



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

Processo n° 10410.004376/2003-76
Recurso n° 236.275 Voluntário
Acórdão n° **3403-00.932 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 05 de maio de 2011
Matéria COFINS COOPERATIVAS
Recorrente UNIMED PALMEIRA DOS INDIOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/03/2003

DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. SÚMULA VINCULANTE 8/STF. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

A Súmula Vinculante n° 8, do Supremo Tribunal Federal, implicou na declaração de inconstitucionalidade do art. 45 e da Lei n° 8.212/91, que fixava em 10 anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais. Na hipótese de lançamento por homologação, deve ser aplicado o disposto no artigo 150, § 4° do CTN, de modo que o lançamento apenas pode alcançar os fatos geradores ocorridos nos 5 anos anteriores à constituição do crédito pela notificação do auto de infração.

COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS. ATO COOPERATIVO. ISENÇÃO.

Ato cooperativo é só aquele praticado entre a cooperativa e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para consecução dos objetivos sociais. A contratação de terceiros, não associados, para a prestação de serviços hospitalares e auxiliares de diagnóstico e tratamento, tais como serviços laboratoriais, radiológicos e de imagens, constitui ato não cooperativo e sujeita-se à incidência da Cofins.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE. SÚMULAS CARF N° 2 E 4.

A aplicação da taxa Selic para a atualização do crédito tributário e a aplicação da multa de ofício são determinadas em Lei, devendo a Administração Tributária observá-la, aplicando os índices previstos na Lei. De outro lado, o órgão julgador administrativo não pode afastar a aplicação de dispositivo de lei em plena vigência, ao argumento de inconstitucionalidade, pois apenas o Poder Judiciário recebeu competência constitucional para declarar a inconstitucionalidade de lei.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, em dar provimento parcial ao recurso da seguinte forma: (1) por unanimidade de votos, dar provimento para excluir do auto de infração os fatos geradores ocorridos até agosto de 1998, inclusive, em razão da decadência do direito do Fisco; (2) por maioria de votos, negar provimento quanto à não incidência da contribuição sobre os chamados atos cooperativos auxiliares e quanto aos consectários do lançamento de ofício. Vencidos nesta parte os Conselheiros Ivan Allegretti (Relator) e Domingos de Sá Filho. Designado o Conselheiro Winderley Morais Pereira. Esteve presente ao julgamento o Dr. Paulo José Machado Corrêa. OAB/DF nº 14.515.

Antonio Carlos Atulim – Presidente

Ivan Allegretti – Relator

Winderley Morais Pereira – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Domingos de Sá Filho, Winderley Morais Pereira, Ivan Allegretti e Liduína Maria Alves Macambira. Ausente o Conselheiro Marcos Tranches Ortiz.

Relatório

Trata-se de auto de infração (fls. 05/21) lavrado para a exigência de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) em relação aos fatos geradores ocorridos entre 31/01/1998 e 31/03/2003.

A notificação do contribuinte aconteceu em 30/09/2003 (fl. 06).

Na descrição dos fatos que deram causa ao lançamento, consta do quato de infração que *“Durante o procedimento de verificações obrigatórias foram constatadas divergências entre os valores declarados e os valores escriturados, em função dos procedimentos descritos no "Relatório de Trabalho Fiscal - Cofins", e levantamento discriminado em Demonstrativos "Base de Cálculo da Cofins - Anos de 1998 a 2002 e 2003 (Janeiro a Março)" (fl. 07).*

O Relatório de Trabalho Fiscal (fls. 25/36), por sua vez, detalha o seguinte quanto ao método de apuração adotado pelo contribuinte:

“A cooperativa presta serviços aos cooperados na forma de captação de clientela por intermédio da comercialização de planos de saúde. Referidos planos dão ao filiado, mediante o pagamento de preço global não discriminativo, o direito de se utilizar dos serviços médicos de cooperados e também de não cooperados, estes, segundo entendimento da UNIMED PALMEIRA DOS ÍNDIOS, em caráter auxiliar ou complementar à atividade desempenhada pelo cooperados.

A fonte primordial de receitas da UNIMED PALMEIRA DOS ÍNDIOS advém, portanto, da venda de planos de saúde a tantos quantos queiram aderir às cláusulas do contrato.

(...)

Conforme se verifica de seus demonstrativos de resultado (fls.), a UNIMED PALMEIRA DOS ÍNDIOS divide suas receitas, custos e despesas em três grupos, denominados de Atos Cooperativos (Principais ou Auxiliares, aplicáveis aos anos-calendário de 1998 a 2000) e Atos Não Cooperativos.

Para viabilizar a identificação do montante das receitas que oferece à tributação, a UNIMED PALMEIRA DOS ÍNDIOS procede da seguinte forma:

1. Apura, mensalmente, o valor dos custos com cooperados (principais ou auxiliares, no que se aplica aos anos-calendário de 1998 a 2000) e não cooperados, separadamente. Considera a UNIMED PALMEIRA DOS ÍNDIOS como custos os valores pagos aos profissionais/clínicas/hospitais por conta dos atendimentos que fazem aos pacientes. Os custos com cooperados são classificados como custos atos cooperativos (principais ou auxiliares, no que se aplica aos anos de 1998 a 2000) e os custos com hospitais/clínicas/laboratórios, que não são cooperados, são classificados como custos atos não cooperativos.

