



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

Processo n° 18088.000006/2007-12
Recurso n° De Ofício
Acórdão n° 3401-005.087 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de junho de 2018
Matéria AI - COFINS (imunidade)
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado PRO SAUDE - ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E HOSPITALAR

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2002

COFINS. AÇÕES JUDICIAIS. MATÉRIA DIVERSA DA AUTUADA. PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA.

Não há que se falar em lançamento para prevenção da decadência se eventuais ações judiciais interpostas pela empresa ou por terceiro, em caráter geral, não possuem relação direta com a matéria autuada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso de ofício, para manter a multa de ofício aplicada, em patamar compatível com os tributos a serem eventualmente mantidos no lançamento, de acordo com a decisão condicional da DRJ, a ser liquidada pela unidade preparadora com o encerramento dos processos judiciais nela mencionados.

(assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan – Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Rosaldo Trevisan (presidente), Marcos Roberto da Silva (suplente convocado), André Henrique Lemos, Mara Cristina Sifuentes, Tiago Guerra Machado, Lazaro Antonio Souza Soares, Cássio Schappo e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (vice-presidente).

Relatório

Versa o presente sobre **auto de infração**, lavrado em 24/01/2007 (fls. 8 a 17, com ciência ainda em 29/01/2007 - fl. 13)¹ para exigência de COFINS, de janeiro a dezembro de 2002, acrescida de juros de mora e multa de 75%, perfazendo total de R\$ 10.116.240,46, decorrente de falta/insuficiência de recolhimento, conforme Relatório de Descrição dos Fatos (RDF).

No RDF (fls. 18 a 63), narra-se que; (a) a fiscalizada, conforme se percebe dos documentos apresentados à fiscalização, não recolheu COFINS, nem a informou em DCTF, no ano calendário de 2002, sob alegação de amparo em imunidade que é restrita a impostos, havendo, para fruição de isenção em relação a entidades de assistência social, que se atestar o cumprimento de determinados requisitos; (b) a isenção prevista na Medida Provisória nº 2.158-35/2001, arts. 13 e 14, aplica-se somente a instituições de educação e de assistência social, em relação a atividades próprias, assim entendidas (cf. IN SRF nº 247/2002, art. 47, § 2º) “...aquelas decorrentes de contribuições, doações, anuidades ou mensalidades fixadas por lei, assembleia ou estatuto, recebidas de associados ou mantenedores, sem caráter contraprestacional direto, destinadas ao seu custeio e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais”; e (c) no caso em análise, de todas as receitas da entidade fiscalizada (receitas hospitalares, receitas de serviços administrativos, receitas de doações, receitas de subvenções e outras receitas), apenas as receitas de doações são isentas da COFINS, sendo excluídas da isenção as receitas de cunho contraprestacional direto (tabela às fls. 45 a 53, com detalhamento das subvenções às fls. 54/55).

A autuada apresenta **impugnação** à autuação em 28/02/2007 (fls. 4278 a 4298), alegando, basicamente, que: (a) é entidade filantrópica, de assistência social e beneficente, a cumpre os requisitos para ser considerada de utilidade pública, devendo ser a ela reconhecida a imunidade constitucionalmente prevista, não havendo que se falar em receitas próprias e não-próprias, porque nem mesmo o legislador ordinário tem a faculdade de restringir o benefício, previsto no art. 195, § 7º, da Constituição Federal brasileira; (b) a entidade cumpre os requisitos do art. 14 do Código Tributário Nacional, e possui o CEBAS (Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social); (c) não existe vedação legal acerca da prestação de serviços remunerados por entidade de assistência social, e o STF já decidiu, liminarmente, em ADIn interposta pela Confederação Nacional da Saúde, Hospitais, Estabelecimentos da Saúde (nº 2.028-5), que “a circunstancia da entidade, diante, até mesmo, do princípio isonômico, mesclar a prestação de serviços, fazendo-o gratuitamente aos menos favorecidos e de forma onerosa aos afortunados pela sorte, não a descaracteriza, não lhe retira a condição de beneficente”; e (d) a jurisprudência pátria confirma o direito da entidade. Pede, por fim, a suspensão da imposição de qualquer penalidade até o trânsito em julgado da Ação Declaratória que visa ao reconhecimento de sua imunidade constitucional relativa à COFINS.

Às fls. 4415 a 4419, são juntadas peças de ação judicial (Mandado de Segurança nº 7.897/DF, no qual é deferida, no STJ, liminar contra despacho publicado no D.O.U. de 30 de maio de 2001, que cancelou o Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos - CEFF – da entidade).

Em 10/05/2007, é proferida a **decisão de primeira instância** administrativa (fls. 4420 a 4430), pela procedência parcial da impugnação, “cancelando a multa de lançamento de ofício e suspendendo a exigibilidade da contribuição lançada enquanto

¹ Todos os números de folhas indicados nesta decisão são baseados na numeração eletrônica da versão digital do processo (e-processos).

perdurarem os efeitos da medida concedida pelo STF na Adin 2.028 ou da liminar deferida no Mandado de Segurança MS-7897/DF (registro: 2001/0106446-2) pelo STJ", sendo o voto substancialmente fundamentado em transcrições do Acórdão nº 201-78.490 (fls. 4422 a 4429), no sentido de que: (a) a Medida Provisória nº 2.158-35/2001 estendeu a isenção da COFINS às entidades relacionadas nos arts. 12 (imunes do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro) e 15 (isentas do Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro) da Lei nº 9.532/1997, sem distinguir as entidades beneficentes de assistência social abrangidas pela imunidade do art. 195, § 7º, da Constituição Federal de 1988; (b) portanto, as entidades beneficentes de assistência social que satisfaçam as exigências legais (art. 55 da Lei nº 8.212, de 1991) são imunes às contribuições sociais; (c) já as instituições de assistência social que satisfaçam as exigências legais (art. 12 da Lei nº 9.532/1997) são isentas da COFINS, somente em relação às receitas próprias da atividade, ainda que não se enquadrem nas condições de imunidade; (d) a "isenção" a que se refere o art. 17 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, é, na realidade, a imunidade do art. 195, § 7º, da Constituição Federal, e, portanto, o art. 17 não se refere à isenção do art. 14, mas à imunidade do art. 195, § 7º, da Constituição Federal; (e) daí ser necessário saber se a autuada é "entidade beneficente de assistência social" ou meramente "instituição de assistência social" ou ainda "instituição de caráter filantrópico"; (f) as questões relacionadas à obrigatoriedade da gratuidade na prestação de serviços foram submetidas ao exame do Supremo Tribunal Federal (STF) em duas ações diretas de inconstitucionalidade: ADin nº 2.028 e ADin nº 2.036, tendo o STF se manifestado no julgamento de medida cautelar na primeira delas, no sentido de suspender a eficácia dos dispositivos impugnados (disposições da Lei nº 9.732, de 1998, que alteraram o art. 55 da Lei nº 8.212/1991); e (g) a decisão do STF eliminou virtualmente as distinções que poderiam ser feitas, relativamente às duas situações analisadas, no que tange gratuidade dos serviços (instituição de assistência social, isenta da Cofins, relativamente às receitas de atividades próprias; entidade beneficente de assistência social, imune COFINS), permanecendo apenas os demais requisitos exigidos pela Lei nº 8.212/1991. Após referendar o entendimento externado no referido acórdão, o relator do julgamento de piso redige de próprio punho as duas páginas finais da decisão, nas quais conclui que: (a) a Medida Provisória nº 2.158-35/2001 não atinge as entidades beneficentes de assistência social a que alude a Constituição Federal, art. 195, § 7º, em sua imunidade, mesmo que elas prestem serviços remunerados, mas, se o STF decidir pela constitucionalidade da obrigação de gratuidade instituída pela Lei nº 9.732 para as referidas entidades beneficentes, a COFINS aqui lançada será exigível; (b) a documentação dos autos permite inferir que a entidade se enquadra nas condições do referido art. 55 (sem as alterações da Lei nº 9.732, por óbvio); (c) como constam das "Notas explicativas da administração às demonstrações financeiras" do ano de 2005, a entidade teve seu CEBAS cassado pelo Ministro da Previdência, em 2001, o que implicaria em descumprimento de uma das condições para fruição da imunidade constitucional e a possibilidade de exigência da COFINS, nos termos da Medida Provisória em apreço, mas a entidade impetrou o Mandado de Segurança (MS) nº 7.897/DF junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), que concedeu liminar, ainda vigente à época, para suspender o ato ministerial; e (d) a exigência da COFINS, assim, é procedente, apenas para prevenção da decadência (tornando-se em decorrência disso indevida a multa de ofício lançada), pois se o STJ denegar a ordem, a contribuição será devida por descumprimento de requisito previsto no art. 55 da Lei nº 8.212/1991.

Ciente da decisão de piso em 06/06/2007 (AR à fl. 4443), não consta ter a entidade apresentado recurso voluntário em relação à parcela mantida da autuação (ainda que com suspensão da exigibilidade).

Às fls. 4465 a 4469, percebe-se que, no MS nº 7.897/DF, a segurança foi deferida pelo STJ, diante da intempestividade do recurso apresentado pelo INSS, no seguinte sentido: “*Ante o exposto, concedo a segurança para tornar sem efeito o ato coator impugnado nos autos, ficando assegurada à Administração Pública a prerrogativa de reavaliar, oportunamente, a manutenção do certificado emitido em favorecida impetrante*”.

Em 21/05/2014, o recurso de ofício foi encaminhado ao CARF, para julgamento, sendo sorteado, em 12/12/2014, a conselheira que, em 26/06/2015, pediu dispensa do mandato, com submissão do processo a novo sorteio de relatoria.

Em 30/11/2017, o processo foi distribuído a este relator, por sorteio.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rosaldo Trevisan, Relator

Tendo em conta que o valor da multa excluída pela DRJ corresponde originariamente a R\$ 3.043.346,18, o recurso de ofício apresentado atende os requisitos de admissibilidade (mormente a alçada, atualmente fixada em R\$ 2.500.000,00, pela Portaria MF nº 63/2017, com o entendimento assentado na Súmula CARF nº 103), e, portanto, dele se toma conhecimento.

É preciso recordar, já de início, que não houve recurso voluntário em relação à manutenção da exigência de COFINS, ainda que com exigibilidade suspensa, em função da ADIn nº 2.028 e da liminar deferida no MS nº 7.897/DF. Assim, tudo o que resta a discutir nesta instância administrativa é o cabimento da multa de ofício lançada pela fiscalização, e que entendeu a DRJ destinar-se a prevenção da decadência.

Sobre a lavratura de multa de ofício para prevenção de decadência, matéria constante do recurso de ofício, assim dispõe o art. 63 da Lei nº 9.430/1996, já na redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35/2001:

“Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.” (grifo nosso)

Cabe verificar, então, se as medidas suspensivas elencadas pela DRJ estão contempladas no art. 63 da referida lei, de modo a inviabilizar a constituição da multa de ofício.

A fiscalização foi iniciada em 19/09/2006, conforme registrado no RDF (fl. 18). Em 18/10/2006, foi expedida a intimação fiscal nº 024 (fl. 1844), com ciência em 24/10/2006, na qual se solicitou:

Com relação à COFINS - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social incidente sobre a receita bruta informar, em relação aos anos calendário de 2001 a 2005, se há ações judiciais que amparem a não declaração desta contribuição em DCTF e/ou o seu não recolhimento, apresentando os seguintes elementos, se existentes:

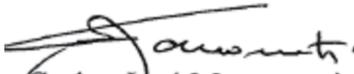
- Cópia das petições iniciais, relacionadas com a Ação Ordinária, Medida Cautelar ou Mandado de Segurança;
- Cópia das medidas liminares, se concedidas;
- Cópia dos depósitos judiciais, se existirem;
- Cópia das sentenças, se já proferidas;
- Certidão de Objeto e Pé, visando apurar a situação atual do processo judicial.
- Certidão de trânsito em julgado, se este foi alcançado.

Em resposta, informou a empresa que seu direito estava constitucionalmente previsto, não possuindo ação judicial para demandá-lo (fl. 1865):

Ref:- Termo de Intimação Fiscal nº 024

A Pró-Saúde Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar, inscrita sobre o CNPJ nº24.232.886/0001-67, com sede na rua Coronel Juvêncio nº 498, Agulha – Fernando Prestes – SP, em atendimento ao Mandato de Procedimento Fiscal – Diligência nº 0812200-2006-00410-4, solicitando ações judiciais que amparem a não declaração da COFINS – Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, vem informar a V.sa, que não possuímos tais documentos por estar assegurada pela Constituição Federal, em se tratando de Instituição Sem Fins Lucrativo e Filantrópica.

Cordialmente,


Carlos José Massarenti
Diretor Administrativo

Daí certamente decorre o lançamento da multa de ofício, com fundamento no art. 44 da Lei nº 9.430/1996.

Por outro lado, a DRJ percebe a existência de ações judiciais não visualizadas pelo autuante, que se contentou com a resposta negativa em relação a ações específicas da entidade autuada, e encontra, nos autos, entre os documentos apresentados com a impugnação, menção a mandado de segurança interposto (fls. 4343 a 4352), cabendo trazer à colação o item 5 do parecer de auditores independentes (fl. 4354):

5. Conforme mencionado na nota explicativa n.º 9, a entidade foi questionada pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), quanto ao cumprimento dos requisitos legais para beneficiar-se da isenção da cota patronal. A entidade, por intermédio de seus advogados, impetrou Mandado de Segurança junto ao Superior Tribunal de Justiça e obteve liminar que mantém sua condição de entidade filantrópica. As demonstrações financeiras do exercício findo em 31 dezembro de 2.005 foram elaboradas considerando a manutenção do certificado de filantropia, e, dessa forma, tais demonstrações não contemplam os ajustes que poderiam vir a ser requeridos se a entidade tivesse a cassação do seu certificado efetivada.

Daí ter o julgador de piso acrescentado pesquisa sobre andamento do MS nº 7.897/DF (fls. 4414 a 4417) e cópia de decisão do STJ no Agravo Regimental no referido MS (fl. 4419), deferindo a liminar. Embora o descumprimento de tal requisito sequer tenha sido suscitado especificamente na autuação, entende-se aqui que a DRJ, ultrapassando eventual negativa geral presente no lançamento, verificaria, para fruição do benefício, o preenchimento de tal requisito.

Em decorrência da argumentação de defesa, trouxe ainda aos autos o julgador de piso a ADIn nº 2.028, na qual havia tutela antecipada concedida, e cuja matéria acabou decidida no seguinte sentido, ainda em 1999:

*“EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 1º, na parte em que alterou a redação do artigo 55, III, da Lei 8.212/91 e acrescentou-lhe os §§ 3º, 4º e 5º, e dos artigos 4º, 5º e 7º, todos da Lei 9.732, de 11 de dezembro de 1998. - Preliminar de mérito que se ultrapassa porque o conceito mais lato de assistência social - e que é admitido pela Constituição - é o que parece deva ser adotado para a caracterização da assistência prestada por entidades beneficentes, tendo em vista o cunho nitidamente social da Carta Magna. - De há muito se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que **só é exigível lei complementar quando a Constituição expressamente a ela faz alusão** com referência a determinada matéria, o que implica dizer que quando a Carta Magna alude genericamente a "lei" para estabelecer princípio de reserva legal, essa expressão compreende tanto a legislação ordinária, nas suas diferentes modalidades, quanto a legislação complementar. - **No caso, o artigo 195, § 7º, da Carta Magna, com relação a matéria específica (as exigências a que devem atender as entidades beneficentes de assistência social para gozarem da imunidade aí prevista), determina apenas que essas exigências sejam estabelecidas em lei.** Portanto, em face da referida jurisprudência desta Corte, em lei **ordinária**. - É certo, porém, que há forte corrente doutrinária que entende que, sendo a imunidade uma limitação constitucional ao poder de tributar, embora o § 7º do artigo 195 só se refira a "lei" sem qualificá-la como complementar - e o mesmo ocorre quanto ao artigo 150, VI, "c", da Carta Magna -, essa expressão, ao invés de ser entendida como exceção ao princípio geral que se encontra no artigo 146, II ("Cabe à lei complementar: II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar"), deve ser interpretada em conjugação com esse princípio para se exigir lei complementar para o estabelecimento dos requisitos a ser observados pelas entidades em causa. - A essa fundamentação*

jurídica, em si mesma, não se pode negar relevância, embora, no caso, se acolhida, e, em consequência, suspensa provisoriamente a eficácia dos dispositivos impugnados, voltará a vigorar a redação originária do artigo 55 da Lei 8.212/91, que, também por ser lei ordinária, não poderia regular essa limitação constitucional ao poder de tributar, e que, apesar disso, não foi atacada, subsidiariamente, como inconstitucional nesta ação direta, o que levaria ao não-conhecimento desta para se possibilitar que outra pudesse ser proposta sem essa deficiência.

- Em se tratando, porém, de pedido de liminar, e sendo igualmente relevante a tese contrária - a de que, no que diz respeito a requisitos a ser observados por entidades para que possam gozar da imunidade, os dispositivos específicos, ao exigirem apenas lei, constituem exceção ao princípio geral -, não me parece que a primeira, no tocante à relevância, se sobreponha à segunda de tal modo que permita a concessão da liminar que não poderia dar-se por não ter sido atacado também o artigo 55 da Lei 8.212/91 que voltaria a vigorar integralmente em sua redação originária, deficiência essa da inicial que levaria, de pronto, ao não-conhecimento da presente ação direta. Entendo que, em casos como o presente, em que há, pelo menos num primeiro exame, equivalência de relevâncias, e em que não se alega contra os dispositivos impugnados apenas inconstitucionalidade formal, mas também inconstitucionalidade material, se deva, nessa fase da tramitação da ação, trancá-la com o seu não-conhecimento, questão cujo exame será remetido para o momento do julgamento final do feito.

