



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

Processo nº 10650.000770/2005-74
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1803-002.345 – 3ª Turma Especial
Sessão de 28 de agosto de 2014
Matéria EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
Embargante PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL
Interessado SOCIEDADE EDUCACIONAL JEAN CRISTOPHE LTDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2004

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO.

Não se acolhem os embargos de declaração, para o fim de suprir a omissão e a contradição, no caso de não ocorrentes na espécie.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer dos embargos de declaração opostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional, porque não há omissão ou contradição no Acórdão da 3ª TURMA ESPECIAL/4ª CÂMARA/1ª SJ nº 1803-002.059, de 12.02.2014, nos termos do voto da Relatora.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Relatora e Presidente

Composição do colegiado. Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Rodrigues Mendes, Arthur José André Neto, Ricardo Diefenthaeler, Henrique Heiji Erban, Meigan Sack Rodrigues e Carmen Ferreira Saraiva.

Relatório

I - Contra a pessoa jurídica acima identificada, Sociedade Educacional Jean Cristophe Ltda, foi lavrado o Auto de Infração às fls. 05-16, com a exigência do crédito tributário no valor de R\$1.669,40 a título de Imposto Sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), juros de mora e multa de ofício proporcional, referente ao ano-calendário de 2003, apurado no

regime tributário do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples).

Consta na Descrição do Fatos, fl. 12:

Intimado a apresentar cópia da Declaração de Compensação exigida pela legislação, relativa aos valores compensados na DIPJ-SIMPLES, relativa ao ano-calendário de 2003, o contribuinte informou não ter formalizado o respectivo processo. Neste período as compensações eram efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal, em atendimento a requerimento do contribuinte.

O lançamento fundamenta-se na compensação de valores efetivada indevidamente sem a formalização das prévias habilitações dos créditos contidos na decisão transitada em julgado e os correspondentes Pedidos de Ressarcimento ou Restituição/Declarações de Compensação (Per/DComp), nos termos do art. 170 e art. 170-A do Código Tributário Nacional, art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 e do art. 81 e art. 82 da Instrução Normativa RFB nº 1.300, de 20 de novembro de 2012.

Os referidos valores utilizados como direitos creditórios são decorrentes do provimento jurisdicional constante no Mandado de Segurança Coletivo nº 1998.38.02.001604-0, nova numeração 0001772-44.1998.4.02.3802, impetrado pela Associação Comercial, Industrial e de Serviços de Uberaba – ACIU junto ao Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Uberaba/Justiça Federal, que se encontra com trânsito em julgado em 18.01.2002¹, fls. 223-229. O seu objeto é o reconhecimento do direito creditório de contribuição previdenciária para fins de compensação com tributo da mesma espécie apurado pelo Simples.

Também a Associação Comercial, Industrial e de Serviços de Uberaba – ACIU impetrou Mandado de Segurança Coletivo nº 2003.38.02.002030-5, nova numeração 000298-28.2003.4.01.3802, junto ao Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Uberaba/Justiça Federal, que se encontra com trânsito em julgado em 23.03.2010², fls. 233-244. O seu objeto é a aplicação do art. 66 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, para fins de compensação do direito creditório de contribuição previdenciária com tributos federais de espécies diferentes, objeto do Mandado de Segurança Coletivo nº 1998.38.02.001604-0.

Para tanto, foi indicado o seguinte enquadramento legal: art. 73 e art. 74 da Lei nº 9.430, de 17 de dezembro de 1996, Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, Instrução Normativa SRF nº 210, de 30 de setembro de 2002, § 2º do art. 2º, alínea “a” do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º e art. 18, todos da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, art. 3º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998 e art. 186 e art. 188 do Regulamento do Imposto de Renda constante no Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR, de 1999).

¹ Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=17724419984013802&secao=TRF1&nome=&mostrarBaixados=>>. Acesso em 14 ago.2014.

² Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroOrigem&termo=200338020020305&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 14 ago.2014.

