



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 07/12/05
VISTO

2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 10855.002525/2003-33
Recurso nº : 127.481
Acórdão nº : 203-09.958

Recorrente : UNIMED DE SOROCABA – COOPERATIVA DE TRABALHO
MÉDICO
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

COFINS. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA POR NÃO APRECIÇÃO DAS RAZÕES POSTAS NA IMPUGNAÇÃO. Tratando-se de dissenso arrimado em inconstitucionalidade de norma não excluída do ordenamento jurídico por autoridade competente, a Administração, não está obrigada a manifestar-se sobre tese da qual discorda, contrapondo argumentos espeçados nos próprios comandos da norma combatida.

OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA COM A VIA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE. Se a própria recorrente optou por socorrer-se do Poder Judiciário para defesa de sua tese, descabe exigir, simultaneamente, apreciação do mesmo fato no âmbito do processo administrativo. Ao antecipar-se à ação do Fisco, propondo ação judicial de qualquer espécie que lhe assegure a suspensão da exigibilidade do crédito tributário pela Administração Tributária, impõe-se à Fazenda Pública preservar o crédito tributário, cumprindo o disposto no art. 142 do CTN, que lhe atribui o poder-dever, privativo, de efetuar o lançamento.

Recurso não conhecido em parte, por opção pela via judicial e na parte conhecida negado provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **UNIMED DE SOROCABA – COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em não conhecer do recurso em parte, por opção pela via judicial; e II) na parte conhecida, em negar provimento.

Sala das Sessões, em 27 de janeiro de 2005

Leonardo de Andrade Couto
Leonardo de Andrade Couto
Presidente

Maria Cristina Roza da Costa
Maria Cristina Roza da Costa
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, Ana Maria Barbosa Ribeiro (Suplente), Cesar Piantavigna, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Valdemar Ludvig e Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva.

Imp

MF - 2º CC - 3ª CÂMARA
CONFÉRENCIA GERAL
BRASÍLIA 29/03/05
VISTO



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - 29	CC - 03	ÁREA
RECEITA FEDERAL DO BRASIL		
PROCESSO 291 03 195		
VITTO		

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10855.002525/2003-33
Recurso nº : 127.481
Acórdão nº : 203-09.958

Recorrente : UNIMED DE SOROCABA – COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra decisão proferida pela 5ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto - SP, referente à constituição de crédito tributário relativa à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS por falta/insuficiência de recolhimento, no período de fevereiro de 1999 a janeiro de 2003, no valor total de R\$11.100.064,18, cuja ciência se deu em 21/07/2003.

Por bem descrever os fatos reproduzo abaixo parte do relatório da decisão recorrida:

O lançamento foi baseado no Decreto-lei nº 5.844 de 23 de setembro de 1943, art. 77, III; Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional — CTN), art.149; Lei Complementar (LC) n.º 70, de 30 de dezembro de 1991, arts. 1º e 2º; Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, arts. 2º, 3º e 8º; Medida Provisória (MP) nº 1.807, de 28 de janeiro de 1999; Medida Provisória nº 1.858, de 29 de junho de 1999.

De acordo com o Termo de Constatação Fiscal, à fl. 114, a cooperativa obteve na Justiça o direito de recolher a Cofins calculada com a base de cálculo prevista na LC nº 70, de 1991.

Sendo assim, foi lançada, neste processo, a contribuição relativa às receitas financeiras e às receitas referentes aos atos cooperativos, com suspensão da exigibilidade para prevenir a decadência.

Inconformada, a atuada impugnou o lançamento, alegando, em síntese que:


- 1. a MP nº 1.858-6, de 1998, não poderia ter revogado a isenção da Cofins sobre os atos cooperativos;*
- 2. nas operações com associados (atos cooperativos) não existe faturamento ou receita da cooperativa, assim as cooperativas estariam fora do campo de incidência da Cofins;*
- 3. o art. 62 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 (PAF) veda a constituição de crédito tributário contra sujeito passivo favorecido por medida judicial, enquanto esta viger;*
- 4. não foram subtraídas das bases de cálculo da contribuição lançada as exclusões previstas no § 9º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, acrescido pelo art. 2º da MP nº 2.158-35, de 1998, referentes às operadoras de planos de saúde, apresentando planilha (fl. 193) com as bases de cálculo diminuídas dessas exclusões.*

Solicitou, ainda, perícia para responder aos quesitos constantes na fl. 142, nomeando perito.

Como a MP nº 1.858-6, de 1999, art. 23, II, revogou, a partir de 30 de junho de 1999, a isenção da Cofins sobre a receita proveniente dos atos cooperativos, e a sentença judicial, de fls. 93 a 104, não excluiu tais receitas da base de cálculo, o processo foi baixado em diligência, à DRF/Sorocaba, para que se apartasse a parcela do lançamento



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - 2ª CC - 3ª CÂMARA
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASILIA 29/03/05
 VISTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10855.002525/2003-33
Recurso nº : 127.481
Acórdão nº : 203-09.958

que não está com a exigibilidade suspensa, ou seja, aquela referente às receitas decorrentes dos atos cooperativos.

Por se tratar de lançamento contra cooperativa de trabalho médico, também foi solicitada manifestação do autuante quanto às exclusões previstas nos arts. 2º e 15 da MP nº 2.158-35, de 2001.

De acordo com o despacho de fls. 352 e 353, a parcela do lançamento referente à contribuição sobre as receitas dos atos cooperativos foi cancelada, para posterior lançamento, em processo distinto, sem suspensão da exigibilidade. Manteve-se neste processo somente a parcela relativa às receitas financeiras, sendo contribuição de R\$53.015,28 e juros de R\$21.997,87, perfazendo o total de R\$75.013,15.

A contribuinte também foi intimada a discriminar os valores das exclusões da base de cálculo da planilha por ela apresentada. Em resposta, apresentou cópias dos balancetes, onde, no entender do autuante, as exclusões não foram suficientemente demonstradas.

Após a ciência da retificação do auto, a contribuinte apresentou nova impugnação tempestiva, onde repete a alegação de que o PAF veda a instauração de procedimento fiscal contra contribuinte amparado por medida judicial.

Apreciando as razões postas na impugnação, o Colegiado de primeira instância proferiu decisão assim ementada:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/01/2003

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os acréscimos legais.

SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE. LANÇAMENTO.

O lançamento de tributos cuja exigibilidade esteja suspensa destina-se a prevenir a decadência, constituindo-se em dever de ofício da fiscalização.

SOLICITAÇÃO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

Indefere-se a solicitação de perícia cujos quesitos não guardem relação com a autuação.

Lançamento Procedente.

Intimada a conhecer da decisão em 28/06/2004, a empresa insurreta contra seus termos, apresentou, em 28/07/2004, recurso voluntário a este Eg. Conselho de Contribuintes, com as seguintes razões de dissentir:

- Em razão do cancelamento em parte efetuado pela autoridade lançadora com base no art. 149 do CTN, o presente processo ficou adstrito ao lançamento da COFINS sobre parcelas relativas às receitas financeiras não incluídas na base de cálculo, a qual a decisão recorrida expressamente reconhece que o crédito encontra-se com a exigibilidade suspensa;*
- A suspensão da exigibilidade arrima-se na segurança concedida em parte no Mandado de Segurança nº 2000.61.10.000108-8, impetrado pela recorrente junto à 2ª Vara Federal de Sorocaba, nos termos do artigo 151, incisos II e IV do CTN;*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

NIF - 29 CC - 1ª CÂMARA
CONTENDE COM O INTERESSADO
BRASILIA 29/03/05
<i>[Assinatura]</i>

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10855.002525/2003-33
Recurso nº : 127.481
Acórdão nº : 203-09.958

- c) Ocorrência de violação ao disposto no art. 62 do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, que rege o Processo Administrativo Fiscal. Tal artigo veda a instauração de procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido por decisão judicial, relativamente à matéria objeto da decisão;
- d) Aduz que a Medida Provisória nº 75, de 24/10/2002, que em seu artigo 5º pretendeu alterar a redação do aludido artigo 62 do Decreto nº 70.235/72 foi rejeitada pelo Plenário da Câmara dos Deputados em 18/12/2002, ensejando a contrariedade a disposição legal e determinação judicial a execução do procedimento fiscal;
- e) Defende que se há impedimento judicial em efetuar o lançamento, não se pode falar em prevenção da decadência, uma vez que o fisco terá cinco anos para efetua-lo, após cessada a suspensão da exigibilidade;
- f) Acusa a abstenção da decisão recorrida em apreciar o mérito da questão, sob alegação de cancelamento do lançamento caso a recorrente seja vitoriosa na ação judicial;
- g) Aventa a possibilidade da ocorrência de decisão sem julgamento de mérito nas ações em Mandado de Segurança o que impende seja o mérito da impugnação analisado sob pena de cerceamento do direito de defesa.

Ao fim, requer a reforma da decisão de primeiro grau, com determinação da anulabilidade do feito e seu ulterior arquivamento.

A autoridade preparadora informa a efetivação do arrolamento de bens para fins de garantir a instância recursal, conforme fl. 413.

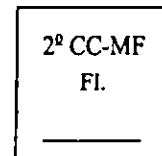
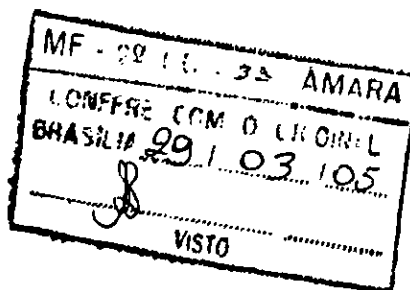
É o relatório.

[Assinatura]



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10855.002525/2003-33
Recurso nº : 127.481
Acórdão nº : 203-09.958



VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

O recurso voluntário atende aos requisitos legais exigidos para sua admissibilidade e conhecimento.

Verifica-se à fl. 352 que a autoridade preparadora, em decorrência de diligência realizada, conforme Relatório Fiscal de fls. 350 e 351, decidiu cancelar de ofício aparte do crédito tributário lançada com suspensão de exigibilidade e que não encontra amparo na sentença do Mandado de Segurança nº 2000.61.10.000108-8 (fl. 352)

O valor mantido no presente processo, com exigibilidade suspensa por força de sentença em Mandado de Segurança, constituídos sobre as receitas financeiras previstas no art. 3º da Lei nº 9.718/98 e o que segue, conforme consta da fl. 353:

-Contribuição à COFINS	R\$ 53.015,28
- Juros de Mora (calculado até 30/06/2003)	R\$ 21.997,87
- Valor Total do Crédito Tributário apurado	R\$ 75.013,15

Combate a recorrente a manutenção do lançamento de ofício, com exigibilidade suspensa, alegando afronta ao artigo 62 do Decreto nº 70.235/72 (PAF) que impede qualquer procedimento fiscal relativo a matéria sobre a qual verse decisão judicial.

Entretanto, não cabe olvidar que mesmo não tendo o Congresso Nacional ratificado a MP 75/2002, transmudando-a em lei, o procedimento encontra abrigo na norma do artigo 63 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, *litteres*:

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

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão de 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.

Consoante doutrina de Neder e López¹, o artigo 62 do PAF visa à suspensão da cobrança, ou, em outras palavras, suspender o direito do fisco em exigir o pagamento da exação *sub judice*. Entretanto, não cabe ao Poder Judiciário, na execução de sua atividade jurisdicional impedir a outro Poder o exercício das atividades que lhe compete por expressa determinação legal.

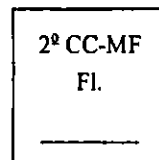
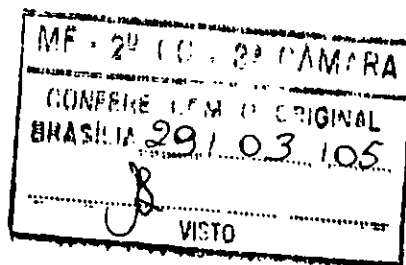
C

¹ NEDER. Marcos Vinicius. LÓPEZ. Maria Teresa Martinez. Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado. São Paulo: Dialética. 2004. p. 489/490



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10855.002525/2003-33
Recurso nº : 127.481
Acórdão nº : 203-09.958



Esse é o caso do lançamento de tributos. O artigo 142 do Código Tributário Nacional impõe ao fisco o poder-dever de agir aduzindo sua pretensão em face da relação jurídica instaurada em razão do fato gerador que considera ocorrido.

Tratando-se de atividade administrativa vinculada de agente do Poder Executivo, não tem o Poder Judiciário competência para afrontar a norma e determinar a inação do fisco quanto à efetividade dessa atividade.

É competência sim, do Poder Judiciário proteger o patrimônio físico e jurídico dos membros da sociedade, interpretar a norma que estabeleceu a exigência fiscal e, se diante dos fatos concluir pela subsunção ou não do Direito Tributário aos fatos concretizados por ato da recorrente. Em caso negativo, determinar a nulidade do procedimento do Fisco, exonerando a recorrente da pretensa relação jurídico-tributária imposta pelo Fisco.

Quanto à possibilidade de vir a ocorrer decisão sem julgamento de mérito como aventado pela recorrente como motivo para cancelamento do lançamento, trata-se de questão privativa da esfera de decisão da recorrente ao escolher o tipo de ação utilizada, dela suportando os ônus que lhe é inerente.

A opção pela via judicial torna inócua a apreciação na via administrativa.

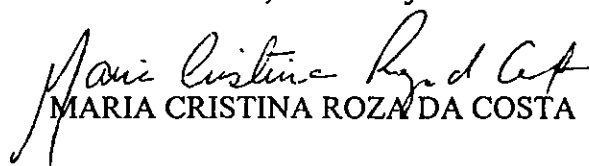
Além do mais, a norma embasadora do procedimento fiscal, enquanto não apreciada pelo Judiciário, seja em controle difuso, seja em controle concentrado, e declarada inconstitucional é, para todos os efeitos, válida e eficaz no mundo jurídico brasileiro, porquanto o Direito cuida da forma como deve ser expurgada a legislação que contrarie a Constituição Federal. E este ainda não é o caso da referida norma. Pelo menos até que se pronuncie em definitivo o Poder competente.

Dessarte, não há falar em cerceamento do direito de defesa em razão da não apreciação dos argumentos de mérito, por falecerem todos, no contexto administrativo, de substância jurídica válida. Esse é o robusto posicionamento da Administração Tributária, ao qual se emparelha esta Câmara deste Conselho.

Em outras palavras, até que se pronuncie o Poder Judiciário, seja em decisão *inter partes* ou *erga omnes*, pela invalidade jurídica da norma que arrima o procedimento fiscal, esta constitui-se em regra jurídica cuja observância deve ser exigida uniformemente daqueles que nela se enquadrem.

Com essas considerações, voto por não conhecer do recurso voluntário, em parte, por opção pela via judicial e na parte conhecida, negar provimento.

Sala das Sessões, em 27 de janeiro de 2005


MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA