



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

Processo nº 16327.000981/2004-84
Recurso nº 153.757 Voluntário
Acórdão nº 2201-00.172 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de maio de 2009
Matéria COFINS
Recorrente COOPERATIVA DE ECONOMIA E CRÉDITO MÚTUO DOS MÉDICOS E
DEMAIS PROFISSIONAIS DE NÍVEL SUPERIOR DA ÁREA DA SAÚDE
DE GUARULHOS - UNICREFD
Recorrida DRJ - SÃO PAULO/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 28/02/1999 a 31/12/2003

PRECLUSÃO CONSUMATIVA.

As matérias não suscitadas em recurso na instância inferior devem ser conhecidas nesta quando inovadas em Recurso Voluntário.

CONCOMITÂNCIA DE OBJETO JUDICIAL E ADMINISTRATIVO

A concomitância de objeto inviabiliza o conhecimento de matérias. Se o objeto do recurso administrativo já foi posto à apreciação do Judiciário, não poderão as esferas administrativas de julgamento fiscal conhecer da matéria, em respeito à Súmula nº 01 deste Conselho, *in verbis*:

“SÚMULA 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”.

MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. DECADÊNCIA.

A decadência, por ser matéria de ordem pública, pode ser declarada a qualquer momento pelo julgador.

DECADÊNCIA. PRAZO PARA UNIÃO CONSTITUIR CRÉDITO. SÚMULA VINCULANTE Nº 08.

É de cinco anos o prazo para a constituição do crédito tributário da COFINS. Súmula Vinculante n.8 do STF:

“São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

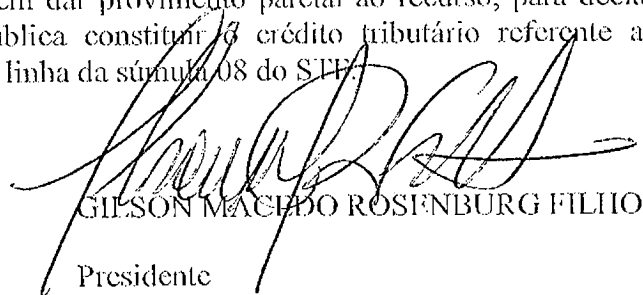
PROVA PERICIAL. AUSÊNCIA DE MOTIVO RELEVANTE PARA DEFERIMENTO.

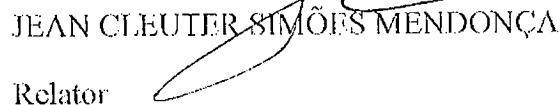
Tratando-se apenas de matéria de direito, desnecessária é a dilação probatória. Assim, há de ser negada a prova pericial.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da 2ª Câmara/1ª Turma Ordinária, da 2ª Seção do CARF, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso, quanto à matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário; II) em não conhecer do recurso, quanto às matérias referentes: à impossibilidade de lançamento para prevenir a decadência, inaplicabilidade de juros e multa no lançamento preventivo da decadência, lançamentos anteriores a 19/1999 e impossibilidade de tributação das sobras líquidas, por estarem precluídas; e II) na parte conhecida, em dar provimento parcial ao recurso, para declarar a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir crédito tributário referente aos fatos geradores anteriores a 08/1999, na linha da súmula 08 do STJ.


GILSON MACHADO ROSINBURG FILHO
Presidente


JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas (Suplente), Andréia Dantas Moneta Lacerda (Suplente), Odassi Guerzoni Filho, José Adão Vitorino de Moraes, Fernando Marques Cleto Duarte e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Relatório

Trata o presente processo de auto de infração (fls.03/19) emitido em 26/07/2004 com ciência dada à contribuinte em 03/08/2004(fl.123/124). A razão da lavratura do auto de infração foi falta de recolhimento da COFINS no período de 28/02/1999 a 31/12/2003.

Em 25/08/2004, a contribuinte impugnou a autuação (fls.125/146).