Em decorrência de serem os mesmos elementos de provas indispensáveis à comprovação dos fatos ilícitos tributários foram constituídos os seguintes créditos tributários pelos lançamentos formalizados neste processo:

II - O Auto de Infração às fls. 17-22 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$1.669,40 a título de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), juros de mora e multa de ofício proporcional. Para tanto, foi indicado o seguinte enquadramento legal: alínea “b” do art. 3º da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar nº 17, de 12 de dezembro de 1973, bem como o inciso I do art. 2º, art. 3º e art. 9º da Medida Provisória nº 1.249, de 14 de dezembro de 1995, § 2º do art. 2º, alínea “b” do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º e art. 18, todos da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996 e ainda art. 3º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998.

III – O Auto de Infração às fls. 23-28 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$5.086,67 a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), juros de mora e multa de ofício proporcional. Para tanto, foi indicado o seguinte enquadramento legal: art. 1º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, bem como o § 2º do art. 2º, alínea “c” do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º e art. 18, todos da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996 e ainda art. 3º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998.

IV – O Auto de Infração às fls. 29-34 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$10.173,51 a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), juros de mora e multa de ofício proporcional. Para tanto, foi indicado o seguinte enquadramento legal: art. 1º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, § 2º do art. 2º, alínea “d” do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º e art. 18, todos da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996 e ainda art. 3º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998.

V - O Auto de Infração às fls. 35-39 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$27.256,40 a título de Contribuição para a Seguridade Social (INSS), juros de mora e multa de ofício proporcional. Para tanto, foi indicado o seguinte enquadramento legal: § 2º do art. 2º, alínea “f” do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º e art. 18, todos da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996 e ainda art. 3º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998.

Cientificada, a pessoa jurídica, Sociedade Educacional Jean Cristophe Ltda, apresentou a manifestação de impugnação, fls. 66-184.

Argui que:

A Impetrante, na condição de filiada da Associação Comercial Industrial e de Serviços de Uberaba — ACIU (doc. junto), promoveu a compensação das importâncias indevidamente recolhidas a título de Pró-labore, Autônomos e Avulsos, respaldada por decisão judicial exarada nos autos de nº 1998.38.02.001604-0 da Justiça Federal Local, confirmada pelo V. Acórdão do Eg. TRF da 1ª Região [...].

Assim, efetuou a compensação no período vertente, ou seja, do ano de 2003 — de janeiro a dezembro — tendo constado nas respectivas guias do Simples, inclusive da Declaração Anual Simplificada dirigida à Receita Federal [...].

Através o presente Auto de Infração, contudo, houve por bem o ilustre fiscal autuante ignorar e desconsiderar qualquer direito à compensação efetuada pelo Impugnante — não obstante ter pleno conhecimento dos fatos acima mencionados e docs. que lhe foram exibidos - glosando totalmente a dedução ocorrida, incidente,

apenas, no percentual de 40% originário das contribuições previdenciárias declaradas inconstitucionais.

As compensações mencionadas no AI foram feitas, mês a mês, no ano de 2003, como se vê das respectivas planilhas anexas [...].

O Auto de Infração, constitui-se de simples menção aos dispositivos legais de aplicação genérica, sem qualquer especificidade ao caso concreto, nem tampouco motivação para respaldo de ação fiscal, comprovando a materialidade do fato gerador da incidência tributária pretendida que deve ser sempre "ex lege". O modelo utilizado – simples numeração dos artigos é de aplicação genérica, desprovido do mínimo razoável para explicitar o fato tributável. [...]

Inexiste qualquer esclarecimento quanto pretensão fiscal de enfrentar a R. decisão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, quando expressamente determina, no Mandado de Segurança onde o Impugnante é parte [...].

Não obstante o critério adotado pelo ilustre fiscal autuante no minucioso levantamento, separando os reflexos do Simples aos respectivos impostos e contribuições, a origem da ação fiscal vertente tem como origem, unicamente, a compensação levada a cabo pela Impugnante como decorrência do V. Acórdão do TRF 1ª Região mencionado, já passado em julgado, com efeitos vigentes até a presente data. [...]

