



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

Processo nº 10580.722504/2008-10
Recurso nº 895.175 Voluntário
Acórdão nº **3801-00.792 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 2 de junho de 2011
Matéria COFINS
Recorrente CLÍNICA DE OFTALMO DIAGNÓSTICO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2006 a 30/06/2006, 01/09/2006 a 31/12/2006

PROCESSO JUDICIAL E ADMINISTRATIVO. MATÉRIA IDÊNTICA.
RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA.

A propositura de ação judicial, com o mesmo objeto do processo administrativo fiscal, implica na renúncia à instância administrativa.

EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DECISÃO JUDICIAL
TRANSITADA EM JULGADO EM MANDADO DE SEGURANÇA
COLETIVO. LIMITES SUBJETIVOS.

Os limites subjetivos da coisa julgada não podem ser estendidos sem a manifestação expressa do Poder Judiciário. Segundo questão já decidida, os efeitos da decisão judicial transitada em julgado não alcança os filiados da Impetrante jurisdicionados por outra Delegacia da Receita Federal do Brasil.

MULTA DE OFÍCIO. ALEGAÇÃO DE CONFISCO.

A multa de 75% sobre o valor do tributo está prevista em lei vigente e a autoridade julgadora não pode afastar a aplicação de normas jurídicas, além de que a limitação constitucional que veda a utilização de tributo com efeito de confisco não se refere às penalidades.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. CABIMENTO.

A cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional, após o vencimento, serão acrescidos de juros moratórios calculados com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo nº 10580.722504/2008-10
Acórdão n.º **3801-00.792**

S3-TE01
Fl. 2

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

(assinado digitalmente)
Magda Cotta Cardozo - Presidente.

(assinado digitalmente)
Flávio de Castro Pontes - Relator.

EDITADO EM: 13/06/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Magda Cotta Cardozo, Flávio de Castro Pontes, Sidney Eduardo Stahl, José Luiz Bordignon, Daniela Ribeiro de Gusmão e Jacques Maurício Ferreira Veloso de Melo.

Relatório

Adoto o relatório da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, que narra bem os fatos, em razão do princípio da economia processual:

Trata-se de Auto de Infração lavrado contra a contribuinte acima identificada, pretendendo a cobrança da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, relativa a períodos de apuração 2006.

O presente processo também pretendia, inicialmente, a cobrança da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, também relativa a períodos de apuração de 2006. O crédito tributário decorrente do lançamento do PIS, todavia, foi transferido para outro processo, qual seja, processo nº 10580.720.389/2009-20, conforme Termo de Transferência de Crédito Tributário da DRF/Salvador (fl. 206), de sorte que neste presente processo está-se a discutir apenas o lançamento da Cofins.

Conforme apontado no Termo de Verificação Fiscal, foi constatada a insuficiência de recolhimento da Cofins nos períodos verificados, sendo lançada de ofício a contribuição não recolhida e não declarada, calculada com base nas receitas apuradas no Livro Razão e em demonstrativo de apuração da própria contribuinte.

No Termo de Verificação Fiscal, o auditor faz referência a duas ações judiciais, quais sejam, o mandado de segurança nº 2005.33.00.023273, impetrado pela contribuinte, e o mandado de segurança nº 2002.33.00.018370-0, proposto pelo Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Saúde do Estado da Bahia (Sindhosba), mas alertando que a pretensão da contribuinte de não pagar Cofins não estaria garantida por nenhuma das duas ações.

Cientificada da exigência fiscal em 22/12/08, a autuada apresenta em 15/01/09 a Impugnação, sendo essas as suas razões de defesa, em síntese:

Nulidade: o auto de infração não apresentou a alíquota e a base de cálculo utilizadas para apuração da Cofins, não possuindo assim todos os requisitos necessários à sua formação, sendo, portanto, nulo.

Pendência no M.S. individual nº 2005.33.00.023273-5: a defendente impetrou esse mandado de segurança objetivando a não incidência da Cofins. Contudo, posteriormente, a defendente requereu a perda superveniente do objeto na ação individual,

posto que se encontra tramitando uma ação mandamental coletiva impetrada pelo Sindhosba, sindicato ao qual a defendente é associada. Ocorre que esse requerimento de perda de objeto ainda não foi apreciado pela Justiça, não havendo ainda coisa julgada nessa ação individual.

Pendência no M.S. coletivo nº 2002.33.00.0018370-0 – Suspensão do Auto de Infração: *essa ação coletiva proposta pelo Sindhosba já teve o trânsito em julgado reconhecendo a isenção da Cofins para seus associados. Contudo, essa decisão beneficiaria, a princípio, apenas as empresas vinculadas ao Delegado da Receita Federal de Feira de Santana. Todavia, ainda se está a discutir a inclusão ou não do Delegado de Salvador no pólo passivo da demanda, sendo que uma decisão nesse sentido atingiria diretamente a requerente. Assim, o presente auto de infração deve ser suspenso até a término dessa discussão na ação da Sindhosba, suspensão esta prevista no art. 265, IV, do Código de Processo Civil.*

Coisa Julgada: *de fato, ainda não há coisa julgada no M.S. coletivo nº 2002.33.00.0018370-0, todavia, quando houver, como haverá de ter, deve a Receita Federal respeitar a coisa julgada. A suspensão do auto de infração também encontra lastro jurídico no fato de que não existe coisa julgada contra a contribuinte, no sentido de forçá-la ao recolhimento da Cofins.*

Juros de Mora: *o autuante deveria ter aplicado juros moratórios de 1% a.m., conforme art. 85 da Lei nº 8981, de 1995, e art. 161, § 1º, do CTN.*

Multa de Ofício: *a multa aplicada no percentual de 75% tem caráter confiscatório. Vale mencionar que o art. 52 da Lei nº 9.298, de 1996, limitou a multa de mora a 2%. Além do mais, a impugnante não descumpriu qualquer dispositivo legal.*

Perícia: *por fim, protesta pela realização de prova pericial.*

A DRJ em Salvador (MG) julgou improcedente a impugnação e manteve o crédito tributário, fls. 215 a 218, nos termos da ementa abaixo transcrita:

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Incabível a arguição de nulidade do auto de infração, quando se verifica que foi lavrado por pessoa competente para fazê-lo e em consonância com a legislação vigente.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

O processo administrativo fiscal é regido por princípios, dentre os quais o da oficialidade, que obriga a administração a impulsionar o processo até sua decisão final.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

A cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional, após o vencimento, acrescidos de juros moratórios calculados com base

na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic, além de amparar-se em legislação ordinária, não contraria as normas balizadoras contidas no Código Tributário Nacional.

MULTA DE OFÍCIO.

Tratando-se de lançamento de ofício, decorrente de infração a dispositivo legal detectado pela administração em exercício regular da ação fiscalizadora, é legítima a cobrança da multa punitiva correspondente.

Discordando da decisão de primeira instância, a recorrente interpôs recurso voluntário instruído com diversos documentos.

Sustentou que o crédito tributário encontra-se extinto em razão de decisão judicial transitada em julgado proferida no Mandado de Segurança coletivo nº 2002.33.00.0018370-0 impetrado pelo Sindhosba – Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado da Bahia. Argumentou que a decisão foi no sentido de extinção da exigibilidade da Cofins por parte da Receita Federal a todas as empresa associadas da Impetrante (Sindhosba), inclusive a recorrente.

Ademais, defendeu a tese de que deveria ser aplicado, ao caso, juros moratórios de 1% (um por cento) conforme o disposto no art. 161, § 1º do CTN e art. 85 da Lei nº 8.981/95.

Questionou o valor da multa, aduzindo que a multa de mora decorrente do inadimplemento de obrigações não poderá ser superior a 2% (dois por cento) nos termo do art. 52 da Lei 9.298/96. Sustentou ainda que os percentuais de multa e juros configuram-se como verdadeiro confisco insusceptíveis de recepção pela Constituição Federal.

Aduziu, ainda, que não estava descumprindo qualquer dispositivo legal, portanto não deveria suportar quaisquer multas.

Por fim, pediu a procedência do recurso voluntário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Flávio de Castro Pontes

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais pressupostos recursais, portanto, dele tomo conhecimento.

Do exame dos autos constata-se que a interessada impetrou Mandado de Segurança individual, autos nº 2000.61.00.001732-3, junto à 12ª Vara Cível Federal de São Paulo questionando a legalidade da revogação da isenção do pagamento da Cofins, por parte das sociedades civis de profissão legalmente regulamentada, pela Lei nº 9.430, de 27/12/1996, que, em seu art. 56, revogou a isenção veiculada pelo art. 6º, inciso II, da Lei Complementar nº 70, de 30/12/1991, segundo cópia de decisões judiciais colacionadas.

Outrossim, a interessada sustenta que na qualidade de filiada ao Sindhosba – Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado da Bahia é beneficiária de decisão judicial transitada em julgado que declarou o direito dos associados do Sindhosba ao não recolhimento da Cofins, Mandado de Segurança coletivo nº 2002.33.00.0018370-0.

Indubitável é que o objeto dessas ações judiciais é o mesmo deste processo administrativo, revogação da isenção da Cofins operada pela Lei nº 9.430/96. Assim incide o parágrafo único do art. 38, da Lei nº 6.830/80, que dispõe:

Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.(grifou-se)

O excelso Supremo Tribunal Federal já manifestou acerca da constitucionalidade desse dispositivo, conforme decidido no recurso extraordinário nº 233.582:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL TRIBUTÁRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO DESTINADO À DISCUSSÃO DA VALIDADE DE DÍVIDA ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE EM RAZÃO DO AJUIZAMENTO DE AÇÃO QUE TAMBÉM TENHA POR OBJETIVO DISCUTIR A VALIDADE DO MESMO CRÉDITO. ART. 38, PAR. ÚN., DA LEI 6.830/1980.(...). É constitucional o art. 38, par. ún., da Lei 6.830/1980 (Lei da Execução Fiscal - LEF), que dispõe que "a propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo [ações destinadas à discussão judicial da validade de crédito

inscrito em dívida ativa] importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto". Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento.(STF, RE 233582, DJe-088 de 16-05-2008).(grifou-se)

Em relação ao conteúdo desse dispositivo legal, Leandro Paulsen, René Bergmann e Ingrid Schroder explicam:

O parágrafo em questão tem como pressuposto o princípio da jurisdição una, ou seja, que o ato administrativo pode ser controlado pelo Judiciário e que apenas a decisão deste é que se torna definitiva, com o trânsito em julgado, prevalecendo sobre eventual decisão administrativa que tenha sido tomada ou pudesse vir a ser tomada. Considerando que o contribuinte tem direito a se defender na esfera administrativa mas que a esfera judicial prevalece sobre a administrativa, não faz sentido a sobreposição dos processos administrativo e judicial. A opção pela discussão judicial, antes do exaurimento da esfera administrativa, demonstra que o contribuinte desta abdicou, levando o seu caso diretamente ao Poder ao qual cabe dar a última palavra quanto à interpretação e à aplicação do Direito, o Judiciário. Entretanto, tal pressupõe a identidade de objeto nas discussões administrativa e judicial". (Leandro Paulsen, René Bergmann Ávila e Ingrid Schroder Sliwka. Direito Processual Tributário: processo administrativo fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 447 e 448).

De fato, se o sujeito passivo recorre ao Poder Judiciário, por uma questão de lógica, ele está desistindo tacitamente da esfera administrativa, visto que a decisão do Poder Judiciário é soberana.

Eventuais decisões antagônicas, nas esferas administrativa e judicial, teriam uma única solução, qual seja, prevaleceria a da esfera judicial, em razão do princípio constitucional da jurisdição única, art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Destarte, não faz sentido a continuação da discussão no âmbito administrativo, pois o mérito da questão já foi decidido pelo Poder Judiciário com efeito de coisa julgada.

Corroborando esta teoria, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do recurso especial nº 840.556, assim se pronunciou:

TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA.AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA DE RECORRER NA ESFERA ADMINISTRATIVA. IDENTIDADE DO OBJETO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 6.830/80.

1. Incide o parágrafo único do art. 38, da Lei nº 6.830/80, quando a demanda administrativa versar sobre objeto menor ou idêntico ao da ação judicial. 2.(...) 3. In casu, os mandados de segurança preventivos, impetrados com a finalidade de recolher o imposto a menor, e evitar que o fisco efetue o lançamento a maior, comporta o objeto da ação anulatória do

lançamento na via administrativa, guardando relação de excludência.4. Destarte, há nítido reflexo entre o objeto do mandamus – tutelar o direito da contribuinte de recolher o tributo a menor (pedido imediato) e evitar que o fisco efetue o lançamento sem o devido desconto (pedido mediato) - com aquele apresentado na esfera administrativa, qual seja, anular o lançamento efetuado a maior(pedido imediato) e reconhecer o direito da contribuinte em recolher o tributo a menor (pedido mediato).5. Originárias de uma mesma relação jurídica de direito material, despicienda a defesa na via administrativa quando seu objeto subjugar-se ao versado na via judicial, face a preponderância do mérito pronunciado na instância jurisdicional. (...) (STJ, REsp 840556/AM, DJ 20/11/2006) (grifou-se)

Assim sendo, a existência de ações judiciais, por parte da requerente, com o mesmo objeto desse processo administrativo fiscal importa na renúncia à esfera administrativa no que tange a exigência do recolhimento da Cofins. Em relação a essa discussão, aplica-se a Súmula nº 01 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) que uniformizou o seguinte entendimento:

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.

Por seu turno em relação à alegação de que é beneficiária de decisão judicial transitada em julgado, verificou-se que a recorrente não obteve provimento judicial no sentido de ficar isento do pagamento da Cofins. No Mandado de Segurança individual seu pedido foi julgado improcedente nas diversas instâncias judiciais, enquanto no Mandado de Segurança coletivo impetrado pelo Sindhosba é inequívoco que a decisão beneficiou tão-somente os filiados jurisdicionados pela Delegacia da Receita Federal em Feira de Santana, que não é o caso da recorrente, segundo decisão de fls. 22 a 24. Com efeito, não se tem notícia da modificação desta decisão em instâncias superiores, como bem assentou a decisão recorrida.

Como visto, a questão já foi decidida pelo Poder Judiciário no sentido de que a decisão judicial somente alcança os filiados da Impetrante jurisdicionados pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Feira de Santana. A decisão judicial tem que ser obedecida em seus exatos termos, logo não houve a extensão da coisa julgada para os filiados jurisdicionados à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Salvador.

Desta forma, a autoridade administrativa acertadamente constituiu de ofício o crédito tributário observando os estritos termos das diversas decisões judiciais.

De resto, falta examinar as teses em relação aos juros de mora e a aplicação da multa de ofício.

Com respeito ao questionamento dos juros de mora, a recorrente defendeu a tese de que deveriam ser aplicados juros moratórios de 1% (um por cento) nos termos do art. 161, §1º do CTN.

Não assiste razão à recorrente. No caso vertente, os juros foram calculados em percentual equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia-SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, conforme determinação dada pelo § 3º do artigo 61 da Lei 9.430/1996, “in verbis”:

Art.61.Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

(...)

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Art. 5º

(...)

§3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia-SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.(Grifou-se)

A propósito da exigência de juros de mora à taxa Selic, é fundamental registrar que a tese da recorrente de aplicação do art. 161, §1º, do CTN, determinação de que os juros tributários fixados devidamente em lei específica não podem ultrapassar a taxa de um por cento ao mês, não merece acolhida. Ora, consta expressamente nesse dispositivo a ressalva de que a taxa será de 1% (um por cento) “se a lei não dispuser de modo diverso”. Como se nota, o próprio CTN admite a possibilidade de os juros de mora serem fixados em percentual superior a 1% (um por cento).

Outrossim, a questão do cálculo dos juros de mora com base na taxa Selic é matéria já pacificada no âmbito deste Conselho nos termos da Súmula CARF nº 4, a saber:

Súmula CARFnº 4: 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.

Em remate, é mantida a exigência dos juros moratórios calculados com base na taxa Selic de acordo com a legislação mencionada.

No tocante à aplicação da multa de ofício, mais uma vez são improcedentes as alegações da interessada. A requerente defende que neste caso concreto deveria ser aplicada a título de multa decorrente do inadimplemento de obrigações percentual não superior a 2% (dois por cento) segundo o disposto no art. 52 da Lei 9.298/96. Essa pretensão deve ser rechaçada porque o inadimplemento de obrigações tributárias têm regramento próprio.

Diferentemente do alegado, no caso em discussão, a situação fática subsume-se ao disposto no art. 44, da Lei n.º 9.430/96:

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)(grifou-se)

Nessa esteira é premente afastar o argumento de que houve confisco, em virtude da aplicação da multa de 75% sobre a totalidade da contribuição devida e dos juros de mora. A limitação constitucional que veda a utilização de tributo com efeito de confisco não se refere às penalidades. É inegável que esse princípio se aplica a tributos.

Assim sendo, não pode prosperar a alegação de que a interessada não descumpriu qualquer dispositivo legal, visto que ficou comprovado que a recorrente não possuía provimento judicial e deixou de recolher a contribuição Cofins nos respectivos períodos de apuração, segundo o disposto no art. 56 da Lei nº 9.430/96, que revogou a isenção veiculada pelo art. 6º, inciso II, da Lei Complementar nº 70/91. O não recolhimento da contribuição (base da autuação ora em comento) caracteriza uma infração à legislação tributária, sendo que a inobservância da norma jurídica importa em uma sanção, no caso, a constituição do crédito tributário por meio do lançamento efetuado pela autoridade fiscal e a aplicação da respectiva multa de ofício.

Vale lembrar que a autoridade julgadora não pode afastar a aplicação de normas jurídicas, *in casu*, o § 3º do artigo 61 da Lei 9.430/1996 (juros de mora) e o art. 44, da Lei n.º 9.430/96 (multa de ofício), pois o controle das constitucionalidades das leis é prerrogativa do Poder Judiciário, seja pelo controle abstrato ou difuso, de tal sorte que a autoridade julgadora não pode se manifestar sobre a constitucionalidade ou legalidade destes diplomas legais.

Em face do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)
Flávio de Castro Pontes - Relator

Processo nº 10580.722504/2008-10
Acórdão n.º **3801-00.792**

S3-TE01
Fl. 11