- Embora relevante a tese de que, não obstante o § 7º do artigo 195 só se refira a "lei", sendo a imunidade uma limitação constitucional ao poder de tributar, é de se exigir lei complementar para o estabelecimento dos requisitos a ser observados pelas entidades em causa, no caso, porém, dada a relevância das duas teses opostas, e sendo certo que, se concedida a liminar, revigorar-se-ia legislação ordinária anterior que não foi atacada, não deve ser concedida a liminar pleiteada.

- É relevante o fundamento da inconstitucionalidade material sustentada nos autos (o de que os dispositivos ora impugnados - o que não poderia ser feito sequer por lei complementar - estabeleceram requisitos que desvirtuam o próprio conceito constitucional de entidade beneficente de assistência social, bem como limitaram a própria extensão da imunidade). Existência, também, do "periculum in mora".

Referendou-se o despacho que concedeu a liminar para suspender a eficácia dos dispositivos impugnados nesta ação direta. (ADI 2028 MC, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/1999, DJ 16-06-2000 PP-00030 EMENT VOL-01995-01 PP-00113)

Decisão

*O Tribunal, por unanimidade, referendou a concessão da medida liminar **para suspender, até a decisão final da ação direta, a eficácia do art. 1º, na parte em que alterou a redação do art. 55, inciso III, da Lei nº 8.212, de 24/7/1991, e acrescentou-lhe os §§ 3º, 4º e 5º, bem como dos arts. 4º, 5º e 7º, da Lei nº 9.732, de 11/12/1998.** Votou o Presidente. Ausente, justificadamente, o*

Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 11.11.99.” (grifo nosso)

Veja-se, aqui também, que a fiscalização não imputa à autuada explicitamente eventual descumprimento de requisito inserido ao art. 55 da Lei nº 8.212/1991 pela Lei nº 9.732/1998, embora relacione a Lei nº 8.212/1991 entre os fundamentos da autuação, no RDF.

O RDF, que contém a fundamentação da autuação, invoca os seguintes dispositivos normativos: (a) Constituição Federal (CF) de 1988, art. 195 (fls. 21 a 24), e, por exclusão, o art. 150 da mesma CF (fls. 24/25); (b) Código Tributário Nacional, arts. 9º e 14 (fls. 25/26); (c) Lei nº 9.532/1997, art. 12 e 15 (fls. 26 a 28); (d) Lei Complementar nº 70/91, arts. 6º, III (fl. 29); (e) Medida Provisória nº 1.856-6/1999 (posteriormente Medida Provisória nº 2.158-35/2001), arts. 13, 14 e 17 (fls. 29 a 32, e 36/37); (f) Instrução Normativa SRF nº 247/2002, arts. 9º e 47 (fls. 33 e 37/38); e (g) Lei nº 8.212/1991, arts. 23 e 55 (fls. 34 e 35).

Como exposto, a ADin nº 2.028 afastou eficácia do art. 1º da Lei nº 9.732/1998, na parte em que alterou a redação do art. 55, inciso III, da Lei nº 8.212, de 24/7/1991, e acrescentou-lhe os §§ 3º a 5º, entre outros.

Vejam os que dizem tais dispositivos, hoje revogados pela Lei nº 12.101/2009):

“Art. 55. (...)

(...)

III - promova, gratuitamente e em caráter exclusivo, a assistência social benéfica a pessoas carentes, em especial a crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência;

(...)

§ 3º Para os fins deste artigo, entende-se por assistência social benéfica a prestação gratuita de benefícios e serviços a quem dela necessitar.

§ 4º O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS cancelará a isenção se verificado o descumprimento do disposto neste artigo.

§ 5º Considera-se também de assistência social benéfica, para os fins deste artigo, a oferta e a efetiva prestação de serviços de pelo menos sessenta por cento ao Sistema Único de Saúde, nos termos do regulamento.”

O autuante, ao que tudo indica, partiu do pressuposto de que a limitação do art. 55 da Lei nº 8.212/1991 foi mitigada pela Medida Provisória nº 2.158-35/2001, como se depreende da argumentação do fisco após a transcrição do referido art. 55 (fl. 36):

Para as contribuições sociais, não havia previsão legal equivalente à dos impostos, no sentido de exigir a segregação das receitas que não fossem relacionadas com as finalidades essenciais da instituição. Assim, descumpridos os requisitos legais, a tributação dessas entidades deveria se dar quanto ao total de suas receitas (independentemente de serem relacionadas ou não às suas finalidades essenciais). Com o advento da Medida Provisória nº 1.858-6, de 29 de junho de 1999, relativamente à COFINS, tornou-se possível a tributação de somente parte das receitas da instituição, qual seja, aquela não relacionada com seus objetivos institucionais, conforme se depreende dos artigos 13, 14 e 15 da referida Medida Provisória, atualmente artigos 13, 14 e 17 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, dos quais reproduzimos abaixo as partes relevantes ao presente trabalho:

Ao que parece, assim, a autuação superou a restrição de gratuidade presente no art. 55 da Lei nº 8.212/1991, assim como sequer imputou descumprimento de requisito ali presente. Imputou, sim, explicitamente, o descumprimento do art. 14, X da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, no que se refere a “atividades próprias”, e que teria sido disciplinado pela IN SRF nº 247/2002. É o que se depreende do relatório fiscal (fl. 38):

Pelos dispositivos normativos acima transcritos, para efeito da isenção da COFINS, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999, foi instituída a segregação das receitas entre receitas relativas e não relativas às atividades próprias das entidades. A MP em questão não definiu o conceito de receitas relativas às atividades próprias das entidades, o qual foi delimitado somente em 26/11/02, quando da publicação no DOU da IN/SRF 247, de 21 de novembro de 2002, em seu artigo 47, parágrafo 2º, pelo qual consideram-se receitas derivadas das atividades próprias somente aquelas decorrentes de contribuições, doações, anuidades ou mensalidades fixadas em lei, assembleia ou estatuto, recebidas de associados ou mantenedores, sem caráter contraprestacional direto, destinadas ao seu custeio e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.

Assim, parece o julgador de piso apreciar razões distintas daquelas alegadas pelo autuante ao considerar que o mérito da autuação estaria pendente de decisão judicial.

Os fatores que o julgador de piso condicionou à ADIn nº 2.028 e ao MS nº 7.897/DF, a nosso ver, eram irrelevantes para o autuante, como aqui exposto.

Não entendo, assim, que exista, propriamente, uma lavratura de autuação para prevenir decadência, seja porque a matéria autuada não é especificamente discutida perante o Poder Judiciário, seja porque não estão presentes, no caso, as circunstâncias exigidas pelo art. 63 da Lei nº 9.430/1996, transcrito ao início deste voto (medida liminar em relação à matéria discutida nos autos, antes de procedimento de ofício).

A título de complemento, entendo que o desfecho do referido MS (por intempestividade) e da ADIn, com julgamento em 2017, dificilmente serão suficientes para execução do acórdão condicional de piso, pois a matéria autuada, como exposto, é distinta da julgada pela DRJ. No entanto, cabe à unidade preparadora da RFB, se necessário, com esclarecimentos da própria DRJ, verificar de que forma a decisão de piso afastaria (após ambas as decisões judiciais), total ou parcialmente, a autuação.

No que se refere à multa aplicada, entendo que deve ser mantida, não havendo que se falar, no presente processo, em prevenção de decadência.

Por certo que ao se manter, nesta instância, a aplicação da multa, segue-se caminho distinto do adotado na decisão de piso (que já esclarecemos que, a nosso ver, entendeu incorretamente a imputação efetuada na autuação), mas não se poder aqui rever matéria que sequer foi objeto de recurso voluntário pela autuada, limitando-se, como exposto de início, nossa análise, ao recurso de ofício.

Devem, assim, ambas as decisões, conviver harmonicamente, da seguinte forma: mantém-se aqui a multa de ofício aplicada, obviamente em patamar compatível com os tributos a serem eventualmente mantidos no lançamento (porque 75% de “zero” seria indubitavelmente “zero”), de acordo com a decisão condicional da DRJ, a ser liquidada pela unidade preparadora com o encerramento dos processos judiciais nela mencionados.

Pelo exposto, voto por dar provimento ao recurso de ofício, para manter a multa de ofício aplicada, em patamar compatível com os tributos a serem eventualmente mantidos no lançamento, de acordo com a decisão condicional da DRJ, a ser liquidada pela unidade preparadora com o encerramento dos processos judiciais nela mencionados.

(assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan