



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

Processo n° 10845.004484/2003-39
Recurso n° 153.514 Voluntário
Acórdão n° 2801-00.078 – 1ª Turma Especial
Sessão de 05 de maio de 2009
Matéria COFINS
Recorrente LABORATÓRIO CLÍNICO F. MENZEN JUNIOR LTDA
Recorrida DRJ-SÃO PAULO/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/10/1999

PROCESSO JUDICIAL E IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA.
OBJETOS.

A propositura de ações judiciais resulta em renúncia à discussão na via administrativa das matérias levadas à apreciação do Poder Judiciário. Deve ser conhecida a impugnação, quando distintos os objetos do processo judicial e do processo administrativo.

COMPETÊNCIA PARA EXAME DA ESCRITA.

A competência do Auditor-Fiscal para o lançamento inclui o exame de livros e documentos contábeis e fiscais, atividade que não se confunde com o exercício da profissão de contador.

LANÇAMENTO. NULIDADE.

Não procede a arguição de nulidade do lançamento quando não se vislumbra nos autos qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas em lei tributária. A utilização da taxa SELIC para o cálculo dos juros de mora decorre de lei, sobre cuja aplicação não cabe aos órgãos do Poder Executivo deliberar.

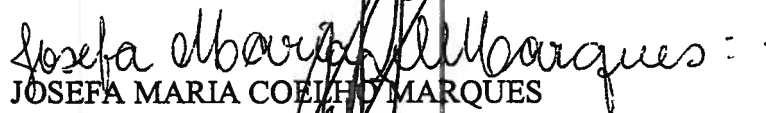
MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

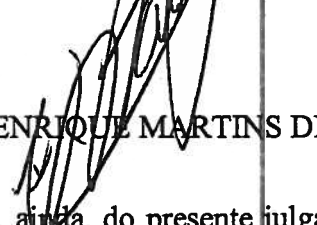
A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa de ofício, nos moldes da legislação que a instituiu.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA TURMA ESPECIAL da PRIMEIRA CÂMARA da SEGUNDA SEÇÃO do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, por unanimidade de votos, não se conheceu do recurso em relação à matéria submetida ao judiciário em razão da opção pela via judicial e no restante Por unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso.


JOSEFA MARIA COELHO MARQUES
Presidente


CARLOS HENRIQUE MARTINS DE LIMA
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Belchior Melo de Sousa e Daniel Maurício Fedato.

Relatório

Em decorrência do procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias foi lavrado, em 18/11/2003, em face do contribuinte acima identificada o Auto de Infração relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins para formalização e cobrança do crédito tributário nele estipulado no valor total de R\$4.296,86 (quatro mil, duzentos e noventa e seis reais e oitenta e seis centavos), incluindo os juros de mora e a multa de ofício (75%), referente ao fato gerador ocorrido em 31/10/1999 (fls. 03 a 07). A ciência da autuação deu-se em 19/11/2003, conforme consignado à fl. 04.

De acordo com o disposto na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fls. 05) e no Termo de Verificação (fl. 08/09), o crédito tributário refere-se à FALTA DE RECOLHIMENTO DA COFINS e o lançamento está fundamentado no artigo 1º da Lei Complementar nº 70, de 30/12/1991; arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718/98, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807/99; com as alterações da Medida Provisória nº 1.858/99 e reedições.

No Termo de Verificação Fiscal (fls. 08/09), a auditora fiscal autuante informa que a ação fiscal fora deflagrada em virtude do processo nº 10845.003764/2002-49 relacionado à ação judicial nº 2002.61.04.006989-6 na qual a contribuinte pediu a concessão de liminar em 18/09/02 a fim de suspender a exigibilidade do crédito tributário decorrente da COFINS incidente sobre o seu faturamento mensal.

Registra também que a liminar fora indeferida em 11/10/2002 e, em 20/01/03, foi julgado improcedente o pedido formulado e o processo foi extinto com o exame do mérito sendo denegada a segurança. Em decorrência, o contribuinte foi intimado em 02/09/2003 a apresentar demonstrativo de Base de Cálculo, valores recolhidos, Livro de

Serviços, Livro Razão e Plano de Contas, documentos estes que foram apresentados pela contribuinte.