A impugnante informou ter impetrado mandado de segurança para que fosse garantido o seu direito de não efetuar recolhimento da COFINS por entender ser indevida por diversas razões também usadas como matéria de impugnação, quais sejam:

Inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 que alargou o conceito de “faturamento”, contrariando o art. 195, inciso I, da Constituição Federal;

Inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 20/98 por ferir cláusula pétreca da constituição;

As sociedades cooperativas não visam lucro, por isso não podem ser tributadas pela COFINS;

O inciso I do art. 6º da Lei Complementar nº 70/91 foi mal redigido, pois o termo “isenção” significava, na verdade, “não incidência”. Assim, a revogação de tal dispositivo não retira a não incidência das cooperativas;

A impugnante apresentou a natureza jurídica das cooperativas e afirmou que ela atua em nome de seus cooperados e não em nome próprio;

Alegou que a Constituição prevê o tratamento tributário diferenciado às cooperativas a fim de estimulá-las. Como a totalidade das ações da impugnante são atos cooperativos, ela não pode ser tributada pela COFINS.

A impugnante colacionou às fls. 195 a 200, dos autos, a sentença do Mandado de Segurança do Processo nº 1999.61.00.042698-0, “concedendo segurança para garantir à impetrante o direito de não recolher a COFINS, conforme previsto na LC 70/91”. Não consta nos autos deste processo administrativo informação de trânsito em julgado da sentença de segurança.

O acórdão da DRJ em São Paulo – SP foi ementado da seguinte forma:

“PROCESSO JUDICIAL E IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA OBJETOS A propositura de ações judiciais resulta em renúncia à discussão na via administrativa das matérias levadas à apreciação do Poder Judiciário Deve ser conhecida a impugnação, quando distintos os objetos do processo judicial e do processo administrativo

INCONSTITUCIONALIDADE. LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. Não cabe à autoridade administrativa pronunciar-se quanto a alegação de inconstitucionalidade de normas legais

Lançamento Procedente. ”

A contribuinte foi intimada do acórdão da DRJ em 02/01/2008, conforme fl.222 dos autos.

Em 01/02/2008, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls 235/272) com os seguintes argumentos, em síntese:

a) Preliminarmente, alegou que a negativa de análise do presente processo sob o fundamento de concomitância fere os princípios constitucionais do Devido Processo Legal, da



Ampla Defesa e do Contraditório. Além disso, as matérias tratadas na ação judicial não são idênticas às tratadas neste processo, pois naquela não se discute a validade dos lançamentos anteriores a novembro de 1999 como é tratado neste;

b) No mérito, começou alegando a impossibilidade de lançamento fiscal com objetivo de prevenir a decadência, pois a segurança concedida evita a exigibilidade do crédito juntamente com o seu lançamento, afastando os efeitos decadenciais da inércia da Administração Pública;

c) Alegou também serem inaplicáveis os juros e a multa na hipótese de lançamento para prevenir decadência, pois os juros e a multa têm como fundamento a mora do sujeito passivo. Como o não recolhimento ocorre por decisão judicial, não há mora;

d) Os lançamentos relativos ao período de fevereiro a outubro de 1999 são nulos em virtude do princípio da Anterioridade Nonagesimal, pois a Medida Provisória nº 1.858/99 entrou em vigor em 29/07/1999, passando a gerar efeitos somente a partir de 30/10/1999, em cumprimento aos noventa dias;

e) Os lançamentos concernentes aos fatos geradores anteriores a agosto de 1999 estão decaídos, pois foram lançados com mais de cinco anos de ocorridos;

f) Apresentou a natureza jurídica das cooperativas e afirmou que ela atua em nome de seus cooperados e não em nome próprio, de modo que não percebe lucro, pois os lucros são dos cooperados, estes, sim, devem ser tributados;

d) *“em se tratando de cooperativa de CRÉDITO, a captação de recursos de cooperados, empréstimo aos cooperados e as aplicações financeiras realizadas representam seu típico ATO COOPERATIVO”;*

e) As sobras líquidas não podem ser tributadas pela COFINS, pois não se trata de lucro, mas sim de contribuições a maior feita por parte dos cooperados;

f) A receita que transita pela cooperativa pertence aos cooperados, por isso não há incidência da COFINS, devendo ser ajustada a base de cálculo;e

g) Suscitou a possibilidade de prova pericial caso os documentos juntados aos autos não sejam bastantes para comprovar o alegado.

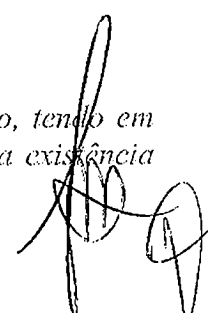
A contribuinte concluiu o Recurso com os seguintes pedidos:

“- em preliminar

- (i) *o reconhecimento da ausência de renúncia tácita da RECORRENTE à esfera administrativa, eis que inexistente a concomitância entre o presente Processo Tributário Administrativo e o Mandado de Segurança nº 1999.61.00.042.698-0;*

no mérito

- (ii) *a anulação e improcedência do auto de infração gerreado, tendo em vista a suspensão da exigibilidade do crédito decorrente da existência*



de sentença procedente vigente proferida em sede de Mandado de Segurança (...);

- (iii) eventualmente, em se entendendo pela possibilidade do lançamento do principal com fins de prevenção de decadência (...) a anulação e improcedência do auto de infração no que tange aos valores de juros de mora e multa;
- (iv) a anulação e improcedência do auto de infração quanto à exigência da COFINS relativa às competências de fevereiro a outubro/1999, conforme vedação do Ato Declaratório SRF n.º 88/99 (DJU 22/11/1999) conjugado com o Princípio Constitucional da Anterioridade Nonagesimal;
- (v) a anulação parcial do auto de infração em relação às competências anteriores a agosto de 1999, tendo em vista a decadência do direito da Fazenda Nacional lançar o crédito fiscal combatido (...);
- (vi) anulação e improcedência do auto de infração em face da não incidência de COFINS sobre os atos cooperativos da RECORRENTE (...) incluídas captação de recursos de cooperados, empréstimos a cooperados e aplicações financeiras, na central e no mercado (...);
- (vii) a anulação e improcedência do auto de infração em face da expressa previsão na Lei nº 10.676/2003, autorizando a dedução na base de cálculo da COFINS dos valores lançados a título de "sobras líquidas" (...);
- (viii) sem prejuízo dos pedidos acima, a dedutibilidade na base de cálculo do referido tributo das correspondentes despesas/custos da atividade, nos termos do art. 2º, parágrafo 6º da Lei nº 9.718/98 com redação dada pelo artigo 2º da MP nº 2.158-35/2001; e
- (ix) a realização de perícia/diligência requerida." (grifos no original)

É o Relatório.

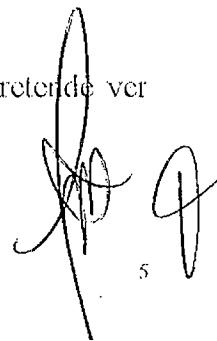
Voto

Conselheiro JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA, Relator

O Recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Contra a recorrente foi efetivado lançamento da COFINS, ela pretende ver esses lançamentos nulos por diversos argumentos.

Da concomitância e Preclusão.



5

Inicialmente, a recorrente atacou o acórdão da DRJ, alegando que não houve concomitância total, pois algumas matérias tratadas na esfera administrativa não foram à justiça.

Ao cotejar a impugnação apresentada pela contribuinte, é possível notar que as matérias arguidas ou já tinham sido tratadas pela sentença do mandado de segurança, causa da concomitância, ou tratava-se de matéria de constitucionalidade, esta não podendo ser apreciada pela esfera administrativa pelos motivos justificados no acórdão da instância inferior.

Ainda é possível perceber que algumas matérias não levadas ao Judiciário, apesar de suscitadas no Recurso Voluntário, não foram guerreadas na impugnação, quais sejam: impossibilidade dos lançamentos para prevenir decadência, a inaplicabilidade de juros e multa no lançamento preventivo da decadência, o lançamento dos períodos anteriores a outubro de 1999, a impossibilidade da tributação das sobras líquidas.

Como as matérias levadas à impugnação eram concomitantes ou tratava-se de inconstitucionalidade, a decisão da DRJ deve ser mantida.

Como já salientado acima, as matérias afinentes à impossibilidade dos lançamentos para prevenir decadência, à inaplicabilidade de juros e multa no lançamento preventivo da decadência, aos lançamentos dos períodos anteriores a outubro de 1999 e à impossibilidade da tributação das sobras líquidas foram levantadas no Recurso Voluntário, porém não foram suscitadas na impugnação, o que impede o conhecimento de tais matérias em razão da preclusão consumativa.

Concomitância da matéria referente à natureza jurídica das cooperativas e sua tributação.

A recorrente trouxe à esta Câmara matéria referente à natureza jurídica das cooperativas, alegando que ela não visa lucro, pois os resultados pertencem aos cooperados.

Verificando-se a cópia da sentença do Mandado de Segurança, colacionada pela própria contribuinte aos autos, às fls.195 a 200, é possível notar a análise dessa matéria, evidenciando-se que ela foi levada ao Judiciário, causando assim, a concomitância.

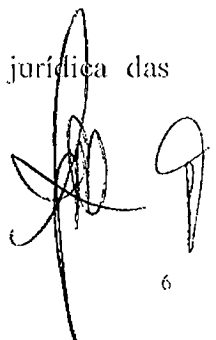
A concomitância é causa impeditiva do conhecimento da matéria por este Conselho. Reputa-se a contribuinte desistente da esfera administrativa no tocante às matérias levadas à apreciação do Judiciário. Veja-se o texto da Súmula nº 01 do Segundo Conselho de Contribuinte, *in verbis*:

“SÚMULA 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”

Sendo assim, não conheço da matéria referente à natureza jurídica das cooperativas e sua tributação.

Da decadência.



A recorrente argui decadência dos lançamentos anteriores a agosto de 1999, vez que ela foi notificada do auto de infração somente em 03/08/2004, conforme fls. 123 e 124.

A COFINS é um tributo sujeito a homologação, e seu prazo de decadência é de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, conforme parágrafo 4º do art.150 do Código Tributário Nacional, isto é, após o fato gerador, a Receita Federal teve cinco anos para apurar as inconsistências nos tributos pagos pelo contribuinte. Cabe aqui transcrever o que dispõe a segunda parte do parágrafo 4º do art. 150, *in verbis*:

“expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”

Assim, passados os cinco anos com a inércia da Fazenda Pública, tem-se o crédito extinto na forma do inciso V art.156 do CTN, em decorrência da decadência disposta no parágrafo 4º do art. 150.

Para esclarecer aqueles que ainda insistem ser o prazo de decadência da COFINS de dez anos, sob o argumento de que deve ser atendido o art. 45 da Lei nº 8.212/91, o STF declarou a inconstitucionalidade de tal dispositivo, por meio da Súmula Vinculante nº 8, que vincula às esferas administrativas, *in verbis*:

“São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

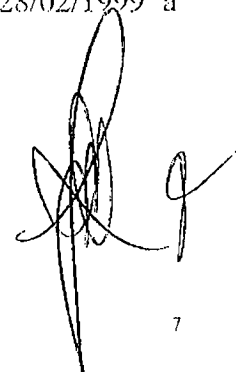
Apesar da recorrente não ter mencionado esse assunto na impugnação, quando há decadência nos autos, deve o julgador conhecê-la de ofício, conforme art. 210 do Código Civil que reza:

“Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida em lei”

Maria Helena Diniz, ensinando a respeito da decadência como matéria de ordem pública, doutrina o seguinte:

“Decretação ‘ex officio’ da decadência” A decadência é matéria de ordem pública, decorrente de prazo legal, deve ser, uma vez consumado o prazo, considerada e julgada pelo magistrado, de ofício, independentemente de arguição do interessado” (DINIZ, Maria Helena, Código Civil Anotado, Saraiva São Paulo, 2004) (grifo no original)

Portanto, por se tratar de matéria de ordem pública que deve ser apreciada de ofício, conheço da decadência dos lançamentos referentes aos períodos de 28/02/1999 a 03/08/2004.



Da produção de prova pericial.

Para solução da presente demanda não foi necessária a análise de matéria de fato, sendo dispensada a dilação probatória. Dessa forma, não há motivo relevante para deferimento da prova pericial.

Ex positis, dou provimento parcial ao Recurso Voluntário, apenas para declarar decaídos os lançamentos referentes aos períodos anteriores a agosto de 1999, não conhecendo das demais matérias em razão da preclusão e concomitância.

Sala das Sessões, em 07 de maio de 2009


JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA