



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

Processo nº 10580.720522/2009-48
Recurso nº 000.001 Voluntário
Acórdão nº 3301-01.120 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de setembro de 2011
Matéria Cofins
Recorrente PROSAÚDE - MEDICINA HOSPITALAR E SAÚDE OCUPACIONAL
SOCIEDADE SIMPLES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/2007 a 28/02/2007, 01/09/2007 a 31/10/2007, 01/12/2007 a 31/12/2007

INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DEFINITIVA DO STF. REPERCUSSÃO GERAL.

Com a edição do art. 62-A do RICARF, as decisões proferidas pelo STF na sistemática prevista pelo art. 543-B do CPC devem ser seguidas pelo CARF. Assim, a decisão de mérito prolatada pelo Pleno do STF, na qual fora reconhecida a repercussão geral e declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, RE 585235, deve ser estendida aos julgamentos efetuados por este Conselho, de modo a excluir da base de cálculo da Cofins as receitas financeiras, vez que no presente caso não decorrem de faturamento.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

É devido o lançamento e multa de ofício pela falta ou insuficiência de recolhimento e declaração de contribuições.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(Assinado Digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas Presidente

(Assinado Digitalmente)

Mauricio Taveira e Silva Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso, Mauricio Taveira e Silva, Fábio Luiz Nogueira, Maria Teresa Martínez López e Rodrigo da Costa Pôssas. Fez sustentação pela parte o advogado Isalberto Zovão Lima, OAB nº 25.056.

Relatório

PROSAÚDE - MEDICINA HOSPITALAR E SAÚDE OCUPACIONAL SOCIEDADE SIMPLES LTDA., devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado, através do recurso de fls. 179/188 contra o acórdão nº 15-25.365, de 10/11/2010, prolatado pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador - BA, fls. 171/172v, que julgou procedente o auto de infração de Cofins de fls. 03/06, relativo à falta de recolhimento da contribuição, referente aos períodos de fevereiro, setembro, outubro e dezembro de 2007, cuja ciência ocorreu em 27/02/2009 (fl. 06), conforme relatado pela instância *a quo*, nos seguintes termos:

Trata-se de Auto de Infração lavrado contra a contribuinte acima identificada, que pretende a cobrança da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, relativa aos períodos de apuração de fevereiro, setembro, outubro e dezembro de 2007.

Conforme apontado no Auto de Infração, assim como no Termo de Constatação Fiscal, foi constatada a falta de recolhimento e declaração da contribuição nos períodos verificados. Segundo o autuante, a contribuinte apurou corretamente a base de cálculo da Cofins, mas só declarou os débitos na DCTF de 2006, não declarando nada de Cofins na DCTF de 2007.

O autuante indica, ainda, que a fiscalizada, representada pelo Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de saúde do Estado da Bahia (Sindhosba), ingressou com o Mandado de Segurança coletivo nº 2002.7366-0, questionando a constitucionalidade do art. 56 da Lei nº 9.430, de 1996, que revogou a isenção da Cofins prevista na Lei Complementar nº 70, de 1991, concedida às sociedades civis de profissões legalmente regulamentadas. O desfecho de tal ação judicial foi favorável à União, conforme relatado no Termo de Constatação Fiscal.

Cientificada da exigência fiscal, a autuada apresenta Impugnação, sendo essas as suas razões de defesa, em síntese:

O auditor equivocou-se ao embasar a autuação no Mandado de Segurança nº 2002.7366-0, pois a autuada está sob a égide da

decisão do Mandado de Segurança nº 2002.18370-0, que transitou em julgado em 18/05/2007, favorável à contribuinte.

O processo judicial informado foi promovido pelo Sindhosba, na qualidade de substituto processual extraordinário de seus filiados, entre eles a impugnante, conforme demonstram os comprovantes de pagamento sindical em anexo.

Requer a baixa do processo em diligência para juntada de todas as peças dos autos do Mandado de Segurança nº 2002.18370-0.

A DRJ considerou a impugnação improcedente, mantendo o crédito tributário lançado. O acórdão restou assim ementado:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/02/2007 a 28/02/2007, 01/09/2007 a 31/10/2007, 01/12/2007 a 31/12/2007

IMPUGNAÇÃO. PROVAS.

A impugnação apresentada deve mencionar os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir.

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SINDICATO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL. COMPROVAÇÃO DE FILIAÇÃO SINDICAL.

O mandado de segurança coletivo somente abrange, no pólo ativo, como substituído processual, a empresa filiada ao substituto até a data da apresentação da ação.

Impugnação Improcedente

Credito Tributário Mantido

Tempestivamente, em 20/04/2011, a contribuinte protocolizou recurso voluntário de fls. 179/188, acrescido dos documentos de fls. 189/220, alegando: a) durante algum tempo esteve amparada pelo MS coletivo nº 2002.7366-0, até que sobreveio a reforma pelo STF, cujo acórdão transitou em julgado em 25/06/2007, obrigando-a ao pagamento da Cofins. Assim, “a Prosaúde passou a ser obrigada ao pagamento da Cofins, não mais existindo dúvidas quanto a isto, neste exato momento processual, estando superada esta questão.”; b) a ausência de demonstrativo da apuração da base de cálculo em contrariedade ao que preceitua o art. 142 do CTN e art. 10, V, do Decreto nº 70.235/72, cerceou o direito de defesa acarretando a nulidade do lançamento. Ademais, não se apurou corretamente a base de cálculo, equivocando-se, ainda, quanto à capitulação legal. Assim, ou se procede a diligência rejeitada pela DRJ, ou se anula o auto de infração; c) enquadramento legal equivocado, pois prestigia a base de cálculo alargada, lastreada no Decreto nº 4.542/02 que não mais subsiste para as empresas submetidas ao regime de lucro presumido, consoante art. 10 da Lei nº 10.833/2003, sujeitando-se à LC nº 70/91 e, portanto, tributada somente em relação às receitas decorrentes de faturamento; d) a ausência de clareza quanto à base de cálculo utilizada e enquadramento legal equivocado afrontam os princípios da verdade material e estrita legalidade, prejudicando

o direito de defesa. Assim, caso não seja anulado o lançamento, necessária a realização de diligência, de modo a esclarecer os elementos indispensáveis ao lançamento.

Por fim, sintetiza seu pleito com o seguinte pedido:

1) Seja anulado o Auto de Infração, por não conter os elementos mínimos e essenciais à sua validação, especialmente por faltar à verdade material, bem como por violar a Estrita Legalidade, corroborada pelo equivocado enquadramento legal da infração, que deram ensejo inequívoco ao cerceamento à Ampla Defesa e ao Contraditório;

Vencida a preliminar de nulidade, dêem provimento ao presente recurso ordinário;

2) Por último, caso entendam necessário, que sejam produzidas as provas, por todos meios admitidos em lei, especialmente a baixa do processo em Diligência para a demonstração da composição dos montantes cobrados, especialmente a formação da base de cálculo, o valor deduzido a título de retenções na fonte e demais elementos indispensáveis ao lançamento de ofício.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro MAURICIO TAVEIRA E SILVA, Relator

A contribuinte protocolizou sua impugnação aduzindo, unicamente, estar acobertada pelo manto do trânsito em julgado, o qual reconheceu a inconstitucionalidade do art. 56 da Lei nº 9.430/96, impossibilitando prosperar o presente lançamento. Requereu, caso necessário, a baixa do processo para a juntada de todas as peças do Mandado de Segurança. Tendo sido mantido o lançamento pela instância *a quo*, em sede recursal, a interessada menciona a reforma da decisão pelo STF, obrigando-a ao pagamento da Cofins. Assim sendo, abandona seu argumento anterior, passando a questionar o lançamento propriamente dito. Nesse passo requer a anulação do lançamento por não conter os elementos mínimos essenciais à sua validação em confronto com a verdade material, legalidade e direito de defesa.

Conforme é cediço, de acordo com o que preceituam os art. 16, III e 17 do Decreto nº 70.235/72, o momento processual de apresentar argumentos e provas é na impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outra oportunidade. A lógica desta norma decorre do fato de que a segunda instância não julga diretamente o lançamento, mas a respectiva decisão de primeira instância, pois este é o ato administrativo recorrido. Portanto, no recurso voluntário, a autoridade *ad quem* se limita a praticar um puro ato secundário pelo qual elimina ou mantém o ato primário impugnado. Resta, pois, preclusa a análise de matéria não debatida na fase impugnatória. Desse modo, este colegiado não deveria se pronunciar sobre o

recurso voluntário, vez que nenhum dos argumentos aduzidos na fase recursal foi apreciado pela primeira instância.

Por outro lado, acaso os argumentos apresentados pela contribuinte tenham alguma procedência, tal fato poderia ensejar a nulidade do lançamento ou a cobrança indevida de contribuição, acarretando o enriquecimento sem causa por parte do fisco. Nesse contexto, sopesando as peculiaridades destes autos, em nome do princípio da formalidade moderada que também deve nortear o processo administrativo fiscal, entendo que este Colegiado deva apreciar a matéria pertinente ao lançamento.

Conforme descrito no auto de infração à fl. 4, bem assim, no Termo de Constatação Fiscal de fls. 10/11, além de tecer considerações acerca da medida judicial o autuante registra que o contribuinte apurou corretamente a base de cálculo da Cofins, mas só declarou os débitos na DCTF de 2006, não declarando nada de Cofins na DCTF de 2007. Vez que é tributada pelo lucro presumido, a apuração da Cofins é devida pelo regime não cumulativo.

Sobre o tema, assim consignou o autuante (fl. 10/11):

“6- Auditado os Livros contábeis, constatamos que o contribuinte apurou corretamente a base de cálculo da Cofins, conforme planilha apresentada pelo fiscalizado, no período de 01/2006 a 12/2007, discriminando as receitas tributadas sobre serviços, receitas financeiras, receitas de cartões, correspondentes no livro razão as contas 33.102-8 – Venda de Serviço a Prazo, 34.103-4 – receita aplicação financeira, 34.106-8 – outras receitas financeiras, todas declaradas no Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais – DACON, com as deduções da Cofins retida na Fonte por pessoas jurídicas de Direito Privado e Pública(Lei 10.833/2003, arts. 30 e 34), declarando os débitos da Cofins a pagar na DCTF nos meses devidos no ano de 2006, porém, omitindo os débitos da Cofins no período de 01/2007 a 12/2007 incidentes sobre as receitas demonstradas em planilha anexa.”

A referida planilha anexa encontra-se à fl. 12, na qual se observa a apuração corretamente efetuada, considerando, mês a mês, o faturamento bruto, receitas de cartões, deduções, receitas financeiras, seguindo-se o total sobre o qual foi aplicada a alíquota da Cofins (3%), chegando-se ao “Valor da Cofins”. Abatendo desta quantia o valor relativo à “Cofins Retida” revela-se, enfim, a “Cofins a Pagar”. Cumpre destacar que em alguns meses a “Cofins Retida” foi superior ao “Valor da Cofins”, ensejando uma “Cofins a Pagar” negativa. Assim ao apurar a “Cofins a Pagar” no mês subsequente, de modo a não prejudicar o contribuinte, corretamente o fisco deduziu o valor retido a maior, do mês anterior.

Visando desqualificar o trabalho elaborado pelo fisco a contribuinte apresentou junto com o seu recurso cópias parciais do seu “razão analítico individual” às fls. 208/213 e 215/219. O primeiro conjunto de cópias reflete, de modo acumulado ao longo do ano, exatamente, os valores mensais considerados pelo fisco referentes ao “Faturamento Bruto”, acrescido de “Receita de Cartões”. Quanto ao segundo conjunto de cópias parciais, do mesmo modo acumulado ao longo do ano, refere-se à “Cofins Retida”. Embora existam algumas diferenças mês a mês, o acumulado anual tem valores praticamente idênticos existindo uma pequena diferença inferior a R\$700,00, em um montante de R\$387.220,53. Releva

observar que, dentre outros motivos, é possível que a diferença entre meses decorra de o fisco ter desconsiderado a “Cofins Retida” em determinado mês assinalado pela contribuinte considerando-o em outro período de apuração, quando do seu efetivo fato gerador.

Portanto, os poucos documentos apresentados pela contribuinte, extemporaneamente, ao invés de desqualificar a base de cálculo considerada no lançamento, muito ao contrário, somente corroboram a justeza do auto de infração conforme efetuado.

Por outro lado, embora não haja dúvidas quanto ao lançamento, a interessada sequer trouxe aos autos demais elementos visando demonstrar, pontual e numericamente, por meio de uma planilha, com memória de cálculo os valores que entende devam ser considerados. Cumpre destacar que os pedidos de diligência se fundam na impossibilidade de que as provas possam ser trazidas aos autos pela recorrente, como no caso de os elementos examináveis consistirem em máquinas, construções ou de processos produtivos. O seu propósito não alberga suprir a inércia da contribuinte.

Quanto ao enquadramento legal considerado, também não assiste razão à recorrente, vez que o auto de infração registra: “arts. 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/02.” Tal Decreto regulamenta além do PIS, a Cofins, instituída pela LC nº 70/91 e normatizada pela Lei nº 9.718/98, que trata, também, da Cofins cumulativa. Desse modo, por se tratar de atividade vinculada e obrigatória, consoante dispõe o artigo 142, parágrafo único, do CTN, correto o procedimento do fiscal autuante.

Por outro lado, cabe analisar a alegação da interessada quanto a possibilidade de exclusão de exigência da Cofins sobre receitas financeiras, vez que no ramo de atuação da contribuinte tais receitas não integram o conceito de faturamento. Conforme asseverado pela recorrente, de fato houve a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, em decisão de mérito pelo Pleno do STF, em 10/09/2008, em sede de repercussão geral no RE 585235, em cuja decisão consigna:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98 e negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, tudo nos termos do voto do Relator. Vencido, parcialmente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Relator para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que reconhecia a necessidade de encaminhamento da proposta à Comissão de Jurisprudência. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, a Senhora Ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 10.09.2008.

Portanto, vez que a decisão citada fora proferida em conformidade com o rito previsto no art. 543-B, deverá ser seguida por este colegiado, em consonância com a Portaria MF nº 256/09, com as alterações introduzidas pela Portaria MF nºs 446/09 e 586/10, que aprova o Regimento Interno do CARF - RICARF e passou a dispor do seguinte modo:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Assim sendo, no presente caso, devem ser excluídas do lançamento da contribuição as receitas financeiras, vez que não se enquadram no conceito de faturamento.

Isto posto, **dou parcial provimento** ao recurso voluntário para excluir da base de cálculo da autuação os valores decorrentes de receitas financeiras, conforme assinalados na planilha de fl. 12, mantendo, no mais, a decisão recorrida.

(Assinado Digitalmente)

Mauricio Taveira e Silva