



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12963.720015/2020-41
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-011.092 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de maio de 2023
Recorrente FUNDAÇÃO DE ENSINO E PESQUISA DE ITAJUBA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2016 a 31/12/2019

SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE.

A teor do inciso III do artigo 151 do CTN, as reclamações e os recursos suspendem a exigibilidade do crédito tributário, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. CONCOMITÂNCIA. INEXISTÊNCIA.

A impetração de mandado de segurança coletivo por associação de classe não impede que o contribuinte associado pleiteie individualmente tutela de objeto semelhante ao da demanda coletiva, já que aquele (mandado de segurança) não induz litispendência e não produz coisa julgada em desfavor do contribuinte nos termos da lei. Ainda que haja alcance dos efeitos jurídicos da decisão para os representados da entidade, não se materializa a identidade entre os sujeitos dos processos, ou seja, autor da medida judicial e recorrente no âmbito administrativo, diante da qual é possível aferir a manifestação de vontade (critério subjetivo) que exige a renúncia. Assim, a existência de Medida Judicial Coletiva interposta por associação de classe não tem o condão de caracterizar renúncia à esfera administrativa por concomitância.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO CONCOMITÂNCIA INEXISTÊNCIA.

A impetração de mandado de segurança coletivo, por substituto processual, não se configura hipótese em que se deva declarar a renúncia à esfera administrativa.

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA QUE NÃO CONHECE, ALEGANDO RENÚNCIA, DE MATÉRIAS DISCUTIDAS EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO IMPETRADO PELO ÓRGÃO DE CLASSE AO QUAL É ASSOCIADO O SUJEITO PASSIVO. NULIDADE

É nula a decisão de primeira instância, quando o órgão julgador deixa de apreciar questões apresentadas na defesa, por entender que houve renúncia às instâncias administrativas, pelo fato de as referidas questões estarem sendo discutidas em Mandado de Segurança Coletivo, impetrado por entidade de classe a qual é vinculado o sujeito passivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário para declarar a nulidade da decisão de primeira instância, afastando-se o reconhecimento da concomitância com a ação judicial, determinando o retorno dos autos à DRJ de origem para apreciação das matérias suscitadas pelo sujeito passivo.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Wilsom de Moraes Filho, Rayd Santana Ferreira, Eduardo Newman de Mattera Gomes, Ana Carolina da Silva Barbosa, Guilherme Paes de Barros Geraldi e Miriam Denise Xavier (Presidente).

Relatório

A bem da celeridade peço licença para aproveitar boa parte do relatório já elaborado em ocasião anterior e que bem elucida a controvérsia posta para, ao final, complementá-lo (e-fls. 269 e ss).

Pois bem. Trata-se de auditoria fiscal realizada na entidade FUNDAÇÃO DE ENSINO E PESQUISA DE ITAJUBA referentes as contribuições previdenciárias devidas pela empresa para a SEGURIDADE SOCIAL e contribuição social para os TERCEIROS incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais autônomos declarados ou não declarados na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações a Previdência Social – GFIP.

AUTOS DE INFRAÇÃO – FLS. 02 A 43

VALOR DO CRÉDITO – R\$ - 30.612.736,47

RELATÓRIO FISCAL – FLS. 44 A 51

TERMOS – FLS. 52 A 149

Na impugnação de fls. 158 a 166, a entidade alega, em síntese, que:

1. É pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos criada por lei, está em atividade e em harmonia com a lei de criação. Atende aos demais requisitos do art. 29 da Lei nº 12.101/09, consoante o Parecer da AGU nº GQ -169, encontra-se dispensada da apresentação do CEBAS. Assim, a fruição da isenção é automática e independe de requerimento, mas a sua suspensão exige o prévio Ato Declaratório Executivo, ausente neste caso.
2. O Parecer da AGU, modalizador de conduta consubstanciando na dispensa de apresentação da Certificação, foi ‘ratificado’ pela COSIT nº 4/2013. Neste procedimento após analisar a documentação apresentada, a única diferença apontada

pela autoridade entre o caso e o paradigma (*Parecer AGU GQ-169*), é a possibilidade da FEPI cobrar mensalidade.

3. Mas, essa questão é um nítido vício material, pois o Fisco delineou um motivo de forma inadequada como pressuposto de direito, caracterizando uma falta de motivação ou motivação insuficiente e contrária ao Parecer AGU. (*CARF nº 2402.004.828, 26.01.2016*).
4. Por fim, a Impugnante declara que a matéria tratada na Autuação Fiscal não foi submetida à apreciação judicial.

