



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

Processo nº 13062.001430/2008-21
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3202-001.116 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de março de 2014
Matéria CONCOMITÂNCIA PARCIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.
Recorrente UNIMED NOROESTE/RS SOCIEDADE COOPERATIVA DE
SERVIÇOS MÉDICOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2007

CONCOMITÂNCIA. INEXISTÊNCIA PARCIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS PARA A DRJ DAR CONTINUIDADE AO JULGAMENTO.

Afastada a concomitância, anteriormente reconhecida, cabe o enfrentamento das questões pela instância *a quo*, onde restar não comprovada a simultaneidade da discussão judicial e administrativa, para que não sobrevenha supressão de instância.

Preliminar rejeitada. Recurso voluntário provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e dar parcial provimento ao recurso voluntário. Ausente o Conselheiro Rodrigo Cardozo Miranda. Fez sustentação oral, pela recorrente, o advogado Rafael Lima Marques, OAB/RS nº. 46.963.

Irene Souza da Trindade Torres Oliveira – Presidente

Thiago Moura de Albuquerque Alves – Relator

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 26/04/2014 por THIAGO MOURA DE ALBUQUERQUE ALVES, Assinado digitalmente em 26/04/2014 por THIAGO MOURA DE ALBUQUERQUE ALVES, Assinado digitalmente em 02/05/2014 por IRENE S OUZA DA TRINDADE TORRES

Impresso em 07/05/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Irene Souza da Trindade Torres Oliveira, Gilberto de Castro Moreira Junior, Luís Eduardo Garrossino Barbieri, Charles Mayer de Castro Souza e Thiago Moura de Albuquerque Alves.

Relatório

Contra a cooperativa antes qualificada foi lavrado Auto de Infração formalizando a exigência de COFINS, com intimação para recolhimento do valor de R\$ 2.042.349,28, referente a fatos geradores entre 31/01/2005 e 31/12/2007. Esse valor (principal) foi acrescido de juros moratórios. O crédito tributário encontrava-se com a exigibilidade suspensa por força de decisão judicial proferida pelo STJ nos autos dos processos nºs 2001.71.10.000846-7 e 92.0010800-8 (art. 151, incisos II e IV do CTN).

De acordo com as decisões proferidas até o presente momento em sede do mandado de segurança, constatamos que o contribuinte obteve provimento judicial favorável, junto ao STJ, reconhecendo o direito à isenção da COFINS sobre os atos tipicamente cooperativos, quais sejam: àqueles correspondentes à atividade fim das cooperativas.

Cientificado do auto de infração, a contribuinte protocolizou impugnação, defendendo a nulidade do lançamento, devido a imprecisão da autuação e de seu relatório, que teria impedido a cooperativa de exercer plenamente seu direito de defesa.

No mérito, caso não acolhida a nulidade do lançamento, a contribuinte pediu que fosse reconhecida a decadência dos créditos tributários anteriores a outubro de 2003, além da improcedência total do lançamento, por ter violado o ato cooperativo e alargado indevidamente a base de cálculo da contribuição lançada, conforme defendido pela cooperativa em ações judiciais, relacionadas no Termo de Constatação das autuações. Pediu, ainda, que fossem afastados os juros de mora, tendo em vista a suspensão da exigibilidade, por decisão judicial, do crédito tributário lançado.

Sustenta, por fim, que, independente da tese quanto ao conceito de ato cooperativo e de faturamento, o lançamento incluiu valores na base de cálculo da exação, cuja exclusão seria autorizada pelo art. 3º, § 9º, da Lei nº 9.718/98. Ressaltou, a cooperativa, que o citado tema não é discutido judicialmente, pedindo a realização de diligência para comprovar tal fato se necessário.

Apreciando a impugnação, a DRJ julgou **improcedente**, conforme se constata da ementa do acórdão recorrido abaixo transcrita:

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

Comprovado que o sujeito passivo tomou conhecimento pormenorizado da fundamentação fática e legal do lançamento e que lhe foi oferecido prazo para defesa, não há como prosperar a tese de nulidade por cerceamento do contraditório e da ampla defesa.

PAD. CONCOMITÂNCIA COM AÇÃO JUDICIAL.

A proposição de ação judicial, antes ou após o início da ação fiscal, importa na renúncia de discutir a matéria objeto da ação

judicial na esfera administrativa, uma vez que as decisões judiciais se sobrepõem às administrativas, sendo analisados apenas os aspectos do lançamento não abrangidos pela ação mandamental.

REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA. PEDIDO GENÉRICO.

Considera-se não formulado pedido genérico de diligência, por desatender a dispositivo legal que requer indicação de quesitos sobre matéria objeto de discordância.

JUROS DE MORA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA.

Os juros de mora são cabíveis seja qual for o motivo determinante.

Cientificado da decisão acima destacada, a recorrente apresentou recurso voluntário, pedindo a nulidade do acórdão recorrido, porque apreciou genericamente e sem fundamentação o argumento da cooperativa, de que a exclusão da base de cálculo, permitida pelo art. 3º, § 9º, da Lei nº 9.718/98, e o conceito de receita bruta, previsto no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, não seriam objeto de discussão judicial e, portanto, deveriam ser conhecidas pela DRJ, ante a ausência de concomitância de discussão da matéria.

No mérito, a recorrente defendeu a reforma do julgado, pois teria violado o art. 3º, § 9º, da Lei nº 9.718/98, e mantido indevida tributação de receitas que não constituiriam faturamento da cooperativa (para a recorrente, o faturamento da sociedade cooperativa se resume a sua taxa de administração e os resultados não repassados aos seus associados), levando-se em conta a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998, proferida pelo STF.

O processo digitalizado foi distribuído e, posteriormente, encaminhado a este Conselheiro Relator na forma regimental.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Thiago Moura de Albuquerque Alves, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

Aprecio, primeiramente, a preliminar de nulidade da decisão da DRJ.

De acordo com a recorrente, o acórdão recorrido apreciou genericamente e sem fundamentação o argumento da cooperativa, de que a exclusão da base de cálculo, permitida pelo art. 3º, § 9º, da Lei nº 9.718/98, não seria objeto de discussão judicial e, portanto, deveria ser conhecida pela DRJ, ante a ausência de concomitância de discussão da matéria.

Eis o trecho essencial da decisão recorrida, que trata da concomitância:

A leitura das peças processuais permite comprovar os argumentos da Fiscalização, constatando-se que a contribuinte levou à apreciação do Poder Judiciário algumas questões relativas à contribuição lançada, tendo solicitado:

1. a declaração de inexistência da relação jurídica contribuinte-fisco, para efeitos de recolhimento da COFINS, tendo como base de cálculo os valores arrecadados pela prática de atos cooperativos intrinsecamente ligados à finalidade social da cooperativa, por ela praticados em nome e conjuntamente com seus cooperativados;

2. a declaração de inexistência da relação jurídica contribuinte-fisco, para efeitos de recolhimento da COFINS, tendo como base de cálculo valores que, não contabilizados como receita, eram repassados para pessoas jurídicas que prestavam serviços de auxílio à internação e ao diagnóstico, nos atendimentos prestados pelos cooperativados (hospitais e laboratórios).

Também solicitou a permissão para que seguisse pagando a COFINS com base em suas efetivas receitas, com exclusão dos atos cooperativos da base de cálculo.

Denota-se, dessa forma, a concomitância entre as causas de pedir das ações judiciais e o arrazoadado constante da impugnação apresentada.

[...]

Observando-se que a ora autuada optou pela esfera judicial para discutir questões relacionadas à apuração de COFINS, e que em tais argumentos estão inseridos aqueles constantes da impugnação apresentada, constata-se a existência de identidade de objeto entre as discussões jurídicas e tributárias, donde a propositura de ação judicial pela contribuinte importa em renúncia ou desistência da via administrativa. Nesse caso, resta defeso à autoridade julgadora a apreciação da impugnação (pelo menos parcialmente), em observância à unicidade de jurisdição e à segurança das relações jurídicas, cabendo à autoridade administrativa competente acatar a decisão judicial transitada em julgado, sob pena de desobediência à ordem judicial.

Como informação adicional, atente-se que até a presente data nenhuma das ações judiciais referidas no presente processo obteve trânsito em julgado.

Como se observa do excerto acima transcrito, o acórdão recorrido, embora não tenha mencionado especificamente as deduções do art. 3º, § 9º, da Lei nº 9.718/98, proferiu julgamento que, certo ou errado, entendeu por julgar presente a concomitância de discussão judicial e administrativa.

Assim, no meu entender, não há nulidade do acórdão recorrido pelo motivo alegado pela recorrente, pois este se encontra razoavelmente fundamentado, quando expôs seu entendimento sobre a questão da concomitância.

A despeito disso, concordo com a recorrente, quando assevera que as deduções do art. 3º, § 9º, da Lei nº 9.718/98 não foram objeto de discussão judicial e, por conseguinte, mereceriam apreciação pela DRJ.

Efetivamente, nenhuma das ações judiciais interpostas pela Recorrente tem como causa de pedir as deduções, previstas no art. 3º, § 9º, da Lei nº 9.718/98, conforme bem relatou o Termo de Constatação do Auto de Infração. Leia-se:

Inicialmente, informamos que a empresa está discutindo as exações do PIS e da COFINS na via judicial, tendo ajuizado quatro ações judiciais visando o não pagamento do PIS e da COFINS, sendo duas relacionadas à COFINS (Ação Ordinária nº 2001.71.10.000846-7, da 2ª Vara Federal de Pelotas/RS, e Mandado de segurança coletivo no 92.0010800-8, da 5ª Vara Federal de Porto Alegre/RS) e outras duas relacionadas ao PIS (AO() Ordinária no 2001.71.015011-0 - 6ª Vara Federal de Porto Alegre/RS e Ação ordinária nº 96.0025427-3, da 6ª Vara Federal de Porto Alegre/RS), conforme relatado a seguir:

1 — Ação Ordinária no 2001.71.015011-0 - 6ª Vara Federal de Porto Alegre/RS (PIS): trata-se de ação ajuizada pela autora, sociedade cooperativa constituída sob a égide da Lei no 5.764/71, para ver declarada a inexistência de relação jurídica fisco contribuinte, para efeitos de recolhimento da contribuição para o PIS, além do valor de 1% (um por cento) sobre a folha de pagamento, excepcionando da base de cálculo os valores arrecadados pela prática de atos cooperativos, bem como os valores que são repassados para pessoas jurídicas que prestam serviços de auxílio nos atendimentos prestados pelos cooperativados (hospitais e laboratórios)...

O pedido de tutela antecipada foi indeferido...

De acordo com as decisões proferidas até o presente momento em sede da ação judicial, com decisão já proferida pelo TRF/4ª Região, constatamos que o contribuinte não está obtendo êxito em seu pleito judicial - fls. 53/81. Atualmente, o processo encontra-se junto ao STJ, concluso ao Ministro Relator para apreciação do Recurso Especial interposto pela empresa contra o acórdão proferido pelo TRF/4ª Região...

2 - Ação ordinária no 96.0025427-3, da 6ª Vara Federal de Porto Alegre/RS (PIS): ação judicial ajuizada pela empresa visando à declaração de inexistência de relação jurídica que a obrigue ao recolhimento da contribuição ao PIS na forma estatuída pela Medida Provisória no 1.212/95, bem como da inexistência de relação jurídica para efeito de recolhimento da contribuição ao PIS tendo como base de cálculo valores que são repassados para pessoas jurídicas que prestam serviços de auxílio à internação e ao diagnóstico (hospitais e laboratórios), nos atendimentos prestados pelos cooperativados...

De acordo com as decisões proferidas até o presente momento em sede da ação judicial, com decisão já proferida pelo TRF/4ª

Região, constatamos que o contribuinte não está obtendo êxito em seu pleito judicial...

Atualmente, o processo encontra-se junto ao STJ, concluso ao Ministro Relator para apreciação do Recurso Especial interposto pela empresa contra o acórdão proferido pelo TRF/4a Região...

3 - Ação Ordinária no 2001.71.10.000846-7 - 2a Vara Federal de Pelotas/RS (COFINS): ação judicial ajuizada pela empresa com o escopo de excluir da base de cálculo da COFINS os atos cooperativos ligados à finalidade social e os valores que, contabilizados como receitas, são repassados para outras pessoas jurídicas que prestam serviços de auxílio à internação e ao diagnóstico nos atendimentos prestados pelos cooperativados (hospitais e laboratórios)...

De acordo com as decisões proferidas até o presente momento em sede da ação judicial, constatamos que o contribuinte obteve provimento judicial favorável junto ao STJ reconhecendo o direito à isenção da COFINS sobre os atos cooperativos próprios - fls.176/212. Atualmente, o processo encontra-se junto ao STF, para apreciação dos recursos extraordinários interpostos pelas partes...

4 - Mandado de segurança coletivo no 92.0010800-8 (COFINS) 5a Vara Federal de Porto Alegre/RS: ação ajuizada pela UNIMED RS - Federação das Cooperativas Médicas do Rio Grande do Sul/RS em nome de suas associadas na qual é questionada a exigibilidade da COFINS das cooperativas. Alega, em síntese, ter justo receio de vir a ser inscrita como devedora na dívida ativa por não pagar a COFINS, instituída pela LC 70/91, em razão de fatos pretéritos, em que não era sujeito passivo da obrigação e mesmo assim foi-lhe cobrada a exação. Sustenta que a Lei instituidora da COFINS excluiu, expressamente, no seu art. 6º, as sociedades cooperativas, dentre as quais se enquadra. Por fim, alega que a contribuição social sobre o faturamento já existia, regulada pelas Leis Complementares 07 e 08/70 (PIS), tendo-se esgotado o universo das contribuições sociais do art. 195 da CF. Assim, a contribuição estaria eivada de diversas inconstitucionalidades, eis que qualquer nova contribuição teria que respeitar o § 4º do mesmo artigo...

A liminar foi indeferida, todavia, foi autorizado o depósito judicial...

De acordo com as decisões proferidas até o presente momento em sede do mandado de segurança, constatamos que o contribuinte obteve provimento judicial favorável junto ao STF reconhecendo o direito à isenção da COFINS sobre os atos tipicamente cooperativos, qual sejam, àqueles correspondentes à atividade fim das cooperativas... Atualmente, o processo encontra-se junto ao STF, concluso ao relator para apreciação do Recurso Extraordinário interposto pela Fazenda Nacional....

Portanto, conforme relatado nos itens acima, constata-se que neste momento a empresa tem amparo judicial que lhe

reconhece o direito à não incidência da COFINS sobre os atos cooperativos próprios (ACP).

Deveras, discutir a tributação do ato cooperativo, o alcance da base de cálculo (*faturamento x receita bruta*) ou a isenção das sociedades cooperativas, em relação ao PIS/COFINS, não se confunde com a defesa acerca da correta interpretação das deduções previstas no art. 3º, § 9º, da Lei nº 9.718/98 (esse tema, inclusive, motivou a promulgação da Lei nº 12.376/2013, criando o interpretativo § 9º-A do art. 3º da Lei nº 9.718/1998).

Nessa linha de ideias, embora esteja adequadamente fundamentado o acórdão da DRJ, não posso avançar no mérito das deduções do art. 3º, § 9º, da Lei nº 9.718/98, tendo em vista que isso implicaria em superveniente supressão de instância, dado que a DRJ não apreciou tal assunto, por ter entendido, indevidamente, que haveria concomitância quanto a essa matéria.

Sem divergir desse entendimento, colha-se o seguinte recente julgado do CARF:

SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.

Afastada a concomitância, anteriormente reconhecida, cabe o enfrentamento das questões onde restar não comprovada a concomitância, pela instância a quo, para que não sobrevenha supressão de instância.

[CARF. 2ª Seção/2ª Câmara/2ª Turma Ordinária. Processo nº 11060.724061/2011-3. Acórdão nº 2202-002.551. Rel. Cons. ANTONIO LOPO MARTINEZ. Unânime. Julgado em 21/01/2014]

Forte nessas razões, voto para DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário, anulando o acórdão recorrido e determinando o retorno dos autos à instância *a quo*, para que esta se pronuncie quanto às questões (art. 3º, § 9º, da Lei nº 9.718/98), em que não ficou evidenciada a opção pela via judicial, proferindo novo julgamento.

É como voto.

Thiago Moura de Albuquerque Alves