Observe-se que o direito A compensação nasce com o CTN; com a Lei nº 8.383/91; consolidado com a R. Decisão do Tribunal Regional Federal. Evidentemente não nasceu com a Declaração de Compensação, nem tampouco da formalização do processo administrativo tributário, motivo pelo qual, o descumprimento de ditas obrigações acessórias não podem ser preclusivos de direito.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui que:

Pelo exposto, respeitosamente, requer se digne Vs. considerar as presentes razões, determinando a adequação da ação fiscal aos limites da lei, notificando a Impugnante com renovação do prazo para Impugnação, sob pena de cerceamento de defesa e conseqüente nulidade do feito ou, caso assim não entenda Vs. se digne julgar improcedente o AI vertente, por inobservância da legislação aplicável, por ser de Direito e Justiça.

Protesta pela juntada do respectivo instrumento de mandato.

Está registrado como ementa do Acórdão da 2ª TURMA/DRJ/JFA/MG nº 09-21.806, de 03.12.2008, fls. 186-197:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES Ano-calendário: 2003

COMPENSAÇÃO

Decisão judicial que reconheça, em tese, o direito A. compensação de créditos oriundos de contribuições previdenciárias a cargo do empregador, com débitos dessa mesma contribuição incluídos nos valores devidos a título de SIMPLES, não dispensa a apresentação de declaração de compensação pela interessada, ainda que em formulário.

Lançamento Procedente

Notificada, a pessoa jurídica, Sociedade Educacional Jean Cristophe Ltda, apresentou recurso voluntário, fls. 193-196.

O presente Acórdão ora questionado fundamenta-se em duas questões:

1) o da ilegitimidade da Receita Federal para acatar os termos do Acórdão exarado pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região nos autos nº 1998.38.02.0011604-0, passado em julgado em 18/01/2002.

2) o da necessidade de declaração de compensação nos moldes da Instrução Normativa - RF 210/2002 e Instrução Normativa -RF 323/2003. [...]

A questão da ilegitimidade passiva levantada pela Receita Federal, à época, foi objeto de Mandado de Segurança específico, requerido pela Associação Comercial e Industrial de Uberaba — ACIU, contra ato do Sr. Delegado da Receita Federal de Uberaba, nos autos do AMS: nº 2003.38.02.002030-5 dirigido ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região [...].

Quanto à obrigatoriedade da observância das INs 210/02 e 323/03 elaboradas após a Sentença e o trânsito em julgado ocorrido nos autos 1998.38.02.001604-0, em 18/01/02, encontra resistência no princípio da irretroatividade da Lei. [...]

Ademais, conforme Relatório do Acórdão ora recorrido está claro o pleno conhecimento da autoridade administrativa quanto à origem, neste caso, do direito compensação, inclusive as empresas optantes pelo SIMPLES, determinado através do Acórdão do Egrégio TRF da 1ª Região, nos autos de nº 1998.38.02.001604-0, com trânsito em julgado em 18/jan/2002. [...]

Observa-se que nos referidos autos, a R. Sentença de 1º grau havia excluído do direito à compensação as empresas optantes pelo SIMPLES, razão específica da respectiva Apelação, que foi acolhida e conseqüentemente reformada pelo TRF da 1ª Região, na sua integralidade, sendo de extrema importância destacar trecho do voto [...].

Assim, deve ser anotado com a devida atenção, que o V. Acórdão do TRF da 1ª Região, foi específico quanto ao direito de compensar, inclusive aquelas empresas do SIMPLES, independentemente de quaisquer restrições, quais sejam: se o pró-labore constituía ou não contribuição social administrada pela Secretaria da Receita Federal — SRF, nem tampouco se a União figurava ou não no pólo passivo da AMS 1998.38.02.001604-0/MG.[...]

Isto posto, observa-se dos autos em comento que existe uma pendência administrativa ainda não observada por parte da Receita Federal, qual seja, o cumprimento do v. Acórdão, transitado em julgado em 18/01/2002, independentemente de quaisquer restrições.

Não cabia à Receita Federal, data venha, ao longo desses anos, por opinião própria e unilateral contra determinação judicial, apresentar uma série de obstáculos quer pela alegada ilegitimidade passiva da Receita Federal, quer pela natureza da

contribuição em apreço, quer pelas dificuldades na operacionalização administrativa da compensação pelos entraves técnicos das GRPS X DARF, quer pelo condicionamento de obrigações acessórias surgidas posteriormente, o que, como óbvio, não tem o condão de suspender e muito menos revogar ordem judicial, como já dito, passada em julgado.

Trata-se de ato jurídico perfeito e acabado protegido por princípios constitucionais em especial o da irretroatividade das leis, acrescido na complementação da lei tributária em seu art. 144 — CTN [...].

Não houve adequação do Acórdão, nos termos da lei, nem mesmo consideração do aspecto absolutamente claro de que a empresa agiu de boa-fé, e por ordem judicial.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui que:

Em abono à tese ora defendida em favor da recorrente, importante observar pertinente decisão do Egrégio Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda no Recurso 128110 — 3ª Câmara — Acórdão 303-31717, de 11/11/2004, *verbis*:

"EMENTA: SIMPLES — Débito do contribuinte junto ao INSS — Decisão judicial autorizando a compensação — Extinção do débito — Exclusão da empresa do sistema — Impossibilidade. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO." (GN)

Pelo exposto, respeitosamente, requer seja recebido o presente recurso, nos termos da lei para, afinal, provido, seja cancelado o R. Acórdão 09-21.806 e oportunizada a adequação do Acórdão do tribunal Regional Federal da 1ª Região proferido nos autos AMS nº 1998.38.02.001604-0/MG, tudo como medida de direito e justiça.

Consta como ementa do Acórdão da 3ª TURMA ESPECIAL/4ª CÂMARA/1ª SJ nº 1803-002.059, de 12.02.2014, fls. 198-202:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SIMPLES

Ano-calendário: 2003

SIMPLES FEDERAL. COMPENSAÇÕES. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. REMUNERAÇÃO DE ADMINISTRADORES.

São passíveis de compensação conforme autorização judicial, os valores decorrentes de pagamentos indevidos de contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração de administradores, devidamente reconhecidos por decisão judicial transitada em julgado, cujo recolhimento ocorreu antes da adesão à sistemática de recolhimento simplificado denominado SIMPLES FEDERAL (Lei nº 9.317/96).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para que a unidade de origem aprecie o direito creditório e homologue as compensações até o limite do crédito apurado, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

Cientificada, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou embargos de declaração, fls. 205-209, argumentando, em síntese que há contradição e omissão no Acórdão da 3ª TURMA ESPECIAL/4ª CÂMARA/1ª SJ nº 1803-002.059, de 12.02.2014, fls. 198-202:

Assim, somente se o Embargado fizesse parte do quadro social da Associação Comercial, Industrial e de Serviços de Uberaba – ACIU à época da impetração do Mandado de Segurança nº 1998.38.02.001604-0, perante a 1ª Vara Federal de Uberaba, caberia sua legitimidade para invocar o direito de compensação. [...]

Outrossim, a Associação Comercial, Industrial e de Serviços de Uberaba – ACIU diz que o Embargado é associado desde 25/01/1999, conforme declaração que instruiu a impugnação, *verbis*:

A ASSOCIAÇÃO COMERCIAL, INDUSTRIAL E DE SERVIÇOS DE UBERABA —ACIU declara para os devidos fins de defesa de processo junto ao INSS, que a empresa Sociedade Educacional Jean Christophe Ltda. (Código 3361) é associada desta entidade desde 25/01/1999. Portanto, não favorece ao Embargado a indigitada decisão judicial. [...]

Desse modo, o Embargado não é parte legítima para invocar o disposto no provimento judicial. [...]

Posto isso, a FAZENDA NACIONAL requer o conhecimento e provimento destes embargos declaratórios para ser sanada a contradição e a omissão acima indicadas.

Toda numeração de folhas indicada nessa decisão se refere à paginação eletrônica dos autos em sua forma digital ou digitalizada.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

Sobre os embargos de declaração, no Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, determina:

Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma.

§ 1º Os embargos de declaração poderão ser interpostos, mediante petição fundamentada dirigida ao presidente da Turma, no prazo de cinco dias contado da ciência do acórdão:

I - por conselheiro do colegiado;

II - pelo contribuinte, responsável ou preposto;

III - pelo Procurador da Fazenda Nacional;

IV - pelos Delegados de Julgamento, nos casos de nulidade de suas decisões;

V - pelo titular da unidade da administração tributária encarregada da liquidação e execução do acórdão.

§ 2º O presidente da Turma poderá designar conselheiro para se pronunciar sobre a admissibilidade dos embargos de declaração.

§ 3º O despacho do presidente será definitivo se declarar improcedentes as alegações suscitadas, sendo submetido à deliberação da turma em caso contrário.

§ 4º Do despacho que rejeitar os embargos de declaração será dada ciência ao embargante.

§ 5º Os embargos de declaração opostos tempestivamente interrompem o prazo para a interposição de recurso especial.

§ 6º As disposições deste artigo aplicam-se, no que couber, às decisões em forma de resolução. (grifos acrescentados).

Art. 66. As inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo existentes na decisão serão retificados pelo presidente de turma, mediante requerimento de conselheiro da turma, do Procurador da Fazenda Nacional, do titular da unidade da administração tributária encarregada da execução do acórdão ou do recorrente.

§ 1º Será rejeitado de plano, por despacho irrecorrível do presidente, o requerimento que não demonstrar com precisão a inexatidão ou o erro.

§ 2º Caso o presidente entenda necessário, preliminarmente, será ouvido o conselheiro relator, ou outro designado, na impossibilidade daquele, que poderá propor que a matéria seja submetida à deliberação da turma.

§ 3º Do despacho que indeferir requerimento previsto no caput, dar-se-á ciência ao requerente.

Os embargos de declaração foram interpostos tempestivamente.

A conceituação dada por Moacyr Amaral (Primeiras linhas de direito processual civil/Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2003): "Dá-se o nome de embargos de declaração ao recurso destinado a pedir ao juiz ou juízes prolatadores da sentença ou do acórdão que esclareçam obscuridade, eliminem contradição ou supram omissão existente no julgado".

Em relação à omissão, vale ressaltar que esse instituto, em termos de embargos de declaração, é a falta de manifestação do julgador sobre ponto em que se impunha o seu pronunciamento de forma obrigatória, dentro dos ditames da causa de pedir.

No que diz respeito à contradição, cabe esclarecer que esse instituto justifica opor embargos de declaração é aquela havida no interior da própria decisão, ou seja, a desconformidade interna da decisão jurisdicional; nunca a eventual dissonância entre as provas existentes nos autos, a legislação que se entende aplicável ou a jurisprudência predominante nas cortes superiores e o que se decidiu.

Está registrado no Acórdão da 3ª TURMA ESPECIAL/4ª CÂMARA/1ª SJ nº 1803-002.059, de 12.02.2014, fls. 198-202:

Com efeito, trata-se de ação mandamental intentada por entidade de classe pela qual foi reconhecido o direito à compensação de parcelas recolhidas indevidamente à título de contribuições previdenciárias sobre a remuneração dos administradores.

Consoante documentos de fls. 72/73 a recorrente é em tese legítima detentora de créditos decorrentes de pagamentos indevidos à título de contribuições previdenciárias e que podem ser compensadas com as exações previdenciárias contidas na sistemática do SIMPLES.

Entendo que nos deparamos com situação peculiar em que as contribuições indevidamente recolhidas foram pagas ao INSS em GPS mas as contribuições objeto de compensação encontravam-se abrangidas pelo recolhimento efetuado por DARF na sistemática do SIMPLES FEDERAL e sob administração da Secretaria da Receita Federal.

Compulsando os elementos contidos no processo, verifico que a decomposição dos valores exigidos no auto de infração (fls. 05/08) demonstra que o maior montante dos débitos é devido justamente ao INSS, ou seja, não teria havido qualquer compensação indevida com débitos efetivamente administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Lembro que os valores arrecadados pela Secretaria da Receita Federal em DARF Simples incluem as Contribuições à Seguridade Social a cargo da pessoa jurídica e são imediatamente creditados a esse título.

