

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

Processo nº 10580.010932/2006-34
Recurso nº 249.166 Voluntário
Acórdão nº 3403-00.364 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de maio de 2010
Matéria COFINS
Recorrente SIM SERVIÇOS DE NEONATOLOGIA E CARDIOLOGIA PEDIÁTRICA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/03/2004 a 31/12/2005

NORMAS PROCESSUAIS. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. FILIAÇÃO SINDICAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO.

A sentença proferida em mandado de segurança coletivo só alcança os filiados ao sindicato até a data da impetração.

ISENÇÃO DAS SOCIEDADES PROFISSIONAIS

A revogação do art. 6º da LC nº 70/91 pelo art. 56 da Lei nº 9.430/96 foi feita em harmonia com o texto constitucional, pois isenção não é matéria sob reserva de lei complementar.

FALTA DE RECOLHIMENTO.

A falta de recolhimento da contribuição nos prazos previstos na legislação tributária rende ensejo ao lançamento de ofício com os consectários a ele inerentes.

MULTAS. EFEITO DE CONFISCO.

A limitação constitucional do art. 150, IV da CF/88 alcança somente os tributos.

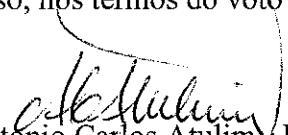
JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

É jurídica a exigência de juros de mora com base na taxa Selic. Súmula CARF nº 4.

Recurso Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os Membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.


Antonio Carlos Atulim Presidente e Relator

EDITADO EM 30/08/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Robson José Bayerl, Domingos de Sá Filho, Winderley Moraes Pereira, Ivan Allegretti, Marcos Tranchesi Ortiz e Antonio Carlos Atulim

Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado em 18/12/2006 (fl. 77) para exigir o crédito tributário relativo à Cofins, multa de ofício e juros de mora, em razão da falta de recolhimento da contribuição.

Segundo consta dos autos, o contribuinte foi intimado a apresentar a petição inicial do mandado de segurança coletivo nº 2002.33.00.007366-0, no qual o Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado da Bahia obteve sentença favorável que reconheceu o direito dos filiados à isenção prevista no art. 6º da LC nº 70/91 enquanto este dispositivo não for revogado por norma de igual hierarquia. O contribuinte apresentou apenas a declaração do Sindicato informando que sua a filiação ocorreu em fevereiro de 2005. Tendo em vista que data da filiação foi posterior à impetração do mandado de segurança e que a sentença não informa que seu alcance atingira os futuros associados, a fiscalização efetuou o lançamento de ofício da contribuição.

A 4ª Turma da DRJ em Salvador - BA, por meio do Acórdão nº 15-13.092, de 10 de julho de 2007, manteve o lançamento em julgado que recebeu a seguinte ementa:

“FALTA DE RECOLHIMENTO.

Apurada a falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins, nos prazos previstos na legislação tributária, é devida sua cobrança, com os encargos legais correspondentes.

Lançamento procedente.”

Regularmente notificado daquele Acórdão em 22/08/2007, o sujeito passivo interpôs recurso voluntário de fls. 135/144, em 21/09/2007, instruído com os documentos de fls. 145/155. Alegou, em síntese, que a autuação está baseada na reforma da sentença proferida no mandado de segurança nº 2002.33.00.007366-0. Entretanto essa reforma foi apenas quanto à inexistência de provas pré-constituídas do enquadramento das associadas do SINDHOSBA nas exigências do Decreto-lei nº 2.397/87. Desta forma não fez coisa julgada e o processo extinguiu-se sem julgamento de mérito. Disse que deve ser observada a coisa julgada formada no mandado de segurança nº 2002.33.00.0018370-0, que foi interposto com o fito de declarar o direito dos associados à isenção da Cofins e trouxe em definitivo o direito a essa isenção para a recorrente. Estando amparada por decisão judicial transitada em julgado que lhe garante a isenção, é incabível a autuação por falta de recolhimento. Alegou que no mandato de segurança coletivo ocorre uma legitimação extraordinária da associação, que se apresenta como substituta

processual de todos os associados, representando toda a categoria. A sentença proferida nesse tipo de ação tem eficácia *erga omnes*, alcançando todos os associados. Acrescentou que transitada em julgado uma ação coletiva, não há cabimento de outro mandado de segurança para a defesa de novos associados. Assim, não há como se limitar o efeito da sentença como fez o acórdão recorrido. Insurgiu-se contra a multa de ofício por considerá-la confiscatória e contra os juros de mora com base na taxa Selic, pois deveriam ser cobrados à razão de 1% ao mês, conforme o art. 161 do CTN. Requereu o cancelamento do auto de infração.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Carlos Atulim, Relator

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele tomo conhecimento.

Inicialmente cumpre destacar que, ao contrário do alegado, a autuação não está baseada na reforma de nenhuma sentença judicial, mas sim no fato do provimento judicial concedido em ação coletiva não alcançar a recorrente, em razão de sua filiação ao sindicato ter ocorrido após o ajuizamento da ação.

