meio de seus advogados e bastantes procuradores, a impugnação de fls. 148/205, apresentando as razões de fato e de direito resumidas adiante.

I – Do Indevido Auto De Infração Lavrado

8. Afirma que após rigoroso processo fiscalizatório foi lavrado auto de infração para exigir eventuais diferenças devidas a título de COFINS no período de janeiro/99 a dezembro/99. Posteriormente, a autuante ao verificar a existência de suposto erro na referida autuação, identificado como exclusão em duplicidade da base de cálculo de rendimentos auferidos nas aplicações financeiras, lavrou o auto complementar, ora impugnado, que a autuada entende estar eivado de inúmeros vícios que conduziriam à sua total improcedência.

II – Da História da Fundação CESP como Fundação de direito Privado sem fins lucrativos, prestadora de benefícios assistenciais.

9. Discorre a impugnante sobre seu estatuto, destacando que no conceito de FUNDAÇÃO, enquanto pessoa jurídica de direito privado, o artigo 16 do Código Civil Brasileiro, cuidou de classificar dentre as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações, além das sociedades mercantis.

10. Destaca que sua criação, com natureza jurídica de Fundação de Direito Privado sem fins lucrativos, deu-se principalmente por força dos incentivos legais e tributários permitidos para essas entidades civis sem fins lucrativos, que são regidas por leis excepcionais, sendo beneficiadas por incentivos e isenções.

11. Acrescenta que para cumprir sua finalidade institucional, e por atuar no segmento de assistência médico-hospitalar, a necessidade de que determinadas decisões fossem tomadas com maior agilidade, exigiu que seus instituidores conduzissem sua criação para uma fundação de direito privado, sem fins lucrativos.

III – Das suas Atividades enquanto Entidade Fechada de Previdência Privada.

12. Frisa que a Fundação CESP diferencia-se das demais fundações que possuem a mesma missão institucional, na medida em que esta Entidade não foi criada exclusivamente para autuar como Entidade Fechada de Previdência Privada. Pelo contrário, teria nascido para, como Fundação de Direito Privado sem fins lucrativos, prestar benefícios vinculados à saúde, englobando a assistência social.

13. Sua condição de ente assistencial, sem fins lucrativos, estaria expressamente contemplada na própria Lei 6.435/77, regedora de suas atividades, nos arts. 4º, §1º, 5º e 39 §3º, tendo, inclusive, sempre atendido a todas as condições estabelecidas no art. 14 do CTN.

14. Destarte, a fundação CESP, por força da sua formação jurídica criada para desenvolver benefícios assistenciais para seus associados, é uma fundação de direito privado, sem fins lucrativos, segundo a legislação civil, concomitantemente, por força de



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

INF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	08 / 10 / 07
Maria Luzilmar Novais Mat. Susc. 91641	

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 16327.000592/2002-97
Recurso nº : 128.732
Acórdão nº : 204-02.296

sua adequação à Lei nº 6.435/77, para desenvolver benefícios previdenciários para seus associados, é uma entidade fechada de previdência privada, sem fins lucrativos.

IV – Da Importância da Atividade da Fundação CESP como complementadora do Estado.

15. Por força da sua atividade institucional vê-se que os benefícios por ela geridos e administrados não só fazem valer, per si, a promessa e obrigação não cumpridas do Estado nas áreas de saúde, previdência e assistência social – elementos integrantes do conceito constitucional de seguridade social – como, em face da cobertura dos participantes dos chamados “fundos de pensão”, desonera em grande parte os órgãos do Estado, possibilitando-lhes atender aos menos favorecidos, com os já poucos recursos que dispõe.

V – Da Incompetência da Delegacia Especial de Instituições Financeiras para Atuar frente a Fundação CESP.

16. Alega que a DEINF da 8ª Região Fiscal, que conduziu o processo fiscalizatório, somente tem competência para atuar perante as Instituições Financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

17. A Fundação CESP, por fazer parte do sistema de previdência complementar, na área de competência do Ministério da Previdência e Assistência Social, não se caracteriza instituição financeira integrante do sistema financeiro nacional, nem estaria inserida no rol de entidades relacionados no artigo 1º da portaria 563/98, que supostamente legitimaria a atuação da referida Delegacia Especial.

18. Assim, entende carecer legitimidade à DEINF para fiscalizar suas atividades, o que conduz à nulidade formal do auto de infração.

VI – Da Inexigibilidade da contribuição da COFINS.

19. A COFINS, criada pela Lei complementar nº 70, de 30.12.91, incide sobre o faturamento mensal, considerando como receita bruta da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, segundo seu artigo 2º. Logo, por força da legislação, ocorre a impossibilidade legal de incidência da referida contribuição para as entidades não lucrativas.

20. Argumenta que a Lei nº 9.718/98, que introduziu alterações na base de cálculo e na alíquota da COFINS a partir de 01.02.1999, além de estar eivada de ilegitimidade não se aplica às entidade sem fins lucrativos, dada a intenção do legislador no artigo 13, incisos III e VIII, e no artigo 14, inciso X, da Medida Provisória 2.113-30, de 26.04.2001 em isentar as fundações de direito privado e entidades de assistência social, tal como a Fundação CESP.

VII – Da Impossibilidade da Fundação CESP auferir Receita Bruta/Faturamento.

21. Defende que Fundação CESP, por ser uma ‘Fundação de Direito Privado e uma Entidade de Assistência Social, sem Fins Lucrativos’ não vende mercadorias nem tampouco serviços, possuindo somente duas fontes de ingresso: I) contribuições de seus associados, e, II) resultados de aplicações financeiras. Logo, é de rigor reconhecer que não estaria obrigada a suportar a incidência de contribuições sobre a receita bruta operacional, por absoluta falta de identificação dessa base de cálculo nas suas atividades, conforme se extrai da doutrina jurídica e da jurisprudência.

7



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL

08 / 10 / 02

Maria Luzimar Nevais
Mat. Supl. 91641

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 16327.000592/2002-97
Recurso nº : 128.732
Acórdão nº : 204-02.296

22. Assevera, assim, que os valores aplicados para o custeio do plano previdenciário, oriundos das contribuições dos participantes e de suas provedoras, e bem assim os valores relativos aos rendimentos outros percebidos, não se caracterizam como receita disponível, lucro ou faturamento.

23. Assinala que a Lei Nº 9.718, de 1998, teria criado uma outra fonte de manutenção e financiamento da seguridade de forma flagrantemente inconstitucional, citando jurisprudência do Poder Judiciário nesse sentido.

VIII – Da Distinção entre Entidades Fechadas de Previdência Privada sem fins lucrativos e Instituições Financeiras/Seguradoras com alta lucratividade.

24. Considera atípica e ilegal a inserção das entidades fechadas de previdência privada – EFPP junto às instituições financeiras listadas no §1º, art. 22 da Lei nº 8.212/91, o que descaracteriza a finalidade de tais entidades, pois suas atividades não visam o lucro, o que implica em violação ao princípio constitucional da isonomia, porquanto não está sendo dado tratamento desigual aos desiguais.

IX – Do Posicionamento da Própria Receita Federal quanto à COFINS devida pelas entidades sem fins lucrativos segundo a legislação vigente aplicável.

25. Transcreve entendimento externado nos anos de 1999 e 2000 pelas 3ª, 6ª e 7ª Superintendências Regionais da Receita Federal acerca da não sujeição à Cofins de receitas próprias das atividades de entidades beneficentes de assistência social e fundações quando atendidas as condições estabelecidas em lei.

X – Dos Indevidos valores lançados pela Fiscalização.

26. Na hipótese de prevalecer a fundamentação do agente fiscal autuante, o que admite apenas como argumentação, registra que a exigência apresenta importância total muito superior ao que seria devido. Por esta razão, requer a realização de prova técnica pericial, nos moldes do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, bem como de acordo com o artigo 38 da Lei nº 9.784/99, que rege o procedimento fiscal administrativo.

27. Afirma que o lançamento fiscal não considerou que os frutos financeiros decorrentes das verbas relativas ao Plano 4819 e ao Plano Pecúlio, já excluídos da base de cálculo pela agente fiscal, também deveriam ser considerados como hipóteses excludentes no montante de R\$ 4.980.112,24, relativo ao mesmo período de fevereiro/99 a dezembro/99, registrado na conta 6.3.2.2.00.00 (Transf. Interprog. para Assist.).

28. Esclarece que “os valores aportados periodicamente pelas Provedoras e também pelos participantes na Fundação CESP, para que esta possa dar cumprimento às suas finalidades institucionais, notadamente para suportar os gastos decorrentes do Programa Assistencial (p.ex. Programa AMH), por tratarem-se de ingressos transitórios para cumprimento imediato de obrigações contratuais, pela natureza jurídica/fiscal/contábil da verba não podem ser considerados como receitas, daí porque também não poderiam servir de base de cálculo tanto para apuração do PIS como da COFINS”.