2. Divide a receita total com a venda de planos de saúde em partes proporcionais aos custos apurados na forma acima. Dessa forma, separa a receita de planos de saúde em receita atos cooperativos (principais e auxiliares, no que se refere aos anos de 1998 a 2000) e em receita atos não cooperativos.

Somente as receitas classificadas no grupamento de contas de Receitas Atos Não Cooperativos são oferecidas à tributação da COFINS.

No procedimento fiscal ora relatado, com fundamento nos argumentos adiante expostos, não foram consideradas abrigadas da tributação as receitas com a venda de planos de saúde à população em geral.

(sublinhado editado)

Em seguida, o mesmo Relatório faz considerações quanto ao conceito e os tipos de cooperativas, para então entender o seguinte a respeito das cooperativas que vendem planos de saúde:

Importa discorrer sobre o ato cooperativo, vez que seu conceito tem sido indevidamente elástico para abarcar transações comerciais realizadas pelas cooperativas e, assim, excluir da tributação os resultados delas decorrentes.

(...)

Vê-se claramente que nossa legislação não adotou o conceito amplo de ato cooperativo, ao contrário da lei argentina. A legislação brasileira é pela bilateralidade do ato cooperativo, pois em seus pólos há de estar, necessariamente o cooperado e a

cooperativa ou duas cooperativas. Não pode um negócio jurídico ser considerado ato cooperativo para a cooperativa e um contrato de compra e venda para a outra parte, assim como uma relação jurídica não pode ser de Direito Administrativo para uma parte e de Direito do Trabalho para a outra.

Os atos cooperativos são atos interna coporis. Quando a cooperativa transaciona com terceiro, sai daquele círculo e transita pela economia de mercado, devendo sujeitar-se às normas que lhe são inerentes, desaparecendo o substratum econômico do conceito jurídico. de ato cooperativo.

(...)

Não são cooperativos, portanto, os atos praticados pela cooperativa com terceiros. A venda de planos de saúde à população em geral é, sem sombra de dúvidas, uma operação de mercado. Sujeita-se não ao Direito Cooperativo, mas ao Direito do Consumidor.

(...)

As cooperativas são instituições voltadas para dentro. Nas suas relações com o cooperado não têm, é fato, a mais leve intenção em lucrar, mas quando se relacionam com o mercado têm, sim, caráter empresarial e intuito lucrativo, não se vislumbrando nessas relações nenhuma atitude altruísta.

Dispensar a cooperativa de tributos e contribuições sobre a comercialização no mercado de planos de saúde, quando essas exações são impostas a outras empresas que operam no mesmo ramo é atentar contra o princípio constitucional da livre concorrência, firmado no inciso IV, art. 170, da Carta Magna.

(...)

Quando se compara a UNIMED com uma cooperativa formada, não por médicos, mas por potenciais usuários de serviços médicos podemos fazer uma analogia com a cooperativa de ensino. Nessa hipotética cooperativa, os cooperados integralizam quotas- partes e pagam mensalmente um plano de saúde para a sociedade, que, por sua vez, credencia médicos para que atendam seus cooperados. Efetuado o serviço médico ao seu cooperado, a sociedade paga ao médico. As relações paciente-cooperativa são relações cooperativas e entre elas está o pagamento das mensalidades do plano de saúde. Já as relações paciente-médico e médico-cooperativa não são relações cooperativas. No final do período, caso haja superávit entre a receita de planos de saúde e os custos com o pagamento a médicos e demais despesas, as sobras retornarão aos cooperados.

Da forma como foi concebida, a UNIMED se assemelha à cooperativa de ensino formada por professores. Sua receita decorre não de atos cooperados, mas de transações no mercado, devendo seus resultados se sujeitar à tributação.

Nas palavras de Fábio Konder Comparato⁷, "a sociedade cooperativa não constitui urna organização dirigida para o

mercado, mas voltada para dentro, para os próprios cooperados". São instituições voltadas para dentro, a cooperativa de ensino formada por pais de alunos ou a hipotética cooperativa formada por potenciais usuários de serviços médicos. O mesmo não se pode dizer da UNIMED.

Não se está querendo argumentar que a cooperativa não possa transacionar no mercado. Poder ela pode, mas haverá imposição tributária sobre as receitas e resultados dessas transações.

O contribuinte apresentou impugnação (fls. 514/538), alegando em síntese que *"O reconhecimento da existência de um regime jurídico próprio implica igualmente no reconhecimento de características peculiares, pelo que justamente se distinguem das demais sociedades. Em resumo, pode-se afirmar que as cooperativas são formadas em atenção ao interesse e necessidade dos associados em reunir forças para alcançar um objetivo comum, sem intuito de lucro, baseado na cooperação, o que não significa que não tenha fim econômico"*, sustentando assim que tanto o negócio-meio (*"que compreendem nas contratações realizadas em nome de seus associados, visando cumprir os objetivos da sociedade"*; fl. 320) como o negócio-fim (*"que compreendem na situação que se encontram os cooperados do mercado de trabalho inerente à prestação de serviços médicos aos usuários"*; fl. 320) compõem igualmente o conceito de ato cooperado.

