



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

Processo nº 10580.010185/2006-34
Recurso nº 882.199 Voluntário
Acórdão nº **3302-01.001 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 02 de junho de 2011
Matéria Cofins - Auto de Infração
Recorrente PROSAÚDE MEDICINA E SAÚDE OCUPACIONAL S/C LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/10/2002 a 31/12/2005

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. SOCIEDADES CIVIS. AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.

Apresentando ação judicial, a matéria nela deduzida não pode ser analisada nas instâncias administrativas, cabendo à autoridade fiscal a aplicação da decisão judicial transitada em julgado, nos termos do ADN Cosit nº 3, de 1996.

COFINS NÃO CUMULATIVA. RECEITAS FINANCEIRAS. INCIDÊNCIAS. INCONSTITUCIONALIDADE.

À vista da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, não se aplicam à Cofins não cumulativa as decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da inconstitucionalidade da majoração da base de cálculo promovida pela Lei nº 9.718, de 1998, sendo defeso à administração apreciar tal matéria.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/10/2002 a 31/01/2004, 01/05/2004 a 31/12/2005

BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718, DE 1998. RECEITAS FINANCEIRAS.

A ampliação do conceito de faturamento às demais receitas pela Lei nº 9.718, de 1998, é inconstitucional, segundo decisão definitiva do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos,

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator. A conselheira Fabiola Cassiano Keramidas apresentou declaração de voto.

Ausente o conselheiro Gileno Gurjão Barreto.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Walber José da Silva - Presidente

(ASSINADO DIGITALMENTE)

José Antonio Francisco - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas, Alan Fialho Gandra e Alexandre Gomes.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 207 a 223) apresentado em 22 de setembro de 2009 contra o Acórdão nº 15-19.974, de 22 de julho de 2009, da 4ª Turma de Julgamento da DRF Salvador / BA (fls. 196 a 200), cientificado em 24 de agosto de 2009, que, relativamente a auto de infração de Cofins dos períodos de outubro de 2002 a dezembro de 2005, considerou procedente o lançamento, nos termos de sua ementa, a seguir reproduzida:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS*

*Período de apuração: 01/10/2002 a 30/06/2003, 01/02/2004 a
31/12/2005*

NULIDADE. PRESSUPOSTOS.

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

*AUTORIDADE ADMINISTRATIVA DE JULGAMENTO.
COMPETÊNCIA.*

Compete à autoridade administrativa de julgamento a análise da conformidade da atividade de lançamento com as normas vigentes, às quais não se pode, em âmbito administrativo, negar validade sob o argumento de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

RECEITAS FINANCEIRAS.

A partir da vigência da Lei nº 9.718, de 1998, as receitas financeiras integram a base de cálculo da Cofins.

COFINS. RETENÇÃO NA FONTE.

Apurada falta ou insuficiência do recolhimento da Cofins, em face da glosa de créditos utilizados na sua compensação, decorrentes de retenções feitas por pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas de direito privado, sem as devidas anotações na contabilidade da contribuinte, impõe-se a cobrança dos valores devidos via lançamento de ofício.

AÇÃO JUDICIAL. EFEITOS.

A interposição de ação judicial, por qualquer modalidade, importa em renúncia à instância administrativa quanto à matéria nela discutida.

Lançamento procedente

O auto de infração foi lavrado em 22 de novembro de 2006 e, de acordo com o termo de fls. 4 a 6, apuraram-se diferenças entre os valores declarados e os escriturados pela Interessada. Ademais:

Constatamos que no período de Out/02 a Dez/03, não existe(m) grandes diferenças entre as bases de cálculo informadas pelo contribuinte em suas planilhas e as bases de cálculo apuradas pela fiscalização às fls. 16 a 17. As pequenas diferenças encontradas foram decorrentes da não inclusão das Receitas Financeiras “DESCONTOS OBTIDOS” e “MULTA E JUROS S/NOTAS FISCAIS” nas bases de cálculo da COFINS. Os valores lançados neste período, fls. 18 a 21, referem-se às diferenças entre os valores levantados pela fiscalização e os valores não declarados ou declarados a menor em DCTF.

No período de Jan/04 a dez/05, constatamos que também não foram incluídas nas Bases de Cálculo deste período os valores das Receitas Financeiras escrituradas nas Contas “DESCONTOS OBTIDOS, E JUROS S/ NOTAS FISCAIS” e “REND.C/ APLICAÇÕES FINANCEIRAS” do Livro Razão fls. 145 a 154, conforme levantamento demonstrado na Planilha das fls. 16 a 17. Ressaltamos que no período de Fev/04, Mar/04 e Abr/04 a empresa estava sujeita a apuração da COFINS NÃO-CUMULATIVA, de acordo com o art. 10, inciso XIII, letra, “a”, da Lei nº 10.833/2003, com nova redação dada pelo art. 21 da Lei nº 10.865/2004. Os valores dos créditos foram considerados de acordo com a planilha apresentada pelo contribuinte.

Elaboramos as planilhas anexas às fls. 22 a 25, onde confrontamos os valores declarados em DCTF pelo contribuinte com os valores devidos apurados na auditoria.

A DRJ manteve a autuação, declarando concomitância de objetos entre processos administrativo e judicial e afastando as alegações de nulidade.

No recurso, a Interessada contestou a concomitância de objetos, alegando que *“O MS objetiva a manutenção da isenção da LC nº 70/91, postulando pela inconstitucionalidade do art. 56 da Lei nº 9.430/96. O AI se baseia no alargamento da base de cálculo - inclusão de Receitas Financeiras - § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, questão já pacificada no STF. Ambos os argumentos são suficientes, per si, para invalidar o lançamento tributário”*.

Acrescentou, ademais, o seguinte:

No caso vertente houve triplo engano no julgamento. A um, houve desobediência à ordem judicial transitada em julgado no MS Coletivo, em função do qual a DRJ, necessariamente, deveria ter dado provimento à Impugnação. A dois, mesmo que a DRJ afrontasse a Súmula Vinculante já aprovada pelo STF, e aos princípios que regem a Administração Pública, principalmente o Princípio da Moralidade (art. 37, caput, da CF), a Impugnação deveria ter sido conhecida e negado seu provimento, mantendo o AI. Em consequência, ter-se-ia aberto o devido caminho para o recurso voluntário ao CARF, possibilitando o saneamento da irregularidade da Turma de Julgamento a quo. A três, houve desobediência à alínea “b” do Ato Declaratório Normativo da SRFB nº 03, de 14/02/96, eis que, na pior hipótese, inexistentes que fossem o trânsito em julgado do MS Coletivo e a Jurisprudência do STF (e do CARF), ainda assim, o PAF deveria ter seu “prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada”.

Segundo a Interessada, tanto a DRF Salvador como a DRJ teriam desobedecido à ordem judicial, a matéria seria sumulada pelo STF.

Em relação às retenções da Cofins na fonte, seria *“absurdo vincar a possibilidade de compensação meramente na falta de contabilização do encontro de contas contábeis”*, porque *“Os fatos escriturados são meros registros dos documentos que formalizam os negócios da empresa”*.

Além disso, não haveria identidade entre os conceitos de receita bruta e faturamento e a extensão da base de cálculo da contribuição pela Lei nº 9.718, de 1998, seria inconstitucional, devendo ser excluídas da base de cálculo as receitas financeiras e *“outras que não condizem com as operações ligadas diretamente às atividades-fim da empresa”*.

Afirmou que a Administração teria que aplicar os entendimentos definitivos do STF e requereu a anulação do auto de infração.