De fato, os documentos acostados aos autos revelam que tanto o mandado de segurança nº 2002.33.00.007366-0, quanto o de nº 2002.33.00.0018370-0, foram impetrados em 2002, antes da filiação da recorrente ao SINDHOSBA, que somente veio a ocorrer em fevereiro de 2005, conforme declaração de fls. 118.

A questão a ser deslindada é meramente de direito e consiste em definir se a sentença proferida no mandado de segurança coletivo alcança aqueles que se filiaram ao sindicato após a impetração.

A previsão constitucional para o mandado de segurança coletivo encontra-se no art. 5º, LXX, nos seguintes termos:

“LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

Em que pese os entendimentos em sentido contrário colacionados pela recorrente, o texto da alínea “b” acima transcrito, restringe o alcance do mandado de segurança coletivo aos que estavam filiados ao tempo da impetração, pois quem não era filiado não poderia ser substituído na defesa de seus interesses por um sindicato do qual não participava.

A alínea “b” apresenta discurso claro quanto à necessidade da entidade ser filiada ao sindicato ao fazer referência aos “interesses de seus membros ou associados”. Quem não era membro ou associado à época da impetração, não pode ser substituído pelo sindicato.

No mandado de segurança coletivo o sindicato apresenta-se como substituto processual dos filiados. Dessa forma, somente poderia substituir no processo os filiados que já estavam associados na data da citação do réu, em face do princípio do juiz natural e dos limites do litígio, relativamente à formação da relação processual, que se forma com a citação.

Esta interpretação foi chancelada pelo art. 2-A da Lei nº 9.494/97, *in verbis*:

“Art.2º-A A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Parágrafo único Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)”

Portanto, a recorrente não pode se beneficiar da sentença obtida pelo SINDHOSBA, relativamente à não revogação da isenção prevista no art. 6º da LC nº 70/91.

No que tange à possibilidade de revogação da isenção prevista em lei complementar por uma lei ordinária, valho-me do voto proferido pelo Conselheiro Ivan Allegretti no acórdão 202-18.529, que transcrevo a seguir:

“É consabido que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 276, para efeito de consolidar o entendimento de sua jurisprudência, consolidada na época, no sentido de que “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado.”

E assim fez o STJ, por acreditar que a questão se circunscrevia a matéria infraconstitucional, e que se tratava de uma violação ao princípio da hierarquia das leis: pois uma lei ordinária não poderia revogar uma disposição de lei complementar.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, em momento posterior, entendeu que a questão é de ordem constitucional e que não houve violação à hierarquia das leis ou à simetria das formas, concluindo que a isenção da LC nº 70/91 foi validamente revogada por meio da Lei nº 9.430/96.

Confira-se, neste sentido, o seguinte trecho da ementa do julgamento do Recurso Extraordinário nº 419.629 (DJ de 30/06/2006):

“I. Recurso extraordinário e recurso especial: interposição simultânea. Inocorrência, na espécie, de perda de objeto ou do interesse recursal do recurso extraordinário da entidade sindical. Apesar de favorável a decisão do Superior Tribunal de Justiça no recurso especial, não transitou em julgado e é objeto de RE da parte contrária.

II Recurso extraordinário contra acórdão do STJ em recurso especial: hipótese de cabimento, por usurpação da competência do Supremo Tribunal para o deslinde da questão C. Pr. Civil, art. 543, § 2º. Precedente. AI 145.589-AgR, Pertence, RTJ 153/684.

1. No caso, a questão constitucional - definir se a matéria era reservada à lei complementar ou poderia ser versada em lei ordinária - é prejudicial da decisão do recurso especial, e, portanto, deveria o STJ ter observado o disposto no art. 543, § 2º, do C. Pr. Civil. 2. Em consequência, dá-se provimento ao RE da União para anular o acórdão do STJ por usurpação da competência do Supremo Tribunal e determinar que outro seja proferido, adstrito às questões infraconstitucionais acaso aventadas, bem como, com base no art. 543, § 2º, do C. Pr. Civil, negar provimento ao RE do SESCON-DF contra o acórdão do TRF/1ª Região, em razão da jurisprudência do Supremo Tribunal sobre a questão constitucional de mérito.

III. PIS/COFINS: revogação pela L. 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão pela LC 70/91.

- 1. A norma revogada - embora inserida formalmente em lei complementar - concedia isenção de tributo federal e, portanto, submetia-se à disposição de lei federal ordinária, que outra lei ordinária da União, validamente, poderia revogar, como efetivamente revogou.*
- 2. Não há violação do princípio da hierarquia das leis - rectius, da reserva constitucional de lei complementar - cujo respeito exige seja observado o âmbito material reservado pela Constituição às leis complementares.*
- 3. Nesse sentido, a jurisprudência sedimentada do Tribunal, na trilha da decisão da ADC 1, 01.12.93, Moreira Alves, RTJ 156/721, e também pacificada na doutrina. (negrito editado)*

Quanto à questão específica da possibilidade da revogação da isenção, o Ministro Sepúlveda Pertence assim se manifestou em seu voto:

No julgamento da ADC 1, de 01/12/93, o em. Relator, Ministro Moreira Alves ressaltou no voto condutor do acórdão – RTJ 156/721,745:

“Sucedee, porém, que a contribuição social em causa, incidente sobre o faturamento dos empregadores, é admitida expressamente pelo inciso I do artigo 195 da Carta Magna, não se podendo pretender, portanto, que a Lei Complementar nº 70/91 tenha criado outra fonte de renda destinada a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social.

Por isso mesmo, essa contribuição poderia ser instituída por Lei ordinária. A circunstância de ter sido instituída por lei formalmente complementar – a Lei Complementar nº 70/91 – não lhe dá, evidentemente, a natureza de contribuição social nova, a que se aplicaria o disposto no § 4º do artigo 195 da Constituição, porquanto essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída – que são o objeto desta ação –, é materialmente ordinária, por não tratar, nesse particular, de matéria reservada, por texto expreso da Constituição, à lei complementar. A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69 – e a Constituição atual não alterou esse sistema –, se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias para cuja disciplina a Constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária ”

Este, o caso vertente, relativo a norma que – embora inserida formalmente em lei complementar – concedia isenção de tributo federal e, portanto, submetia-se a regime de leis federais ordinárias, que outra lei ordinária da União, validamente, poderia ter revogado, como efetivamente revogou

Nesse sentido – na trilha do precedente invocado da ADC 1 – a jurisprudência do Tribunal permanece sedimentada (v.g., ADInMC 2111, 16.03.00, Sydney, DJ 15.12.03; AR 1264, 10.04.02, Néri, DJ 31.05.02).

Na doutrina – e independentemente da discussão acerca de ser ou não de hierarquia a relação entre a lei complementar e a lei ordinária –, também se pode dar por pacificada a mesma conclusão da jurisprudência.

A lição vem desde a obra pioneira do saudoso Geraldo Ataliba (1)

O mesmo se colhe na clássica monografia do douto Souto Maior Borges (2)

Salvo uma passagem de Manoel G. Ferreira Filho – citada e acolhida por Alexandre de Moraes (3) – não encontrei discrepância de monta nos trabalhos mais modernos, a exemplo de Sacha Calmon (4), e Humberto Ávila (5) e, ao que me parece, em passagem incidente de Roque Carrazza (6)

Portanto, não há falar em violação ao princípio da hierarquia das leis – rectius, da reserva constitucional de lei complementar - cujo respeito exige seja observado o âmbito material reservado às espécies normativas previstas na Constituição Federal.

Ressalto que o caso é diverso do que se discute na Rcl 2 475-AgR – efeito vinculante aos fundamentos de decisão proferida em ação de controle concentrado para o cabimento de Reclamação ao Supremo

Esse o quadro, dou provimento ao RE da União (art. 557, § 1º A, C.Pr.Civil) para anular o acórdão do STJ e determinar que outro seja proferido - adstrito a eventuais questões infraconstitucionais, aventadas -, e nego provimento ao RE do Sindicato (art. 557, caput, c/c 543, § 2º, do C.Pr.Civil). é o meu voto.”

A questão também foi submetida ao Plenário do STF, no julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários nºs 377.457 e 381.964, iniciado em 14/03/2007. Embora ainda não tenha sido concluído, foram proferidos oito votos no sentido da constitucionalidade e legalidade da revogação (Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello) e apenas um voto em sentido contrário (Ministro Eros Grau), faltando apenas o voto dos Ministros Marco Aurélio e Ellen Gracie.

Entende, pois, o Supremo Tribunal Federal, que a revogação da isenção surtiu seus regulares efeitos, de sorte que as sociedades profissionais encontram-se, desde a referida revogação, submetidas à incidência da Cofins.”

Portanto, a revogação da isenção prevista no art. 6º da LC nº 70/91 pode ser feita por meio de lei ordinária sem nenhuma ofensa ao texto constitucional, pois isenção não é matéria que está sob a reserva de lei complementar.

Não tendo recolhido a contribuição a partir da data em que teve eficácia o art. 56 da Lei nº 9.430/96, e não sendo beneficiária da sentença proferida no mandado de segurança, é cabível a exigência do tributo por meio do lançamento de ofício.

Insurgiu-se a recorrente contra os consectários do lançamento de ofício. A multa de ofício teria caráter confiscatório e os juros de mora não poderiam ser cobrados com base na variação da taxa Selic.

No que tange à multa, o percentual de 75% está previsto expressamente no art. 44 da Lei nº 9.430/96. Tratando-se de penalidade administrativa, não é alcançada pela limitação constitucional contida no art. 150, IV da CF/88, que só se refere a tributos.

Relativamente à questão da taxa Selic, a matéria é objeto da Súmula CARF nº 4, na consolidação efetuada pela Portaria CARF nº 106, de 21 de dezembro de 2009:

Súmula CARF nº 4

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

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


Antonio Carlos Atulim