Argumenta, como visto, que a atuação no mercado não retira sua característica de cooperativa e que *"na medida em que as cooperativas não atuam em nome próprio, não auferem resultados, porque prestadoras de serviços aos associados, os quais são a um só tempo sócios e beneficiários (princípio da dupla identidade), daí porque: os eventuais superavits, legalmente denominados de "sobras", retornam aos associados proporcionalmente ou são reinvestidos em proveito comum dos sócios"* (fl. 523).

E, também, que *"a sociedade cooperativa (...) pode ser definida como uma sociedade instrumental, de prestação de serviços aos associados, que também são seus sócios, com vistas a organização das suas atividades, que deixam de ser pessoal para serem coletivas, com aproximação e contratação com usuários"* (fl. 523).

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Recife/PE (DRJ), por meio do Acórdão nº 11-15.482, de 12 de junho de 2006 (fls. 1113/1123), maneve integralmente o auto de infração, resumindo seu entendimento na seguinte ementa:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/03/2003

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRELIMINAR DE NULIDADE. Estando OS atos administrativos, consubstanciadores do lançamento, revestidos de suas formalidades essenciais, não se há que falar em nulidade do procedimento fiscal.

COFINS / PIS. INCIDÊNCIA SOBRE O FATURAMENTO DE COOPERATIVAS DE TRABALHO. As contribuições para o PIS

e COFINS incidem sobre o faturamento das Sociedades Cooperativas.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/1998 a 30/11/2002

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PERÍCIAS. DILIGÊNCIAS.

A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.

Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhe execução.

MULTA DE OFÍCIO. A multa a ser aplicada em procedimento ex-officio é aquela prevista nas normas válidas e vigentes à época de constituição do respectivo crédito tributário, não havendo como imputar o caráter confiscatório à penalidade aplicada de conformidade com a legislação regente da espécie.

JUROS DE MORA. Na imposição de juros de mora deve-se aplicar a legislação que rege a matéria.

JUROS DE MORA / TAXA SUPERIOR A UM POR CENTO AO MÊS. POSSIBILIDADE. É válida a imposição de juros de mora à taxa superior a 1% (um por cento) ao mês, quando há previsão legal nesse sentido.

Lançamento Procedente

O contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 1132/1176), no qual reitera seus fundamentos da impugnação.

Argumenta que “A Unimed é uma cooperativa de médicos. Através dela, os associados (cooperados) contratam com pessoas físicas ou jurídicas a realização de assistência médica, os quais, prestando diretamente os serviços para as pessoas físicas, ainda que das empresas (pois empresas não padecem de males que os médicos possam curar), recebem na proporção da sua atuação, o que tais pessoas pagam a eles, médicos cooperados, através da sua cooperativa. Com efeito, sem o hospital para internar os pacientes, sem o laboratório para fazer o diagnóstico, é impossível o desenvolvimento da atividade dos cooperados. Ao darem tal assistência médica, realizam indubitavelmente, atos cooperativos, por qualquer ótica que se pretenda ver essa atividade” (fl. 1162).

Alega também a ilegalidade da aplicação da taxa Selic, argumentando que não se trata de um índice que sirva para medir a inflação, de modo que deveria ser aplicado em seu lugar o INPC, e que os juros estariam limitados em 1% por força do art. 161, § 1º do CTN, bem como que a multa aplicada teria efeito confiscatório.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ivan Allegretti, Relator.

O recurso é tempestivo (fls. 1129 e 1132), motivo pelo qual dele conheço.

a) A decadência parcial.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212, de 1991, que fixava em 10 anos o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário pelo lançamento.

Deste julgamento resultou a edição da Súmula Vinculante nº 8, com o seguinte teor:

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

(DJe nº 112/2008, p. 1, em 20/6/2008. DO de 20/6/2008, p. 1.)

Afastada a aplicação do art. 45 da Lei nº 8.212/91 pela declaração de sua inconstitucionalidade, toma seu lugar, neste caso concreto, o artigo 150, § 4º do CTN.

É fora de dúvida de que nos casos em que o contribuinte adianta o pagamento, como ocorre neste caso concreto, resta configurado o lançamento por homologação, atraindo a aplicação do artigo 150, § 4º do CTN.

Assim, o lançamento apenas poderia alcançar os fatos geradores ocorridos nos cinco anos anteriores à constituição do crédito tributário.

Neste caso a notificação do auto de infração aconteceu em 30/09/2003 (fl. 06).

Assim, embora o auto de infração pretenda a constituição do crédito tributário em relação aos fatos geradores ocorridos entre 01/98 e 03/2003, apenas poderia alcançar os fatos geradores 09/1998 e posteriores, encontrando-se atingidos pela decadência os fatos geradores 08/1998, inclusive, e anteriores.

b) O ato cooperativo e o faturamento.

