



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

Processo n° 16327.002121/2007-28
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9303-007.930 – 3ª Turma
Sessão de 24 de janeiro de 2019
Matéria 63.147.4416 - COFINS - AÇÕES JUDICIAIS - Concomitância
Recorrente FUNDAÇÃO CESP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2002 a 30/11/2002

CONCOMITÂNCIA DA DISCUSSÃO NAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. INOCORRÊNCIA.

Afasta-se a concomitância de objetos quando, embora a matéria de direito discutida na esfera administrativa e na esfera judicial seja idêntica, os períodos de apuração são expressa e absolutamente distintos.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

Não se conhece de Recurso Especial quando a divergência jurisprudencial não é comprovada pelo recorrente. Discussões diferentes atraem normas diferentes, o que impede a verificação de divergência na interpretação da Lei.

No caso, discute-se a sujeição de Entidades de Previdência Privada à Cofins, entretanto, o acórdão apresentado como paradigma discute a tributação de Entidades de Previdência Privada pela CSLL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas quanto à concomitância da discussão, nos âmbitos administrativo e judicial e, no mérito, na parte conhecida, por unanimidade de votos, em dar-lhe provimento, com retorno dos autos à DRJ, para apreciação das demais questões constantes do recurso voluntário.

(Assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício.

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Cecconello e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício).

Relatório

Lançamento

Trata o presente processo autos des infração para exigência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, restando nessa decisão apenas a discussão da Cofins no período de 01/01/2002 a 30/11/2002.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, teria ocorrido insuficiência do recolhimento das contribuições. Foi verificado que o Sujeito Passivo, que atua como entidade de Previdência Privada não recolheu a Cofins no período, sendo que a fiscalização entendeu que essa atividade está sujeita à tributação da Cofins.

Também foi realizado lançamento de PIS/Pasep, que a fiscalizada havia recolhido apenas sobre a folha de pagamento.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificado do Auto de Infração, o Contribuinte apresentou Impugnação, que foi apreciada pela Delegacia de Julgamento de São Paulo que, em decisão consubstanciada no acórdão DRJ/SPOI nº 16-22.121 negou-lhe provimento.

O colegiado considerou decaído o lançamento da Contribuição para o PIS/Pasep, por aplicação da regra do art. 150, § 4o do Código Tributário Nacional, em vista da existência de recolhimento antecipado da contribuição. Quanto à Cofins, o colegiado considerou o lançamento procedente.

Recurso Voluntário e Decisão Recorrida

Inconformado com a decisão de primeira instância, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário, requerendo o cancelamento do lançamento.

A Segunda Turma Ordinária da Segunda Câmara da Terceira Seção do CARF apreciou o Recurso Voluntário e, em decisão consubstanciada no acórdão 3202-002.231, negou provimento ao recurso.

Embargos do Sujeito Passivo

Intimado do acórdão de segunda instância, o Sujeito Passivo opôs embargos de declaração, alegando omissão no julgado. Afirma que a decisão não enfrentou a alegação, constante do Recurso Voluntário, de que o Sujeito Passivo, por ser fundação sem fins lucrativos, estaria isenta da Cofins, nos termos do art. 14, X, da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001.

Despacho do Presidente do colegiado rejeitou os embargos, sob o fundamento de que a decisão teria enfrentado a matéria, não tendo conhecido da alegação, por adoção da decisão de primeira instância, com base no permissivo do art. 50, § 1º da Lei nº 9.784, de 1999. Esclarece que a decisão de piso entendeu que essa matéria havia sido posta ao crivo do Poder Judiciário, implicando concomitância da discussão nas esferas administrativa e judicial. Portanto, entendeu aplicável a Súmula CARF nº 1, segundo a qual, a propositura de ação judicial pelo Sujeito Passivo implica a renúncia às instâncias administrativas.

Recurso Especial do Sujeito Passivo

Intimado do despacho de análise de admissibilidade de seus embargos, o Sujeito Passivo recurso especial, que foi admitido apenas parcialmente, quanto a duas matérias: (a) a ocorrência de concomitância de discussão nos âmbitos administrativo e judicial e (b) a existência de base de cálculo para incidência da Cofins, no caso de Entidades de Previdência Privada.

Com relação à ocorrência da concomitância, aponta, como paradigmas, os acórdãos 203-13.563 e 2201-00.024. Afirma que o acórdão recorrido entendeu ter havido concomitância pela existência de Mandado de Segurança contra Auto de Infração diverso - referente ao ano calendário de 1999 - mas sobre o mesmo tema de fundo. Argumenta, entretanto, que os paradigmas entenderam que não há concomitância quando, embora a matéria de direito seja a mesma, os períodos de apuração são expressos e distintos.