Relata ainda que, conforme o Contrato Social, a interessada é uma sociedade que tem por fins e objetivos a prestação de serviços profissionais de medicina em todas as suas formas e modalidades, notadamente de Patologia Clínica Geral.

Sobre a legislação aplicável, assim se pronuncia:

Alega o contribuinte no Mandado de Segurança que é sociedade civil de prestação de serviços no ramo da saúde, na forma do Decreto-lei 2.397/87, e que está isenta do pagamento da COFINS, conforme previsto na LC 70/91, art. 6, inc. II. Ocorre, que a partir de 1992, a Receita Federal passou a entender, por analogia, que as sociedades civis prestadoras de serviços regulamentares que abdicassem do regime isencional do IRPJ definido pelo DL 2.397/87 e optassem pela tributação com base no lucro real ou presumido estariam sujeitas à COFINS.

A Lei nº 9.430/96, art. 56, suprimiu a isenção contida na LC 70/91, determinando que as sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada passassem a contribuir para a seguridade social, recolhendo COFINS.

Sobre a apuração da COFINS devida informa que o contribuinte apresentou demonstrativo de Base de Cálculo da COFINS, observando que os valores mostraram-se compatíveis com os escriturados no livro de serviços de 02/99 a 12/99. Constatou, ainda que a contribuinte não recolheu a COFINS relativa aos períodos de apuração 10/99 a 01/02 e 04/02 a 06/02 e nos períodos de apuração 07/02 a 06/03 foi declarado em DCTF como suspenso por medida judicial sendo indevida a suspensão declarada visto não ter sido concedida a liminar, nem sentença favorável. Entretanto foi aplicada a multa de ofício prevista no inciso I do artigo 44 da lei nº 9.430/1996, sobre a contribuição que deixou de ser recolhida.

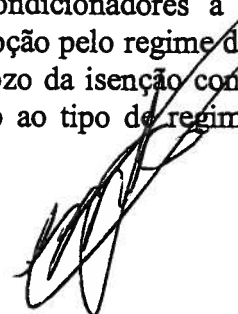
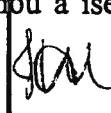
Irresignada contribuinte apresentou defesa, em preliminar, alega que o auto de infração deve ser anulado por violar princípios básicos do contribuinte e nega vigência a preceitos constitucionais, entre eles o do pleno direito de defesa e ao devido processo legal;

Argúi a inabilitação técnica do agente fiscal, por não ser contador habilitado regularmente perante o Conselho Regional de Contabilidade de São Paulo - CRC/SP. No seu entender, o exercício de atividades privativas de contadores feriria o princípio da reserva legal e atentaria contra a legislação federal que regulamenta a profissão.

Alega, ainda, que o presente ato administrativo careceria de motivação, pois os objetivos perseguidos já constam de procedimento judicial em curso.

Defende que a isenção concedida pela LC nº 70-/91 não pode ser revogada pela lei ordinária nº 9.430/96, em obediência ao princípio da hierarquia das leis.

Sob o tópico "Dos requisitos essenciais condicionadores a isenção da COFINS, nos termos da LC nº 70/91" a recorrente argúi que a opção pelo regime de tributação com base no lucro real ou no lucro presumido não afetaria o gozo da isenção concedida pelo art. 6º, II, da LC nº 70/91, porque a lei condicionou a isenção ao tipo de regime tributário seguido pela sociedade civil.



A contribuinte defende, ainda, a inaplicabilidade da taxa Selic para fins de cômputo dos juros de mora, alegando que os juros de mora não poderiam ser modificados por norma infralegal, a vulnerar o artigo 150, inciso I, da Constituição Federal (princípios da estrita legalidade em matéria tributária), além de ofender os princípios da anterioridade, da indelegabilidade de competência e da segurança jurídica. Argumenta que os juros de mora seriam devidos à taxa de até 1% como previsto no art. 161, § 1º, do CTN.