O Parecer Normativo CST nº 38, de 30 de outubro de 1980, manifesta o seguinte entendimento a respeito do regime tributário das cooperativas:

2.3.1 - Atos Cooperativos.

A primeira delas abrange os negócios jurídicos internos, negócios-fim, com caracteres próprios em relação aos atos civis, mercantis ou trabalhistas, que a lei denomina atos cooperativos e define como:

"os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais" (art. 79)

(...)2.3.2 - Atos Não-Cooperativos Legalmente Permitidos.

A segunda categoria corresponde a alguns atos não cooperativos, cuja prática o legislador considerou tolerável, por servirem ao propósito de pleno preenchimento dos objetivos sociais, mas sujeita-os, por isso mesmo, à escrituração em separado e à tributação regular dos resultados obtidos. São estas as operações admitidas:

.....

II — fornecimento, a não associados, de bens ou serviços, assim entendidos estes bens e serviços como sendo os mesmos que a cooperativa, em obediência ao seu objetivo social e estejam de conformidade com a lei, oferecer aos próprios associados. (art. 86)

.....

3 DAS COOPERATIVAS DE MÉDICOS

3.1 — Atos Cooperativos

As cooperativas singulares de médicos, ao executarem as operações descritas em 2.3.1, estão plenamente abrangidas da incidência tributária em relação aos serviços que prestem diretamente aos associados na organização e administração dos interesses comuns ligados à atividade profissional, tais como os que buscam a captação de clientela; a oferta pública ou particular dos serviços associados; a cobrança e o recebimento de honorários; o registro, controle e distribuição periódica dos honorários recebidos; a apuração e cobrança das despesas da sociedade, mediante rateio na proporção direta da fruição dos serviços pelos associados; cobertura de eventuais prejuízos com recursos provenientes do Fundo de Reserva (art. 28, I) e, supletivamente, mediante rateio entre os associados, na razão direta dos serviços usufruídos (art. 89).

3.2 — Atos Não-Cooperativos, Diversos dos Legalmente Permitidos.

Se, conjuntamente com os serviços dos sócios, a cooperativa contrata com a clientela, a preço global não discriminativo, ainda o fornecimento, a esta, de bens ou serviços de terceiros e/ou cobertura de despesas com (a) diárias e serviços hospitalares, (b) serviços de laboratórios, (c) serviços odontológicos, (d) medicamentos e (e) outros serviços, especializados ou não, por não associado pessoas físicas ou jurídicas, é evidente que estas operações não se compreendem nem entre os atos cooperativos nem entre os excepcionalmente facultados pela lei, resultando, portanto, em modalidade contratual com traços de seguro-saúde.

3.3 — Intermediação

Como estas obrigações contratuais não poderão ser cumpridas diretamente pela cooperativa porque seu objetivo social é voltado internamente aos associados, nem pelos associados na condição de prestadores de serviços médicos, torna-se logicamente imprescindível a aquisição daqueles bens/serviços de outras sociedades ou de outros profissionais, o que evidentemente, é característica da mercância, ou seja a intermediação.

3.4 — Organização Mercantil

Estas atividades, francamente irregulares para esse tipo societário, estão iniludivelmente contidas em contexto de modelo comercial, uma vez que seu perfil operacional, neste particular, envolve (1) atividade econômica (2) fins lucrativos (3) habitualidade, (4) organização voltada à circulação de bens e serviços e (5) assunção de risco. Esta afirmação melhor estará corroborada se abstrairmos, dentre as obrigações assumidas com a clientela, a de prestação de serviços médicos pelos próprios associados; percebe-se, então, que seria lógica e juridicamente insustentável considerar-se como cooperativa a entidade que tivesse como único objetivo a revenda de bens e serviços."

O entendimento da Fiscalização, reafirmado pela DRJ, é no sentido de que apenas os atos praticados entre a cooperativa e o cooperado, ou entre as cooperativas, é que poderia ser qualificado como ato cooperativo. Mas que os negócios firmados entre a cooperativa e terceiros, por não serem estes "cooperados", configurava receita que deveria ser submetida à incidência da Cofins.

Já o recurso voluntário insiste em que se deveria reconhecer que "é uma sociedade de pessoas formada com o objetivo de ensinar meios de trabalho para seus associados, repassando a cada sócio o produto desse trabalho" (fl. 1143)

Socorre-se da doutrina de José Eduardo Soares de Melo no sentido de que "A finalidade das sociedades cooperativas é atingir o interesse comum dos associados sem almejamem intuito lucrativo, em razão do que entende-se que s estas Sociedades - que agem em nome e no interesses exclusivo de tais associados - não possuem efetiva receitas, uma vez que os valores apenas transitam por seu caixa, e que, em realidade, pertencem exclusivamente aos próprios associados" (Problemas Atuais do Direito Cooperativo, Ed. Dialética, São Paulo, 2002, págs. 157/158).

Ou seja, tem-se em contraste dois conceitos diferentes de ato cooperativo.

De um lado, em perspectiva finalística, qualifica-se como ato cooperativo qualquer ato que a cooperativa pratique em nome e em favor de seus cooperados, na medida em que esta é a razão de ser da cooperativa, enquanto de outro lado, em perspectiva analítica, condiciona-se tal configuração aos casos em que figurem nos pólos da relação negocial os associados e a cooperativa.

É neste primeiro enfoque que parece se situar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), à qual me filio.

O entendimento do STJ parece ser bem ilustrado pelo seguinte trecho de voto da Ministra Denise Arruda:

A sociedade cooperativa, como sociedade de pessoas, é organização societária distinta das sociedades comerciais, pois se constitui com o objetivo de prestar serviços aos seus associados, para o exercício de uma atividade econômica determinada, de proveito comum e sem intuito de lucro. A relação que se estabelece é entre a cooperativa e o sócio-cooperado, ou entre o sócio e a cooperativa. Concentra-se o ato cooperativo, portanto, entre a sociedade e as mesmas pessoas que a integram. Por isso mesmo o ato praticado pela cooperativa com terceiros é como se fora ato do próprio cooperado. É, por isso, sociedade atípica e peculiar, e seus resultados não se amoldam aos conceitos de receita ou receita bruta ou ainda de faturamento, consoante o estabelecido pelo art. 3º e § 1º, da Lei nº 9.718/98. Ante tais considerações pode-se afirmar que a cooperativa, como sociedade, não tem lucro, pois as sobras serão destinadas aos associados, o mesmo ocorrendo com os prejuízos, que também são suportados pelos associados (Lei 5.764/71, arts. 4º, VII, e art. 8º). Sob minha ótica, o legislador regulou as sociedades cooperativas pelo espírito de solidariedade e ajuda mútua de que se revestem essas sociedades, e tratá-las de modo similar ao tratamento que se dá às sociedades comerciais seria desnaturar a sua essência. (Recurso Especial nº 612.201, DJ 06/03/2006)

Ou seja, a cooperativa se distingue de uma empresa pela sua própria natureza de representação de seus cooperados.

Assim, quando se diz que o ato cooperativo não implica operação de mercado, é porque isto decorre da natureza de sua atividade enquanto cooperativa, tratando-se de entidades que não possuem finalidade lucrativa, mas de potencializar a atuação no mercado de seus cooperados.

Confira-se, ainda, o seguinte trecho de julgado do STJ:

(...) 3. No campo da exação tributária com relação às cooperativas a aferição da incidência do tributo impõe distinguir os atos cooperativos através dos quais a entidade atinge os seus fins e os atos não cooperativos; estes extrapolantes das finalidades institucionais e geradores de tributação; diferentemente do que ocorre com os primeiros. Precedentes jurisprudenciais.

4. A cooperativa prestando serviços a seus associados, sem interesse negocial, ou fim lucrativo, goza de completa isenção, porquanto o fim da mesma não é obter lucro mas, sim, servir aos associados.

5. Os atos cooperativos não estão sujeitos à incidência da COFINS porquanto o art. 79 da Lei 5.764/71 (Lei das Sociedades Cooperativas) dispõe que o ato cooperativo não implica operação de mercado.

6. Não implicando o ato cooperativo em operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria, a

revogação do inciso I do art. 6º da LC 70/91 em nada altera a não incidência da COFINS sobre os atos cooperativos. O parágrafo único, do art. 79, da Lei 5.764/71 não está revogado por ausência de qualquer antinomia legal. (...)

(trecho da ementa do Recurso Especial nº 616.219, DJ 25/09/2006)

Assim, “*não se trata, aqui, de imunidade ou isenção, apenas de inexistência de hipótese de incidência da contribuição aludida*” (trecho do voto da Min. Denise Arruda no Recurso Especial nº 612.201, DJ 06/03/2006).

De acordo com esta interpretação finalística, todos os atos necessários para o cumprimento das finalidades às quais se destina a cooperativa, na tarefa de dar condições de atuação e angariar mercado aos seus cooperados, seu conceito alcança também os atos auxiliares, conforme o entendimento reiterado do E. STJ.

Parece ser neste mesmo sentido a doutrina de Ives Gandra da Silva Martins, ao dizer, especificamente em relação às cooperativas de serviço médico, que “*O ato cooperativo é o ato de encaminhar pacientes para a prestação de serviços, submetendo-se, a atuação individual do médico ou do estabelecimento hospitalar, à tributação normal de prestação de serviços remunerada. Em outras palavras, o ato de angariar e levar clientes para os associados é típico ato cooperativo. A prestação de serviços pelo associado ou sistema hospitalar por ele indicado é ato de exercício profissional, remunerado e tributado*” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sociedades Cooperativas de Prestação de Serviços Médicos — Conceito de Ato Cooperado. Revista Dialética de Direito Tributário n.º 106. São Paulo: Dialética, jun/2004, p. 121).

Assim, as condições de atuação dos médicos cooperados dependem não apenas da remuneração dos honorários médicos pelas consultas e cirurgias que realiza pessoalmente – rendimentos estes que serão tributados nas suas pessoas –, mas também alcança todo o suporte para sua atuação, necessários para dar ao cooperado todo o amparo material e logístico que permita sua atuação no mercado.

Voto, por isso, entendo que também os atos cooperativos ditos auxiliares não podem ser alcançados pela incidência de PIS e Cofins.

c) A legalidade aplicação da taxa SELIC e da multa de ofício.

A recorrente pretende a exclusão da taxa Selic do lançamento, argumentando que sua aplicação estaria em desacordo com o art. 955 do Código Civil, que exigiria que o devedor fosse constituído em mora.

Não procede a alegação, visto que tanto a configuração da mora como a aplicação dos juros decorre de disposição de lei.

Ocorre que a aplicação da taxa Selic é determinada pelo art. 13 da Lei nº 9.065/95 e pelo art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96 – dispositivos de lei que se encontram em vigor, não tendo sido revogados nem julgados inconstitucionais, sendo por isso de aplicação obrigatória pelos agentes fiscais, conforme exigido pelo art. 142 do CTN.

Com efeito, na medida em que a atividade do lançamento é estritamente vinculada à aplicação da lei, é dever do agente fiscal aplicar as normas vigentes.

A propósito da inviabilidade de este Conselho de Contribuintes afastar a aplicação de uma lei que goza da presunção de constitucionalidade, faço minhas as razões de decidir do Conselheiro Antônio Zomer, proferidas no julgamento do Recurso Voluntário nº 128.259 (Acórdão nº 202-16.572, j. em 19/10/2005):

“De outro lado, os mecanismos de controle da constitucionalidade das leis estão regulados na própria Constituição Federal, todos passando necessariamente pelo Poder Judiciário, que detém com exclusividade essa prerrogativa, de forma que às instâncias administrativas não é dado negar aplicação a dispositivos da legislação tributária, em decorrência de alegados vícios de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Portanto, de acordo com a previsão contida nos incisos I, “a”, e III, “b”, do art. 102 da Constituição Federal de 1988, é na via judicial e não na administrativa que a recorrente deve apresentar sua inconformidade com a cobrança dos juros de mora com base na taxa Selic.

É neste sentido que se posiciona a jurisprudência administrativa dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, bastando aqui citar o Acórdão nº 202-15.431, de 16/02/2004, cuja ementa tem o seguinte teor:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. Às instâncias administrativas não competem apreciar vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

O professor Hugo de Brito Machado, no livro Temas de Direito Tributário, Vol. (Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p. 134), analisando esta questão, assim se posiciona:

Não pode a autoridade administrativa deixar de aplicar uma lei ante o argumento de ser ela inconstitucional. Se não cumpri-la sujeita-se à pena de responsabilidade, artigo 142, parágrafo único, do CNT. Há o inconformado de provocar o judiciário, ou pedir a repetição do indébito, tratando-se de inconstitucionalidade já declarada.

Ademais, não é na Lei nº 9.430/96 que se respalda a imposição da Taxa Selic como juros de mora, mas no art. 13 da Lei nº 9.065, de 20/06/1995, que assim determina:

Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea “c” do parágrafo único do Art. 14 da Lei número 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo Art. 6º da Lei número 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo Art. 90 da Lei número 8.981, de 1995, o Art. 84, inciso I, e o Art. 91, parágrafo único, alínea “a.2”, da Lei número 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Desta forma, estando fundada em lei constitucionalmente válida, mantém-se a exigência dos juros de mora, calculados pela taxa Selic, como consta do auto de infração impugnado.

Como visto, tanto a Lei nº 9.065//95 como a Lei nº 9.430/96 cumprem este papel, dispondo no sentido da aplicação da taxa Selic.

Destarte a razão de ser da Súmula CARF nº 4, ao sentenciar que “*A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais*”.

Também em relação à imposição da multa de ofício, verifica-se que o agente fiscal limitou-se a aplicar a legislação tributária vigente, levando a efeito a punição estipulada pelo legislador no art. 44, I da Lei 9.430/96.

A lei não confere qualquer âmbito de discricionariedade ao agente administrativo, nem ao julgador, no tocante à dosimetria desta punição – ou se lhe aplica, ou não – sendo suficiente que se caracterize a situação descrita na lei para que haja a aplicação da punição, por dever de ofício.

É por isso despropositada a tese do contribuinte de que a multa apenas seria aplicável depois do esgotamento do processo administrativo fiscal, pois a Lei dispõe a aplicação da multa de ofício em razão da necessidade de a Administração Tributária ter sido obrigada a promover o lançamento de ofício, quando cabia ao contribuinte promover o lançamento por homologação.

Tanto no caso da Selic como da multa de ofício, sua aplicação decorre de expressa disposição legal.

Afastar uma exigência que tem exposto suporte em lei federal exigiria a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo de lei em questão, matéria que esbarra na Súmula CARF nº 2, segundo a qual “*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*”.

Repise-se que este Conselho, por ser um tribunal administrativo, não tem competência para afastar a aplicação de uma lei em vigor, que goza de presunção de constitucionalidade.

Por tais motivos, conclui-se pela manutenção da taxa Selic e da multa de ofício.

d) Conclusão.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário, tanto para reconhecer a decadência em relação aos fatos geradores 08/1998 e anteriores, como também para reconhecer que os “atos auxiliares” praticados pela cooperativa devem ser alcançados pelo conceito de atos cooperativos, os quais estão fora do campo de incidência da Cofins.

Ivan Allegretti

Voto Vencedor

Conselheiro Winderley Morais Pereira, Redator Designado.

Em que pese o respeitável voto do e. relator, peço vênia para divergir do entendimento apresentado em relação à inclusão no conceito de ato cooperado, dos pagamentos a hospitais, clínicas, laboratório, dentre outros serviços contratados de terceiros, conceituados pela Recorrente como atos cooperativos auxiliares.

Independente da denominação adotada pela Recorrente. O art. 79, da Lei nº 5.764/71 define de forma cristalina o conceito de ato cooperado.

“Art. 79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais.

Parágrafo único. O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria.”

De acordo com a legislação, os atos cooperados são aqueles realizados entre a cooperativa e seus associados. Tratando de norma de isenção o Código Tributário Nacional determina a interpretação literal, não cabendo a aplicação de analogia ou qualquer outro conceito para extensão do benefício concedido. Portanto, não estão incluídas no conceito de ato cooperado as receitas referentes a pagamentos a hospitais, clínicas, laboratórios ou quaisquer outras referentes a serviços de terceiros.

A matéria já foi objeto de julgamento pela Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, no Acórdão nº 202-18.997, na sessão do dia 8 de maio de 2008, de relatoria do e. Conselheiro Antônio Zomer. Quando foi decidido pela incidência da COFINS sobre os chamados atos cooperativos auxiliares. As posições adotadas pelo Relator no voto condutor daquela decisão estão em plena consonância com o entendimento deste Relator, razão pela qual peço vênia para incluir parte deste voto, fazendo dele também minhas razões de decidir.

“...

No tocante ao mérito, a primeira questão a ser analisada diz respeito à possibilidade de tributação do que as Unimed's chamam de ato cooperativo auxiliar (serviços hospitalares e auxiliares de diagnóstico e tratamento, tais como serviços laboratoriais, radiológicos e de imagens).

A fiscalizada comercializa, por meio de planos de saúde, além dos serviços dos médicos cooperados, outros serviços prestados por terceiros não cooperados, principalmente hospitais e laboratórios, que não se caracterizam como atos cooperativos, tal como definidos no art. 79 da Lei nº 5.764/71.

Na vigência da Lei Complementar nº 70/91, o inciso I do art. 6º isentava do pagamento da Cofins as sociedades cooperativas que observassem o disposto na legislação específica, quanto aos atos cooperativos próprios de suas finalidades.

Assim, para os fatos geradores ocorridos até o mês de janeiro de 1999, o Fisco excluiu da base de cálculo tributada as receitas do ato cooperativo, assim consideradas aquelas registradas contabilmente como “Intercâmbio com Unimed’s”. Nenhuma outra receita oriunda desta atividade foi apresentada pela autuada durante o procedimento fiscal e nem mesmo em sede de impugnação. Assim, não há reparo a se fazer quanto a esta parte.

A partir de fevereiro de 1999, nos termos dos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718/98, todas as receitas das Unimed’s passaram a compor a base de cálculo do PIS e da Cofins.

Na vigência da Lei Complementar nº 70/91, o inciso I do art. 6º isentava do pagamento da Cofins as sociedades cooperativas que observassem o disposto na legislação específica, quanto aos atos cooperativos próprios de suas finalidades. Todavia, a Medida Provisória nº 1.858-6, em seu art. 23, inciso II, “a”, revogou expressamente, a partir de 30/06/1999, a referida isenção.

As alegações da autuada de que os serviços prestados por não-cooperados caracterizam-se como atos cooperativos porque são indispensáveis, essenciais e intimamente atrelados ao próprio atendimento ao paciente, esbarram nas determinações claras da Lei nº 5.764/71, que, em seus arts. 3º e 79, assim dispõe:

“Art. 3º - Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.

[...]Art. 79 - Denominam-se atos cooperativos os praticados entre a cooperativa e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para consecução dos objetivos sociais.

Parágrafo único - O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria.”

Alega a recorrente que sem a prestação dos serviços auxiliares por parte da cooperativa, o exercício da atividade médica pelos seus associados tornar-se-ia impraticável. Entretanto, a lei diz que ato cooperativo é só aquele praticado entre a cooperativa e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para consecução dos objetivos sociais. Assim, não pode a recorrente distorcer o ditame legal, para classificar como ato cooperativo todo aquele necessário à consecução dos seus objetivos sociais, porque não é isto que dispôs o texto legal.

Portanto, para a caracterização de um ato como cooperativo não basta que ele seja realizado em atendimento ao objetivo social da entidade. É preciso, antes de tudo, que seja praticado entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associadas. Nas cooperativas de trabalho médico, os atos cooperativos são somente aqueles serviços médicos prestados pelos associados aos usuários, por intermédio da cooperativa.

