

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

Processo nº 10183.001235/2004-11
Recurso nº 154.096 Voluntário
Acórdão nº 1202-00.212 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de dezembro de 2009
Matéria COFINS
Recorrente Clínica de Doenças Renais Ltda
Recorrida 2ª Turma / DRJ - Campo Grande/MS

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Exercício: 2001, 2002, 2003, 2004

Ementa:

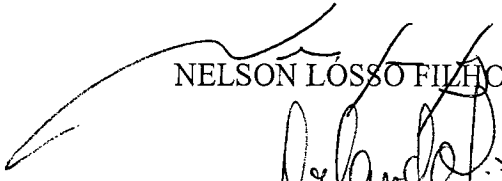
ILEGALIDADE E/OU INCONSTITUCIONALIDADE. A discussão sobre legalidade ou constitucionalidade das leis é matéria reservada ao Poder Judiciário. À autoridade administrativa compete constituir o crédito tributário pelo lançamento, sendo este vinculado e obrigatório a legislação vigente.

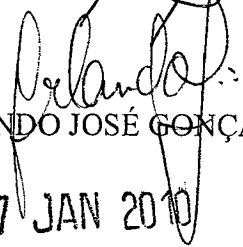
MULTA DE OFÍCIO. PERCENTUAL DE 75%. CARÁTER CONFISCATÓRIO. O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (Súmula 1º CC nº 2).

TAXA SELIC COMO JUROS DE MORA. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula 1º CC nº 4).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade votos, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

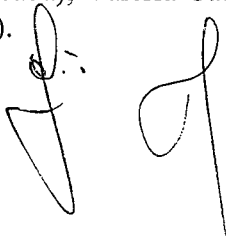

NELSON LOSSO FILHO -Presidente


ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO - Relator.

EDITADO EM:

27 JAN 2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Nelson Lósso Filho (Presidente de turma), Cândido Rodrigues Neuber, Carmem Ferreira Saraiva (suplente convocada), Valéria Cabral Géo Verçoza, Orlando José Gonçalves Bueno (Vice presidente de turma).

Two handwritten signatures in black ink, one to the left of the other, appearing to be the signatures of the President and Vice President of the panel.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração referente ao COFINS, Anos-Calendários de 2.001 à 2.004, lavrado em decorrência de Procedimento Administrativo de Fiscalização iniciado em IRPJ e com verificações acessórias, lançados sob o fundamento de diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago, acrescidos de multa de ofício de 75% e juros de mora.

Assim descreve o Auditor-Fiscal referente às infrações apuradas:

001 – COFINS FATURAMENTO – DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO/PAGO

Constatadas divergências da majoração da alíquota de 2% para 3% que a contribuinte não declarou e não recolheu, tendo em vista informar liminar concedida nos autos da Ação Judicial nº 1999.36.00.008651-9/MS, que se encontra no STJ, através de Recurso Especial recebido apenas no efeito devolutivo e ainda não julgado.

Intimada da autuação mediante ciência no próprio AIIM, o contribuinte apresentou tempestivamente suas razões de impugnação alegando em apertada síntese:

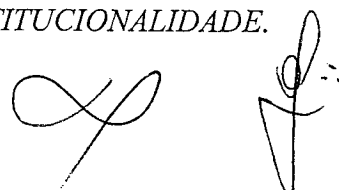
- (i) A ilegalidade e a inconstitucionalidade da Lei n.º 9.718 que aumentaram a alíquota de 2% para 3% da COFINS, além de estabelecer novo conceito de faturamento, estendendo para receita bruta, da base de cálculo da referida contribuição, afrontando aos princípios da equidade e da capacidade contributiva;
- (ii) Invoca a impossibilidade de aplicação da multa em decorrência da existência de dúvida quanto a capitulação do fato frente a inconstitucionalidade da Lei 9.718/98, portanto, ilícito;
- (iii) Aduz a impossibilidade de aplicação das multas fiscais e do caráter confiscatório do Auto de Infração, em decorrência do valor exagerado do AIIM, portanto, ilícito;
- (iv) Por fim, invoca a não aplicação da taxa SELIC como parâmetro de atualização de dívida tributária, por entender que não há previsão legal para tanto e em decorrência de ter efeito confiscatório.

Diante da manifestação do contribuinte, sobreveio a decisão de 1ª instância, acostada às fls. 131/140, pela qual a DRJ de Campo Grande /MS julgou procedente o lançamento, restando assim ementado o julgamento:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003

Ementa: ILEGALIDADE E/OU INCONSTITUCIONALIDADE.



A discussão sobre legalidade ou constitucionalidade das leis é matéria reservada ao Poder Judiciário. À autoridade administrativa compete constituir o crédito tributário pelo lançamento, sendo este vinculado e obrigatório sob pena de responsabilidade funcional.

MULTA DE OFÍCIO.

Legítima é a cobrança da multa de lançamento ex. ofício quando comprovada, em procedimento fiscal, a ausência de recolhimento integral da Cofins dentro do prazo legal.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

É cabível, por expressa disposição legal, a exigência de multa de mora em percentual superior a 1%. A partir de abril de 1995, os juros de mora serão equivalentes à taxa Selic.

DIFERENÇA ENTRE RECEITA ESCRITURADA E DECLARADA.

Provado, pela escrituração da contribuinte, que empresa não ofereceu à tributação a totalidade das receitas de venda de mercadorias, deve ser mantido o lançamento.

Lançamento Procedente.

Assim a autoridade julgadora de 1ª instância julgou os argumentos apresentados pelo contribuinte:

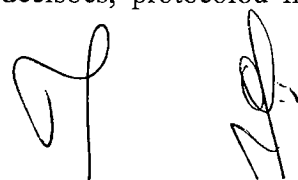
(i) As questões que versem acerca de eventuais ofensas a princípios constitucionais, a inconstitucionalidade ou ilegalidade de leis ou atos, não podem ser apreciadas no âmbito do julgado administrativo, por tratar-se de discussão deferida ao Poder Judiciário, ficando prejudicadas todas as alegações acerca das inconstitucionalidade e ilegalidade da Lei nº 9.718 de 1998;

(ii) Referente a multa aplicada de 75%, decorreu esta de uma infração fiscal cometida pelo contribuinte e constitui penalidade pecuniária e não tributo, não tendo assim caráter confiscatório. A base de cálculo da multa aplicada foi o valor remanescente da contribuição devida e não recolhida na totalidade, apurada a partir do faturamento demonstrado pela próprio contribuinte, não havendo qualquer presunção ilegal ou afronta ao determinado na legislação fiscal;

(iii) Ainda como preliminar, não pode ser acatada eventuais alegações de inconstitucionalidade e de ilegalidade dos juros de mora, uma vez que a autoridade administrativa não tem competência para tanto. A Taxa SELIC foi instituída pela Lei nº 9.065 de 1995 e, diante do princípio da estrita legalidade, deve a autoridade administrativa aplicá-la.

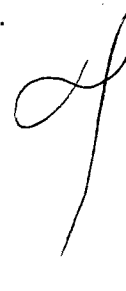
Diante de todo o exposto, julgou a 1ª instância rejeitar as preliminares argüidas e, no mérito, considerar procedente o lançamento do crédito tributário.

O contribuinte foi intimado em 21/10/2005 da referida decisão, bem como da decisão do Processo 10183.001237/2004-01, no qual discute-se o lançamento de IRPJ decorrente do mesmo MPF, e, inconformado com ambas decisões, protocolou na data de



17/11/2005 suas razões de Recurso Voluntário, reiterando as razões de impugnação, invertendo no entanto as razões meritórias, sendo juntado aos presentes autos as razões acerca do IRPJ e no outro, as razões contrárias ao lançamento da COFINS.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Orlando J. G. Bueno, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e, por atender aos demais pressupostos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

DO NECESSÁRIO SANEAMENTO DO PROCESSO

Inicialmente, verifica-se que MPF – FISCALIZAÇÃO Nº 01.3.01.00-2004-00052-6 (fls. 001) tem por objeto de fiscalização o IRPJ referente aos períodos de 01/1999 a 12/2000, sendo neste determinado ainda as verificações obrigatórias de *“correspondência entre os valores declarados e os valores apurados pelo sujeito passivo em sua escrituração contábil e fiscal, em relação aos tributos e contribuições administrados pela SRF, nos últimos cinco anos e no período de execução deste Procedimento Fiscal”*.

Em decorrência deste procedimento, foram lançados créditos tributários referente à COFINS, objeto de litígio do presente feito, bem como de IRPJ, objeto do Processo N.º 10183.001237/2004-01, de relatoria deste mesmo Conselheiro e incluído em pauta de julgamento para esta mesma sessão.

Ocorre que, ao analisar os autos dos processos supra citados, constata-se que por mero equívoco do contribuinte, o mesmo inverteu suas razões defensórias, juntando-se ao presente feito, fundamentos contrários ao lançamento de IRPJ e no Processo N.º 10183.001237/2004-01, cujo objeto é o lançamento de IRPJ, os seus fundamentos defensórios contrários ao lançamento da COFINS.

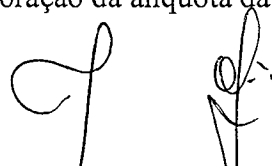
Em face o contribuinte, tempestivamente, ter apresentado suas razões recursais, em observância aos princípios do processo administrativo, entre eles do formalismo moderado e da ampla defesa, e nos termos do art. 60 do Decreto n.º 70235/1972, que determina *in verbis* que *“as irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio”*, considero necessário que seja extraída peça com as razões de Recurso Voluntário apresentada no Processo N.º 10183.001237/2004-01 e inclusas ao Processo N.º 10183.001235/2004-11, procedendo o mesmo inversamente, retificando devidamente as numerações de folhas e os números processuais inscritos, a fim de que os Recursos Voluntários interpostos fiquem condizentes com as matérias impugnadas.

Pelo que requeiro a Secretaria desta câmara proceder a correção e a regularização como exposto, para encartar nos respectivos processos as suas peças recursais correspondentes

DAS ALEGADAS INCONSTITUCIONALIDADES E ILEGALIDADES DA LEI

9.718/98

Preliminarmente, o contribuinte alega que as modificações introduzidas pela Lei 9.718, de 27 de novembro de 1.998, no que tange à majoração da alíquota da COFINS, que



passou a corresponder à 3% do faturamento, e ampliou o conceito da base de cálculo para a receita bruta, afrontam diretamente a Constituição Federal, em seu art.195, inciso I, violando ainda aos princípios da equidade e da capacidade contributiva, uma vez que sofrem maior oneração tributária as pessoas jurídicas de menor rentabilidade e, conseqüentemente, de menor capacidade contributiva.

Entretanto, em observância ao princípio da legalidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal, cumpre esclarecer que não pode a autoridade administrativa e seus órgãos julgadores deixar de sujeitar-se aos mandamentos da lei regularmente votada e aprovada pelos órgãos legislativos competentes, cuja presunção de constitucionalidade ainda não foi afastada pelo Poder Judiciário.

Neste sentido, é o que nos ensina a doutrina de Marco Aurélio Greco, em sua obra *Processo Administrativo Tributário*, págs. 708-709, *in verbis*:

"Toda lei está revestida de presunção de constitucionalidade. Cabe ao Poder Executivo cumprir não só as leis como a Constituição. Porém, não cabe aos agentes administrativos subordinados deixar de aplicar a lei porque, a seu juízo, há uma inconstitucionalidade"

Acerca deste entendimento, este Conselho já pacificou o seu entendimento, conforme demonstrado na Súmula n.º 2, do antigo 1º Conselho de Contribuintes, hoje 1ª Seção, publicada no Diário Oficial da União em 28/07/2006, *in verbis*:

"O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária."

Não obstante, o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na ADIN n.º 221, declarou que *"o controle da constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é de competência exclusiva do Poder Judiciário"*.

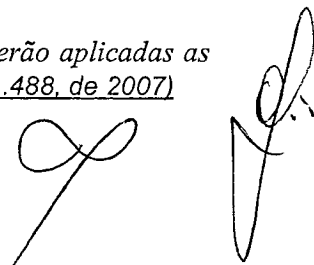
Em decorrência do exposto, ante os princípios da legalidade e da presunção de constitucionalidade das leis, tendo em vista ainda ser função exclusiva do Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade e ou ilegalidade de lei e/ou ato normativo, a autoridade administrativa, mesmo no âmbito do procedimento administrativo tributário, não pode deixar de aplicar a lei por considerá-la inconstitucional, ficando assim prejudicadas todas as alegações que aborem aspectos de inconstitucionalidade ou ilegalidade da Lei N.º 9.718, de 27 de novembro de 1998.

DAS MULTAS FISCAIS E DO ALEGADO CARÁTER CONFISCATÓRIO

Alega a contribuinte que a multa, obrigação acessória, deve observância aos princípios constitucionais de limitação ao poder de tributar, obrigação principal, sendo no caso em tela, dado o "exagerado valor do auto de infração", demonstra-se "inegável caráter confiscatório".

A multa de lançamento de ofício encontra-se legalmente instituída no art. 44, da Lei 9.430/1996, *in verbis*:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)



I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

A multa de ofício tem por finalidade desestimular o ato infrator que configura a sua hipótese de incidência, não se confundindo com o próprio instituto jurídico do tributo, que tem por finalidade a obtenção de recursos financeiros (receita) de que o Estado necessita, constituindo receita ordinária, razão pela qual não há que se falar em efeito confiscatório.

Se o percentual de 75% fixado pelo inciso I, do art. 44 da Lei 9.430/96 parece exagerado ao Recorrente, nem por isso pode ser conceituado como confisco, uma vez que ninguém é obrigado a pagar a referida multa, salve se houver infringido a legislação tributária vigente, como o caso em pauta, onde verifica-se a falta de recolhimento.

Ademais, cumpre ressaltarmos que a proibição do art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, invocada pelo Recorrente, aplica-se explicitamente e tão somente ao tributo, e não as penas pecuniárias.

No caso em tela, verifica-se que a autoridade administrativa aplicou a multa de ofício prevista no inciso I, do art. 44 da Lei 9.430/96, em decorrência de constatadas divergências entre os valores declarados e os valores escriturados pela contribuinte referente à COFINS, apurado nos termos do relatório fiscal às fls. 004/005, não cabendo a discussão sobre o percentual adotado pela legislação no âmbito administrativo.

Ressalta-se que a base de cálculo da multa foi o valor remanescente da COFINS devida e não recolhida em sua totalidade, imposta ao contribuinte no percentual de 75%, apurada a partir do faturamento demonstrado pela própria Recorrente, não demonstrando assim nenhuma ilegalidade no referido lançamento.

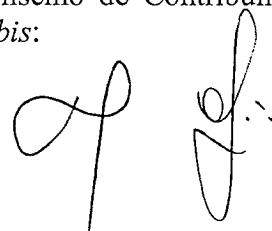
DA APLICAÇÃO DA TAXA SELIC

A Lei nº 9.065/1995, em seu art. 13 determina, *in verbis*:

“Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.”

Conforme anteriormente já explicitado, não compete ao Processo Administrativo Fiscal declarar inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de lei regularmente votada e aprovada pelos órgãos legislativos competentes, cuja presunção de constitucionalidade ainda não foi afastada pelo Poder Judiciário.

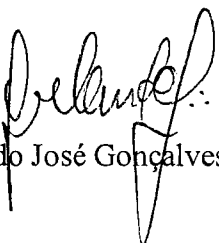
Há ainda ressaltar que este Conselho já pacificou o seu entendimento, conforme demonstrado na Súmula n.º 4, do antigo 1º Conselho de Contribuintes, também publicada no Diário Oficial da União em 28/07/2006, *in verbis*:



A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Ante o exposto, observando os princípios da legalidade e da presunção de constitucionalidade das leis, tendo em vista ainda ser função exclusiva do Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade e ou ilegalidade de lei e/ou ato normativo, a autoridade administrativa não pode deixar de aplicar a lei por considerá-la inconstitucional, ficando assim prejudicada as alegações de inconstitucionalidade ou ilegalidade de aplicação da taxa SELIC.

Em face de todo o exposto, voto pela rejeição de todas as preliminares de ilegalidade e inconstitucionalidade argüidas e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.


Orlando José Gonçalves Bueno