Nas fls. 269 a 270, o Grupo de Ações Judiciais da DRF Salvador informou o seguinte:

1. Oportunamente, o Despacho nº 5215/2009 (fl. 261), encaminha a este Grupo de Ação Judicial expediente visando à análise das ações judiciais nºs 2002.33.00.007366-0 e 2002.33.00.018370-0, mandados de segurança coletivo impetrados pelo SINDHOSBA - entidade sindical patronal, em 09/04/2002 e 14/08/2002, que, por substituição processual do sujeito passivo em epígrafe, demandou do juízo da 11ª e 5ª Varas Federais, Bahia, pedidos no sentido de esquivar-se das contribuições da Cofins, bem assim pela repetição dos valores

pagos a esse título, sob alegação de ilegalidade da revogação da isenção às sociedades simples outorgada pela Lei Complementar nº 70/91, efetuada pela Lei Ordinária nº 9.430/96.

2. Passando à análise da ação judicial nº 2002.33.007366-0, calha ressaltar que, conduzida a tal desiderato, a demanda judicial não representou, imediatamente, os resultados almejados, porquanto o pedido liminar, requerido para a suspensão da exigibilidade da exação, foi indeferido pelo MM Juízo a quo, em decisão que, tempos depois, encontrou albergue no Tribunal Regional Federal da 1ª Região - TRF através do agravo de instrumento nº 2002.01.00.016016-4 (fl. 340/343).

3. De efeito, a ação judicial apenas apresentou resultados favoráveis ao contribuinte em 30/08/2002, momento em que houve a prolação da sentença com o acolhimento do pedido de mérito em decisão que, logo adiante, em 17/10/2002, foi integrada por embargos de declaração com efeitos infringentes.

4. Em seu proveito, vem o substituto, em 23/10/2003 e 20/02/2004, perante a Sétima Turma do TRF da 1ª Região, opor duas medidas cautelares tombadas sob os nºs 2003.01.00.034520-4 e 2004.01.00.006115-0, que requeriam, em síntese, permissão para ceder a terceiros os indêbitos reconhecidos em sentença e a inaplicabilidade da MP nº 135/2003, convertida na Lei nº 10.833/03, autorizando seus associados a não recolherem a Cofins e a iniciarem a sua compensação de créditos sem o aguardo do trânsito em julgado. Todavia, em que pese o esforço da requerente, ambos os pedidos foram rechaçados por decisões proferidas nos respectivos autos (fls. 343/349) afastando tais possibilidades.

5. Seguiu-se, então, a apreciação do recurso de apelação e da remessa obrigatória, nos termos do art. 475, I do CPC, advindo provimento jurisdicional favorável à Fazenda Nacional em acórdão sufragado em 07/06/2005, à unanimidade, pela Sétima Turma do TRF 1ª Região, onde se concluiu pela ausência de prova pré-constituída para a propositura do mandamus, razão pela qual denegou-se o pleito vestibular.

6. Essa decisão transitou em julgado em 25/06/2008 (fl. 332, verso).

7. O mesmo sindicato, entretanto, pretendeu, em substituição a outros contribuintes, a mesma medida de segurança através do outro feito, o de nº 2002.33.00.018370-0, cujo trânsito em julgado lhe favoreceu.

8. Tal benefício, todavia, não se estende à PROSAUDE S/C Ltda, pois o Delegado da Receita Federal de Salvador havia sido excluído do pólo passivo da lide por decisão interlocutória proferida em 15/08/2002 (fls. 263 verso, 267/268), antes mesmo da prolação da sentença em 08/11/2002. Confira-se:

“Assim relatados, DECIDO.

Inicialmente, excludo da lide o Delegado da Receita Federal em Salvador, tendo em vista que a referida Autoridade impetrada lá se encontra no pólo passivo da Ação Mandamental nº 2002.7366-0, em curso perante esta Quinta Vara Federal, com objeto idêntico ao da presente lide, interposto pelo mesmo impetrante.” (grifos aditados)

9. Por óbvio, nenhuma das contribuintes jungidas à circunscrição da DRFB de Salvador poderiam fazer uso do provimento judicial transitado em julgado, o que impede qualquer argumentação que se valha deste arrimo. Máxime porquanto ficou constatada a identidade entre os objetos das ações coletivas, o que induziria à litispendência.

10. Ademais, a decisão proferida nos autos do processo nº 2002.33.00.018370-0 foi objetivada pela ação rescisória nº 2008.01.00.070621-0 para desconstituição, onde foi deferido, nos termos do art. 489 do Código de Processo Civil, antecipação da tutela visando sustar os efeitos da coisa julgada material que se perfez pela decisão rescindenda. Eis os termos da decisão:

[...]

11. Em suma, qualquer exortação, pautada em provimentos judiciais extraídos das ações nºs 2002.33.00.007366-0 e 2002.33.00.018370-0, voltada à impugnação dos débitos de Cofins, é insubsistente.

12. Isso sem falar na mixórdia que foi feita, ora valendo-se de uma ação, ora de outra, ora na impugnação, ora no recurso voluntário; cabendo, entretanto, ao egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF a palavra final sobre a matéria.

13. Bem, a decisão nº 15-19.974/2009 proferida pela e. 4ª Turma da DRJ/SDR (fls. 196/200) acaba por afastar a matéria de mérito, contendida judicialmente, da apreciação dos órgãos administrativos fazendários, fundando-se na identidade de objetos, o que acarretaria a renúncia administrativa à luz do art. 1º, §2º, do Decreto-lei nº 1.737/1979, bem assim do art. 38, parágrafo único da Lei nº 6.830/80, furtando-se em adentrar no cerne da discussão acerca da ilegalidade/inconstitucionalidade da revogação da isenção.

14. Acontece que a recorrente, em determinado trecho de seu recurso voluntário, formula alegações que visam debater o capítulo da decisão da DRJ/SDR que afastou a apreciação da matéria judicial, arvorando-se em dizer que não há identidade entre o objeto do mandado de segurança coletivo e o lançamento de ofício (fl. 214/215).

15. Assim, sem entrar na discussão acerca da razão ou não desses argumentos, fica claro a intenção do sujeito passivo em devolver tal matéria à apreciação da instância superior, razão pela qual conclui-se que o processo deve ser remetido ao i. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais para manifestação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Antonio Francisco, Relator

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, dele devendo-se tomar conhecimento.

Inicialmente, há que se esclarecer a diferença conceitual entre nulidade e improcedência. A primeira refere-se a casos de elaboração de auto de infração sem a observação dos requisitos previstos em lei (no caso, o Decreto nº 70.235, de 1972), o que não ocorreu no caso dos autos.

Portanto, quase sempre quando a Interessada pede a anulação ou nulidade da autuação, na realidade, refere-se a hipótese de cancelamento por improcedência.

Preliminarmente, esclareça-se que a ação judicial apresentada visava manter a isenção das sociedades civis prevista na Lei Complementar nº 70, de 1991, sob a alegação de que a Lei nº 9.430, de 1996, não poderia tê-la revogado, por se tratar de lei ordinária.

O acórdão de primeira instância declarou a concomitância de objetos em relação à matéria, mas abordou as demais questões apresentadas pela Interessada no recurso, tendo decidido que não seria nulo o auto de infração; descaberia a apreciação de matéria constitucional, no que tange à ampliação da base de cálculo da Cofins pela Lei nº 9.718, de 1998; seria necessário efetivar compensação contábil entre os valores retidos e os devidos (os valores ainda estariam disponíveis na contabilidade à época da autuação), não sendo necessário esperar o fim da ação judicial para proceder à compensação.

Portanto, descabe razão à Interessada a respeito da matéria, uma vez que a concomitância (e consequente renúncia à discussão administrativa) restringiu-se à questão da isenção, tendo, no restante, a autoridade julgadora decidido a matéria de mérito de acordo com a legislação que entendeu aplicável ao caso.

Também descabe razão ao despacho de fls. 269 a 270. Conforme demonstrou o despacho, ao contrário do afirmado pela Interessada, a ação judicial não lhe favoreceu e a ação seguinte apresentada pelo Sindicato não a incluiu.

Entretanto, outra é a consequência no que concerne à concomitância e renúncia, pois, uma vez apresentada a ação, os efeitos da renúncia se produzem, não sendo cabível a discussão administrativa da matéria. Nesse caso, cabe à autoridade nomeada no ADN Cosit nº 3, de 1996, simplesmente aplicar a decisão judicial, seja ela contrária ou favorável ao contribuinte.

Portanto, inexistente nulidade no acórdão de primeira instância, nem desobediência ao princípio do contraditório, uma vez que tal matéria já é matéria sumulada pelo Carf (Portaria MF nº 106, de 21 de dezembro de 2009):

Súmula CARF nº 1:

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Em relação à inconstitucionalidade da Lei nº 9.718, de 1998, sobreveio, entre a aprovação da diligência e seu retorno, a declaração de inconstitucionalidade da majoração da base de cálculo do PIS e da Cofins.

Inicialmente, é preciso esclarecer que o art. 62 do novo Regimento Interno do Carf, Anexo II da Portaria MF nº 256, de 2009, dispõe o seguinte:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Dessa forma, se o STF já houver se pronunciado definitivamente pelo seu plenário a respeito da inconstitucionalidade de lei, o parágrafo único, I, do artigo acima citado permite que a aplicação da lei seja afastada.

Em 15 de agosto de 2006, publicou-se decisão do Pleno do STF no âmbito dos recursos extraordinários 357.950 e 358.273, transitada em julgado em 5 de setembro, que considerou inconstitucionais as alterações das bases de cálculo do PIS e da Cofins promovidas pela Lei nº 9.718, de 1998, art. 3º, § 1º.

O Acórdão e a ementa tiveram as seguintes redações:

Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator), Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, conhecendo do recurso e provendo-o, em parte, e dos votos dos Senhores Ministros Cezar Peluzo e Celso de Mello, provendo-o, integralmente, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Falaram, pela recorrente, o Dr. Ives Gandra da Silva Martins e, pela recorrida, o Dr. Fabrício da Soller, Procurador da Fazenda Nacional. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro

Nelson Jobim (Presidente). Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente). Plenário, 18.05.2005.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Eros Grau, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim.

Plenário, 15.06.2005.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário e, por maioria, deu-lhe provimento, em parte, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, que declaravam também a inconstitucionalidade do artigo 8º e, ainda, os Senhores Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e o Presidente (Ministro Nelson Jobim), que negavam provimento ao recurso. Ausente, justificadamente, a

Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 09.11.2005.

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.

TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

Dessa forma, como o presente lançamento ocorreu em função da não observação das disposições da Lei nº 9.718, de 1998, em princípio deveria ser afastada a exigência.

Conforme relatório da Fiscalização, as diferenças apuradas referiram-se a descontos obtidos, multas e juros e rendimentos de aplicações financeiras.

Tal raciocínio, no entanto, não se aplica aos períodos de fevereiro a abril de 2004, em que a Interessada estava sujeita ao regime de não cumulatividade, previsto nas Leis nºs 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003.

Como tais leis foram publicadas posteriormente à Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que incluiu as receitas como hipótese de incidência das contribuições sociais sobre o faturamento.

Portanto, aplicar-se-ia ao caso o art. 62 do Ricarf anteriormente citado.

Quanto às retenções, a Fiscalização considerou o seguinte:

Verificamos que nas planilhas apresentadas, dos anos-calendário de 2004 e 2005, o contribuinte compensou a COFINS retida com a COFINS devida mas estes valores não foram compensados na contabilidade, ou seja, não foram creditados no fim de cada mês, pois como pode ser verificado o saldo da conta, fls. 116 a 136, acresce a cada lançamento até encerrar o ano de 2004 com saldo de R\$ 119.013,34 (saldo inicial de 2005) e o ano de 2005 com saldo de R\$ 340.164,75, sem que qualquer valor fosse baixado, podendo tal saldo acumulado ser utilizado nos anos seguintes.

Não consideramos tais valores na apuração da COFINS que deveria ter sido declarada em DCTF, pois os mesmos continuam no saldo contábil da citada conta e o contribuinte ainda pode utilizá-los quando desejar. Ressaltamos que os valores declarados em DCTF devem ser diminuído dos valores retidos, desde que exista crédito a compensar no saldo contábil da conta e que os valores compensados sejam baixados. O contribuinte não pode utilizar estes valores retidos extracontabilmente(nas planilhas) e ainda mantê-los na contabilidade, pois o direito de crédito será duplicado.

Portanto, a apuração da Fiscalização seguiu o critério adotado pela Interessada, que não efetuou as compensações contabilmente. A seguir, explica como o contribuinte deveria proceder ao efetuar a declaração em DCTF.

Quanto às retenções, inicialmente entendi pela não existência de valores a deduzir, conforme extratos de fls. 177 em diante. Entretanto, conforme ressaltado pela Conselheiro Fabiola Keramidas, que pediu vistas do processo, a demonstração dos valores retidos encontra-se nas fls. 116 e seguintes.

Diante desse fato, passo a analisar a matéria, em relação à qual a Fiscalização afirmou não ter considerado as retenções, pelo fato de a Interessada não haver efetuado os lançamentos contábeis relativos à sua dedução. Entretanto, não houve glosa das compensações extra-contábeis efetuadas e, ainda que a Interessada as houvesse efetuado, não se refeririam tais lançamentos aos valores lançados, que não fizeram parte da base de cálculo apurada.

Dessa forma, nada impede o reconhecimento do direito às deduções dos valores retidos, desde que a Interessada as efetue extracontabilmente, para controle, e, com o trânsito em julgado, as efetue na contabilidade.

Deve-se esclarecer, entretanto, que tais deduções somente podem ser efetuadas em relação às retenções ocorridas anteriormente registradas na contabilidade.

Assim, de acordo com os documentos de fls. 116 e seguintes e considerando as compensações já efetuadas, os valores que podem ser compensados são os demonstrados abaixo:

Período	Valor Lançado	Cofins Declarada DIPJ (fl. 64)	Cofins Retida já deduzida na DIPJ	Valor da Retenção Registrado no Livro (fl. 116)	Retenção passível de dedução	Valor Mantido
fev/04	4.599,16	20.787,32	4.585,81	4.783,53	197,72	4.401,44
mar/04	5.591,81	5.530,92	5.530,92	7.252,95	1.722,03	3.869,78
abr/04	8.350,70	18.599,22	8.347,39	8.400,61	53,22	8.297,48

Esclareça-se, por fim, que em relação aos mandados de segurança apresentados, que caberá à autoridade fiscal competente a observância de suas decisões, nos termos do já citado ADN Cosit nº 3, de 1996, e esclarecidos pelo acórdão de primeira instância.

À vista do exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso, mantendo parcialmente a autuação em relação aos períodos de fevereiro a abril de 2004, considerando as retenções que poderiam ser deduzidas em cada período conforme demonstrado acima.

(Assinado digitalmente)

José Antonio Francisco

Declaração de Voto

Conselheira Fabiola Cassiano Keramidas

Pedi vista destes autos para melhor me inteirar sobre os fatos nele discutidos.

Após analisar detidamente os documentos trazidos à colação, bem como as defesas apresentadas pela Recorrente (primeira/segunda instâncias) e a decisão da Delegacia de Julgamento (DRJ), concluo que as matérias em discussão são:

- (i) A ocorrência de concomitância e a nulidade da decisão de primeira instância;
- (ii) A base de cálculo da Cofins;
- (iii) O aproveitamento dos valores retidos na fonte.

No que se refere à questão da **concomitância**, entendo que algumas questões devem ser consideradas. Senão vejamos:

Trata-se de auto de infração decorrente de fiscalização iniciada em razão de a Recorrente estar discutindo judicialmente a incidência da Cofins sobre sua atividade. Nos termos dos documentos acostados aos autos, este processo judicial, que deu ensejo à fiscalização, é o Mandado de Segurança Coletivo nº 2002.33.00.007366-0, no qual o SINDHOSBA – Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado da Bahia¹, pleiteia o reconhecimento da isenção de COFINS nos termos da Lei Complementar nº 70/91, bem como a inconstitucionalidade da Lei nº 9.430/96 que revogou o benefício.

O auto de infração foi lavrado sem a imposição de multa, em consideração ao fato de que a Recorrente estava discutindo a Cofins judicialmente, e de que estava amparada em decisão judicial favorável, *verbis*:

“Fls. 03.:

Fica o contribuinte notificado de que poderá, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência deste auto de infração, impugnar o presente lançamento, nos termos dos arts. 50, 15, 16 e 17 do Decreto nº70.235/72, com as alterações introduzidas pelas Leis nº8.748/93 e nº9.532/97.

O crédito tributário lançado através do presente Auto de Infração está com a exigibilidade suspensa por força de Medida Liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº2002.33.00.007366-0/BA da 5ª Vara Federal (art. 151, incisos II e IV do CTN).

Afastada a suspensão da exigibilidade, seja por falta ou insuficiência do 4110 depósito, caducidade ou cassação desfavorável ao sujeito passivo, este deverá (conforme teor e extensão do julgado) recolher total ou parcialmente o crédito lançado, com os acréscimos legais cabíveis, sob pena de inscrição da dívida ativa, compensados, se for o caso, eventuais depósitos judiciais efetuados e a serem convertidos em renda da União.” (destaquei)

Assim, cristalino que, quanto a este argumento (inconstitucionalidade da Lei nº 9.430/96 e revogação da isenção) houve desistência à via administrativa. E neste ponto todos estão de acordo, (i) julgadores administrativos e Ilustre Conselheiro Relator (que mencionaram o fato e analisaram apenas argumentos novos); bem como (ii) a Recorrente, que em nenhum momento arguiu, em suas defesas, a questão da isenção.

Indiscutível que, se a ação judicial concluísse que a Recorrente é isenta de Cofins, nenhum valor a este título seria devido (nem mesmo aquele que compõe o auto de infração em análise), razão pela qual a ação judicial não pode ser ignorada.

Importa, e muito, para o presente caso, o deslinde da ação judicial nº 2002.33.00.007366-0, porque independente de qualquer outro argumento, o trânsito em julgado de decisão judicial favorável seria suficiente para o cancelamento do auto de infração e deveria ser aplicado a este processo, como já decidiram os julgadores que me precederam.

¹ Conforme se verifica das fls. 375, Volume II, a Recorrente (Pro Saúde - CNPJ.: 14.472.625/0001-60) é filiada ao SINDHOSBA e, portanto, tem a si aplicável os efeitos do Mandado de Segurança nº 2002.33.00.007366-0.

Todavia esta não é matéria passível de análise por este tribunal administrativo, mas apenas de cumprimento das autoridades administrativas da Delegacia da Receita Federal de origem.

Feitas estas considerações, entendo que existe **concomitância** em relação a esta matéria (Lei nº 9.430/96), e que compete à autoridade administrativa de execução do acórdão verificar a ocorrência de ação rescisória para poder aplicar plenamente a decisão judicial proferida.

Em relação à **base de cálculo da Cofins**, argumento que passo a analisar em vista da inexistência de concomitância material, concordo com o Ilustre Conselheiro Relator, José Antonio Francisco.

Realmente de acordo com o Regimento Interno deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, as matérias já definitivamente julgadas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, podem ser conhecidas pelos tribunais administrativos, mesmo que sejam matéria de ordem constitucional.

Neste sentido, é de domínio público que “ao julgar os RREE 346.084, Ilmar; 357.950, 358.273 e 390.840, Marco Aurélio, Pleno, 9.11.2005 (Inf./STF 408), o **Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98**, por entender que a ampliação da base de cálculo da COFINS por lei ordinária violou a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, ainda vigente ao ser editada a mencionada norma legal, redação esta anterior a EC nº 20/98” (cf. Ac. da 1ª Turma do STF no Ag.Reg. no RE nº 330.226-PR, em sessão de 23/05/06, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publ. in DJU de 16/06/06, pág. 17 EMENT VOL-02237-03 PP-00481; Ac. da 1ª Turma do STF nos Emb. Dec. no RE nº 368.468-PR, em sessão de 23/05/2006, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publ. in DJU de 23-06-2006, pág. 52 EMENT VOL-02238-03 PP-00428; Ac. da 1ª Turma nos Emb. Dec. no RE nº 410.691-MG, em sessão de 23/05/2006, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publ. in DJU de 23/06/2006, pág. 52, EMENT VOL-02238-03 PP-00538).

Desta feita e, em vista do fato de o auto de infração ter como fundamento parcial a base de cálculo ampliada trazida pelo conceito de faturamento previsto na Lei nº 9.718/98 e, uma vez que a constitucionalidade da norma vicia por completo a autuação, o auto de infração não pode subsistir neste particular.

Ademais, o agente fiscal lavrou o auto por considerar válida, vigente e eficaz (como era efetivamente à época da lavratura do auto de infração) a Lei nº 9.718/98, uma vez que as irregularidades constatadas foram em virtude do não recolhimento da Cofins sobre as receitas financeiras, hipótese legal trazida apenas no bojo da 9.718/98.

Imperioso esclarecer que o único período que não está abarcado pela Lei nº 9.718/98 (regime da cumulatividade) são os fatos geradores ocorridos nos meses de fevereiro/2004 a abril/2004 pois, em 30/04/04, foi publicada no Diário Oficial a Lei nº 10.865/2004, que por meio de seu art. 21 alterou o art. 10, inciso XIII, letra, "a", da Lei nº 10.833/2003, trazendo, novamente, para a cumulatividade, as empresas do ramo de saúde. É o que determina a lei, *verbis*:

“Lei nº 10.833/03

Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º:

(...)

XIII - as receitas decorrentes de serviços: (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

a) prestados por hospital, pronto-socorro, clínica médica, odontológica, de fisioterapia e de fonoaudiologia, e laboratório de anatomia patológica, citológica ou de análises clínicas; e (Incluído pela Lei nº 10.865, de 2004)

b) de diálise, raios X, radiodiagnóstico e radioterapia, quimioterapia e de banco de sangue; (Incluído pela Lei nº 10.865, de 2004)” (destaquei)

Claro está, portanto, que a COFINS sobre receitas financeiras apenas é devida pela Recorrente nos meses de fevereiro/março/abril de 2004.

No que se refere às **retenções na fonte**, verifica-se que, no período de fevereiro a abril do ano de 2004, conforme consta às fls. 114/119 (Vol. I), houve retenções de COFINS.

A retenção na fonte nada mais é do que a antecipação do tributo pago, crédito para a União Federal e débito para o contribuinte. Neste sentido é de rigor o aproveitamento do valor retido no mês, com o devido neste próprio mês. Não se admite que por suposto vício de forma a fiscalização impeça que a Recorrente aproveite contra o valor devido de Cofins aquele que foi efetivamente pago.

Ademais, como seria feita a compensação do dito valor acumulado? Por meio de PERDCOMP? Se este for o caso, a glosa será realizada neste momento, razão pela qual não vejo a alegada problemática de duplo crédito para o contribuinte.

Ante o exposto, acompanho o ilustre relator para o fim de DAR parcial PROVIMENTO ao recurso voluntário.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

Fabiola Cassiano Keramidas