



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 10872.000129/2010-92
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3201-005.510 – 3ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de julho de 2019
Recorrente DUMANS, SOCIEDADE DE ADVOGADOS
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/07/2005 a 31/12/2009

CONCOMITÂNCIA.

Nos termos da Súmula CARF nº 1, a existência de discussão judicial de mérito impede a sua apreciação por esta Turma Julgadora, devendo a Autoridade Fiscal ficar adstrita ao quanto restar decidido, em caráter definitivo, na esfera judicial.

MULTA DE OFÍCIO.

A multa de ofício não pode ser lançada em face de tributo que não se encontrava exigível no momento da lavratura do Auto de Infração para prevenção de decadência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Voluntário, deixando de conhecer quanto aos valores lançados a título de Cofins, devendo o lançamento ser revisto pela Autoridade Lançadora em conformidade com as decisões judiciais proferidas no Mandado de Segurança nº 99.0015953-5. E, na parte conhecida, em dar-lhe provimento, para afastar a aplicação da multa de ofício.

(assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza - Presidente.

(assinado digitalmente)

Tatiana Josefovicz Belisário - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Roberto Duarte Moreira, Tatiana Josefovicz Belisário, Leonardo Correia Lima Macedo, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Hécio Lafetá Reis, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Laercio Cruz Uliana Junior e Charles Mayer de Castro Souza.

Fl. 2 do Acórdão n.º 3201-005.510 - 3ª Seção/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 10872.000129/2010-92

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pelo Contribuinte em face do acórdão nº **14-70.115**, proferido pela 11ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto (SP), que assim relatou o feito:

Trata presente processo de Autos de Infração à legislação da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), referente a períodos de julho de 2005 a dezembro de 2009, por meio do qual foi constituído crédito tributário no montante de R\$ 554.723,26 (fls. 266), aí incluídos o valor principal, multa de ofício no percentual de 75% e juros de mora calculados até 31/05/2010.

As infrações, relativas à incidência cumulativa da contribuição, foi descrita no Auto de Infração como insuficiência de recolhimento ou declaração (fls. 268).

As irregularidades constatadas foram contextualizadas no Termo de Verificação Fiscal de fls. 258/261, em que a Fiscalização inicia reportando-se à intimação inicial para o contribuinte apresentar suas bases de cálculo e a sua escrituração contábil dos fatos geradores ocorrido no período de julho de 2005 a dezembro de 2009 e à resposta recebida de que seria isento da contribuição para a COFINS e que não caberia "qualquer fiscalização em relação a tal tributo", em razão de Decisão Judicial no Mandado de Segurança 99.0015953-5. Na sequência expõe:

Anteriormente, em 08/11/2009, no processo administrativo 19726.002579/2009-34, que deu origem à programação da fiscalização, a Procuradoria da Fazenda Nacional se manifestou sobre este assunto, às fls. 385 a 390, com base na Súmula 239 do STF, que dispõe que "Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores". Afirma a PFN que caberia lançamento da contribuição no contribuinte que "por força da norma do artigo 56, da Lei 9430/96, cujos fatos geradores ocorreram a partir de 2000, não estão sujeitos às decisões judiciais proferidas no curso do Mandado de Segurança em epígrafe, eis que restritas aos exercícios financeiros de 1997 e 1999".

Portanto, com base na manifestação da PFN, reintimei o contribuinte a apresentar demonstrativo no período de Julho/2005 a dezembro/2009, compondo mensalmente a receita operacional, receita financeira e outras receitas, bem como as deduções a serem consideradas no cálculo das referidas bases de cálculo.

Para o período de Julho/2005 a dezembro/2009, solicitei a apresentação do Livro Diário, bem como cópia das contas de passivo onde estão escriturados os valores representativos de tributos e contribuições federais a pagar, a título de COFINS. Bem como a apresentação das contas onde estão escrituradas, mensalmente, a receita operacional, receita financeira e outras receitas, e das deduções consideradas no cálculo das referidas bases de cálculo.

O contribuinte apresentou, em 10/03/2010, planilha compondo, mensalmente, a suas receitas operacionais e financeiras de 2005 a 2009, bem como os Livros Diários de 2005 a 2008.

Em 17/03/2010 foi o contribuinte reintimado a apresentar o Livro Diário e cópia do Livro Razão de 2009.

Em 13/05/2010 foi procedida, mediante Termo, a devolução ao representante do contribuinte dos Livros Diários nºs 14 a 17, apresentados à fiscalização relativamente aos anos de 2005 a 2008. Não foi apresentado relativamente ao ano de 2009, qualquer livro contábil ou fiscal.

Tendo o procurador do contribuinte me apresentado cópia de Decisão Interlocutória do Sr. Juiz Federal da 1ª. Vara Federal do Rio de Janeiro, de 23/03/2010, que impedia à Secretaria da Receita Federal do Brasil de tomar qualquer providência na cobrança da COFINS do escritório de advocacia, foi o processo administrativo encaminhado ao Sr. Delegado da DRF RJ II, solicitando orientação. O Sr. Delegado informou os fatos à Procuradoria da Fazenda Nacional, que interpôs Agravo de Instrumento contra aquela decisão que impedia a SRFB de tomar qualquer providência na cobrança da COFINS do escritório.

Obtida decisão do TRF da 2ª. Região, a PFN encaminhou Ofício à Secretaria da Receita Federal do Brasil, com cópia da tutela obtida no Agravo de Instrumento, suspendendo-se a decisão prolatada pelo Juízo da 1ª. Vara Federal/RJ em 23/03/2010, que determinava a abstenção do Fisco em lançar e cobrar a COFINS do contribuinte. O TRF2 demonstrou receptivo à tese de que legislação superveniente limitaria o alcance do acórdão.

Em decorrência do exposto, sem o impedimento ao trabalho da SRFB, efetuamos o presente lançamento do crédito tributário devido conforme previsto na legislação fiscal vigente.

Na sequência, descreve a Ação Fiscal como segue:

A ação fiscal foi iniciada em 05/02/2010, por intermédio do Termo de Início de Fiscalização, quando o contribuinte foi intimado pessoalmente em seu domicílio fiscal a apresentar todos os documentos ali especificados, em especial os livros contábeis e fiscais da pessoa jurídica, cujo objeto social é a prestação de serviços advocatícios.

Após reintimação de 24/02/2010 foi apresentado pelo fiscalizado demonstrativo de suas receitas no período de 01/07/2005 a 31/12/2009 e os Livros Diário nºs 14 a 17, relativamente aos anos de 2005 a 2008.

A partir desses Livros Diário e do demonstrativo apresentado, procedeu-se ao levantamento das bases de cálculo mensais como sendo equivalentes à totalidade das receitas mensais auferidas pelo contribuinte, sendo aplicada a essas a alíquota de 3% para a determinação dos valores devidos de COFINS cumulativa. O contribuinte apresentou suas DIPJs com base no lucro presumido e não declarou em DCTF qualquer débito relativo à COFINS.

Após o levantamento entre os valores das receitas informadas, das retenções de fonte da COFINS e os valores constantes das DIRF encaminhadas à SRFB, apurou-se diferenças que encontram em demonstrativo anexo a este Termo de Verificação Fiscal.

Conforme descrito anteriormente, a partir das receitas contabilizadas no Livro Diário e em demonstrativo apresentado pelo contribuinte levantou-se os valores mensais das receitas auferidas e contabilizadas, que são as bases de cálculo mensais da COFINS, sendo aplicada a essas a alíquota de 3% (três inteiros por cento) para a determinação dos valores mensais devidos de COFINS cumulativa.

Esclarece acerca das retenções na fonte que:

Em pesquisas efetuadas nos sistemas de informação da Secretaria da Receita Federal do Brasil, foram identificados alguns valores referentes a retenções de fonte feitas por tomadores de serviços (declarantes de Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte - DIRF) tendo como beneficiário o contribuinte fiscalizado. Essas retenções ocorreram sob o código de receita 5952 (Retenção de Contribuições sobre pagamentos de Pessoas Jurídicas a Pessoas Jurídicas de Direito Privado - CSLL, COFINS e PIS) e representam 4,65% do valor do pagamento efetuado, assim distribuídos: 3% a título de COFINS; 1% a título de CSLL (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido); e 0,65% a título de PIS (Contribuição para o Programa de Integração Social), bem como sob o código 5960

(Retenção de COFINS art. 30 da Lei 10833/2003). Os valores apurados de COFINS retidos na fonte, que estão sendo reconhecidos ex officio, encontram em anexo a este Termo de Verificação Fiscal.

Reporta-se a valores declarados em DCTF:

Os débitos mensais declarados em DCTF, existentes nos sistemas de informação da Secretaria da Receita Federal do Brasil a título de COFINS também foram apurados e encontram-se igualmente discriminados em anexo a este Termo de Verificação Fiscal.

E, acerca da apuração dos valores lançados de ofício, expõe:

A partir dos valores mensais calculados da COFINS devida em função das receitas contabilizadas, deduzimos os valores retidos na fonte pelos tomadores dos serviços do fiscalizado (informados em DIRF) e subtraímos ainda os débitos declarados em DCTF. Assim, pudemos determinar os valores mensais de COFINS que estão sendo lançados ex officio por intermédio deste Auto de Infração, que se encontram consolidados em demonstrativo anexo ao presente Termo.

Na sequência, indica o enquadramento legal da exigência (fl. 261).

Por fim, reporta-se novamente à decisão do TRF da 2ª Região, com a tutela obtida no Agravo de Instrumento, suspendendo-se a decisão prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Federal/RJ em 23/03/2010, que determinava a abstenção do Fisco em lançar e cobrar a COFINS do contribuinte, de modo que, sem o impedimento ao trabalho da SRFB, foi efetuado o presente lançamento do crédito tributário devido conforme previsto na legislação fiscal vigente.

De fls. 262/263 consta Demonstrativo de Apuração da Cofins e, às fls. 264/265, estão indicadas as retenções da fonte.

Dada ciência da autuação em 18/06/2010 (fls. 286), foi apresentada em 20/07/2010 impugnação de fls. 288/304, com as razões de defesa a seguir sintetizadas.

De início é registrada a tempestividade da Impugnação e expostos os fatos.

Na sequência, quanto ao direito, reporta-se a Impugnante a trânsito em julgado em 19.02.2004 perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) de acórdão proferido pelo E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região que assegurou à IMPUGNANTE o direito à isenção da COFINS, na forma do art. 6º, II, da Lei Complementar nº 70/91, afastada a pretensão de revogação do benefício pela Lei nº 9.430/96. E expõe que:

- Foi reconhecido, portanto, que a IMPUGNANTE jamais esteve obrigada ao recolhimento da COFINS, de modo que, a partir de março de 2004, após o trânsito em julgado da decisão, cessaram definitivamente os recolhimentos que, por cautela, ainda vinham sendo realizados pela IMPUGNANTE no curso da ação judicial.

- em face do procedimento fiscal que redundou na autuação objeto do presente processo administrativo, a IMPUGNANTE apresentou petição ao Juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, para lhe dar ciência da intenção da fiscalização em descumprir o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região - TRF, requerendo que fosse determinada a suspensão dos atos de fiscalização.

- a Fazenda Nacional protocolou recurso de Agravo de Instrumento registrado sob o nº 2010.02.01.005953-3, ao qual foi atribuído preliminarmente efeito suspensivo para "autorizar" o prosseguimento dos atos fiscalizatórios que resultaram na autuação ora em litígio;

- alegou a Fazenda Nacional, em flagrante desrespeito a coisa julgada, afrontando de forma acintosa o Poder Judiciário, que os efeitos do acórdão estariam limitados ao

momento em que houve uma mudança legislativa superveniente, no caso, a edição da Lei nº 9.718, de 27.11.1998, que, em seu entendimento, passou a regular a incidência da COFINS para as pessoas jurídicas.

Defende, então, que:

- não há que se falar em nenhuma mudança legislativa, porquanto a Lei Complementar nº 70/91, que instituiu a COFINS na forma do art. 195 da CF/88, continua em vigor, servindo como fundamento de validade para a cobrança da referida contribuição, bem como o seu art. 6º, II, que assegura a isenção das sociedades civis, sem que tenham sido revogados por qualquer lei complementar ou ordinária.

- a segurança jurídica dos contribuintes não pode ser desprezada em prol de entendimentos individuais, ao arrepio da letra da lei, para autorizar uma exceção que suprime a principal virtude da coisa julgada, sem que essa coisa julgada tenha sido sequer objeto de alguma NULIDADE.

- Neste particular, interessante notar que diversas outras hipóteses de isenção foram revogadas pela MP nº 2158-35/2001, mas não a prevista no art. 6º, II.

- A única norma que buscou especificamente revogar o art. 6º, II, da LC nº 70/91, foi o art. 56 da Lei Ordinária nº 9.430/96, que dispõe sobre o ponto em questão plenamente vigente:

"Art. 56. As sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991."

- E exatamente essa impossibilidade de revogação é que foi reconhecida pelo acórdão do TRF da 2ª Região, transitado em julgado em fevereiro de 2004, que nunca foi objeto de qualquer providência - na forma da lei processual - no sentido de sua rescisão pela União Federal.

Questiona a decisão judicial exarada no âmbito do Agravo de Instrumento, que permitiu o procedimento fiscal, expondo que:

- Infelizmente o Exmo. Desembargador Relator do Agravo de Instrumento foi induzido ao erro pela Fazenda Nacional, ao se orientar do seguinte trecho constante no Agravo de Instrumento, fls. 12:

"E nem se pode alegar que as novas normas não teriam sido expressas em revogar a isenção prevista na Lei Complementar nº 70/91, **já que o legislador não precisaria revogar aquilo que já havia sido revogado anteriormente.**"

- Isto porque, para os contribuintes que possuem decisão judicial transitada em julgado, cujo prazo para ação rescisória foi esgotado sem que esta fosse ajuizada, pouco importa se foram editadas leis posteriores alterando alíquotas ou ampliando a base de cálculo da contribuição, o que efetivamente fez a Lei nº 9.718/98, citada pela Fazenda Nacional como "novo fundamento da COFINS".

- Vale lembrar que a COFINS não mudou, é o mesmo tributo, que hoje é cobrado ainda com base em sua Lei instituidora (Lei Complementar nº 70/91), e que sofreu alterações posteriores, por diversas outras leis, mas cuja norma jurídica específica aplicável à IMPUGNANTE, insculpida no art. 6º, II continua em pleno vigor, não apenas por não ter sido revogada, mas por força da coisa julgada, que impede sua desconsideração por disposição de lei ordinária.

- Logo, há que se reconhecer que o contexto jurídico e fático não foi alterado desde o trânsito em julgado do acórdão que assegurou a isenção da COFINS à IMPUGNANTE,

não havendo razão para desconsiderar a decisão judicial de Mandado de Segurança que tramitou até o Superior Tribunal de Justiça.

- Ora, tanto os fundamentos jurídicos do tributo (LC nº 70/91), quanto a qualificação da IMPUGNANTE, na condição de sociedade civil para o exercício de profissão legalmente regulamentada (advocacia), permanecem imutáveis desde que o acórdão transitou em julgado.

- Vale ressaltar que todas as alterações legislativas indicadas pela Fazenda como fundamento para a "nova cobrança" da COFINS, especialmente a Lei nº 9.718/98, já estavam em vigor mesmo antes do próprio trânsito em julgado do acórdão, que ocorreu em 19.02.2004, e, nem assim, tiveram o condão de alterar o posicionamento estampado na decisão judicial.

- O que se verifica, portanto, é que a decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal em nada inovou em relação à coisa julgada. Pelo contrário, tal decisão pretendeu somente assegurar o cumprimento da ordem judicial transitada em julgado.

Discorda também do argumento para autuação de que a isenção assegurada a IMPUGNANTE seria *ad aeternum*. Assevera que o voto proferido pelo então Desembargador Ricardo Regueira é muito claro ao determinar que a LC nº 70/91 pode ser revogada, desde que o seja por outra Lei Complementar.

E acrescenta:

A isenção da IMPUGNANTE, portanto, está limitada sim, mas ao prazo em que estiver em vigor o art. 6º, II, da LC nº 70/91, pouco importando se outras leis ordinárias irão regular outros aspectos da COFINS, tal como o aumento da sua base de cálculo ou de sua alíquota e sua incidência sobre as importações etc. etc.

Discorre acerca de seu entendimento de que a regra especial de isenção veiculada pela LC 70/91 deve prevalecer em relação às sociedades específicas mencionadas no art. 1º do Decreto-lei nº 2.397/87 (dentre as quais a IMPUGNANTE, que cumpre os requisitos desse dispositivo legal), em detrimento da regra geral de tributação posterior instituída pela Lei nº 9.430/96.

Questiona a utilização, pela Fazenda Nacional, da Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal (STF) - "Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores." – alegando que a ela foi dada interpretação distorcida: A Súmula refere-se apenas à questão da independência dos exercícios em relação ao lançamento tributário, ao passo a isenção assegurada à IMPUGNANTE trata de uma declaração de inexistência de relação jurídico-tributária, expressamente reconhecida por lei, e que foi conferida por decisão judicial transitada em julgado. Cita exemplos de jurisprudência do STJ e do STF sobre a matéria, destacando que os julgados buscaram sempre a proteção ao princípio da segurança jurídica, na medida em que preservaram a autoridade da coisa julgada.

Entende que a única motivação da Fazenda Nacional para insistir na cobrança da COFINS em relação à IMPUGNANTE é o fato de que, há pouco tempo, foi revogada a Súmula nº 276 do STJ, que reconhecia ser improcedente a suposta revogação da isenção pela Lei nº 9.430/96, após manifestação nesse sentido do STF. E questiona:

(a) se o direito da fiscalização é tão evidente por que a mesma não apresentou qualquer recurso contra a decisão judicial transitada em julgado?

(b) por que esta autuação ocorreu 6 anos e 5 meses após o trânsito em julgado do acórdão?

Conclui inexistir justificativa plausível que deponha favoravelmente à fiscalização, mas apenas fica evidenciada a sua deslealdade processual, nos termos do art. 14, I, do Código de Processo Civil, bem como que, ausente ação rescisória, inalterado o fundamento da exigência (LC 70/91) e mantida a condição da Impugnante (sociedade civil), incabível a relativização da coisa julgada.

Ainda invoca Audiência Pública de 20.06.2010, transcrevendo notícia que teria sido publicada em meios de comunicação nos termos seguintes:

"A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) começou a definir de que forma pretende cobrar tributos de contribuintes beneficiados por decisões judiciais das quais não cabem mais recursos, mas contrárias a entendimentos do Supremo Tribunal Federal (STF). Ontem, na primeira audiência pública realizada para discutir a questão, ficou resolvido, por exemplo, que não haverá cobrança retroativa. Ao desconstituir a chamada "coisa julgada", a sentença perderia os efeitos a partir daquele momento. Isso quer dizer que o contribuinte não seria obrigado a devolver o tributo que deixou de pagar embasado na decisão judicial transitada em julgado, mas teria que passar a recolher a partir da decisão do Supremo.

Segundo João Batista de Figueiredo, coordenador geral de Representação Judicial da Fazenda Nacional, por meio de um ato, a procuradoria daria publicidade à decisão do Supremo e de sua intenção de voltar a cobrar o tributo, o que ocorreria somente um mês após a publicação do ato. No caso de desconstituição dos efeitos de decisões julgadas de forma favorável à Fazenda, bastaria o contribuinte deixar de recolher o tributo."

Entende que foi reconhecido que, em qualquer hipótese, a cobrança não seria retroativa, que foi exatamente o que fez o auto de infração em tela, após o açoitado auditor da Receita Federal sentir-se "autorizado" pela decisão provisória, que ainda será julgada pelo Tribunal.

Opõe-se à aplicação da multa de ofício, invocando a Súmula vinculante nº 17 do CARF de que **"Não cabe a exigência de multa de ofício nos lançamentos efetuados para prevenir a decadência**, quando a exigibilidade estiver suspensa na forma dos incisos IV ou V do art. 151 do CTN e a suspensão do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo."

Defende que:

- como o presente auto de infração somente foi lavrado para prevenir a decadência, conforme determinado expressamente na decisão que deferiu a antecipação da tutela para autorizar o lançamento (doc. 3), não merece prosperar a aplicação da multa de ofício;
- não cabe aplicação de uma penalidade a um contribuinte que agiu estritamente em conformidade com a decisão judicial que lhe assegurava o direito ao não recolhimento da COFINS, que, diga-se de passagem, não foi rescindida até hoje.
- se é impedido o lançamento da multa de ofício quando há suspensão da exigibilidade por força de medida liminar ou antecipação de tutela, que dirá quando a administração se deparar com um acórdão transitado em julgado!

Finaliza requerendo o cancelamento da Auto de Infração ou, pelo menos, a exclusão da multa de ofício e, ainda, que as intimações sejam feitas na pessoa do advogado e no endereço que indica.

Instruindo a Impugnação, foram apresentados documentos de fls. 305/362, entre os quais, além de procuração e substabelecimento, documentos de identificação pessoal, cópia dos Autos de Infração, decisões judiciais e publicação de notícia em veículo de imprensa, constam:

- Decisão judicial no Agravo de Instrumento 2010.02.01.005953-3 (fls. 317/321) que deferiu efeito suspensivo impedindo o procedimento fiscal;
- decisões relativas ao Mandado de Segurança (9900159535) e a recursos nele apresentados (fls. 322/328).

Após exame da defesa apresentada pelo Contribuinte, a DRJ proferiu acórdão assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/07/2005 a 31/12/2009

DISCUSSÃO JUDICIAL. COFINS. ISENÇÃO. ALCANCE DOS EFEITOS DA DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário acarreta a renúncia à discussão administrativa sobre a mesma matéria, impedindo a apreciação das razões de defesa acerca de igual questão por parte do colegiado a quem caberia o julgamento.

Quando contenha objeto mais abrangente do que o judicial, o processo administrativo fiscal deve ter seguimento em relação à parte que não esteja sendo discutida judicialmente.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/07/2005 a 31/12/2009

MULTA DE OFÍCIO. LANÇAMENTO.

Não comprovada suspensão da exigibilidade do crédito na forma dos incisos IV e V do Código Tributário Nacional, a que se reporta o art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, deve ser mantida a multa de ofício aplicada.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformado, o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário reiterando os argumentos de defesa apresentados quanto ao crédito tributário mantido.

Após os autos foram remetidos a este CARF e a mim distribuídos por sorteio.

É o relatório.

Voto

Conselheira Tatiana Josefovicz Belisário

O Recurso Voluntário é próprio e tempestivo, portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, trata-se de Auto de Infração por meio do qual se exige da Recorrente o recolhimento da COFINS períodos de julho de 2005 a dezembro de 2009 incluídos o valor principal, multa de ofício no percentual de 75% e juros de mora.

Na hipótese dos autos, a Recorrente possui decisão judicial transitada em julgado nos autos do Mandado de Segurança nº 99.0015953-5, que lhe garante, nos termos do Acórdão de Apelação nº 2000.02.01.034732-6:

Assim, a COFINS continua a não incidir sobre os atos praticados pelas sociedades uniprofissionais, em razão da ilegitimidade da revogação do art. 6.º, II, da Lei Complementar 70/91, pela Lei 9430/96.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso da parte autora, nos termos da fundamentação supra.

Ocorre que, mesmo diante do referido trânsito em julgado, a RFB passou a exigir da Recorrente o recolhimento da COFINS, ao argumento de que a coisa julgada no referido processo alcançou apenas os atos praticados antes da vigência da Lei nº 9.718/98.

Tal questão foi submetida ao próprio Juízo do Mandado de Segurança nº 99.0015953-5 por meio de pedido formulado pela Recorrente naqueles autos (fls. 962 e seguintes do processo conexo 15374.000320/2007-73), do qual extraio:

14. O Mandado de Segurança em que foi proferida a decisão que assegurou a isenção da COFINS tramitou perante este Juízo. Logo, se foram efetuados recolhimentos de COFINS, que posteriormente viera, a ser reconhecidos como indevidos, pois a IMPETRANTE é isenta da contribuição, tais recolhimentos são passíveis de restituição.

(...)

16. Portanto, é absurda a alegação da Fazenda Nacional de que muito embora o acórdão proferido tenha assegurado o direito à isenção da COFINS, este teria se calado acerca de eventuais pedidos de compensação ou restituição,

17. Qualquer entendimento nesse sentido chancelaria o enriquecimento ilícito da UNIÃO FEDERAL, que cobrou um tributo indevidamente por anos, teve imposta contra si uma decisão judicial que reconheceu que os pagamentos foram indevidos e agora, por filigranas processuais, busca em verdade surrupiar definitivamente os valores que não lhe são cabíveis, mas sim, à IMPETRANTE.

18. O acórdão não precisava assegurar expressamente o direito à restituição de um tributo que nele foi considerado indevido. Este é o comando do art. 165 do Código Tributário Nacional, que assegura a o sujeito passivo, independentemente **de prévio protesto, à restituição total de tributo, cujo pagamento espontâneo tenha ocorrido indevidamente**

(...)

23. Por todo o exposto, a IMPETRANTE vem requerer a V.Exa. que:

esclareça o título judicial decorrente deste processo lhe garante o não pagamento da COFINS e, na forma prevista no art. 74 da Lei 9.430, 27.12.1996 e da IN SRF nº 517, de 25.02.2005, lhe permite habilitar o crédito tributário decorrente da COFINS paga indevidamente por força de isenção, bem assim obter a respectiva restituição; e

intime a autoridade IMPETRADA para. assegurar que dê Pleno cumprimento à decisão judicial, de forma que não oponha ao direito da IMPETRANTE de obter pela via administrativa e conforme a legislação citada a restituição de todos os pagamentos efetuados a título de COFINS cuja cobrança restou inválida em definitivo neste processo.

Às fls. 938 e seguintes também do processo conexo 15374.000320/2007-73 consta Mandado de Intimação expedido em face do Delegado da Receita Federal no Rio de Janeiro, datado de 26/03/2010, com a seguinte determinação:

O(A) EXMO(A). SR.(A) DR.(A). GUSTAVO ARRUDA MACEDO, JUIZ(A)
FEDERAL SUBSTITUTO(A)

NO EXERCÍCIO DA TITULARIDADE DA PRIMEIRA VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO MANDA a qualquer Oficial de Justiça Avaliador desta Seção Judiciária, a quem for apresentado o presente mandado que, em seu cumprimento, se dirija ao (s) endereço (s) acima e, em sendo aí, proceda à INTIMAÇÃO (ÕES) para ciência dos termos do presente mandado e ação a que o mesmo se refere, bem como para: ciência e cumprimento da decisão abaixo transcrita, que determina a intimação pessoal da autoridade impetrada para que se abstenha de promover a cobrança da COFINS em face da impetrante, a quem fica ressalvada a adoção das medidas legais previstas em lei para obter o ressarcimento dos valores cobrados de maneira ilegal pelo Fisco, devidamente acrescidos dos juros e correção monetária cabíveis.

Decisão

FJs. 241/246 e 289/291: ao prolatar o acórdão de fls. 131/133, o e. TRF da 2.ª Região pronunciou expressamente a ilegitimidade da revogação da isenção da COFINS, e por via de consequência o direito da impetrante à não incidência do tributo.

Assim, qualquer ato praticado pela autoridade impetrada no sentido de promover a cobrança da COFINS em face da impetrante se enquadra no conceito de crime de desobediência, nos estritos termos do disposto no art. 26 da Lei nº 12.016/2009.

No que se refere à questão da restituição, a decisão de reconsideração de fls. 283, calcada no parecer de fls. 279/282, não se sustenta juridicamente, além de transparecer a Intenção emulativa da Administração Tributária em face do impetrante, pois é lógico que, se o Poder Judiciário pronunciou a ilegalidade da incidência da COFINS nos atos praticados pela sociedade profissional em questão, afigura-se óbvio que a Administração, em obediência à legalidade estrita a qual é vinculada, tem o dever de deferir, administrativamente, o pedido de restituição formulado pelo contribuinte.

Este Juízo, todavia, não pode prover qualquer determinação nesse sentido porque refoge ao âmbito de incidência do acórdão transitado em julgado, o qual não se manifestou expressamente sobre o pedido de compensação, valendo lembrar que a parte não formulou pedido de restituição propriamente dita na inicial do mandado de segurança, até porque tal pedido seria indeferido haja vista o descabimento de mandado de segurança para tanto.

Em face do exposto, defiro em parte os requerimentos de fls. 241/246 e 289/291, para determinar a intimação pessoal da autoridade impetrada para que se abstenha de promover a cobrança da COFINS em face da impetrante, a quem fica ressalvada a adoção das medidas legais previstas em lei para obter o ressarcimento dos valores cobrados de maneira ilegal pelo Fisco, devidamente acrescidos dos juros e correção monetária cabíveis.

Caso a presente decisão seja descumprida, a impetrante deverá comunicar o fato a este Juízo para que tenha lugar a condução da autoridade impetrada para o Departamento de Polícia Federal, a fim de que seja lavrado o termo circunstanciado de que cuida o art. 69 da Lei nº 9.099/95.

Instrua-se a intimação com cópia da Inicial, da sentença, do acórdão e da certidão de trânsito em julgado.

(destaques no original)

Em face desta decisão, a Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs Agravo de Instrumento ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que foi distribuído sob o nº 2010.02.01.005953-3 (0005953-98.2010.4.02.0000), cuja petição inicial foi juntada às fls. 187 e seguintes dos presentes autos.

Inicialmente fora concedido efeito suspensivo ao referido Agravo de Instrumento, conforme decisão de fls. 182 e seguintes, cuja decisão transcrevo para melhor contextualização da discussão:

Em juízo de cognição sumária, vislumbro a plausibilidade do direito invocado em parte.

No caso, a coisa julgada garante ao agravado, tão-somente, a isenção da COFINS, nos termos do art. 6º, inc. II, da Lei Complementar nº 70/91 frente à combatida revogação determinada pelo art. 56 da Lei nº 9.430/96.

Isto porque, a COFINS passou a ter nova disciplina com a edição da Lei nº 9.718/98, sendo certo que, em relação à Lei Complementar 70/91, na essência que interessa às partes, apenas o conceito de faturamento subsistiu ante a declaração de inconstitucionalidade do inciso I do § 2º do art. 3º da referida lei em reiterados precedentes da Suprema Corte.

Parece relevante, em uma primeira avaliação, a alegação da agravante de que “as mudanças das normas tributárias relativas à COFINS criaram novo suporte jurídico para a cobrança. E não houve qualquer ressalva quanto as sociedades civis ou escritórios de advocacia. E nem se pode alegar que as novas normas não teriam sido expressas em revogar a isenção prevista na Lei Complementar nº 70/91, já que o legislador não precisaria revogar aquilo que já havia sido revogado anteriormente.” (fl. 12)

A coisa julgada torna imutável e indiscutível o comando emergente de provimento jurisdicional proferido em determinado contexto normativo.

Sobre o tema, aplicáveis os precedentes abaixo, mutatis mutandis:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COFINS. SOCIEDADES CIVIS PRESTADORAS DE SERVIÇO. ISENÇÃO. LC N. 70/91. REVOGAÇÃO. LEI N. 9.430/96. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 10.833/03. RETENÇÃO NA FONTE PELOS TOMADORES DE SERVIÇO. ALTERAÇÃO DA SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. ART. 463 DO CPC. APLICAÇÃO. RELAÇÃO FÁTICO-JURÍDICA NOVA. OFENSA À COISA JULGADA. NÃO-OCORRÊNCIA, IN CASU. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA NOS MOLDES LEGAIS.

1. "Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração". Inteligência do art. 463 do CPC.

2. O mandado de segurança em testilha assegurou às sociedades civis de se eximirem do recolhimento da COFINS, com base na isenção concedida pela LC n. 70/91, em face da revogação promovida pelo art.

56 da Lei n. 9.430/96. Ou seja, a tutela judicial foi prestada com espeque nas razões desenvolvidas no writ, que foram articuladas sob determinado contexto fático para que fosse reconhecida a isenção da contribuição, em virtude de não ser possível a revogação de lei complementar por uma lei ordinária - entendimento decorrente do princípio da hierarquia das leis, não mais aplicável ao caso, segundo orientação consagrada pelo STF.

3. A despeito de cuidar da própria espécie tributária (COFINS), a superveniência da Lei n. 10.833/03 não pode ser alcançada pelos efeitos da coisa julgada que concedeu a segurança postulada, de modo a ampliar o objeto da lide, pois a controvérsia em tela foi decidida com base em moldes fáticos e jurídicos próprios do caso concreto, descabendo, neste momento, a pretensão formulada pela recorrente no sentido de garantir aos tomadores de serviços a isenção da retenção na fonte do recolhimento da contribuição, prevista no art. 30 da precitada lei.

4. A divergência jurisprudencial só pode ser conhecida se for comprovada nos moldes delineados pelo §2º do art. 255 do RISTJ e art. 541, parágrafo único, do CPC, o que não ocorreu na espécie.

5. Recurso especial não provido.”

(STJ, REsp 739784/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 27/11/2009) (grifei)

“Processual civil. Agravo inominado de que trata o art. 557, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, contra ato que declarou prejudicado agravo de instrumento em face da sentença prolatada no primeiro grau. Provimento. Agravo de instrumento contra decisão que deferiu antecipação de tutela, para impedir a cobrança da COFINS, em face da coisa julgada.

1. Quando proferido o ato declarando prejudicado o presente agravo de instrumento, por perda de objeto, f. 65, a Terceira Turma trilhava o caminho de que, prolatada a sentença no primeiro grau, independentemente do resultado ali obtido, o agravo de instrumento respectivo, fatalmente, estaria prejudicado.

2. Entendimento atual de que o ato do Tribunal, proferido no agravo de instrumento, prevalece sobre a sentença a quo, cujo resultado não coincida com aquele. A sentença prolatada no primeiro grau colide com a pretensão recursal trazida pela Fazenda Nacional, persistindo o potencial interesse no julgamento do agravo.

3. O STF assentou o entendimento de que a lei ordinária não está subordinada à lei complementar, e, portanto, a isenção da COFINS concedida pela Lei Complementar 70/91, poderia ser revogada pela Lei [ordinária] 9.430/96, sem ofensa à Constituição Federal.

4. Os efeitos da coisa julgada não garantem a isenção irrestrita e perpétua da COFINS, devendo-se considerar que a coisa julgada tributária só perdura enquanto presentes o mesmo estado de fato e de direito, que gerou o título judicial. 5. A coisa julgada, em favor da agravada, está limitada à edição da Lei 10.833/2003, cujos efeitos devem ser considerados a partir de então, haja vista não ter sido objeto da sentença transitada em julgado, a qual protege a sociedade civil ora agravada. 6. Provimento do agravo inominado e do agravo de instrumento.”

(TRF-5ª Região, AG nº 2005.05.00.012624-0, Relator

Desembargador Federal VLADIMIR CARVALHO, Terceira Turma, DJe de 24/11/2009, p. 261) (grifei)

Presente, outrossim, o periculum in mora, especialmente porque a agravante encontra-se impedida de efetuar o lançamento e a cobrança dos respectivos créditos tributários, estando sujeita à decadência do direito.

Isto posto, Defiro o efeito suspensivo requerido.

Intime-se a agravada, nos termos do art. 527, V, do CPC.

Oficie-se ao Juízo a quo, comunicando-o desta decisão.

P.I.

Rio de Janeiro, 28 de maio de 2010.

Posteriormente, o Agravo de Instrumento foi provido pelo TRF2, conforme se verifica da ementa obtida diretamente do sítio do referido Tribunal:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINARES. PROCURAÇÕES E SUBSTABELECIMENTOS. SUBSCRITOR DAS CONTRARRAZÕES. AUSÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE. COFINS. SOCIEDADES UNIPROFISSIONAIS. ISENÇÃO DA LC 70/91. LIMITES DA COISA JULGADA MATERIAL.

1. O argumento de que a agravante foi desidiosa ao não juntar cópia de todas as procurações e substabelecimentos conferidos pela agravada, não sustenta a rejeição do recurso. O Eg. Superior Tribunal de Justiça tem abrandado o rigor do disposto no art. 525, I, do CPC, nas hipóteses em que, mesmo ausente as cópias de todas as procurações e substabelecimentos outorgados aos patronos da agravada, haja êxito na intimação desta para contraminutá-lo e ausente prejuízo. Precedentes (STJ - AgRg no Ag 1304045 / RS - DJe 31/08/2010; TJDF - Agravo de Instrumento: AI 131584420098070000 – Dje 16/11/2009, pág.54).

2. Não obstante a ausência nos autos da cópia do substabelecimento outorgado pela agravada aos advogados subscritores das contrarrazões, esta respondeu efetivamente ao recurso, tempestivamente, pelos próprios patronos substabelecidos.

3. In casu, a falta de cópia do substabelecimento não comprometeu a regular intimação e, por conseguinte, a instrução do agravo de instrumento. Entendo que as exigências formais do processo se legitimam pelos escopos a serem atingidos. Nestas circunstâncias, o objetivo do disposto no art. 525, I, do CPC foi plenamente alcançado, não havendo prejuízo para a agravada.

4. O art. 6º, II, da LC 70/91, conferiu isenção da COFINS às sociedades prestadoras de serviços profissionais de que trata o art. 1º, do DecretoLei nº 2.397/87, a partir de janeiro de 1989, benefício que foi assegurado pelo Eg. STJ independentemente do regime tributário, quanto ao imposto de renda adotado pelo contribuinte, conforme a Súmula 276/STJ.

5. Todavia, o benefício foi revogado pelo art. 56 da Lei nº 9.430/96, verbis: “Art. 56. As sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.”

6. Em outubro de 2004, foi prolatado acórdão rescindendo pelo STJ, mantendo a eficácia da isenção concedida pela LC 70/92, ao argumento de que era inviável a revogação da benesse por lei ordinária ante o princípio da hierarquia das leis (AgRg no REsp 382.736/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Rel. para Acórdão Ministro Francisco Peçanha Martins, Primeira Seção, DJ 25/2/2004).

7. Entretanto, ao longo dos anos a jurisprudência do STJ sofreu significativa alteração, passando a adotar o posicionamento de que a questão relativa a conflito entre lei complementar e lei ordinária é eminentemente constitucional, inatacável pela via do recurso especial (AgRg nos EREsp 893.576/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, Dje 01/12/2008; AgRg no REsp 1.065.077/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, Dje 12/11/2008; AgRg no Ag 1.055.799/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, Dje 04/11/2008).

8. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento do RE 377.457-3/PR, em dezembro de 2008, decidiu pela não existência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar, e que a possibilidade de revogação da isenção concedida pela LC 70/91, por meio da Lei nº 9.430/96, “encerra questão exclusivamente constitucional concernente à distribuição material entre as espécies legais”. Neste diapasão, a Suprema Corte, ponderando preceitos constitucionais relativos à matéria tributária (arts. 195, I e 239), afirmou que a LC 70/91 é materialmente ordinária.

9. É cediço que, a coisa julgada material traz, em seu bojo, a idéia de segurança jurídica, eis que, após decidida uma determinada causa, a matéria que lhe é subjacente passa a ser indiscutível entre as partes.

10. A autoridade da coisa julgada se sustenta, sempre, no estado de fato e de direito que envolve a prolação da sentença. A rigor, a imutabilidade de qualquer decisão de mérito fica condicionada à observância da cláusula rebus sic stantibus. Nas relações jurídicas continuativas, porém, esse limite da coisa julgada material avultam, pois é justamente essa espécie de vínculo jurídico que se sujeita, por se protrair no tempo, a alterações na realidade fática ou em seu regime jurídico.

11. O CPC trouxe em seu art. 471, I, a possibilidade de reapreciação da matéria objeto de decisão transitada em julgado, nos casos em que “tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito”. O caso em exame cuida justamente de situação desta espécie.

12. A concessão da segurança em grau de recurso estava indissolúvelmente ligada aos preceitos legais reguladores da matéria em questão àquela época, qual seja, o art. 6º, inciso II, da LC nº 70/91 c/c o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397/87. Importa destacar, por oportuno, que não havia razão autônoma que não essa para a sua concessão.

13. A atuação da Autoridade Fiscal, consistente na apuração da COFINS, teve como suporte a alteração substancial do quadro normativo promovido pelas Leis nºs 9.718/96 e 10.833/03. Os referidos diplomas, que alteram a legislação tributária federal, criam e regulam novo suporte jurídico para a incidência da contribuição, fixando uma relação jurídica tributária distinta da anterior.

14. Por ter sobrevindo modificação no estado de direito que acarretou o surgimento de uma nova relação jurídico tributária, não mais subsistia a coisa julgada material como cristalização do que fora decidido no processo originário.

15. Ademais, o princípio constitucional da igualdade impõe que casos idênticos sejam regidos pela mesma regra jurídica, ressalvadas, por lógico, diferenciações objetivas fundadas em situações individuais específicas.

16. Agravo conhecido e provido.

De acordo com o acórdão DRJ, esta Decisão proferida pelo TRF2 sustentaria a presente atuação:

Depreende-se que o entendimento consignado na Decisão contra a qual oposto Agravo, sobre os efeitos do Acórdão do TRF-2ª Região, era de que a Impetrante ainda estaria isenta da Cofins em virtude da ilegitimidade da revogação, pela Lei nº 9.430, de 1996, da isenção prevista art. 6º, II, da Lei Complementar nº 70, de 1991.

Contra esta Decisão, a União interpôs o Agravo de Instrumento de fls. 187 a 221, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, alegando que a decisão agravada estaria concedendo à Impetrante uma isenção da Cofins ad aeternum, ampliando o alcance dos efeitos do acórdão transitado em julgado, inclusive desconsiderando a mudança legislativa superveniente (Lei nº 9.718/1998 e Lei nº 10.833/2003), e o posicionamento

do STF (LC nº 70/1991 regula matéria de lei ordinária/legitimidade da revogação da isenção pela Lei nº 9.430/1996).

Em juízo de cognição sumária, vislumbrando a plausibilidade do direito invocado pela Agravante (União Federal), de limitar os efeitos da coisa julgada, tão-somente, em relação aos períodos de apuração anteriores à vigência da Lei nº 9.718/1998, foi proferida Decisão pelo TRF-2ª Região, deferindo o efeito suspensivo requerido (fls. 182/185), o que permitiu a formalização do Auto de Infração ora em litígio.

A respeito do Agravo de Instrumento interposto pela União, cabe observar que, de pesquisa ao sítio do Tribunal Regional Federal da 2ª Região na internet, extrai-se que:

- em 19/10/2010 foi proferido Acórdão pela Terceira Turma Especializada do referido Tribunal decidindo, por unanimidade, dar provimento ao recurso da União, conforme ementa a seguir transcrita:

(...)

Cabível registrar que o Acórdão proferido pela Terceira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em 19/10/2010 (ementa acima reproduzida) - **o qual, pelas notícias até agora disponíveis, não foi reformado** - acatou integralmente os argumentos da União de que os efeitos do Acórdão transitado em julgado nos autos do processo Mandado de Segurança nº 99.0015953-5 alcançam tão-somente os períodos de apuração anteriores à vigência da Lei nº 9.718, de 1998.

Como pode ser observado, o limite do alcance da coisa julgada decorrente do citado Mandado de Segurança nº 99.0015953-5, é objeto de discussão judicial e será estabelecido quando da apreciação definitiva dos recursos interpostos.

Com efeito, o que se discute é se a isenção reconhecida (coisa julgada) estaria restrita ao período anterior à entrada em vigor da Lei nº 9.718, de 1998, ou se esta se estenderia durante a vigência da referida Lei nº 9.718 e da Lei nº 10.833, de 2003.

(...)

Tanto que, em sua Impugnação, a pessoa jurídica autuada apresenta argumentos de defesa em face do entendimento da Procuradoria da Fazenda que prevaleceu na esfera judicial (e até agora não foi alterado) e permitiu a formalização do lançamento.

Nesse contexto, inviável a pretensão de discutir, na esfera administrativa por meio da Impugnação apresentada neste processo, a questão que já se encontra sob apreciação do Poder Judiciário.

(...)

Assim, não cabendo decidir de modo diverso daquele decidido pelo Poder Judiciário, não pode o julgador administrativo conhecer da impugnação na parte cujo mérito verse sobre matéria levada à apreciação judicial, entre as quais, a possibilidade de exigência de Cofins de períodos posteriores à Lei nº 9.718, de 1998. Recorde-se que a autuação científica em 18/06/2010 refere-se a períodos de julho de 2005 a dezembro de 2009.

Ocorre que em face da referida decisão proferida pelo TRF 2, a ora Recorrente apresentou Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, em razão do descumprimento de regras processuais pela PFN (itens 1 a 4 da ementa).

Em petição apresentada pela Recorrente nos autos do processo conexo 15374.000320/2007-73 (fls. 456 e seguintes), em que também se discutem os efeitos da decisão

judicial transitada em julgado, a Recorrente informa que o Recurso Especial interposto foi provido, tornando sem efeito todas as decisões proferidas no referido Agravo de Instrumento:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. SUPOSTA OFENSA AO ART. 489 DO CPC/2015. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE NÃO PADECE DE FALTA DE MOTIVAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. FORMAÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO PREVISTO NOS ARTS. 522 E 525 DO CPC/1973. TRASLADO INCOMPLETO.

AUSÊNCIA DE PEÇA OBRIGATÓRIA. CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

1. Não se pode confundir falta de motivação com fundamentação contrária aos interesses da parte, motivo pelo qual não resta caracterizada ofensa ao art. 489 do CPC/2015.

2. "A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que o agravo de instrumento interposto na segunda instância deve ser instruído com as peças obrigatórias listadas no art. 525, I, do CPC/73, sob pena de não conhecimento do recurso, sendo que a oportunidade para regularização do instrumento ocorre apenas em relação as peças facultativas necessárias à compreensão da controvérsia." (AgInt nos EDcl no REsp 1434655/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 01/09/2016).

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1646246/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 04/05/2017)

Ou seja, se o Acórdão ora questionado aduziu que "o limite do alcance da coisa julgada decorrente do citado Mandado de Segurança nº 99.0015953-5, é objeto de discussão judicial e será estabelecido quando da apreciação definitiva dos recursos interpostos" e, sendo certo, que a discussão judicial já se encerrou, é de se reconhecer a necessidade de aplicação, ao caso concreto, daquela decisão originalmente agravada.

Em se tratando de decisão judicial, não cabe à este órgão qualquer apreciação de mérito, mas, apenas, consignar que se dê cumprimento ao que fora decidido.

Esta Turma de Julgamento não pode, com base julgamento proferido pelo STJ, simplesmente cancelar o lançamento, mas, apenas, determinar que a Autoridade fiscal dê pleno cumprimento ao quanto restou decidido judicialmente.

Nos termos da Súmula CARF nº 1, a existência de discussão judicial de mérito impede a sua apreciação por esta Turma Julgadora:

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 oportuno, observa-se que a questão já foi enfrentada pela própria RFB, consoante acórdão 12-104.081, da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio

de Janeiro (RJ), trazido aos autos pela Recorrente às fls. 475 e seguintes dos autos do processo conexo 15374.000320/2007-73:

O recurso foi apreciado definitivamente em 05/06/2018, com trânsito em julgado em 05/09/2018 (fls. 364/371), resultando no não provimento do Agravo Interno, nos termos consignados a seguir: (grifei)

(...)

Em 21/09/2018, o Juiz Titular da F Vara Federal do Rio de Janeiro, diante da comprovação do trânsito em julgado, determinou que a autoridade impetrada se absteresse de promover a cobrança da Cofins (fls. 372).

Diante, então, do não provimento do Agravo de Instrumento, restabeleceram definitivamente os efeitos do Acórdão proferido pelo TRF 2ª Região, no âmbito do Mandado de Segurança nO99.0015953-5, transitado em julgado em 19/02/2004 (fls. 260/266).

Reprise-se que referido Acórdão foi a base da defesa da Impugnante.

Neste, considerou-se ilegítima a revogação do art. 6º, II, da Lei Complementar nº 70/1991, pela Lei nº 9.430/1996, reconhecendo-se o direito da Impetrante à isenção da Cofins, mesmo na vigência da Lei nO9.718, de 1998, e da Lei nº 10.833, de 2003.

Assim, quanto aos valores condicionados ao Agravo de Instrumento n.º 2010.02.01.005953-3, vota-se pelo não conhecimento do Recurso Voluntário em razão da concomitância (Súmula CARF nº 1), devendo a autoridade fiscal dar estrito cumprimento ao quanto restou decidido nos autos do Mandado de Segurança nº 99.0015953-5.

Não obstante, a Recorrente também questiona a aplicabilidade da multa de ofício na hipótese dos autos, e o faz invocando a Súmula CARF nº 17, de efeitos vinculantes:

4.2. O Anexo Único da Portaria MF 383/2010 dispõe sobre a Súmula CARF nº 17, que assim determina:

"Não cabe a exigência de multa de ofício nos lançamentos efetuados para prevenir a decadência, quando a exigibilidade estiver suspensa na forma dos incisos IV ou V do art. 151 do CTN e a suspensão do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo." (grifamos)

4.3. Logo, como o presente auto de infração somente foi lavrado para prevenir a decadência, conforme determinado expressamente na decisão que deferiu a antecipação da tutela para autorizar o lançamento **(v. doc. 3 da Impugnação)**, aplicação da multa de ofício.

A DRJ, contudo, entende que só haveria falar em afastamento da multa de ofício caso houvesse exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151 do CTN.

Com a devida vênia às razões expostas pela DRJ, a situação narrada nos autos é absolutamente diversa. É que quem deu causa à discussão judicial foi a própria Fazenda Nacional, e não o contribuinte.

No caso, o contribuinte possuía uma decisão judicial transitada em julgado que lhe garantia o direito de não recolher o tributo. Ou seja, nessa hipótese, a presunção era de "não

exigibilidade” do tributo. Logo, seria inviável que o contribuinte pudesse pretender “suspender a exigibilidade” daquilo que sequer era exigível.

Com efeito, toda a discussão se deu a partir do momento em que a União Federal passou a questionar a correção da decisão judicial inequivocadamente transitada em julgado. E mais, na hipótese dos autos, a discussão judicial se encerrou de modo contrário à pretensão fazendária.

O presente Auto de Infração, lavrado com a pretensão de prevenir a decadência, foi o modo de a Fazenda Nacional assegurar o seu direito de cobrança na eventualidade de, ao final, obter êxito no questionamento que fazia acerca do alcance de uma decisão judicial já transitada em julgado.

Assim, não é razoável que se lance uma multa de ofício sobre valores que, à época do lançamento, não eram exigíveis do contribuinte por força de uma decisão judicial transitada em julgado, ainda que a PFN tenha buscado conferir a esta decisão alcance diverso daquele que efetivamente foi conferido no momento de sua prolação.

Ademais, o efeito suspensivo alcançado pela Fazenda Nacional em sede de Agravo de Instrumento (e que perdeu eficácia com a decisão proferida posteriormente pelo STJ), apenas garantia o direito de efetuar o lançamento e a cobrança, sem garantir a cobrança de multa, uma vez que, como exaustivamente consignado, a discussão se dava em torno de uma decisão judicial transitada em julgado favoravelmente ao contribuinte.

Por todo o exposto, voto por NÃO CONHECER do Recurso Voluntário quanto aos valores lançados a título de COFINS, devendo o lançamento ser revisto pela Autoridade Lançadora para a aplicação das decisões judiciais proferidas no Mandado de Segurança nº 99.0015953-5.

E, na parte conhecida, voto por DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para afastar a aplicação da multa de ofício.

Tatiana Josefovicz Belisário