Destarte, entendo inaplicáveis as disposições da Instrução Normativa nº 210/2002, invocada não pela autoridade fiscal que realizou o lançamento, mas pela decisão de primeira instância, considerando ainda que os pagamentos indevidos ocorreram antes da sua opção pela sistemática de recolhimento do SIMPLES em 2001 (fl. 87), não havendo qualquer regulamentação no âmbito da Secretaria da Receita Federal quanto a esta matéria.

Analisando o ato decisório tem-se que não há omissão, pois houve a manifestação no julgador sobre ponto em que se impunha o seu pronunciamento de forma obrigatória, dentro dos ditames da causa de pedir.

Também não se verifica a contradição, uma vez que não está evidenciada a desconformidade interna na decisão embargada. Ademais, a eventual dissonância entre as provas existentes nos autos, a legislação que se entende aplicável ou a jurisprudência

predominante nas cortes superiores e o que se decidiu não são fundamentos de validade para a admissibilidade do embargos de declaração.

As situações de contradição e de omissão no presente caso concreto não são ocorrentes na espécie.

Para fins de esclarecimento, cabe analisar a situação concreta dos autos. A Procuradoria da Fazenda Nacional, aduz, em síntese que há omissão e contradição no Acórdão da 3ª TURMA ESPECIAL/4ª CÂMARA/1ª SJ nº 1803-002.059, de 12.02.2014, fls. 198-202, uma vez que o provimento jurisdicional ajuizado em 1998 não alcança a pessoa jurídica, Sociedade Educacional Jean Cristophe Ltda, que se associou à impetrante, Associação Comercial, Industrial e de Serviços de Uberaba (ACIU), em 25.01.1999.

Sobre a matéria, a Constituição Federal prevê:

Art. 5º [...]

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente. [...]

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: [...]

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;

O Supremo Tribunal Federal emitiu os seguintes enunciados aprovados na sessão plenária de 24.09.2003³:

Súmula 629 - A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.

Súmula 630 - A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria.

Trata-se de legitimidade ativa extraordinária para impetração de mandado de segurança coletivo outorgada às associações constituídas legalmente e em funcionamento há mais de um ano, já que há defesa de direito alheio, em nome próprio. O que caracteriza a substituição processual é a separação entre o titular do direito subjetivo e o exercício da ação judicial. Nesse caso, há permissivo legal que autoriza a pessoa alheia ao direito material, a ingressar em juízo em nome próprio, na qualidade de substituto processual, para defender os direitos líquidos e certos dos seus membros, quando aqueles forem atacados por ato eivado de ilegalidade ou abuso de poder, sendo o responsável autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atividade do Poder Público. Exige-se aqui a clara pertinência temática com os seus objetivos institucionais.

3

Disponível

em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=630.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas> Acesso em 18 ago. 2014.

O ponto crucial a ser discutido é a possibilidade jurídica de o associado que ingressa na entidade em momento posterior ao ajuizamento da ação mandamental coletiva poder fruir dos efeitos do provimento jurisdicional favorável.

A Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, prevê:

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.

Esse dispositivo aplica-se às ações coletivas em geral e foi acrescentado pela Medida Provisória nº 1.798-1, de 11 de fevereiro de 1999, atual Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 agosto de 2001.

O mandado de segurança coletivo, por outro lado, está previsto em norma própria e específica, ou seja, na Lei nº 12.016, de 07, de agosto de 2009, que vigora a partir de 10 de agosto de 2009, e cuja matéria até então era regulada pela Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951 e pela Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964:

Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

Verifica-se no presente caso que a legislação que rege especificamente o Mandado de Segurança Coletivo é a Lei nº 12.016, de 07, de agosto de 2009, que vigora a partir de 10 de agosto de 2009, e cuja matéria até então era regulada pela Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951 e pela Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964. Não é aplicável ao presente caso os ditames da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, alterada pela Medida Provisória nº 1.798-1, de 11 de fevereiro de 1999, atual Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 agosto de 2001, tendo em vista o princípio da especialidade previsto no art. 2º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Nesse sentido, por determinação legal, no mandado de segurança coletivo impetrado por associação, na qualidade de substituta processual, o provimento jurisdicional dali advindo ampara os associados.

Os referidos valores utilizados como direitos creditórios são decorrentes do provimento jurisdicional constante no Mandado de Segurança Coletivo nº 1998.38.02.001604-0, nova numeração 0001772-44.1998.4.02.3802, impetrado pela Associação Comercial, Industrial e de Serviços de Uberaba – ACIU junto ao Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Uberaba/Justiça Federal, que se encontra com trânsito em julgado em 18.01.2002⁴ em que foi examinada a seguinte questão jurídica, fls. 223-229:

Cinge-se a questão trazida aos presentes autos, à pretensão da impetrante no sentido de ser reconhecido o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de contribuição social incidente sobre os valores pagos a autônomos, administradores e avulsos, instituída pelos arts. 3º, inciso I, da Lei nº

4

Disponível

em:

<<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=17724419984013802&secao=TRF1&nome=&mostrarBaixados=>> Acesso em 14 ago. 2014.

7.787/89 e 22, inciso I, de Lei nº 8.212/91, pelas optantes do regime tributário SIMPLES. [...]

De fato, o art. 195, inciso I, da Constituição Federal, com a redação anterior a dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, ao fazer referência a folha de salários, não abrange, em seu contexto, os administradores/empresários, autônomos e avulsos, por não se enquadrarem na situação de empregados, considerando que não percebem salários.

Depreende-se, desta forma, que não é devido o recolhimento da contribuição previdenciária questionada, incidente sobre os valores pagos aos empresários/administradores, trabalhadores autônomos e avulsos, em função de o Supremo Tribunal Federal ter declarado a inconstitucionalidade do art. 22, inciso I, da Lei 8.212/91, que praticamente repetiu o art. 3º, inciso I, da Lei 7.787/89, dispositivo legal esse que teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, pela Resolução nº 14/95. [...]

Por outro lado, o eg. Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a questão referente à contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração de autônomos, avulsos e administradores, firmou entendimento no sentido de que referida contribuição só poderia ser instituída por Lei Complementar, tendo em vista o disposto no § 4º, do art. 195, da Constituição Federal (ADIN 1.116/DF, Relator Ministro Maurício Correa, Tribunal Pleno, publicado no DJ de 17/11/95, pg.39.205).

Carece, portanto, de base constitucional a cobrança da contribuição ora em comento, restando indevido seu recolhimento aos cofres públicos.

Assim, cuidando-se, como na espécie, de cobrança sem base constitucional, afigura-se-me ser juridicamente possível a restituição dos valores indevidamente recolhidos, de acordo com o que prevê o art. 165, inciso I, do Código Tributário Nacional, o que poderá, a teor do que dispõe o art. 170, do Código Tributário Nacional e o art. 66, da Lei nº 8.383/91, ocorrer na forma de compensação. [...]

Ademais, não prospera a tese da impossibilidade de individualizar e quantificar os tributos no sistema SIMPLES. De fato, o art. 23 da Lei 9.317/96, traz extensa relação de alíquotas e destinações, sendo perfeitamente possível, conforme depreende-se pela transcrição abaixo, identificar a espécie e a destinação do tributo no sistema SIMPLES. [...]

Outrossim, ao Poder Judiciário, quando da análise do pleito relativo à compensação, incumbe apenas declarar se os créditos são compensáveis, devendo a liquidez e certeza dos créditos serem examinadas na esfera administrativa, [...].

Assim, diante do exposto, dou provimento à apelação da impetrante, a fim de que seja reformada a v. sentença apelada, nos termos acima expostos, e nego provimento à remessa oficial. (grifo acrescentados)

Também a Associação Comercial, Industrial e de Serviços de Uberaba – ACIU impetrou Mandado de Segurança Coletivo nº 2003.38.02.002030-5, nova numeração 000298-28.2003.4.01.3802, junto ao Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Uberaba/Justiça Federal, que se encontra com trânsito em julgado em 23.03.2010⁵, fls. 233-244. O seu objeto é a aplicação do art. 66 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, para

fins de compensação do direito creditório de contribuição previdenciária com tributos federais de espécies diferentes, objeto do Mandado de Segurança Coletivo nº 1998.38.02.001604-0:

1 - O Delegado da Receita Federal que indeferiu a compensação (de contribuições previdenciárias sobre "pro labore" com parcelas do "SIMPLES") é a parte legítima para figurar no pólo passivo do Mandado de Segurança que objetiva assegurar o pretendido encontro de contas.

