



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

Processo nº 16327.000841/2003-25
Recurso nº 238.578 Voluntário
Acórdão nº 3401-00.944 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de agosto de 2010
Matéria COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO - RECEITAS FINANCEIRAS - ATOS
NAO COOPERADOS - AÇÃO JUDICIAL - SUSPENSÃO DA
EXIBILIDADE - SELIC
Recorrente COOPERATIVA DE ECONOMIA E CRÉDITO MÚTUO DOS MÉDICOS
DE TAUBATÉ
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 28/02/1999 a 31/12/2001

Ementa: 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 contribuinte, antes da autuação, recorreu ao Poder Judiciário para calcular e recolher a Cofins sob a égide da Lei Complementar nº 70/91, não admitindo o jugo da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, e, depois da autuação, recorreu ao Poder Judiciário para fazer valer o entendimento de que suas receitas de aplicações financeiras não podem ser consideradas como decorrentes de atos não cooperativos.

MATÉRIA NÃO SUBMETIDA AO CRIVO DA PRIMEIRA INSTÂNCIA DE JULGAMENTO E SOMENTE ARGUIDA NO RECURSO VOLUNTÁRIO. COMPOSIÇÃO DA LIDE. PRECLUSÃO.

Preclusa a matéria que, por ter sido agitada somente após a prolação da decisão da DRJ, ao crivo desta não se submeteu, não fazendo parte, pois, da lide ora em julgamento.

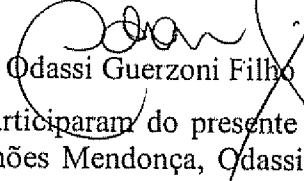
Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, nos termos do voto do Relator.

1.


Gilson Macedo Rosenberg Filho - Presidente


Odassi Guerzoni Filho - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Guerzoni Filho, Ângela Sartori (Suplente) e Raquel Mota Brandão Minatel (Suplente).

Relatório

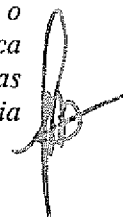
Trata-se de auto de infração lavrado em 13/03/12003 para a constituição de crédito tributário da ordem de R\$ 307.091,51, nele incluídos o principal, os juros de mora e a multa de ofício de 75%, relativo à Cofins dos períodos de apuração de fevereiro de 1999 a dezembro de 2001. De acordo com o autor do procedimento, a exigibilidade do referido débito fiscal, a teor do inciso VI, do art. 151 do Código Tributário Nacional, deveria ficar suspensa por conta de ter a autuada obtido, em 14/12/1999, uma liminar em sede de Mandado de Segurança, ação judicial nº 1999.61.03.004790-8, posteriormente confirmada em sentença, no sentido de não ser compelida a recolher a referida contribuição nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, ou seja, sobre o montante de sua *Receita Bruta*. Assim, a Cofins lançada, que fora calculada sobre as *Receitas de Atividade Financeira, Rendas de Prestação de Serviços e Outras Receitas Operacionais*, foi constituída visando o Fisco prevenir-se quanto aos efeitos da decadência.

Na Impugnação, a autuada, que é uma *cooperativa de crédito*, defende que as operações tributadas pelo Fisco sejam consideradas como *atos cooperativos próprios* e não como fruto de operações com não cooperados, e, desta forma, invoca o disposto no art. 3º da Lei nº 5.764, de 16/12/1971, para dizer que não auferir lucro. Acrescenta ainda que os excedentes de *Caixa* que aplicou no mercado financeiro e que geraram as receitas ora tributadas têm origem exclusivamente em suas operações com seus cooperados, e, por conta disso, devem ser consideradas também como atos praticados com cooperados. Colacionou decisões do então denominado Conselho de Contribuintes e da CSRF, bem como decisão judicial, inclusive do STJ, na linha de seu entendimento. Insurgiu-se também contra a aplicação da multa de ofício de 75%, por considerar esse percentual de natureza confiscatória, bem como a utilização da taxa Selic como forma de atualização do tributo lançado. Por fim, lembrou a Impugnante ser detentora de uma liminar em sede de Mandado de Segurança, em cuja ação discute a legalidade dos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, que caracterizou como *faturamento* as receitas que não apenas aquelas decorrentes da venda de bens e/ou de serviços.

A 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas/SP acolheu apenas os argumentos relacionados à multa de ofício, exonerando-a, conforme ementa colhida do Acórdão nº 05-14.885, de 18/10/2006:

PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL

RENÚNCIA. A propositura de ação judicial, antes ou após o procedimento fiscal de lançamento, com o mesmo objeto, implica a renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa a quem caberia



o julgamento, acarretando a consolidação da exigência na instância administrativa.

AÇÃO JUDICIAL. MULTA DE OFÍCIO. Não cabe a aplicação da multa de ofício se o contribuinte, antes do início do procedimento fiscal, estiver amparado por medida judicial que suspenda a exigibilidade do crédito tributário.

LEGALIDADE. Cumpre a toda Administração Pública aplicar a Lei de ofício, sem resvalar para juízos sobre sua constitucionalidade.

COOPERATIVAS. MERCADO FINANCEIRO. ATO NÃO COOPERATIVO. As instituições que dão corpo ao mercado financeiro, à evidência, não figuram como associados em cooperativa. Logo, os negócios jurídicos aí havidos entre uma dada cooperativa e referido mercado financeiro só pode se caracterizar como negócio não cooperativo, donde a possibilidade de incidência tributária.

Lançamento Procedente em Parte.

No Recurso Voluntário a autuada, inicialmente, e a guisa de demonstrar a decisão liminar que motivara o Fisco a determinar a suspensão da exigência contida no auto de infração, mencionou a existência do processo judicial nº 2005.61.00.021956-2, em que estaria discutindo a exigência da Cofins incidente sobre seus atos cooperativos, especialmente aqueles relacionados às receitas de aplicações no mercado financeiro. Em seguida, **inovando** em relação à sua impugnação, clamou pela impossibilidade do lançamento fiscal para fins de prevenção da decadência, sob o argumento de que, enquanto houver decisão liminar favorável ao sujeito passivo, não terá havido o descumprimento da obrigação tributária que poderia ensejar a autuação, e que, a sua manutenção implicaria em desobediência a uma ordem judicial. Colacionou excertos de decisões do STJ e de doutrina na linha de seus argumentos¹. Em nova **inovação**, com o perdão da redundância, sustentou, *ad argumentandum* a Recorrente, que o auto de infração lavrado nessas condições – para prevenir a decadência e com a exigibilidade suspensa – não poderia se fazer acompanhar dos *juros de mora*, pelo fato de que a decisão liminar em seu favor estaria garantido-lhe a sua condição de não se encontrar em mora alguma no cumprimento da obrigação. Nesse sentido, colacionou doutrina e decisão do então denominado Primeiro Conselho de Contribuintes.

É o Relatório, elaborado que foi a partir de arquivo digitalizado e a mim disponibilizado pela Secretaria da 4ª Câmara da Terceira Seção do Carf.

¹ STJ, REsp 453762, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 17/11/2003 e Maria Leonor Vieira, in a Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário, Dialética, São Paulo, 1997.



Voto

Conselheiro Odassi Guerzoni Filho, Relator

A tempestividade se faz presente pois, cientificada da decisão da DRJ em 07/12/2006, a interessada apresentou o Recurso Voluntário em 22/12/2006. Porém, o seu conhecimento fica prejudicado em face dos argumentos a seguir desfilados.

Dada a mudança de enfoque da autuada em sua defesa, isto é, trazendo no Recurso Voluntário inovações em relação aos argumentos apresentados quando da instauração da presente lide, que se deu quando da impugnação ao auto de infração², será necessário discorrer com mais detalhes acerca de algumas circunstâncias que envolvem o presente processo.

Como dito acima, o auto de infração, que fora lavrado em março de 2003, versou sobre a Cofins calculada sobre as rubricas *Receitas de Atividade Financeira, Rendas de Prestação de Serviços e Outras Receitas Operacionais*, tendo sido nele observado que sua exigibilidade estaria suspensa em face da existência de uma liminar obtida em 14/12/1999, confirmada por sentença em 15/01/2001, garantindo à autuada o direito de não se ver obrigado a recolher a contribuição sob os desígnios da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, mais especificamente, quanto ao “alargamento” da base de cálculo. A referida sentença judicial fora proferida na ação de nº 1999.61.03.004790-8, cujos excertos transcrevo abaixo:

A impetrante é contribuinte da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — COFINS. Impetra mandado de segurança, como pedido de liminar, contra ato do Sr. Delegado da Receita Federal em Taubaté/SP, para ver suspensa a exigibilidade da Lei n. 9.718, de 27.11.98, que altera a Lei Complementar 70/91, por considerá-la inconstitucional, pretendendo também a declaração de inexistência de relação jurídica entre si e a União Federal, no que tange à obrigação tributária oriunda da novel normatização.

Insurge-se contra as alterações introduzidas pela Lei n. 9.718/98, que expandiu a base de cálculo da exação, ao equiparar o conceito de faturamento ao de receita bruta, e majorou a alíquota de 2% (dois - por cento) para 3% (três por cento), possibilitando a compensação do adicional de 1% (um por cento) exclusivamente com a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

(...)

DECIDO

(...)

Por todo o exposto, julgo procedente a pretensão e CONCEDO A SEGURANÇA para permitir que a Impetrante efetue o recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social COFINS nos termos da Lei Complementar n. 70/91, afastadas as alterações veiculadas por meio das normas dos artigos 30 e 8º, caput, e parágrafos 1º, 2º e 3º, da Lei n.

² Decreto nº 70.235, de 1972, art. 14: A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.



9.718/98, pelo que suspendo a exigibilidade do crédito tributário com fulcro na regra do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional.

Declaro, outrossim, a inexistência de relação jurídica entre a impetrante e a União Federal, no que tange à obrigação tributária oriunda das normas dos artigos 3º e 8º, caput, e parágrafos 1º, 2º e 3º, da Lei n. 9.718/98."

A transcrição literal de boa parte da sentença de Primeiro Grau foi necessária para evitar que aqui, durante a Sessão, quedemos em dúvida sobre o que se pediu e o que foi concedido pelo Juízo, bem como, para estabelecermos a sua relação com o auto de infração.

Na impugnação, a autuada voltou-se: 1º) contra o fato de que o Fisco considerara suas receitas financeiras como decorrentes de operações com não cooperados, quando, a seu ver, todas as suas receitas eram decorrentes de operações com cooperados, e, portanto, não sujeitas à incidência da contribuição; 2º) contra o fato de que todas as receitas tributadas pelo Fisco não poderiam ser consideradas no conceito de *faturamento*, que é o que deveria prevalecer, porquanto dispunha de uma liminar em mandado de segurança nesse sentido; e 3º) que seriam inconstitucionais a utilização da taxa Selic e o percentual de 75% para aplicação da multa de ofício, este por revelar natureza confiscatória.

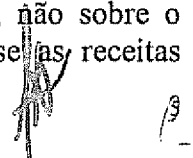
Foram esses, portanto, e nenhum outro, os argumentos formadores da lide quando da impugnação.

Renúncia à discussão na esfera administrativa

A instância recorrida, por sua vez, invocou a caracterização da concomitância de objetos para não enfrentar a questão do alargamento da base de cálculo; enfrentou a questão sobre se as receitas financeiras são ou não decorrentes de operações com não cooperados; não enfrentou a questão sobre se a utilização da taxa Selic é ou não inconstitucional; e, por fim, excluiu da exigência a multa de ofício aplicada.

Quando de seu Recurso Voluntário, a autuada resolveu inovar na sua defesa e passou a suscitar os seguintes questionamentos, os quais, à evidência, não haviam sido formulados, e, portanto, submetidos ao crivo da autoridade julgadora de primeira instância: 1º) trouxe a baila a existência de uma **nova decisão liminar**, proferida em **nova ação judicial** que não aquela reportada inicialmente, para a qual fora formulado um **novo pedido**, e, conseqüentemente, obtido **uma nova decisão**; 2º) que a lavratura do auto de infração nessas condições – existência de decisão judicial garantidora dos direitos do contribuinte – implicaria em desobediência a uma ordem judicial, devendo ser cancelado; e 3º) que, ainda que assim o fosse, sua lavratura não poderia ter sido acompanhada do lançamento de juros de mora, porquanto, se está garantido por decisão judicial ainda em vigor, mora alguma haveria de ser considerada, e muito menos lançada.

Ora, a ação judicial da qual fora informado o Fisco durante os seus trabalhos de auditoria, bem como sobre a qual proferira seu julgamento a instância de piso, fora a de nº 1999.61.03.004790-8 em que, em resumo, discutia-se sobre o alargamento da base de cálculo e a majoração da alíquota da Cofins. Essa outra ação judicial, somente agora informada pela Recorrente, é a de nº 2005.61.00.021956-2, que como se vê no documento de fl. 351, fora iniciada **29/09/1995**, após, portanto, a lavratura do auto de infração, e versa, não sobre o alargamento da base de cálculo e majoração da alíquota, mas, sim, sobre se as receitas



originadas da movimentação financeira da cooperativa devem ser consideradas como decorrentes de *atos cooperados*, ou não. Senão vejamos trechos da sentença que confirmou a decisão liminar, proferida em 26/06/2006 (fls. 357/367):

"Trata-se de mandado de segurança preventivo impetrado pela COOPERATIVA UNICRED TAUBATÉ em face do DELEGADO ESPECIAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS DA 8ª REGIÃO FISCAL EM SÃO PAULO, com pedido de liminar, em que requer a declaração de que não se sujeita ao recolhimento de Cofins sobre o ato cooperativo, compreendido como a captação de cooperados, empréstimos a cooperados e aplicações financeiras de recursos de cooperados, em razão da inexistência de base imponível para a exação.

(...)

DECIDO

(...)

Como já explanado, os atos cooperativos não geram receita e nem faturamento para a sociedade. Tanto as despesas como o resultado positivo são partilhados entre os cooperados. Logo, sobre o resultado financeiro dos atos cooperativos não pode incidir Cofins. Trata-se de não-incidência, pois não há fato gerador do tributo, independentemente de previsão ou não de isenção legal. No entanto, incide Cofins sobre a receita auferida da prática de atos não-cooperativos.

(...)

Se a sociedade cooperativa recolher cofins sobre o resultado financeiro de atos cooperativos, terá direito à repetição do indébito, mas não há isenção sobre a receita decorrente de atos não-cooperativos.

(...)

Isso posto, julgo procedente o pedido e concedo a segurança, para declarar que a impetrante não se sujeita a incidência de cofins sobre o resultado financeiro - de seus atos cooperativos, confirmando a liminar concedida no curso do processo".

Com essas informações, nota-se claramente que não só a questão do alargamento fora submetida pela autuada ao crivo do Poder Judiciário; também a questão sobre se as suas receitas de aplicações financeiras poderiam ou não ser consideradas como decorrentes de *atos cooperados*, o que, à evidência, implica em que o contribuinte renunciou à discussão de tais temas na esfera administrativa.

Nesses casos, é de se aplicar o enunciado da **Súmula Carf nº 1**, consolidada no Anexo III da Portaria CARF nº 106, de 21 de dezembro de 2009, segundo o qual "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".



De se não conhecer do recurso voluntário, pois, quanto às matérias relativas ao alargamento da base de cálculo (inclusão de outras receitas que não o faturamento) e à consideração das receitas financeiras como decorrentes de *atos não cooperados*.

Preclusão

Como já dito acima, somente por ocasião do Recurso Voluntário é que a autuada lançou mão do argumento de que o auto de infração não poderia sequer ter sido lavrado visto que dispunha ela de uma ordem judicial garantindo o seu direito de se submeter às regras da Lei Complementar nº 70/91, e não da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, para fins de apuração da Cofins. Da mesma forma, somente por ocasião do Recurso Voluntário é que a autuada passou a alegar que os juros de mora não poderiam ter sido constituídos por meio de auto de infração, visto que, em face da decisão judicial que possuía, não estaria ela em mora alguma a ensejar referida exigência.

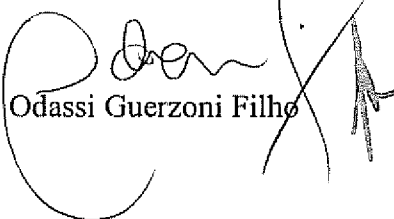
Dessa forma, não pôde a instância de piso sobre tais matérias se manifestar, o que implica em que a Recorrente incorreu, pois, no instituto jurídico da preclusão previsto no artigo 473, do Código de Processo Civil, que dispõe, *verbis*: " (...) é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito já se operou a preclusão".

Segundo nos ensina Marcos Vinícius Neder e Maria Thereza Martinez López, *in Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado*, Dialética, 2004, 2ª Edição, p. 78, "em processo fiscal, a inicial e a impugnação fixam os limites da controvérsia, integrando o objeto de defesa às afirmações contidas na petição inicial e na documentação que a acompanha. Se o contribuinte não contesta alguma exigência feita pelo Fisco, na fase da impugnação, não poderá mais contestá-la no recurso voluntário. A preclusão ocorre com relação à pretensão de impugnar ou recorrer à instância superior". E prosseguem os citados autores: "Nessa mesma linha, o artigo 17 do PAF considera não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. Segundo esse dispositivo, não é lícito inovar na postulação recursal para incluir questão diversa daquela que foi originalmente deduzida quando da impugnação do lançamento na instância *a quo*. Apenas os fatos ainda não ocorridos na fase impugnatória ou os de que o contribuinte não tinha conhecimento é que podem ser suscitados no recurso ou durante o seu processamento".

Essas duas matérias, portanto, também não devem ser aqui conhecidas.

Conclusão

Em face de todo o exposto, não conheço do Recurso Voluntário.


Odassi Guerzoni Filho