



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

Processo n° 10380.004529/2006-22
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 3302-003.261 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de julho de 2016
Matéria Cofins
Embargante PAULO GUILHERME DÉROULÈDE
Interessado UNIMED DE FORTALEZA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO E FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/08/2002 a 31/12/2005

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO.

Devem ser acolhidos os embargos de declaração quando se constata a existência de omissão de ponto sobre o qual deveria se pronunciar o colegiado no acórdão embargado.

MULTA DE OFÍCIO. MEDIDA JUDICIAL OBTIDA APÓS O INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL. CABIMENTO.

Cabe a exigência de multa de ofício nos lançamentos efetuados para prevenir a decadência, quando a exigibilidade tiver sido suspensa na forma dos incisos IV ou V do art. 151 do CTN, após o início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

Embargos Acolhidos.

Recurso de Ofício Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em acolher parcialmente os Embargos de Declaração, com efeitos infringentes, para restabelecer a multa de ofício exonerada em primeira instância de julgamento. .

(assinado digitalmente)

Ricardo Paulo Rosa
Presidente

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède

Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ricardo Paulo Rosa (Presidente), Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Domingos de Sá Filho, Walker Araújo, Jose Fernandes do Nascimento, Sarah Maria Linhares de Araújo Paes De Souza, Paulo Guilherme Déroulède, Lenisa Rodrigues Prado.

Relatório

Trata o presente de Auto de Infração para constituição de crédito tributário de Cofins, relativo ao período de agosto de 2002 a dezembro de 2005. A autuação decorreu da glosa da exclusão do faturamento relativa às vendas de seguro-saúde/plano de saúde médico-hospitalar-odontológico, considerados atos não cooperativos.

Em sua impugnação, a recorrente alegou em síntese que:

1. Somente pratica atos cooperativos, administrando plano de saúde, e que a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de isenção de Cofins sobre atos cooperativos;
2. Ainda que se considerasse devida a tributação sobre os atos cooperativos praticados pela recorrente, a autuação seria ilegal, pois não foram consideradas as deduções permitidas pelo §9º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 e regulamentadas pela IN SRF nº 635/2006;
3. Que os tributos deveriam recair apenas sobre os valores que incorporassem ao patrimônio da recorrente e não sobre todo o ingresso financeiro;
4. A realização de perícia para conferência da planilha apresentada com os valores deduzidos de acordo com o §9º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98;

Ao final pela a nulidade do lançamento.

Posteriormente, aditando a impugnação inicial, informou a existência do processo 2001.81.00.003863-5, com decisão publicada em 22/07/2005 favorável à recorrente no sentido da ementa e excertos abaixo:

E M E N T A : TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. ATOS COOPERATIVOS. NÃO INCIDÊNCIA. LEI N.º 9.718/98 E MP N.º 1.858-6/99. - Não incidem o PIS e a COFINS sobre atos cooperativos próprios, de prestação de serviço pela cooperativa aos seus associados. Ausência de fim lucrativo. (Precedentes do STJ).

...

Não são todos os atos de cooperativa que estão isentos do PIS e da COFINS, mas apenas os identificados como atos específicos, razão pela qual, o tributo incide sobre os atos de prestação de serviços, da venda de bens e mercadorias a terceiros, que não se vinculem diretamente à atividade das cooperativas.

Solicitou a nulidade do lançamento, ocorrido posteriormente à decisão em 18/05/2006, ou a suspensão dos processos até o julgamento final do mandado de segurança.

Por seu turno, a Terceira Turma da DRJ em Fortaleza converteu o julgamento em diligência, para apuração dos valores destinados ao Fundo de Reserva e do Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social - FATES, informados como dedução pela recorrente, nos termos do artigo 1º da Lei nº 10676/2003, entendendo como indedutíveis os demais valores informados na planilha apresentada pela recorrente, bem como indeferindo a perícia pelo fato de o pedido não ter observado os requisitos do inciso IV do artigo 16 do Decreto nº 70.235/1972.

Realizada a diligência, a DRJ proferiu o Acórdão nº 08-10.388, nos seguintes termos:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005 PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

Toma-se como não formulado o pedido de perícia que deixa de atender aos requisitos do inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, principalmente quando este se revela prescindível.

RENUNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial - por qualquer modalidade processual - antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas ou desistência de eventual recurso interposto.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005 LANÇAMENTO DE OFÍCIO. ATIVIDADE VINCULADA.

A interposição de ação judicial, seja qual for a modalidade, ainda que preencha as condições do artigo 151 do CTN para suspender a exigibilidade do crédito, não elide o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito Tributário.

CRÉDITO COM EXIBILIDADE SUSPENSA. INAPLICABILIDADE DA MULTA DE OFÍCIO.

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.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005 COOPERATIVAS. COFINS. DEDUÇÃO DAS SOBRAS. FATES.

As sociedades cooperativas poderão excluir da base de cálculo da COFINS, as sobras apuradas na Demonstração do Resultado

do Exercício, antes da destinação para a constituição do Fundo de Reserva e do Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social.

Lançamento Procedente em Parte A decisão de primeira instância exonerou o lançamento relativo às deduções para o FATES, bem como a multa de 75% lançada, em razão da concomitância verificada entre os processos administrativo e judicial e por ser a decisão judicial favorável à recorrente anterior à data de lavratura do auto de infração, mantendo o lançamento dos valores originais com juros de mora e indeferindo o pedido de perícia.

Em razão da exoneração acima do limite estabelecido na Portaria MF nº 375/2001, o colegiado *a quo* recorreu de ofício.

Inconformada, a recorrente interpôs recurso voluntário, alegando:

1. A inexigibilidade do depósito recursal;
2. A nulidade do processo administrativo, pelo fato de o auto e a decisão de primeira instância terem desconhecidos os argumentos relativos às deduções previstas no §9º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98;
3. A nulidade da autuação em razão da decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 2001.81.00.003865-5, acatando a decisão mandamental.

Por sua vez, a Terceira Turma Ordinária da Quarta Câmara da Terceira Seção de Julgamento converteu o julgamento em diligência, conforme o excerto abaixo:

"Ante tal contexto dos fatos, com efeito, parece de rigor que se converta o julgamento em diligência para que a Delegacia de origem intime o recorrente a informar e esclarecer quanto ao alcance da referida renúncia, inclusive apresentando cópia dos atos processuais em que foi formulada e homologada, e, se o caso, explicando e demonstrando em que medida o contribuinte entende ter sido afetado ou ainda subsistir seu interesse na presente discussão administrativa.

Mesmo porque, de acordo com o previsto no art. 13 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6/2009, a inclusão do débito que se discute nestes autos depende de desistência do recurso voluntário, não constando que o tenha feito, nada obstante tenha praticado ato incompatível com o interesse de recorrer, ao desistir da ação judicial, na medida em que parece pretender discutir os mesmos fundamentos em âmbito judicial e administrativo.

O contribuinte deve informar, ainda, se existe ou propôs qualquer outra medida judicial em andamento a respeito da sua condição de contribuinte de PIS e Cofins, apresentando cópia das peças processuais (petição inicial, decisão, sentença, apelação, acórdãos etc).

Ao final, deve a Delegacia de origem elaborar relatório conclusivo da diligência, em seguida promovendo a intimação do contribuinte para, querendo, manifestar-se em 15 dias, depois devolvendo-se os autos a este Conselho para julgamento."

Em cumprimento da diligência, a unidade administrativa da Receita Federal informou que os créditos tributários constituídos neste processo não foram incluídos no parcelamento da Lei nº 11.941/2009, o que foi confirmado pela recorrente.

Sobre o Mandado de Segurança nº 2001.81.00.003863-5, a Unidade Administrativa informou ter sido homologado o pedido de desistência e a renúncia a que se fundava a ação, bem como a determinação para conversão em renda da União de valores depositados em juízo pela recorrente.

Por seu turno, a recorrente afirmou que em momento algum desistiu ou renunciou da discussão neste processo administrativo, em razão do direito que entende existir quanto às deduções previstas no §9º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. Reafirmou, ainda, a necessidade de anulação da autuação ou seu refazimento para um valor lícito, o qual a recorrente promoveria os esforços para efetivar seu pagamento.

Posteriormente, em 18/03/2015, após a introdução do § 9º-A no artigo 3º da Lei nº 9.718/98, imprimindo interpretação autêntica sobre a expressão "o valor referente às indenizações correspondentes aos eventos ocorridos " de que trata o inciso III do § 9º do mesmo artigo, a recorrente peticionou novamente pela anulação do processo para que a fiscalização refaça os cálculos, acatando os termos da legislação.

Na sessão de 23 de junho de 2016, esta turma proferiu o Acórdão nº 3302-003.250, com a seguinte ementa:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/08/2002 a 31/12/2005

BASE DE CÁLCULO. OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. DEDUÇÕES. INDENIZAÇÕES EFETIVAMENTE PAGAS. INTERPRETAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL.

Para efeitos de interpretação, o valor referente às indenizações correspondentes aos eventos ocorridos de que trata o inciso III, do § 9º do art. 9º da Lei n. 9.718/98 corresponde ao total dos custos assistenciais decorrentes da utilização pelos beneficiários da cobertura oferecida pelos planos de saúde, incluindo-se neste total os custos de beneficiários da própria operadora e os beneficiários de outra operadora atendidos a título de transferência de responsabilidade assumida, conforme §9º-A do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte

Ocorre que o recurso de ofício da decisão da DRJ não foi analisado, razão pela qual foram, por mim, opostos embargos de declaração, os quais foram admitidos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Guilherme Déroulède.

O presente voto destina-se apenas a sanar a omissão de julgamento do recurso de ofício, mantendo o decidido no Acórdão nº 3302-003.250, quanto à apreciação do recurso voluntário.

O recurso de ofício atende aos pressupostos de admissibilidade, especialmente quanto à exoneração de crédito tributário superior ao limite de alçada previsto na Portaria MF nº 3/2008, a qual revogou a Portaria MF nº 357/2001.

A decisão recorrida exonerou a multa de ofício por considerar que o contribuinte estava amparado por medida judicial anterior à data da lavratura do auto de infração, que tornaria indevido o lançamento com multa de ofício, bem como exonerou para da contribuição por exclusão dos valores destinados ao FATES - Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social, conforme disposto no artigo 1º da Lei nº 10.676/2003.

Verifica-se que a fiscalização iniciou-se em 21/01/2005, e-fls. 23 e o Auto de Infração foi lavrado em 18/05/2006, e-fl. 21, em razão de que a contribuinte ter excluído todo seu faturamento da base de cálculo, tratando-o como receita oriunda do ato cooperativo, embora afirmou a fiscalização que a "esmagadora maioria" de suas operações correspondiam a vendas de seguro-saúde/plano de saúde médico-hospitalar-odontológico, os quais se caracterizavam como atos não cooperativos diversos dos legalmente permitidos em função da contratação e revenda de serviços de terceiros para suprir os serviços que os cooperados não podiam fornecer aos usuários, evidenciando atos de intermediação de negócios.

Assim, a autuação incidiu sobre as receitas de vendas de planos de saúde, considerando-as como atos não cooperativos.

Por seu turno, a contribuinte defendeu em impugnação que somente praticava atos cooperativos. Informou, ainda, na e-fls. 174, que ajuizou Mandado de Segurança nº 2001.81.00.00.003863-5, no qual foi proferida decisão do Tribunal Regional Federal da Quinta Região na Apelação em Mandado de Segurança nº 87178, publicada em 22/07/2005 (ver e-fl. 227, na qual consta o andamento processual), cuja ementa transcreve-se:

*APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 87178 - CE
APTE: UNIMED DE FORTALEZA - COOPERATIVA DE
TRABALHO MEDICO LTDA*

*ADV/PROL: RODOLFO LICURGO TERTULINO DE
OLIVEIRA E OUTROS*

APDO: FAZENDA NACIONAL

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA

E M E N T A : TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. ATOS COOPERATIVOS. NÃO INCIDÊNCIA. LEI N.º 9.718/98 E MP N.º 1.858-6/99.

- Não incidem o PIS e a COFINS sobre atos cooperativos próprios, de prestação de serviço pela cooperativa aos seus associados. Ausência de fim lucrativo. (Precedentes do STJ).

Na decisão recorrida entendeu-se que a obtenção de medida judicial anterior à lavratura do auto de infração tornaria indevida a aplicação da multa de ofício. Entendo, porém, de forma diferente. O artigo 63 da Lei nº 9.430/1996 dispôs sobre a matéria nos seguintes termos:

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. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

§ 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. (Vide Medida Provisória nº 75, de 2002)

§ 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. (Vide Medida Provisória nº 75, de 2002)

O *caput* do artigo 63 determina que não caberá a multa de ofício na constituição do crédito para prevenir a decadência quando a exigibilidade houver sido suspensa. Porém, o §1º explicita que a exclusão da multa aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício, o que não é caso dos presentes autos.

De fato, o início da fiscalização ocorreu em 21/01/2005 com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, e-fls. 22/23, ao passo que a medida judicial favorável somente foi obtida em 22/07/2005, posteriormente ao início de procedimento fiscal, não se aplicando, portanto, o disposto no *caput* do artigo 63 da Lei nº 9430/1996. Neste sentido a Súmula CARF nº 17:

Súmula CARF nº 17: Não cabe a exigência de multa de ofício nos lançamentos efetuados para prevenir a decadência, quando a exigibilidade estiver suspensa na forma dos incisos IV ou V do art. 151 do CTN e a suspensão do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

Assim, devem ser restauradas as multas de ofício aplicadas.

Em outra vertente, a decisão recorrida exonerou parte do lançamento concernente à exclusão das parcelas destinadas ao FATES, de acordo com o artigo 1º da Lei nº 10.676/2003, de seguinte redação:

Art. 1º As sociedades cooperativas também poderão excluir da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, sem prejuízo do disposto no art. 15 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, as sobras apuradas na Demonstração do Resultado do Exercício, antes da destinação para a constituição do Fundo de Reserva e do Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social, previstos no art. 28 da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971.

§ 1º As sobras líquidas da destinação para constituição dos Fundos referidos no caput somente serão computadas na receita bruta da atividade rural do cooperado quando a este creditadas, distribuídas ou capitalizadas pela sociedade cooperativa de produção agropecuárias.

§ 2º Quanto às demais sociedades cooperativas, a exclusão de que trata o caput ficará limitada aos valores destinados a formação dos Fundos nele previstos.

§ 3º O disposto neste artigo alcança os fatos geradores ocorridos a partir da vigência da Medida Provisória nº 1.858-10, de 26 de outubro de 1999.

Tal disposição foi reproduzida na IN SRF nº 635/2006, tratando sobre as contribuições para o PIS/Pasep e Cofins devidas pelas sociedades cooperativas, que, em seu artigo 10¹, dispôs que as sociedades cooperativas em geral podem deduzir da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins o valor das sobras apuradas na Demonstração do Resultado do Exercício, destinadas à constituição do Fundo de Reserva e do Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social (Fates), previstos no art. 28 da Lei nº 5.764, de 1971.

Portanto, correta a exoneração efetuada no acórdão recorrido.

Diante do exposto, voto para acolher os embargos opostos, para sanar a omissão alegada, e dar provimento parcial ao recurso de ofício, para restaurar o lançamento das multas de ofício.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède

¹ Art. 10. As sociedades cooperativas em geral, além do disposto no art. 9º, podem deduzir da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins o valor das sobras apuradas na Demonstração do Resultado do Exercício, destinadas à constituição do Fundo de Reserva e do Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social (Fates), previstos no art. 28 da Lei nº 5.764, de 1971.

Processo nº 10380.004529/2006-22
Acórdão n.º **3302-003.261**

S3-C3T2
Fl. 715

CÓPIA