Eis a síntese dos pontos de discordância da Impugnação:

1. Ausência do Ato Declaratório Executivo de suspensão da isenção;
2. Negativa de vigência do Parecer da AGU nº GQ-169 s/demonstrar a diferença do caso analisado;
3. Violação do art. 100 e do parágrafo único do art. 142 ambos do CTN;
4. Violação do art. 116, III e IV e o inciso III do art. 117 todos da Lei nº 8.112/90;
5. Negativa de vigência da SCI COSIT nº 4/2013 s/demonstrar a diferença ou a sua superação;
6. Ausência de apreciação dos casos idênticos CARF Acórdãos nºs. 2402-004.073 e 2402-004.828;
7. Ilegalidade da cobrança da multa proporcional – 2º do art. 63 da Lei nº 9.430/96;
8. Isenção da contribuição p/outras entidades e fundos (art. 3º, § 5º da Lei nº 11.457/07);
9. Violação ao art. 2º e 50 ambos da Lei nº 9.784/99, art. 19 II da CF/88, art. 10 e ss. do Decreto nº 70.235/72 e o inciso V do art. 95 da Portaria MF nº 28 4/2020.

Em seguida, sobreveio julgamento proferido pela **Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento**, por meio do Acórdão de e-fls. 269 e ss, cujo dispositivo considerou a **impugnação improcedente** em relação a multa e **não conheceu da imunidade pela concomitância da ação judicial**, mantendo-se os créditos tributários exigidos nos Autos de Infração. É ver a ementa do julgado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2016 a 31/12/2019

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PARA A SEGURIDADE SOCIAL E PARA OS TERCEIROS.

O enquadramento da entidade abrangida pela IMUNIDADE das contribuições previdenciárias e para os TERCEIROS estão adstritos aos atendimentos da legislação tributária.

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA COM PROCESSO ADMINISTRATIVO. JUROS E MULTA.

A proposição de ação judicial, antes ou após o início da ação fiscal, importa na renúncia de discutir a matéria objeto da lide na esfera administrativa, uma vez que as decisões no âmbito do judiciário se sobrepõem às administrativas, sendo analisados apenas os aspectos do lançamento não abrangidos pela ação mandamental.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O contribuinte, por sua vez, interpôs Recurso Voluntário (e-fls. 292 e ss), alegando, em suma, o que segue:

1. O Acórdão não apreciou as preliminares suscitadas na peça de Impugnação;
2. O Acórdão cometeu *erro in judicando* vez que ausente a concomitância com ação judicial;
3. O Acórdão não observou a Súmula CARF nº 17;
4. Negativa de vigência do Parecer da AGU nº GQ -169 e da COSIT nº 4/2013, s/demonstrar a diferença do caso ou a superação do entendimento;
5. Ilegalidade da Multa, § 2º do art. 63 da Lei nº 9.430/96 e inciso IV art. 151 do CTN;
6. Violação ao art. 2º e 50 ambos da Lei nº 9.784/99, art. 10 e ss. do Decreto nº 70.235/72, o inciso V do art. 95 da Portaria MF nº 284/2020 e inciso IV do art. 2º da Portaria RFB nº 20/2021.

Posteriormente, o sujeito passivo protocolizou a Petição Complementar de e-fls. 348 e ss, requerendo o reconhecimento da remissão do crédito tributário exigido, nos termos do art. 41, da Lei Complementar nº 187/2021.

Em seguida, os autos foram remetidos a este Conselho para apreciação e julgamento do Recurso Voluntário.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Matheus Soares Leite – Relator

1. Juízo de Admissibilidade.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72. Portanto, dele tomo conhecimento.

Cabe esclarecer que, a teor do inciso III, do artigo 151, do CTN, as reclamações e os recursos suspendem a exigibilidade do crédito tributário, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo.

Nesse sentido, enquanto o recorrente tiver a oportunidade de discutir o débito em todas as instâncias administrativas, até decisão final e última, o crédito tributário em questão não deve ser formalizado pela Administração Pública, nos termos do art. 151, III, do CTN.

Portanto, neste momento, em razão do recurso tempestivamente apresentado, o presente crédito tributário está com sua exigibilidade suspensa, o que torna desnecessária a solicitação do recorrente neste sentido.

2. Preliminar de nulidade da decisão recorrida – Não conhecimento da impugnação por renúncia à esfera administrativa.

Conforme narrado, trata-se de auditoria fiscal realizada na entidade FUNDACAO DE ENSINO E PESQUISA DE ITAJUBA referentes as contribuições previdenciárias devidas pela empresa para a SEGURIDADE SOCIAL e contribuição social para os TERCEIROS

incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais autônomos declarados ou não declarados na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social – GFIP.

Consta no Relatório Fiscal (e-fls. 44 e ss) que a fiscalização, ao analisar as informações prestadas pelo contribuinte nas GFIP's – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - observou que o FPAS usado teria sido o 639 (isenta das contribuições sociais) apesar de na informação do sítio oficial do Ministério da Educação, não constar a certificação prevista na Lei nº 12.101/2009. Assim, consignou que o contribuinte teria utilizado código reservado a entidades portadoras do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social - CEBAS usufruindo indevidamente da isenção prevista na referida lei.

Intimado, o sujeito passivo informou que é entidade beneficente criada pela Lei Estadual nº 3.009/63 e instituída sem fins lucrativos pelo Decreto Estadual nº 9.016/1965, atendendo a todos os requisitos legais consoante Parecer AGU nº GQ-169, ratificado pela Solução de consulta Interna COSIT nº 4/2013, encontrando-se dispensada da apresentação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, para fins de isenção previdenciária patronal.

