



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 22 / 06 / 2004
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11020.002915/2001-27

Recurso nº : 122.749

Acórdão nº : 203-09.319

Recorrente : DRJ EM PORTO ALEGRE - RS

Interessada : Unimed Nordeste RS – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda.

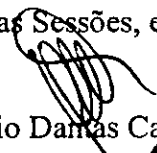
PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA – A decisão proferida deve ser revestida de liquidez e certeza, sob pena de cerceamento do direito de defesa. Constatada a ocorrência de decisão proferida cujos efeitos estão condicionados a eventos futuros, por parte da Delegacia de Julgamento, tal deve ser declarada nula, devendo nova ser prolatada, na boa e devida forma.

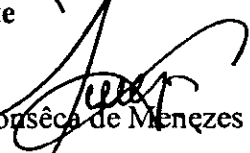
Processo ao qual se anula a partir da decisão recorrida, inclusive.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **DRJ EM PORTO ALEGRE – RS.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em anular o processo a partir da decisão de primeira instância, inclusive.**

Sala das Sessões, em 01 de dezembro de 2003


Otacílio Dantas Cartaxo
Presidente


Valmar Fossêca de Menezes
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Maria Teresa Martínez López, Mauro Wasilewski, Luciana Pato Peçanha Martins, César Piantavigna e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Eaal/cf/ovrs



Processo nº : 11020.002915/2001-27

Recurso nº : 122.749

Acórdão nº : 203-09.319

Recorrente : DRJ EM PORTO ALEGRE - RS

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

“Trata o presente processo de auto de infração relativo à Cofins (fls. 03/05), lavrado em ação fiscal levada a efeito na referida empresa, onde apurou-se um crédito tributário total de R\$ 10.000.748,31.

2. De acordo com o Relatório de Verificação Fiscal e Termo de Encerramento Fiscal (fls.14/24), partindo da análise da Lei 5.764/1971, que dispôs sobre o regime jurídico das cooperativas e verificando o que determina o Regulamento do Imposto de Renda (decretos 1041/1994 e 3000/1999) concluiu a fiscalização que a sociedade distribuiu nos anos de 1997 e 1999 aos associados, além das sobras apuradas no período, o resultado positivo obtido nas operações dos “atos não cooperativos”. Verificou-se também que, em decorrência de a cooperativa ter alocado, no período de 1997 a 1999, receita em valor superior ao proporcionalmente calculado em relação aos custos das operações efetuadas com associados, houve declaração a menor da COFINS incidente sobre operações com não associados. Com relação às operações realizadas com seus “associados” não houve qualquer recolhimento. A atuada recorreu ao Poder Judiciário para eximir-se do pagamento da contribuição.

3. A cooperativa impetrou Mandado de Segurança (processo nº 92108008) no qual busca eximir-se do recolhimento da Cofins, tendo em vista o disposto no art. 6º da Lei Complementar 70/1991. A ação foi julgada improcedente, denegando, o juízo monocrático, a segurança e extinguindo o processo com exame do mérito. Houve apelação para o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a qual foi negada por unanimidade. Atualmente os autos encontram-se no Superior Tribunal de Justiça pendente de julgamento o Recurso Especial admitido pelo TRF da 4ª Região, conforme certidão de fls.437.

4. Tendo em vista o advento da Lei 9.718/1998, a atuada ingressou com Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica contribuinte-fisco, para efeitos de recolhimento da Cofins, com pedido de antecipação de tutela, tendo como base de cálculo os valores:

a) arrecadados pela prática de atos cooperativos intrinsecamente ligados à finalidade social das demandantes, pela mesma praticado em nome e conjuntamente com seus cooperativados;



Processo nº : 11020.002915/2001-27
Recurso nº : 122.749
Acórdão nº : 203-09.319

b) que, não contabilizados como receita, são repassados para pessoas jurídicas que prestam serviços de auxílio à internação e ao diagnóstico, nos atendimentos prestados pelos cooperativados (hospitais e laboratórios);

5. O pedido de tutela antecipada foi deferido para possibilitar à demandante o pagamento da Cofins com base nas suas receitas, com exclusão dos atos cooperativos da base de cálculo. A União interpôs agravo de instrumento contra referida decisão. Os autos encontram-se na 6ª Vara Federal aguardando pronunciamento do Juiz (certidão de fls.438).

6. A interessada insurge-se contra o lançamento, alegando ser este um reflexo da autuação havida quanto ao imposto de renda, lavrada na mesma data. Pleiteia a sua nulidade, uma vez que a defesa ter-se-ia tornado praticamente impossível, pois estariam intrincadas as matérias referentes à descaracterização e a outras infrações (falta de recolhimento da contribuição incidente sobre “atos não cooperativos”).

7. Tendo em vista o procedimento adotado pela fiscalização, a qual embasou o presente lançamento na existência de distribuição aos associados do resultado dos atos não cooperativos (lucros), levando à tributação da totalidade dos resultados auferidos pela Cooperativa, o processo foi remetido em diligência para que fosse apartado do presente lançamento o montante relativo aos atos cooperativos principais, os quais, segundo entendimento dos autuantes, só estão sendo tributados devido à desobediência ao disposto no art. 87 da Lei 5.764/1971.

8. Em cumprimento à diligência solicitada, o fiscal autuante procedeu à lavratura de novo auto de infração (processo nº 11020.003667/2002-12, cuja cópia do lançamento encontra-se anexada a fls.473/493) onde consignou os valores devidos a título de Cofins sobre os atos cooperativos principais. Reabriu o prazo para nova manifestação da autuada e sugeriu o cancelamento do presente lançamento na parte que se tornou concomitante com o novo auto de infração (processo nº 11020.003667/2002-12)

9. A autuada, por meio de seu representante legal, manifestou-se então alegando a nulidade do lançamento, uma vez que teria havido alteração na fundamentação da autuação, bem como retirada de parte da parcela lançada. Afirma não compreender como o auto de infração continua com o mesmo crédito tributário lançado, já que o fiscal autuante consignou em seu relatório que os valores relativos aos atos cooperativos principais teriam sido expurgados do presente auto de infração, implicando em falta de requisito obrigatório ao lançamento (valor do crédito tributário), nos termos do disposto no art. 11, II, do decreto 70.235/1972. Entende que tal fato prejudicaria mortalmente a defesa que não poderia averiguar o que estaria sendo exigido, até porque existiriam valores pagos e depositados judicialmente por parte da cooperativa.”



Processo nº : 11020.002915/2001-27
Recurso nº : 122.749
Acórdão nº : 203-09.319

A Delegacia de Julgamento proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita adiante:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/2000

Ementa: CANCELAMENTO – CONCOMITÂNCIA – Deve ser cancelado o crédito tributário concomitante com outro lançamento, o qual foi lavrado por decorrência, nos termos do art. 9º do Decreto 70.235/1972.

INEXISTÊNCIA DE NULIDADE – Não há que se falar em nulidade do lançamento quando não estiverem presentes quaisquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto 70.235/1972.

Lançamento Procedente em Parte”.

Os autos vieram a este Colegiado em razão do Recurso de Ofício apresentado pela autoridade julgadora de primeira instância, como se vê de fl. 496.

É o relatório.



Processo nº : 11020.002915/2001-27
Recurso nº : 122.749
Acórdão nº : 203-09.319

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
VALMAR FONSÊCA DE MENEZES

Os autos subiram para apreciação deste Colegiado em razão do Recurso de Ofício de fl. 496, apresentado pela autoridade de primeira instância, nos termos do Decreto n.º 70.235/1972, art. 34, I, com a redação dada pela Lei n.º 8.748/1993, em razão de ter exonerado o sujeito passivo do pagamento de contribuições e encargos de multa de valor superior a R\$500.000,00, de acordo com o limite de alçada estabelecido na Portaria MF n.º 333, de 11.12.1997.

Por preencher os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Verifica-se, preliminarmente, da leitura do acórdão da decisão recorrida, à fl. 502, que a Relatora conclui o seu voto afirmando que, com relação à parte remanescente do crédito, “deverá ser dado prosseguimento na sua cobrança, acaso tal determinação não colida com o que vier a ser decidido pelo Poder Judiciário nos processos n.ºs 92.0010800-8 e 2001.71.00.006746-2”. Por outro lado, no acórdão de fl. 495, parte integrante do decisório proferido pela 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Porto Alegre - RS, consta a expressa determinação de, com relação ao contribuinte, “intimá-lo a recolher, no prazo de 30 (trinta) dias da ciência, o crédito tributário remanescente, atualizado até a data do pagamento, ressalvado o direito de interpor, em igual prazo, recurso voluntário junto ao Conselho de Contribuintes, conforme faculta o art. 33 do Decreto 70.235/72, com a redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748, de 9 de dezembro de 1993”.

Contradição evidente, pois, constata-se desta observação.

Também se observa que, se aquela decisão reconhece que a exigência da contribuição remanescente estaria dependente de processos judiciais, seria o caso de se analisar se não se constituiria a hipótese prevista no Ato Declaratório ADN n.º 03/96, que trata da renúncia às esferas administrativas, nos casos que elenca.

A partir de tal análise poderia concluir se tomaria conhecimento ou não de parte das alegações trazidas pela impugnante.

Antônio da Silva Cabral, em sua obra “Processo Administrativo Fiscal”, Editora Saraiva, 1993, às páginas 394/395, ensina:

“No CPC (arts. 463, II, 535-538) previu-se a possibilidade de embargos de declaração para os casos em que na sentença se observar qualquer obscuridade, dúvida ou contradição. O processo fiscal também se serviu de semelhante instrumento para esclarecimento de pontos obscuros das decisões. A título de exemplo, nos arts. 25 e 26 do Regimento Interno do 1º Conselho de Contribuintes está prevista a possibilidade de se resolverem as contradições entre a decisão e seus fundamentos, a dúvida sobre a conclusão, as inexatidões



Processo nº : 11020.002915/2001-27
Recurso nº : 122.749
Acórdão nº : 203-09.319

materiais devidas a lapso manifesto. Erros de escrita ou de cálculo existentes na decisão podem ser retificados.

O que não existe é decisão condicional. Toda decisão é definitiva, só podendo ser reformada por decisão superior. Não pode o julgador, a título de esclarecer pontos obscuros, modificar o que já decidira, quer ampliando, quer restringindo o mandamento, isto por pura iniciativa de ofício. O julgador não pode decidir duas vezes a mesma questão, ou arrepender-se do que decidiu.

Outro predicado da decisão há de ser a precisão. Nas Ordenações Filipinas (L.III, Tit. 66, parágrafo 2) exigia-se que a sentença fosse certa. No CPC atual, o art. 461 diz que "a sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional". Certeza e precisão não são a mesma coisa, mas em geral a falta de certeza é provocada pela imprecisão. Imprecisão significa não dizer aquilo que era necessário dizer; é utilizar-se de inexatidões tanto na menção da matéria fática quanto na análise da matéria de direito; é, inclusive, inexatidão nos cálculos da exigência fiscal.

(...)

Determina o art. 459 do CPC: "Quando o autor tiver formulado pedido certo é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida".

O julgador de primeira instância, ao condicionar a exigibilidade do crédito ao que determinaria o Poder Judiciário, admite que a questão estaria *sub judice*, e, a meu ver, pela sua vinculação legal ao entendimento da Secretaria da Receita Federal, por força da Portaria MF nº 258/01, que criou as DRJs, em seu artigo 7º, deveria ter aplicado ao caso o que dispõe o Ato Declaratório ADN nº 03/96, ou seja, seria o caso de opção pela via judicial, hipótese tratada naquele ato legal.

Se a própria decisão reconhece que há prevalência da decisão judicial sobre a matéria em julgamento, forçosamente teria – pela vinculação citada – que declarar a concomitância de objetos entre os processos judicial e administrativo e determinar o imediato prosseguimento da cobrança, sem, inclusive, facultar ao contribuinte o recurso a este Colegiado, conforme determina aquele dispositivo legal.

Óbvio e ululantemente, não se poderia imaginar que o julgador fosse obrigado a decidir desta ou daquela forma, mas no momento em que se constata que este já teria entendido que a matéria estaria *sub judice* - em outras palavras, que já teria julgado estar a discussão no Judiciário -, é de se concluir que, em virtude do ato citado, não poderia conhecer da peça impugnatória naquele ponto específico.

Deste ângulo de visão, a decisão de primeira instância teria deixado de observar norma legal – qual seja, a Portaria que determina a vinculação dos julgadores ao entendimento da SRF –, portaria esta que instituiu as próprias DRJ.



Processo nº : 11020.002915/2001-27

Recurso nº : 122.749

Acórdão nº : 203-09.319

Por outro lado, longe de se constituir apenas um erro de escrita, entendo que a decisão proferida de forma condicional, aliada ao fato de que há expressa contradição entre o acórdão e o seu voto condutor, quanto à exigência do crédito remanescente (num ponto a condiciona ao Judiciário, noutro ponto estabelece prazo para seu cumprimento), torna inevitável a conclusão de houve cerceamento do direito de defesa, trazendo dúvidas e incertezas à recorrente.

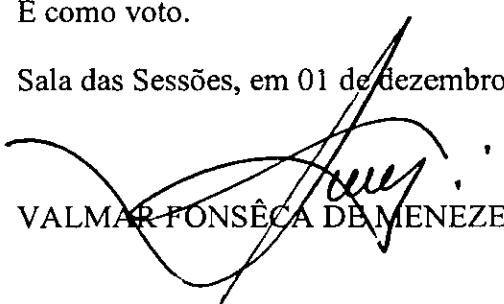
O comportamento da autoridade julgadora, a meu ver, feriu o Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório, as disposições do Código Tributário Nacional, o Princípio da Verdade Material e o próprio Decreto nº 70.235/72, que determina a nulidade dos atos proferidos com cerceamento do direito de defesa.

Esta Câmara tem se pautado sempre na esteira de tais preceitos. A ampla possibilidade de defesa, além de ser determinação constitucional, confere maior vigor ao julgamento proferido.

Por todo o exposto, e com base no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, voto no sentido de que seja anulado o processo a partir da decisão de primeira instância, inclusive, para que outra seja proferida, na boa e devida forma.

É como voto.

Sala das Sessões, em 01 de dezembro de 2003


VALMAR FONSÊCA DE MENEZES