



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

Processo nº 10580.720095/2011-12
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3202-000.750 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de maio de 2013
Matéria COFINS. FALTA DE RECOLHIMENTO.
Recorrente CAM - CLÍNICA DE ASSISTÊNCIA À MULHER LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/01/2006 a 31/12/2008

SOCIEDADE CIVIL DE PROFISSÃO REGULAMENTADA. ISENÇÃO. REVOGAÇÃO PELA LEI Nº. 9.430/96. SENTENÇA JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. EFEITOS DA AÇÃO RESCISÓRIA.

É devido o recolhimento da Cofins pelas sociedades civis de profissão regulamentada, nos termos do art. 56 da Lei nº. 9.430/96. Tendo sido julgado procedente o pleito da ação rescisória interposta pela Fazenda Nacional, os efeitos decorrentes da decisão rescindida desfazem-se de forma *ex tunc*, a fim de que a situação volte a seu *status quo ante*.

ACRÉSCIMOS LEGAIS. MULTA DE OFÍCIO.

O não cumprimento da legislação fiscal sujeita o infrator à multa de ofício no percentual de 75% do valor do imposto lançado de ofício, nos termos da legislação tributária específica.

MULTA DE OFÍCIO. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 62 DO REGIMENTO INTERNO DO CARF.

Conforme dispõe o art. 62 do Regimento Interno do CARF, a este Colegiado é vedado deixar de observar a aplicação de lei sob o fundamento de inconstitucionalidade. Incabível negar-se a aplicação da multa de ofício, prevista na lei nº. 9.430/96, ao argumento de que violaria princípios constitucionais.

Recurso Voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

Irene Souza da Trindade Torres - Presidente e Relatora

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Irene Souza da Trindade Torres, Luís Eduardo Garrossino Barbieri, Thiago Moura de Albuquerque Alves, Charles Mayer de Castro Souza, Octávio Carneiro Silva Corrêa e Leonardo Mussi da Silva.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrado em face da contribuinte CAM CLÍNICA DE ASSISTÊNCIA À MULHER LTDA, em 06/01/2011, para exigência da Cofins, bem como de juros de mora e multa de ofício agravada, no valor total de R\$ 2.000.370,59, em razão de ter sido verificada a falta de recolhimento da referida contribuição no período compreendido entre 31/01/2006 e 31/12/2008.

Neste ponto, por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, o qual passo a transcrever:

“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 aos períodos de apuração de janeiro de 2006 a dezembro de 2008.

Conforme apontado no Termo de Verificação Fiscal, que é parte integrante do Auto de Infração, foi constatada a falta de recolhimento ou declaração da Cofins nos períodos verificados. A contribuinte apresentou à Fiscalização documentos judiciais acerca da controvérsia a respeito da isenção da Cofins para as sociedades civis de profissão regulamentada. Todavia, a autuante afirma que a contribuinte deixou de recolher e declarar a Cofins sem ter nenhum respaldo legal ou judicial.

Cientificada da exigência fiscal em 06/01/11, a autuada apresenta em 07/02/11 a Impugnação, sendo essas as suas razões de defesa, em síntese:

- Os valores imputados no auto de infração são indevidos, pois à época a empresa não era contribuinte da Cofins, conforme a decisão judicial transitada em julgado nos autos do MS nº 2000.33.000078947.

- A Lei Complementar nº 70, de 1991, previa em seu artigo 6º, II, a isenção da Cofins para as sociedades civis prestadoras de serviço de profissão regulamentada. Posteriormente, com a edição da Lei nº 9.430, de 1996, passou a surgir a controvérsia pelo artigo 56, que em seu texto dizia revogar a isenção concedida pela Lei Complementar. Ocorre que tal alteração só poderia ser feita mediante lei complementar, haja vista que a superioridade hierárquica da lei complementar não é conferida pelo elemento material, mas sim formal.

- Coube ao STJ e STF decidirem se o artigo 56 da Lei nº 9.430, de 1996, era ou não constitucional. Desta forma o controle de constitucionalidade exercido foi abstrato, fazendo valer dali em diante (*ex nunc*), *erga omnes*, a decisão exarada pelas cortes superiores.

• Destaque-se, também, que a multa aplicada fere o artigo 150, IV, da Constituição Federal de 1988, que veda a utilização do tributo com efeito confiscatório. Há também violação dos princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da capacidade contributiva.

• O ato administrativo vinculado pode sofrer controle principiológico, permitindo à própria administração pública a revisão de seus atos ilegais ou inconstitucionais.”

A DRJ-Salvador/BA julgou a impugnação procedente em parte, afastando o agravamento da multa de ofício aplicada (e-fls. 816/822), nos termos da ementa adiante transcrita:

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

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2008

*SOCIEDADE CIVIL DE PROFISSÃO REGULAMENTADA.
ISENÇÃO. REVOGAÇÃO.*

A isenção da Cofins que beneficiava as sociedades civis de profissão legalmente regulamentada, prevista na Lei Complementar nº 70, de 1991, deixou de vigorar com a publicação da Lei nº 9.430, de 1996, conforme já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal.

INCONSTITUCIONALIDADE.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil, como órgão da administração direta da União, não é competente para decidir quanto à inconstitucionalidade de norma legal.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Incabível a duplicação do percentual da multa de ofício prevista no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, quando não restar comprovada a ação ou omissão dolosa de que tratam os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Irresignada, a contribuinte apresentou recurso voluntário a este Colegiado (e-fls. 828/845), repisando os mesmos argumentos expendidos na impugnação. Alegou, em síntese:

- que o crédito tributário lançado de ofício é inexigível, por ter sido assim declarado judicialmente, nos autos do mandado de segurança nº.2000.33.00.007894-7, o qual tramitou na 10ª vara da Justiça Federal. Afirma que, na data da autuação, por força daquela decisão judicial, não era contribuinte da Cofins;

- tece considerações acerca da alegada isenção da Cofins para as sociedades civis de profissão regulamentada e as disposições do inciso II do art. 6º da Lei Complementar

nº. 70/91 e do art. 56 da Lei nº. 9.430/96. Afirma que, não obstante o STJ ter firmado seu entendimento afastando a cobrança da Cofins das sociedades civis, houve por bem aquela Corte rever o seu posicionamento e decidir por considerar a revogação da isenção da Cofins trazida pela Lei nº. 9.430/96, o que fez com que a Fazenda Nacional intentasse diversas ações rescisórias, a fim de desconstituir as decisões transitadas em julgado favoráveis às sociedades civis;

- que coube, assim, ao STF e ao STJ decidirem se o art. 56 da Lei nº. 9.430/96 era ou não constitucional. Este controle de constitucionalidade exercido foi abstrato, fazendo valer as decisões exaradas por aquelas cortes, *erga omnes*, dali em diante. Afirma que, nesta situações, o STF firmou o entendimento de que, em sede de controle abstrato, deve-se respeitar as situações jurídicas constituídas, a boa-fé e o direito adquirido, de forma que os efeitos do controle concentrado serão *ex nunc*, para o futuro;

- que os débitos argüidos foram compensados antes do término da ação rescisória, por força da coisa julgada que existia favorável à autuada em relação à isenção da Cofins; e

- que a aplicação da multa de ofício no percentual de 75% afronta os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da vedação ao confisco.

Ao final, requereu o total provimento do recurso interposto, a fim de desconstituir o Auto de Infração, reconhecendo-se a improcedência do crédito tributário exigido.

Voto

Conselheira Irene Souza da Trindade Torres, Relatora

Ao teor do relatado, trata-se a lide de Auto de Infração lavrado em face da contribuinte já identificada nos autos, para exigência da Cofins, bem como de juros de mora e multa de ofício agravada, no valor total de R\$ 2.000.370,59, em razão de ter sido verificada a falta de recolhimento da referida contribuição no período compreendido entre 31/01/2006 e 31/12/2008. O agravamento da multa de ofício foi afastado pela DRJ, que decidiu manter a penalidade no percentual de 75%.

Não se está aqui a discutir a constitucionalidade ou não do art. 56 da Lei nº. 9.430/96, visto que tal matéria já foi objeto de ação judicial movida pela contribuinte. Quanto a tal ação, esclarece a autoridade autuante todas as etapas de seu julgamento, a saber:

“A fiscalizada impetrou MS nº. 2000.33.00.007894-7. perante a Justiça Federal na seção judiciária da Bahia, para lhe garantir isenção da COFINS, o qual foi julgado “improcedente” em primeira instância. Inconformada com a decisão contida na sentença proferida em 1ª instância, lançou mão de recurso de apelação perante o Tribuna Regional Federal da 1ª Região, que em acórdão proferido, decidiu pela improcedência do recurso de apelação. Mais uma vez a fiscalizada, inconformada com a decisão proferida em acórdão pelo TRF-1ª Região, ajuizou recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça, eu decidi em acórdão proferido, dar provimento ao recurso especial analisado. Contra a decisão contida no acordai de recurso especial proferido pelo STJ, a Fazenda Nacional ajuizou a Ação Rescisória nº. 3.572-BA (2006/0113944-2) que foi julgada procedente em

09/12/2009, restabelecendo, portanto, a decisão contida no acórdão proferido pelo TRF-1ª Região, o qual manteve a sentença prolatada pelo Juízo de primeiro grau, que havia denegado a segurança.”

Assim, diferentemente do que faz parecer a autuada, não se está a discutir os efeitos de qualquer controle de constitucionalidade que tenha sido exercido pelo STF ou pelo STJ, mas sim dos efeitos da ação rescisória contra a sentença proferida em sede de recurso especial ajuizada pela contribuinte.

A ação rescisória é forma de relativização da coisa julgada e visa desconstituir a sentença de mérito já transitada em julgado. Sobre os efeitos rescindendos decorrentes da procedência da ação rescisória, afirma José Arnaldo Vitagliano: “*os efeitos da decisão de procedência da ação rescisória atingem diretamente a sentença atacada, rescindindo-a por completo, tornando-a nula*”¹

Ainda sobre o alcance do pedido rescisório, vale citar os ensinamentos de Ernane Fidélis dos Santos², no sentido de que o novo julgamento tem o condão de fazer com que, caso a decisão rescindida já tenha sido executada, as coisas voltem ao estado anterior, por força de nova execução. Eis seus dizeres:

“O pedido que se pode cumular ao de rescisão é apenas o de novo julgamento da causa. Não se comporta, na rescisória, pedido específico de condenação à devolução de coisa, dinheiro, indenização por serviço prestado etc., quando já tiver havido execução da sentença ou acórdão rescindendos. Mas, na consideração de que, **declarada a rescisão do ato jurídico judicial, tudo volta ao estado anterior**, o *iudicium rescissorium* poderá gerar efeitos secundários que também autorizam execução. O autor da rescisória fora condenado, como réu, a pagar quantia em dinheiro, ou a entregar imóvel que tinha em sua posse. No novo julgamento, o acórdão da rescisória deu pela improcedência do pedido condenatório, ou ao de reivindicação. Como efeito secundário da decisão, que é declaratória, muito lógico que, já tendo havido execução, por outra se façam voltar as coisas ao estado anterior, isto é, que se permita ao autor fazer, através do processo executório, o imóvel voltar a sua posse, e a se reembolsar da quantia que pagou indevidamente, em execução, com os acessórios que lhe são peculiares”.(grifo não constante do original)

No mesmo sentido é a lição de Pontes de Miranda³, segundo a qual a prestação jurisdicional que fora entregue em ação anterior será desfeita, em caso de êxito do juízo rescisório. Noutros dizeres, sendo julgado procedente o pleito rescisório, os efeitos decorrentes da decisão rescindida desfazem-se de forma *ex tunc*, a fim de que a situação volte a seu *status quo*. Isso porque, com o trânsito em julgado da sentença rescindente, tudo que fora rescindido é retirado do mundo jurídico, ou seja, a sentença que anteriormente era eficaz, deixa de existir, prevalecendo, portanto, o novo julgamento proferido em sede do juízo rescisório.

Assim, no momento em que a ação rescisória foi julgada procedente, houve a desconstituição da decisão proferida pelo STJ que garantia à contribuinte a não incidência da Cofins, restabelecendo-se a decisão proferida em 2ª instância, desfavorável à autuada.

¹ VITAGLIANO, José Arnaldo. Coisa Julgada e Ação Anulatória. Curitiba: Juruá, 2004. p. 148.

² SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil. Volume 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 762/763.

³ MIRANDA, Pontes de. Tratado da ação rescisória. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2003, p. 521/540

Deveria a contribuinte então, naquele momento, ter efetuado o recolhimento da Cofins foi julgada devida pelo Poder Judiciário. Não o fazendo, procedente a autuação perpetrada.

Neste sentido, irretocável o entendimento da DRJ, quando afirma: “(...) no momento que o Poder Judiciário decidiu pela validade da revogação da isenção da Cofins, deveria a contribuinte ter buscado a regularização de seus débitos de Cofins, e não ter permanecido inerte, sem declarar ou pagar a Cofins. Tem-se por correto, portanto, o procedimento da Fiscalização, ao lançar de ofício a Cofins devida nos períodos de apuração dos anos de 2006, 2007 e 2008”.

Quanto à aplicação da multa de ofício no percentual de 75%, tem-se eu a penalidade cominada em lei não é atividade discricionária, sendo, antes, obrigatória e vinculada, não podendo a autoridade fiscal deixar de aplicá-la, em se configurando a situação tipificada no texto legal, sob pena de responsabilidade funcional.

O que se tem nos autos é que a contribuinte deixou de recolher a COFINS que era devida. Tal fato subsume-se exatamente à hipótese prevista no inciso I art. 44 da Lei 9.430/1996 – qual seja, a falta de recolhimento do imposto devido – e enseja a quem nela incorre a multa de 75% da obrigação tributária não satisfeita. Veja-se:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Ora, o não recolhimento da COFINS caracteriza uma infração à ordem jurídica e a inobservância da norma jurídica importa em sanção, aplicável coercitivamente, visando evitar ou reparar o dano que lhe é conseqüente. Cabível, portanto, a multa referida, por constituir-se na plena aplicação da legislação em vigor, nos estritos limites da lei. Acertada a decisão da DRJ que reduziu, de ofício, o percentual aplicado, nada havendo a reparar na sentença *a quo* neste sentido.

Por último, tem-se que, conforme dispõe o art. 62 do Regimento Interno do CARF, a este Colegiado é vedado deixar de observar a aplicação de lei sob o fundamento de inconstitucionalidade, excetuando-se os casos previstos em seu parágrafo único. Desta forma, não é cabível negar-se a aplicação da multa de ofício, prevista na lei nº. 9.430/96, ao argumento de que violaria os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e vedação ao confisco.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso voluntário.

É como voto.

Irene Souza da Trindade Torres

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/05/2013 por IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES, Assinado digitalmente em

29/05/2013 por IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES

Impresso em 04/06/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 10580.720095/2011-12
Acórdão n.º **3202-000.750**

S3-C2T2
Fl. 855

CÓPIA