29. Junta parecer técnico emitido pela empresa de Auditoria Independente Arthur Andersen que, após analisar as incorreções aqui apontadas, estaria confirmando a existência de diversos vícios no lançamento.

XI – Da Multa Confiscatória.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 16327.000592/2002-97
Recurso nº : 128.732
Acórdão nº : 204-02.296

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Processo: 08 / 10 / 02

Maria Luzimar Novais
Mat. Supl. 91641

2ª CC-MF
Fl.

30. *Questiona o montante da multa de ofício aplicada, por entender que o percentual de 75% (setenta e cinco por cento) sobre os valores apurados evidencia caráter confiscatório visto que a própria CF/88 (art. 150, IV) veda a aplicação do confisco tributário, "não fazendo, inclusive, qualquer distinção se com relação a tributos, contribuições, juros ou multas".*

XII – Dos Juros Exorbitantes.

31. *Afirma que os juros moratórios apurados no Auto de Infração acima de 1% (um por cento) ao mês violam o limite constitucional de 12% ao ano definido no art. 192, parágrafo 3º, da CF/88 – norma que dispensa regulamentação para sua imediata aplicação – o que caracterizaria crime de usura por parte do Fisco, nos termos do Decreto-lei nº 22.623/33.*

XIII – Da Taxa SELIC.

32. *Contesta, por fim, a utilização da taxa SELIC para o cálculo dos juros de mora contidos no Auto de Infração, tendo em vista a sua instituição de natureza remuneratória, em razão da ofensa ao dispositivo constitucional constante do parágrafo 3º do art. 192 da Constituição Federal, que estabelece o limite de juros em 12% (doze por cento) ao ano.*

XIV – Das conclusões.

33. *Em resumo, requer a impugnante seja declarada a nulidade do Auto de Infração diante da alegada existência de inúmeros vícios e vários equívocos que impuseram à empresa um valor total absolutamente indevido.*

34. *Dentre os documentos acostados aos autos pela autuante encontra-se a Representação Fiscal da DRJ São Paulo, fls. 62/63, elaborada pelo julgador Hugo Hashimoto da 8ª Turma de Julgamento daquela delegacia, relator do Acórdão nº 00.038 proferido em 23/10/2001 no processo nº 16327.000845/2004-41, no qual foi mantido integralmente o lançamento original referente à contribuição COFINS exigida da atuada no período de fevereiro a dezembro de 1999.*

35. *Além de julgar totalmente procedente a exigência ali formalizada, entendeu o ilustre julgador que teriam sido realizadas exclusões em duplicidade da base de cálculo adotada pela autoridade autuante, entendimento esse ratificado com a lavratura do presente auto de infração.*

36. *Cumpre ainda registrar que a respeito do mandado de segurança nº 2001.61.00.021583-6, protocolado em 20/08/2001, em que a atuada obtivera liminar parcial suspendendo a exigibilidade do crédito decorrente do Auto de Infração original, a última informação constante dos autos é a interposição pela impetrante, em 29/10/2001, do Agravo Regimental contra o despacho proferido no Agravo de Instrumento nº 2001.03.00.029701-1, interposto pela União em 16/10/2001, cassando a liminar antes concedida.*

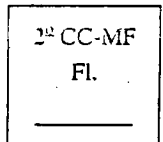
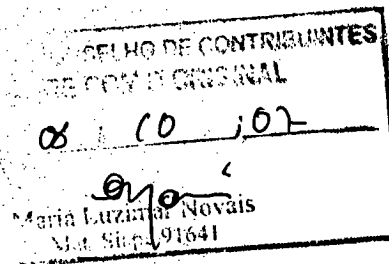
Irresignada com a decisão de Primeira Instância, a contribuinte interpôs o presente Recurso Voluntário a este Egrégio Segundo Conselho de Contribuintes, reiterando os termos de sua peça impugnatória.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 16327.000592/2002-97
Recurso nº : 128.732
Acórdão nº : 204-02.296



VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
LEONARDO SIADE MANZAN

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, pelo que, dele tomo conhecimento e passo à sua análise.

Conforme relato supra, o presente auto de infração é derivado de outro auto de infração referente à Cofins – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, tendo em vista que foram, naquele primeiro, realizadas exclusões em duplicidade da base de cálculo adotada pela autoridade autuante. O lançamento de ofício ora hostilizado serviu para retificar essa situação.

Compulsando-se os autos, verifica-se que a principal matéria de defesa aventada pela contribuinte, isenção de pagamento da Cofins por ente fundacional de direito privado sem fins lucrativos, foi submetida ao crivo do Poder Judiciário, não podendo, pois, a autoridade administrativa, manifestar-se sobre a mesma.