Quem adquire um plano de saúde objetiva receber a cobertura geral de qualquer serviço relativo à saúde física e mental sua e de seus dependentes, o que engloba serviços médicos, como consulta e exames clínicos; hospitalares, como internação e cirurgia; ambulatoriais, como pronto-socorro e pequenas intervenções cirúrgicas, etc., além dos serviços de outros profissionais de saúde, como protéticos, ortopedistas, fisioterapeutas, etc.

Enfim, o que se objetiva com um plano de saúde é, mediante um pagamento mensal, cobrir os custos de todo e qualquer procedimento necessário à preservação da saúde do adquirente e de sua família, dentro dos limites contratados.

No caso da interessada, a receita da contratação que faz com os adquirentes dos planos de saúde não é repassada diretamente aos associados, sendo, pois, absurda a alegação de que o valor global dos pagamentos mensais efetuados pelos usuários dos planos de saúde seja receita de atos cooperados. Esta receita, oriunda dos pagamentos mensais efetuados pelos usuários do plano de saúde, não pertence aos médicos, mas à cooperativa, diferentemente daquela paga pelo serviço que o médico presta ao seu paciente.

Ademais, quando a cooperativa contrata serviços de terceiros para atender aos clientes dos planos de saúde, retira de suas receitas os recursos para custeio do serviço, o que representa, sem a menor sombra de dúvida, um ato mercantil. Neste momento, o médico associado fica de fora do ato praticado pela cooperativa. O serviço custeado pela cooperativa ao cliente passa a ter fundamento diverso do prestado pelo associado, pois diz respeito apenas ao cumprimento do contrato realizado entre a cooperativa e o cliente do plano de saúde.

Este entendimento já está pacificado na jurisprudência do Primeiro e do Segundo Conselhos de Contribuintes, como demonstram as ementas abaixo transcritas:

“SOCIEDADE COOPERATIVA - Não são alcançados pela incidência do imposto de renda os resultados dos atos cooperativos. Nas cooperativas de trabalho médico, em que a cooperativa se compromete a fornecer, além dos serviços médicos dos associados, serviços de terceiros, tais como exames laboratoriais e exames complementares de diagnose e terapia, diárias hospitalares, etc., esses serviços prestados por não associados não se classificam como atos cooperativos, devendo, seus resultados, ser submetidos à tributação.” (Acórdão nº 101-93.044, Rel. Sandra Maria Faroni)

“COFINS - A finalidade das cooperativas restringe-se à prática de atos cooperativos, conforme artigo 79 da Lei nr. 5.764/71. Não são atos cooperativos os praticados com pessoas não associadas (não cooperados) e, portanto, devida a contribuição normal e geral de suas receitas.” (Acórdão nº 202-10.887, Rel. Maria Teresa M. López)

“COFINS. [...] ATOS NÃO-COOPERATIVOS. Considera-se atos não cooperativos os contratos de plano de saúde e aqueles praticados com terceiros não associados, embora objetivem atendimentos sociais e a finalidade da sociedade cooperativa, por faltar-lhes o requisito básico de estar em ambos os lados da relação negocial, a cooperativa e seus associados, para consecução dos seus objetivos.” (Acórdão nº 202-14.840, Rel. Nayra Bastos Manatta)

A mesma definição de ato cooperativo foi dada pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, em 17/02/2004, conforme se pode ver na ementa do Acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial nº 237.348/SC, abaixo transcrita:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. COOPERATIVA MÉDICA. ATOS NÃO-COOPERATIVOS.

1. A UNIMED presta serviços privados de saúde, ficando evidenciada, assim sua natureza mercantil na relação com seus associados, ou seja, vende, por meio da intermediação de terceiros, serviços de assistência médica aos seus associados.

2. O fornecimento de serviços a terceiros e de terceiros não-associados, caracteriza-se como atos não-cooperativos, sujeitando-se, portanto, à incidência do Imposto de Renda.

3. Recurso especial provido.” (Relator Ministro Castro Meira, DJU de 17/02/2004, 2ª Turma).

No mesmo sentido, cita-se, ainda, a ementa do acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região no julgamento da Apelação Civil nº 2001.33.00.007772-0/BA, na qual ficou textualmente registrado que incide a tributação sobre o que a recorrente chama de ato cooperativo auxiliar, nos seguintes termos:

“TRIBUTÁRIO. UNIMED. ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO. ATO COOPERATIVO. LEI Nº 5.764/71. PROVA PERICIAL.

I - Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais (artigo 79 da Lei nº 5.764/71). O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria.

II - Os atos celebrados pela Unimed com pessoas físicas ou jurídicas, não associadas, e denominados de ‘atos cooperativos

auxiliares', não podem ser considerados atos cooperativos para efeitos jurídicos e tributários.

III. Apelação não provida."."

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso quanto a matéria referentes aos ditos atos cooperativos auxiliares por entender que a receita referente a estes atos integram a base de cálculo para incidência da COFINS.

Winderley Moraes Pereira