Por fim, a recorrente argumenta que a multa de 75% sobre o valor supostamente devido é absolutamente inconstitucional, posto que tem indisfarçável caráter confiscatório, e viola a vedação constitucional (CF 88, art. 150, IV), notadamente porque **inexiste dolo, fraude, sonegação ou qualquer espécie de prejuízo a Receita Federal.**

É o Relatório.

Voto

Conselheiro CARLOS HENRIQUE MARTINS DE LIMA, Relator

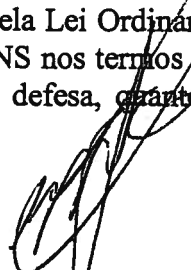
O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos para sua admissibilidade, e dele conheço.

Consta dos autos que a contribuinte interessada impetrou Mandado de Segurança (Processo nº 2002.61.04.006989-6 – fls. 41/61) objetivando que a autoridade impetrada se abstivesse de exigir o recolhimento da COFINS, nos moldes do artigo 56 da Lei nº 9.430/96, bem como para que seja reconhecida a expressa disposição isencional constante da Lei Complementar nº 70/91. A autoridade judicial julgou improcedente o pedido formulado pela contribuinte e extinguiu o processo, com exame do mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do CPC, denegando a segurança (fl. 61).

Por conseguinte, em preliminar, há de se averiguar a questão da existência de concomitância entre o processo judicial e o administrativo. Consoante dispõem o artigo 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 1.737/1979 e o artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/1980, a propositura, pelo contribuinte, de Mandado de Segurança, ação anulatória ou declaratória de nulidade de crédito da Fazenda Nacional, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

Registre-se, também, que a coisa julgada a ser proferida no âmbito do Poder Judiciário jamais poderia ser alterada no processo administrativo, pois tal procedimento feriria a Constituição Federal, que adota o modelo de jurisdição una, onde são soberanas as decisões judiciais. Por isso, resta evidente que a propositura de ação judicial contra a Fazenda Nacional importa renúncia à discussão na via administrativa das matérias levadas à apreciação do Poder Judiciário.

Assim, **não se toma conhecimento** da impugnação, na parte em que o contribuinte discute a mesma matéria que já foi levada à decisão do Poder Judiciário (no caso a pertinente à inobservância do princípio da hierarquia das leis pela Lei Ordinária nº 9.430/1996 e aos requisitos essenciais condicionadores a isenção da COFINS nos termos da LC 70/91). Já em relação às demais alegações ora apresentadas na peça de defesa, quanto à nulidade por



cerceamento do direito de defesa e por falta de motivação, à inabilitação técnica do agente fiscal, à aplicação da Taxa SELIC e ao caráter confiscatório da multa aplicada, por não estarem sendo discutidas na via judicial, estão sendo apreciados nesta decisão, pois em relação a elas o contribuinte tem direito à discussão na via administrativa, conforme dispõe a letra "b" do ADN n.º 03/96:

b) conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada (p. ex., aspectos formais do lançamento, base de cálculo etc.);

Relativamente à alegação de que o autuante deveria ser contador habilitado, assinala-se que a fiscalização dos procedimentos adotados pelos contribuintes, em relação aos tributos administrados pela Receita Federal, cabe aos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil – AFRFB (a denominação do cargo passou de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional – AFTN – para Auditor-Fiscal da Receita Federal – AFRF – por força da Lei nº 10.593/2002, e desta última para AFRFB em função da edição da Lei nº 11.457/2007). A competência advém dos artigos 142 e 194 do Código Tributário Nacional, bem como do Decreto-lei nº 2.225/1985 e, ainda, do artigo 911 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/1999), *in verbis*:

"Art. 911. Os Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional procederão ao exame dos livros e documentos de contabilidade dos contribuintes e realizarão as diligências e investigações necessárias para apurar a exatidão das declarações, balanços e documentos apresentados, das informações prestadas e verificar o cumprimento das obrigações fiscais (Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º)".

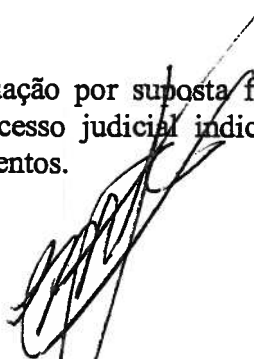
A matéria encontra-se pacificada na jurisprudência administrativa, a teor da Súmula nº 8 do Primeiro Conselho de Contribuintes:

"Súmula 1ª CC nº 8: O Auditor Fiscal da Receita Federal é competente para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador".

Assim, para verificar o cumprimento das obrigações tributárias dos contribuintes, o AFRFB serve-se dos livros e documentos contábeis e fiscais da empresa. Isto não significa, em hipótese alguma, que o AFRFB esteja desempenhando funções reservadas legalmente aos contadores habilitados, tais como confecção e assinatura de demonstrativos contábeis, mas apenas utilizando-se do trabalho produzido por tais profissionais para sua fiscalização.

Uma vez que o autuante se limitou às atividades a ele atribuídas por lei, descabido cogitar-se de nulidade do auto de infração por ofensa ao princípio constitucional da reserva legal ou, ainda, a disposições do Código Civil Brasileiro, ou mesmo à legislação federal que regulamenta a profissão de contador.

Alega ainda que a nulidade da autuação por suposta falta de motivação, porquanto não poderia ter sido desconsiderado o processo judicial indicado sem qualquer justificativa ou intimação da interessada para esclarecimentos.



A “folha de continuação do Auto de Infração” (fls. 05), aponta a infração por falta/insuficiência de recolhimento da COFINS e o Termo de Verificação Fiscal (integrante do Auto de Infração) explicita que o valor lançado foi apurado a partir de demonstrativo da base de cálculo do PIS apresentado pela contribuinte (confrontado com os valores escriturados) e de acordo com a legislação vigente.

A autuação traz a respectiva fundamentação legal, já indicada no parágrafo 2 do relatório.

Logo, improcede a alegação de falta de motivação, tendo sido observados os requisitos previstos no art. 10 do Decreto 70.235/72.

Além disso, verifica-se, por todo o arrazoado exposto no recurso, que a requerente tem perfeito conhecimento da exigência que lhe é imputada. Portanto, não é o caso da nulidade imposta pelo artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, posto que o auto de infração foi lavrado por servidor competente (Auditor Fiscal) no cumprimento de seu dever e, ainda, as disposições tributárias infringidas foram devidamente informadas e delas pôde a interessada defender-se. Afastada, pois, a argüida nulidade do lançamento.

Frise-se também que a contribuinte, ao apresentar o recurso, está justamente exercendo o seu direito de defesa. O cerceamento de direito de defesa somente ocorre quando o sujeito passivo teve prejudicado seu acesso ao processo fiscal, no qual encontram-se as informações que norteiam o lançamento a ser contestado, o que definitivamente não é o caso.

Assim sendo, fica afastada a alegada nulidade do auto de infração porquanto não houve nem preterição do direito de defesa e tampouco falta de motivação.

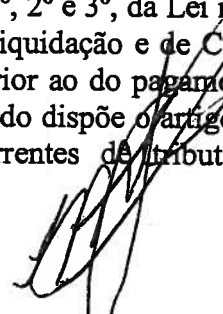
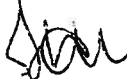
No que concerne à inconformidade da contribuinte com a aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC como índice para efeitos do cômputo dos juros de mora, há de se considerar, primeiramente, o que preceitua o § 1º do art. 161 da Lei nº 5.172, de 25/10/1966 (Código Tributário Nacional):

Art. 161. (...)

§ 1º. Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

Isto significa dizer que a taxa de juros de mora a ser exigida sobre os débitos fiscais de qualquer natureza para com a Fazenda Pública pode ser em percentual determinado por uma lei ordinária.

Eis que a Lei nº 9.065, de 20/06/1995, que dá nova redação a dispositivos da Lei nº 8.981, de 20/01/1995, que altera a legislação tributária federal e dá outras providências, dispôs em seu art. 13, que a partir de 1º de abril de 1995, os juros de mora incidentes sobre tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, relativamente a fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária, de que trata o art. 84, inciso I, e §§ 1º, 2º e 3º, da Lei nº 8.981/1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, até o mês anterior ao do pagamento e a 1% no mês em que o pagamento estiver sendo efetuado. De igual modo dispõe o artigo 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, em relação aos débitos decorrentes de tributos e contribuições



administrativos pela SRF cujos fatos geradores tenham ocorrido a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica.

A adoção da taxa de referência SELIC como medida de percentual de juros de mora sobre tributos não pagos nos prazos legais se fez via lei ordinária já reportada, conforme faculta o § 1º do art. 161 da Lei nº 5.172/1966.

Convém, ademais, lembrar que as Leis nº 9.065/1995 e nº 9.430/1996 foram decretadas pelo Poder Legislativo e sancionadas pelo Poder Executivo, a quem compete a fiel execução das normas legais.

Frise-se, que à autoridade administrativa cabe cumprir a determinação legal, aplicando o ordenamento vigente às infrações concretamente constatadas, não sendo sua competência discutir a natureza da taxa SELIC, se remuneratória ou moratória, sendo, inclusive vedada a apreciação de questão pertinente à constitucionalidade de lei, conforme orientação contida no Parecer Normativo CST nº 329/1970,, que assim está ementado:

Não cabimento da apreciação sobre inconstitucionalidade argüida na esfera administrativa. Incompetência dos agentes da Administração para apreciação de ato ministerial

Em última análise, não existe qualquer vedação legal à instituição da taxa referencial SELIC para fins de utilização no cálculo dos juros de mora devidos pelo contribuinte em mora.

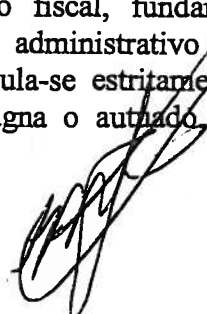
Também não merece acolhida a alegação da recorrente sobre o caráter confiscatório da multa de ofício aplicada, por ferir princípio constitucional.

Na esfera administrativa não há que se analisar questões relacionadas à inconstitucionalidade de leis como argüido pela impugnante. Não cabe, no caso, qualquer discussão quanto à legalidade da lei aplicável à presente lide (art. 44, , inciso I, da lei nº 9.430/1996), em razão de que não se pode negar sua eficácia. Ademais, presume-se que o legislador ao se pronunciar sobre a referida matéria observou os princípios constitucionais.

Ressalte-se que a autoridade administrativa não tem competência legal para decidir sobre inconstitucionalidade de normas legais, matéria reservada ao Poder Judiciário, pelo que qualquer discussão quanto aos aspectos da inconstitucionalidade das normas jurídicas deve ser submetida ao crivo desse Poder. O órgão administrativo não é o foro apropriado para discussões dessa natureza. Os mecanismos de controle da constitucionalidade regulados pela própria Constituição Federal, passam, necessariamente, pelo Poder Judiciário, que detém, com exclusividade, essa prerrogativa.

É despiciendo, portanto, suscitar tais alegações na esfera administrativa, pois não se pode, sob pena de responsabilidade funcional, desrespeitar as normas cuja validade está sendo questionada, em observância ao art. 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional (CTN).

Sendo assim, verifica-se que a ação fiscal, fundamentada na norma questionada, reveste-se de legitimidade, visto que o ato administrativo obedece à vontade expressa na lei, cujo procedimento é obrigatório e vincula-se estritamente aos ditames da norma legal. Ignorar o disposto nessa norma, como pugna o autuado, sob o pretexto de



inconstitucionalidade/ilegalidade, constituiria grave omissão funcional, esta sim, contrária aos princípios dispostos no "caput" do art. 37, da Constituição Federal.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à pretensão deduzida no recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 05 de maio de 2009

CARLOS HENRIQUE MARTINS DE LIMA