A concomitância do processo judicial com o presente processo administrativo foi registrada pela própria contribuinte no recurso voluntário ora em análise, fl. 472 dos presentes autos.

Seguem suas alegações:

Frise-se que concomitantemente com a impugnação administrativa ofertada, a Recorrente, inclusive com o fito de não ver precluso seu direito pela superação do lapso temporal decadencial, ingressou com o competente mandado de segurança junto a essa Justiça Federal Cível de São Paulo, visando afastar os efeitos da mencionada autuação. Dita medida judicial tramita perante a 10ª Vara Federal, processo n.º 2002.61.00.011933-5, sendo certo que, após a negativa da liminar perseguida, houve a interposição de agravo de instrumento o qual foi distribuído ao ilustre Desembargador Federal Mairan Maia. (Grifou-se).

Ora, a própria contribuinte concorda que impetrou Mandado de Segurança com o mesmo objeto que discute-se nestes autos.

Aliás, ao analisar a exordial do referido Mandado de Segurança, fls. 89 a 109, não restam mais dúvidas a esse respeito.

Todavia, para corroborar mencionada constatação, transcrevo parte do pedido da contribuinte em voga, nos autos do *mandamus* impetrado, fl. 109:

b) seja, finalmente, confirmada a liminar com a concessão definitiva da segurança, reconhecendo-se os vícios que revestem a autuação e bem assim acolhendo-se a inexigibilidade da COFINS tal como lançado no auto, em face da natureza jurídica da Impetrante, como exposto neste mandamus, com o que deve restar definitivamente desconstituída a autuação indevidamente lavrada. (Grifei).

Por conseguinte, ao adentrar a esfera judicial a contribuinte renunciou à esfera administrativa, consoante Art. 38 da Lei 6.830/80 e consolidado entendimento do Conselho de Contribuintes adiante exemplificado nas ementas transcritas:

“Acórdão 108.06446, de 22/03/01 - Oitava Câmara do Primeiro Conselho.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, _____/_____/_____
Maria Luzimar Novais Mat. Siape 91641

2ª CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 16327.000592/2002-97
Recurso nº : 128.732
Acórdão nº : 204-02.296

AÇÃO JUDICIAL - CONCOMITÂNCIA - A concomitância de ação judicial com a mesma causa de pedir, impede a apreciação da impugnação e do recurso na via administrativa."

Acórdão 107.06219, de 22/03/01 - Sétima Câmara do Primeiro Conselho.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NORMAS PROCESSUAIS - Ação JUDICIAL E ADMINISTRATIVA CONCOMITANTES - IMPOSSIBILIDADE - A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, antes ou depois do lançamento "ex officio", enseja renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito, por parte da autoridade administrativa, tornando-se definitiva a exigência tributária nesta esfera.

O mesmo entendimento tem sido manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência pode ser exemplificada pelas ementas abaixo reproduzidas:

TRIBUTÁRIO. Ação DECLARATÓRIA QUE ANTECEDE A AUTUAÇÃO. RENÚNCIA DO PODER DE RECORRER NA VIA ADMINISTRATIVA E DESISTÊNCIA DO RECURSO INTERPOSTO. I – O ajuizamento da Ação Declaratória anteriormente à 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, de 22.09.80. II – Recurso Especial conhecido e provido. (STJ, REsp 24.040, RJ, 27/09/1995)

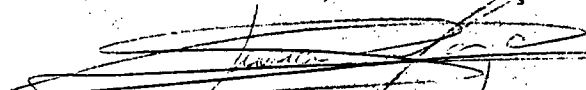
TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXIGÊNCIA FISCAL QUE HAVIA SIDO IMPUGNADA POR MEIO DE MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO, RAZÃO PELA QUAL O RECURSO MANIFESTADO PELO CONTRIBUINTE NA ESFERA ADMINISTRATIVA FOI JULGADO PREJUDICADO, SEGUINDO-SE INSCRIÇÃO DA DÍVIDA E AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO. Hipótese em que 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. (STJ, Resp, 7.630, RJ, 24/04/1991). [Destaque acrescido].

Quanto as alegadas inconstitucionalidades, refogem da competência deste Tribunal Administrativo, constituindo matéria apreciável somente pelo Poder Judiciário.

CONSIDERANDO os articulados precedentes e tudo o mais que dos autos consta, voto no sentido de negar provimento ao presente recurso voluntário.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 28 de março de 2007.


LEONARDO SIADÉ MANZAN