Com relação à existência de base de cálculo para exigência da Cofins, no caso de Entidades de Previdência Privada, apresenta, a título de paradigma, o acórdão nº CSRF/01-06.016. Afirma que, no recorrido, entendeu-se que as entidades de previdência privada estavam sujeitas à Cofins sobre todos os rendimentos auferidos, exceto nas aplicações financeiras destinadas ao pagamentos de benefícios. Argumenta que, no paradigma, entendeu-se que as entidades de previdência privada não estariam sujeitas à CSLL, por não auferirem lucro, considerando que elas não possuiriam receitas próprias, mas apenas administrariam receitas de propriedade dos patrocinadores e participantes.

O Presidente da Câmara apreciou o recurso especial da Fazenda dando-lhe seguimento quanto às duas matérias acima referidas e o Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais, em sede de Reexame, confirmou a análise de admissibilidade do recurso.

Contrarrazões da Fazenda Nacional

Cientificada do acórdão, do Recurso Especial do Sujeito Passivo e de sua análise de admissibilidade, a Fazenda Nacional apresentou contrarrazões ao recurso, requerendo que a ele fosse negado provimento em relação a ambas as matérias admitidas.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator

Conhecimento

O Recurso é tempestivo, porém, quanto a sua admissibilidade há questão a ser analisada. Conheço apenas parcialmente do recurso, em relação à concomitância da discussão da isenção do Sujeito Passivo, por ser fundação sem fins lucrativos.

Com efeito, entendo que não foi comprovada divergência quanto à discussão da existência de Base de Cálculo, para incidência da Cofins. Isso porque o paradigma apresentado enfrenta matéria diversa, qual seja, a ocorrência do Fato Gerador de outro tributo (CSLL). Ora, entendo que essa diferença seja essencial, porque esses tributos possuem legislação de regência distinta, o que impede a verificação de divergência na interpretação da lei.

Saliente-se que o acórdão recorrido foi específico em apontar o inciso primeiro do § 6º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1999, como o dispositivo que define a base impositiva da Cofins para o caso de Entidades de Previdência Privada. Esse dispositivo determina que todos os rendimentos dessas entidades sejam tributados, exceto aqueles auferidos nas aplicações financeiras destinadas ao pagamento de benefícios, sem tecer maiores comentários acerca da natureza desses rendimentos, nos seguintes termos:

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

§ 6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei no 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir:

(...)

III no caso de entidades de previdência privada, abertas e fechadas, os rendimentos auferidos nas aplicações financeiras destinadas ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e de resgates;

Já, a decisão apontada como paradigma tece considerações acerca da natureza do resultado da entidade e argumenta que ela não apura lucro, para fins de tributação pela Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Apenas como linha de argumentação, afirma que essas entidades não poderiam auferir receitas próprias. Assim, não se pode afirmar que o colegiado que proferiu a decisão paradigmática julgaria a matéria enfrentada no acórdão recorrido de forma diversa.

Por esse motivo não se pode conhecer do recurso quanto a essa matéria.

Mérito

Início a análise de mérito pela apreciação da concomitância.

A decisão recorrida, conforme esclarecido no despacho de análise de admissibilidade de embargos, não conheceu da alegação de que o Sujeito Passivo, por ser uma fundação sem fins lucrativos, estaria isenta da Cofins, nos termos do art. 14, X da MP 2158/2001. O não conhecimento da matéria teria ocorrido, por adotar, com base no permissivo

do art. 50, § 1º da Lei nº 9.784, de 1999, a decisão de primeira instância, que - por sua vez - entendeu que essa matéria tivesse sido levada ao crivo do Poder Judiciário.

Consequentemente, tendo verificado concomitância da discussão nos âmbitos administrativo e judicial, aplicou-se a Súmula CARF nº1, segundo a qual, a propositura de ação judicial pelo Sujeito Passivo implica a renúncia às instâncias administrativas.

Pois bem, a referida decisão de primeira instância faz referência à inicial em MS, acostada aos autos às fls. 266 e seguintes, com ênfase na fl. 368. Entretanto, em cotejo aos autos, verifica-se que o objeto da inicial no Mandado de Segurança está restrito a auto de infração específico, de período distinto daquele tratado no presente processo (ano-calendário 1999). Assim, em que pese a matéria de fundo ser a mesma, o pedido, no Mandado de Segurança é específico e não alcança os fatos geradores objeto do presente processo. Para confirmação dessa conclusão, reproduzo - a seguir - os termos do pedido, na peça inicial do referido MS:

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 neste mandamos, com o que deve restar definitivamente desconstituída a autuação indevidamente lavrada.

(grifos na transcrição)

Portanto, entendo não ter ocorrido a concomitância identificada nas decisões *a quo* e, assim, é de se dar provimento ao Recurso Especial do Sujeito Passivo quanto a essa questão, para afastar a concomitância e determinar o retorno dos autos ao colegiado recorrido, para manifestação sobre a matéria.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por conhecer em parte do Recurso Especial, apenas quanto à concomitância da discussão, nos âmbitos administrativo e judicial, da isenção do Sujeito Passivo, por ser fundação sem fins lucrativos e, na parte conhecida, dou provimento ao recurso, para afastar a concomitância, com retorno ao colegiado *a quo*, para análise dessa matéria.

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos

