



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 11080.725641/2013-77
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-004.587 – 3ª Turma
Sessão de 24 de janeiro de 2017
Matéria RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CIA. DE SEGUROS PREVIDÊNCIA DO SUL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/07/2008 a 31/12/2011

RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS

É condição para que o recurso especial seja admitido que se comprove que colegiados distintos, analisando a mesma legislação aplicada a fatos ao menos assemelhados, tenham chegado a conclusão díspares. Sendo distinta a legislação analisada pela recorrida em confronto com aquela versada nos pretendidos paradigmas, ou distintas as situações fáticas, não se admite o recurso apresentado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício.

Júlio César Alves Ramos - Relator.

EDITADO EM: 23/02/2017

Participaram da sessão de julgamento as Conselheiras Tatiana Midori Migiyama, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Ceconello e os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Andrada Márcio Canuto Natal, Demes Brito, Charles Mayer de Castro Souza e Rodrigo da Costa Pôssas.

Relatório

Esclarecedor o Relatório da decisão de primeiro grau, peço vênica para transcrever os excertos necessários e, espero, suficientes, à compreensão do recurso especial fazendário em discussão:

*Trata o presente processo de lançamento de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins no valor total de R\$ 19.973.924,95, o qual inclui a quantia de R\$ 9.836.232,10 a título de contribuição, R\$ 2.760.518,74 como juros moratórios calculados até maio de 2012 e R\$ 7.377.174,11 como multa de ofício no percentual de 75%. Os períodos de apuração abrangidos vão de julho de 2008 a dezembro 2011, **sendo que a empresa foi cientificada em 31/05/2013** (AR fls 4.626 e 4.630) do referido Auto de Infração (fls. 4.605)*

No Relatório Fiscal (a fls 4.616/4.622) o AuditorFiscal relata que, lastreada no Mandado de Procedimento Fiscal 10101002013000914, a ação fiscal teve início em 04/02/2013, tendo sido verificadas infrações à legislação tributária no tocante à Empresa fiscalizada, cujo objeto social é a exploração de operações de seguro e resseguros sobre a vida e a previdência privada aberta nas modalidades de pecúlio e renda em qualquer de suas modalidades ou formas.

*Especificamente no que interessa ao presente processo administrativo fiscal, a Empresa discutiu nos autos do Mandado de Segurança n.º 1999.71.00.0126706 impetrado em 18/06/1999 contra o titular da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Porto Alegre, **tendo por objeto a concessão de segurança para fins de desobrigar a impetrante do recolhimento da Cofins nos termos pretendidos pela Lei n.º 9.718/98**, retornando-se à hipótese do artigo 11, parágrafo único da Lei Complementar n.º 70/1991, ou, se descabido pedido anterior, a concessão da segurança para que a impetrante possa compensar 1/3 da Cofins efetivamente paga com a CSLL devida nos períodos de apuração subsequentes, independentemente das limitações contidas nos §§ 2º e 3º do artigo 8º da Lei n.º 9.718/98, informando que passaria a recolher a exação mediante depósito judicial, nos moldes da Lei n.º 9.703/98. Nesta ação mandamental, restou decidido, após passar por todas as instâncias, o **trânsito em julgado com decisão favorável à impugnante**, proferido pela Egrégia Segunda Turma do STJ, reconhecendo a isenção da COFINS das companhias seguradoras.*

(...)

*Contudo, em 2010, a União Federal/Fazenda Nacional ingressou com a **Ação Rescisória n.º 4.596/RS** perante o Egrégio STJ, objetivando desconstituir a decisão judicial favorável obtida nos autos do Mandado de Segurança, tendo sido deferido o pedido de antecipação de tutela, **para suspender os efeitos do acórdão rescindendo até o julgamento da ação rescisória.***

E por sua vez, buscando evitar cobranças indevidas, em decorrência da decisão provisória obtida na Ação Rescisória, a impugnante interpôs Medida Cautelar nº 20.749/RS em 20/03/2013. Em decisão proferida pelo Ministro Arnaldo Lima da referida Medida Cautelar, em 15/04/2013, concedeu-se medida liminar para suspender a exigibilidade do crédito tributário em discussão, conforme o artigo 156, inciso X, do CTN.

O lançamento foi integralmente mantido pela DRJ, e a decisão recorrida afastou a multa com base no argumento de que:

Da impossibilidade de aplicação da multa de ofício e da suspensão da exigibilidade do crédito tributário lançado.

A recorrente alegou a impossibilidade de aplicação da multa de ofício, por força do disposto no art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, em face da suspensão da exigibilidade do crédito tributário lançado, prevista no art. 151, V, do CTN, que fora determinada pela decisão judicial proferida na Ação Cautelar nº 20.749/RS.

Assiste razão à recorrente.

Com efeito, de acordo com extrato de fls. 4713/4715, em 20/3/2013, a autuada ingressou com a Medida Cautelar nº 20.749, perante o STJ, tendo sido deferida a medida liminar, em 11/4/2013, para fim de suspender “a exigibilidade do crédito tributário em discussão até ulterior deliberação desta Corte”. Em 15/4/2013, a referida decisão foi publicada no Diário de Justiça.

No corpo da referida decisão (fls. 4710/4712), há autorização expressa para a autoridade fiscal realizar o lançamento do crédito tributário em questão, nos termos do art. 142 do CTN e 63 da Lei 9.430/1996, com vista a prevenir a decadência, enquanto não sobrevier o trânsito em julgado da sentença, conforme explicitado no excerto a seguir reproduzido:

É certo que, com a suspensão dos efeitos do acórdão rescindendo, cabe à autoridade administrativa proceder ao lançamento, nos termos dos arts. 142 do CTN e 63 da Lei 9.430/99. O Superior Tribunal de Justiça já assentou que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário por ordem judicial não determina a impossibilidade de a Fazenda Pública proceder ao lançamento tributário, de modo a prevenir a decadência, enquanto não sobrevier, naturalmente, o trânsito em julgado da sentença. (grifos não originais) De acordo com subitem 3.1 do referido Relatório de Ação Fiscal (fls. 4618/4619), verifica-se que a autuação em questão foi realizada com respaldo na decisão de antecipação tutela deferida em favor da Fazenda Nacional, no âmbito da citada Ação Rescisória, que suspendeu os efeitos do acórdão rescindendo, proferido pelo STJ no julgamento do REsp nº 336.280/RS. Da leitura da referida 3226/3228), verifica-se que não havia qualquer determinação

acerca da suspensão da exigibilidade de eventual crédito tributário lançado.

Entretanto, no dispositivo da decisão proferida no âmbito da referida Medida Cautelar n.º 20.749 foi esclarecido que o lançamento era para prevenir a decadência. Dessa forma, ainda que o procedimento fiscal tenha se iniciado antes da referida decisão liminar, dada a sua natureza interpretativa, inequivocamente, ela deve retroagir, inclusive, para alcançar os lançamentos anteriormente realizados.

Dessa forma, em consonância com o disposto no art. 63 da Lei 9.430/1996, deve ser afastada a exigência da multa de ofício aplicada.

Pela mesma razão, impõe-se a necessidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, até porque consta da referida decisão expressa menção neste sentido, conforme se infere do teor do trecho que segue reproduzido:

De outra parte, todavia, enquanto não julgada definitivamente a ação rescisória, impõe-se assegurar ao contribuinte, igualmente, o direito de não se submeter, desde logo, à minguada urgência, às exigências tributárias decorrentes da possível rescisão do acórdão.

Com efeito, se por um lado há urgência em conferir à Fazenda Nacional o direito de não pagar imediatamente o que fora reconhecido ao contribuinte no acórdão rescindendo, por outro não se pode olvidar que a coisa julgada ainda não foi desconstituída. Tão somente seus efeitos foram suspensos, por força da decisão que proferi nos autos da AR 4.596/RS. (grifos não originais)

Com base no exposto, em consonância com disposto no art. 151, V, do CTN, e no que determina o art. 63 da Lei 9.430/1996, deve ser afastada a multa de ofício aplicada e suspensão da exigibilidade do crédito objeto do auto de infração em apreço, até que seja proferida a decisão definitiva no âmbito da Ação Rescisória n.º 4.596/RS.

A Fazenda Nacional contesta essas conclusões por entender que a concessão de medida judicial suspensiva da exigibilidade do crédito tributário após o início do procedimento fiscal, ainda que a ação tenha sido proposta antes, não afasta a multa, a teor do art. 63 da Lei 9.430, aplicado a contrário senso.

Para comprovar a divergência, colaciona dois acórdãos cujas ementas transcreve na íntegra no corpo do seu recurso. Dizem elas:

Acórdão n.º 107-07.419

“CSLL. BUSCA DA TUTELA JUDICIAL ANTERIOR À AÇÃO FISCAL. RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA. CONFIGURAÇÃO. LANÇAMENTO OBJETIVANDO PREVENIR A DECADÊNCIA. PERTINÊNCIA. A discussão na via judicial de matérias tributárias com o mesmo objeto, por qualquer modalidade processual – antes ou posteriormente à

ação fiscal - caracteriza renúncia ao foro administrativo em face da prevalência constitucional das decisões daquela sobre este.

DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. MATÉRIA NÃO QUESTIONADA. NÃO APRECIÇÃO. ARGUIÇÃO RECURSAL DE NULIDADE. MATÉRIA PREQUESTIONADA. FALTA DE APROVEITAMENTO DOS ARGUMENTOS RELACIONADOS À MATÉRIA PRINCIPAL. NEGAÇÃO GERAL. DECISÃO RECORRIDA. MANUTENÇÃO. A impugnação deve ser certa ou determinada, espancando-se a formulação de pedido genérico ou universal ao não confrontar os argumentos acusatórios do Fisco.

MEDIDA LIMINAR E DEPÓSITO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA. MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO EM FACE DA LITERALIDADE DO COMANDO APLICÁVEL. Pela literalidade do comando que emana do art. 63 da Lei n.º 9.430/96, a inexistência de Medida Liminar retira do contribuinte a prerrogativa da exoneração da multa de ofício em consonância com a hipótese prevista no art. 151, inciso IV do CTN (precedentes da e. CSRF).

MULTA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DIREITO PRIVADO. CONCEITOS. INAPLICABILIDADE. Inexiste na multa efeito de confisco, visto haver previsão legal (art. 4.º, da Lei n.º 8.218/91). (...). Não se aplica o art. 920, do Código Civil, ao caso, porquanto a multa possui natureza própria, não lhe sendo aplicáveis as restrições impostas no âmbito do direito privado. A exclusão da multa ou a sua redução somente ocorrem com suporte na legislação tributária (Precedente do Egrégio STJ).

MULTA. EFEITO CONFISCATÓRIO. ARGÜIÇÃO. CONCEITO DE CONFISCO. DEMONSTRAÇÃO NÃO-REALIZADA. ACOLHIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. O exame de constitucionalidade da norma está confinado no foro do judiciário, e notadamente no egrégio Supremo Tribunal Federal. O sucesso da argüição na órbita administrativa sempre dependerá de demonstrações exaustivas, acompanhadas de dados técnicos irretorquíveis, evidenciando até que ponto a imposição da penalidade compromete o patrimônio empresarial, de modo a ficar efetivamente patenteada a vedação estabelecida na Carta Magna.

(Processo nº 10630.000654/2002-41, Acórdão nº 107-07.419, 7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, Rel. Cons. Neicyr de Almeida, sessão de 05/11/2003)

Acórdão nº 202-19.353

“Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/1999

NORMAS PROCESSUAIS. DIREITO AO CRÉDITO DE IPI SOBRE INSUMOS DESONERADOS. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. RENÚNCIA À DISCUSSÃO DA MESMA MATÉRIA NA VIA ADMINISTRATIVA. A propositura de ação judicial, com

o mesmo objeto do processo administrativo, implica renúncia às instâncias administrativas ou desistência do recurso interposto (Súmula nº 1, do 2º CC).

LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO. *Quando a suspensão da exigibilidade do crédito começa após o início do procedimento de fiscalização, aplica-se a hipótese do art. 63, § 1º, da Lei nº 9.430/96, sendo cabível a aplicação a multa de ofício.*

JUROS DE MORA. PRECLUSÃO TEMPORAL. *Com a instauração do litígio, que se dá na impugnação, a delimitação fica demarcada, não se permitindo, a partir daí, a abertura de novas teses de defesa ou a apresentação de novas provas, a não ser nas situações legalmente excepcionadas.*

Recurso negado.”

O cotejo entre as decisões se fez da seguinte forma (verbis):

*A fim de melhor demonstrar a divergência, transcreve-se trecho do voto condutor do **Acórdão nº 202-19.353**, verbis:*

“A recorrente requer, em preliminar, a exclusão da multa de ofício, posto que a exigibilidade do crédito tributário estava suspensa por liminar ao tempo da lavratura do auto de infração.

A ação ordinária foi ajuizada pela empresa em 1998, sendo-lhe declarado por sentença, em 29/09/2000, o direito de crédito do IPI, por aquisições de matérias-primas isentas ou não tributadas. Contra esta decisão, a União apresentou apelação (Processo nº 2001.03.99.056245-3), que foi recebida no duplo efeito: devolutivo e suspensivo, conforme despacho publicado em 24/07/2001 (fl. 119).

*A empresa tomou ciência do MPF-C, relativo à fiscalização do IPI, em 11/04/2002 (fl. 02), sendo que a fiscalização, que encampava também o IRPJ e outros tributos administrados pela RFB, perdurou até 23/09/2003, quando foi lavrado o auto de infração objeto do presente litígio **Neste ínterim, em 1º/08/2003, a empresa interpôs a Medida Cautelar Incidental Nº 2003.03.00.044759-5, com o escopo de suspender a exigibilidade do crédito tributário referente à escrituração dos créditos de insumos não tributados e isentos, sendo a liminar concedida pelo TRF da 3ª Região em 18/08/2003 (fls. 132/133).***

A lavratura de auto de infração para prevenir a decadência ampara-se nas disposições da Lei nº 9.430/96, estando prescrita no art. 63 e §§, nos seguintes termos:

‘Art. 63. Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. (Vide Medida Provisória nº 2.158-35, de 28.4.2001)

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.’ (destaquei)

O § 1º do art. 63 da Lei nº 9.430/96 é claro. A multa de ofício só será dispensada se a suspensão do crédito tributário for anterior ao início do procedimento de ofício.

Alega a contribuinte que o dispositivo legal estaria se referindo à lavratura do auto de infração e não ao início da ação fiscal.

A terminologia adotada pelo legislador, ao editar o art. 63 da Lei nº 9.430/96, foi a mesma adotada em outros dispositivos legais, como se pode ver no Decreto nº 70.235/72, que regula o Processo Administrativo Fiscal, bastando rever o conteúdo do seu art. 7º, verbis:

‘Art. 7º O procedimento fiscal tem início com:

I – o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificando o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;’

No mesmo sentido, dispôs a Lei nº 3.470, de 28/11/1958, em cujo art. 19, na redação que lhe foi dada pelo art. 71 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24/08/2001, está disposto o seguinte:

‘Art. 19. O processo de lançamento de ofício será iniciado pela intimação ao sujeito passivo para, no prazo de vinte dias, apresentar as informações e documentos necessários ao procedimento fiscal, ou efetuar o recolhimento do crédito tributário constituído.’

A legislação supra-referida não deixa dúvida de que a Lei nº 9.430/96 referiu-se ao início da ação fiscal e não ao momento da lavratura do auto de infração. Sendo assim, está correta a exigência da multa de ofício, posto que, quando do início do procedimento fiscal, não existia decisão judicial suspensiva da exigibilidade do crédito tributário.”

*Nesse contexto, patente a divergência jurisprudencial. Enquanto o acórdão recorrido adotou uma interpretação extensiva do art. 63 da Lei nº 9.430/96 para autorizar a exclusão da multa de ofício, as Turmas prolatoras dos acórdãos paradigmas firmaram o entendimento de que, caso inexistia, no **início** da ação fiscal, decisão judicial suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, deve ser realizado o lançamento com a inclusão de multa de ofício, em face da literalidade do art. 63 da Lei nº 9.430/96.*

Sendo assim, diante das teses antagônicas dos acórdãos recorrido e paradigmas, fica patente a divergência jurisprudencial, encontrando-se presentes, portanto, os requisitos de admissibilidade do recurso especial, nos termos da legislação de regência.

Admitido o recurso, sobrevieram contrarrazões que pugnam pela manutenção do julgado e consequente afastamento da multa e suspensão da exigibilidade do crédito constituído.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Júlio César Alves Ramos, Relator

Como procurei demonstrar no relatório, díspares as situações tratadas nos acórdãos confrontados, apesar de o exame de admissibilidade ter concluído diferentemente.

É que o acórdão paradigma, pelo que se extrai das parcas transcrições feitas pela representação da Fazenda Nacional, cuidou de caso padrão: sujeito passivo recorre ao Judiciário para não se ver compelido a acatar determinado comando legal tributário e somente obtém alguma decisão favorável após já haver sido iniciada ação fiscal sobre a matéria. Normalmente, é o próprio início da ação fiscal que o faz recorrer ao Judiciário, mas isso é irrelevante, mesmo que ele tenha proposto a ação judicial antes do início da ação fiscal, se a decisão liminar não for deferida antes, não há que se falar em inexigibilidade do crédito tributário que se vier a constituir após a decisão. Nesse sentido, ambos os paradigmas apenas reiteraram a jurisprudência uníssona desta Casa sobre o alcance do art. 63 da Lei 9.430.

O colegiado recorrido, diversamente, viu-se obrigado a examinar matéria relativamente nova, embora cada vez mais frequente: a propositura de ação rescisória, pela União, objetivando reverter decisão **já definitiva** favorável ao contribuinte obtida em ação por ele mesmo impetrada. É necessário enfatizar esse ponto: o Judiciário já afirmara ser incabível a exigência agora "revigorada" com o deferimento da liminar requerida na rescisória. Ponho a expressão entre aspas porque ela ainda há de ser adequadamente resolvida pelo mesmo Poder Judiciário, como bem afirma o dr. José Fernandes em seu excelente voto.

Em suma, o acórdão recorrido enfrentou caso em que havia uma decisão definitiva a favor da empresa contestada via rescisória. Ao deferir a liminar nesta última, o Poder Judiciário nada afirmou acerca da exigibilidade de crédito tributário que viesse a ser constituído com base nela. E essa decisão é, **sim, anterior ao início da ação fiscal, que nela, inclusive, alcança validade.**

Na linha interpretativa do dr. José Fernandes - com a qual concordo inteiramente, diga-se - a decisão proferida na ação proposta pela própria empresa, após já iniciado o procedimento fiscal (sobre o que, novamente, não há controvérsia), interpretou o alcance daquela decisão inicial na rescisória, dirimindo os efeitos da "suspensão da decisão rescindenda" ali deferidos, no que tange à suspensão de exigibilidade ou não.

Releva notar, ademais, que ela foi proferida antes da lavratura do auto de infração e determinou que ele respeitasse o art. 63 da Lei 9.430.

Nesses termos, não vejo a necessária semelhança entre as situações que permita admitir o recurso da Fazenda. Com efeito, examiná-lo significaria pronunciar-se o colegiado sobre tema que não fora abordado na decisão tida por divergente, na qual não se discutiu sequer, ao que se pode extrair da transcrição realizada pela recorrente, caso em que tenha havido ação rescisória.

Voto, pois, por não conhecer do recurso fazendário.

Júlio César Alves Ramos - Relator