2- Entendendo a Corte Revisora por afastar a causa que supostamente justificava a extinção do feito (art. 267) pelo julgador primário e estando o feito regularmente processado (maduro para julgamento), o CPC (art. 515, §3) autoriza que se adentre no exame do mérito.

3 - Não há possibilidade da compensação proposta, pois a decisão transitada em julgado que, ajuízo de impetrante, a fundamentaria (advinda de "writ outro pretérito) só reconheceu o direito à compensação dos indébitos ("pro labore" com "contribuições previdenciárias da mesma espécie sendo evidente que o "SIMPLES" compreende mais do que tais, incluindo, também, o IRPJ, PIS, CSSL, COFINS e IPI; ademais, a receita dos tributos é da Fazenda Nacional; a previdenciária, do INSS.

4 - A pertinência objetiva e subjetiva e a extensão da coisa julgada do 4 MS nº 1998.38.02.001604-0 se balizam pelo art. 468 e art. 472 do CPC.

5- Apelação provida em parte: afastada a ilegitimidade passiva; no mérito, no permissivo do art. 515, §3, do CPC, segurança denegada. [...]

A recorrente afirma que houve ofensa aos arts. 515, § 3º, do Código de Processo Civil e 66, § 1º, da Lei 8.383/1991. Sustenta que o acórdão recorrido não poderia enfrentar o mérito da questão que não foi julgado pela instância originária. [...]

Não merece prosperar a irresignação.

Na dicção do art. 515, § 3º, do CPC, acrescentado pela Lei 10.352/2001, é possível ao Tribunal, em caso de extinção do feito sem apreciação do mérito, julgar a lide desde logo, se a causa versar questão exclusivamente de direito e o processo estiver devidamente instruído, como ocorre no caso concreto.

Consoante a pacífica jurisprudência do STJ, extinto o processo sem julgamento de mérito, em face da preliminar de ilegitimidade passiva ad causam, o Tribunal, ao afastar a nulidade, pode de imediato julgar o feito, ainda que inexistia pedido expresso nesse sentido, máxime se a controvérsia disser respeito a questão estritamente de direito [...].

Verifico que não há controvérsia quanto à aplicação do art. 66, § 3º, da Lei 8.383/1991, pois tanto a Corte local quanto a recorrente entendem pela possibilidade de compensação apenas de tributos de mesma espécie. O que se controverte aqui é quanto à extensão do pedido, tendo em vista que o aresto entendeu que o contribuinte desejava compensar "contribuições pró-labore com o débito do SIMPLES", enquanto o recorrente, nas razões do Recurso Especial, defende que, em verdade, requereu a compensação de tributos da mesma espécie. O dispositivo de lei invocado não tem comando para infirmar os fundamentos do acórdão. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF. [...]

Diante do exposto, nos termos do art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao Recurso Especial.

A decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região no Mandado de Segurança Coletivo nº 1998.38.02.001604-0, fls. 223-229, foi silente em relação ao alcance dos seus efeitos à pessoa jurídica, Sociedade Educacional Jean Cristophe Ltda, que se associou em 25.01.1999, fl. 122, ou seja, após o ajuizamento da ação judicial em 07.08.1998.

Nesse sentido, como o Poder Judiciário não se manifestou expressamente sobre a matéria, não cabe à Administração Pública fazê-lo, pois deve executar o decisão judicial nos seus estritos termos, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição⁶. Esse entendimento também deve ser adotado em relação ao Mandado de Segurança Coletivo nº 2003.38.02.002030-5, fls. 233-244, já que tem uma relação de prejudicialidade com o Mandado de Segurança Coletivo nº 1998.38.02.001604-0.

Em assim sucedendo, voto em não conhecer dos embargos de declaração opostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional, porque não há omissão ou contradição no Acórdão da 3ª TURMA ESPECIAL/4ª CÂMARA/1ª SJ nº 1803-002.059, de 12.02.2014.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva

⁶ Fundamentação legal: inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.