A fiscalização, por sua vez, discordou do entendimento do sujeito passivo, acerca do entendimento manifestado no enunciado Parecer AGU nº GQ-169, alegando que o inciso I do artigo 3º do Estatuto Social da Fundação de Ensino e Pesquisa de Itajubá permite a cobrança de mensalidades de seus destinatários, indo em sentido oposto aos princípios da Associação das Pioneiras Sociais, de ter sido instituída para praticar a filantropia, mediante prestação de serviços gratuitos aos que lhe recorrem.

Ademais, afirmou que a Fundação de Ensino e Pesquisa de Itajubá poderia usufruir da isenção, mas precisaria atender as normas legais vigentes à espécie, destacando-se a Lei nº 12.101, de 27/11/2009, para obtenção de sua certificação de entidade beneficente, não sendo suficiente se autodeclarar desobrigada de cumprir as determinações legais.

O sujeito passivo, por sua vez, contestou o lançamento, apresentando impugnação, tendo alegado, resumidamente, o seguinte: (i) ausência do Ato Declaratório Executivo de suspensão da isenção; (ii) negativa de vigência do Parecer da AGU nº GQ-169 s/demonstrar a diferença do caso analisado; (iii) violação do art. 100 e do parágrafo único do art. 142 ambos do CTN; (iv) violação do art. 116, III e IV e o inciso III do art. 117 todos da Lei nº 8.112/90; (v) negativa de vigência da SCI COSIT nº 4/2013 s/demonstrar a diferença ou a sua superação; (vi) ausência de apreciação dos casos idênticos CARF Acórdãos nº's. 2402-004.073 e 2402-004.828; (vii) ilegalidade da cobrança da multa proporcional – 2º do art. 63 da Lei nº 9.430/96; (viii) isenção da contribuição p/outras entidades e fundos (art. 3º, § 5º da Lei nº 11.457/07); (ix) violação ao art. 2º e 50 ambos da Lei nº 9.784/99, art. 19 II da CF/88, art. 10 e ss. do Decreto nº 70.235/72 e o inciso V do art. 95 da Portaria MF nº 28 4/2020.

Em seguida, sobreveio julgamento proferido pela **Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento**, por meio do Acórdão de e-fls. 269 e ss, cujo dispositivo considerou a **impugnação improcedente** em relação a multa e **não conheceu da imunidade pela concomitância da ação judicial**, mantendo-se os créditos tributários exigidos nos Autos de Infração.

Resumidamente, a decisão recorrida entendeu que a existência do Mandado de Segurança Coletivo, impetrado pela Associação das Fundações Educacionais de Ensino Superior

de Minas Gerais – AFEESMIG, entidade na qual o sujeito passivo é filiado, importaria na renúncia de discutir a matéria objeto da lide na esfera administrativa.

Nesse sentido, a decisão recorrida deixou de se manifestar sobre os inúmeros pontos arguidos pelo sujeito passivo, em sua impugnação, limitando-se a rebater a possibilidade de lançamento de multa de ofício, em razão da menção, no Relatório Fiscal, sobre a existência de autorização de depósito judicial, nos autos do processo judicial, concluindo pela não comprovação da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, na forma dos incisos IV ou V do art. 151, do Código Tributário Nacional.

Pois bem!

Conforme consta nos autos, o sujeito passivo é filiado à Associação das Fundações Educacionais de Ensino Superior de Minas Gerais- AFEESMIG que, por sua vez, impetrou Mandado de Segurança Coletivo em trâmite perante a 22ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, nos autos do Processo nº 2008.38.00.012378-3, no qual se discute o reconhecimento da imunidade tributária do § 7º, do artigo 195, da CF/88.

Consta, ainda, que o recorrente é beneficiário da decisão liminar, restabelecida por decisão do e. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no Agravo de Instrumento nº 0040844-75.2010.4.01.0000, que suspendeu a exigibilidade do recolhimento das contribuições para o INSS (cota patronal), reconhecendo a imunidade tributária do § 7º, do artigo 195, da CF/88.

A propósito, segue a transcrição do seguinte excerto da decisão de 1ª instância que, nos autos do Processo nº 2008.38.00.012378-3 deferiu a liminar pleiteada, sendo posteriormente restabelecida, conforme noticiado pelo sujeito passivo:

[...] Ante o exposto, defiro a liminar para determinar à autoridade impetrada que se abstenha, até o julgamento final deste *mandamus*, de exigir que as entidades filiadas à impetrante – Associação das Fundações Educacionais de Ensino Superior de Minas Gerais — AFEESMIG, se submetam às exigências do art. 55 da Lei nº 8.212/91.

A começar, cumpre esclarecer que a impetração de mandado de segurança coletivo por associação de classe não impede que o contribuinte associado pleiteie individualmente tutela de objeto semelhante ao da demanda coletiva, já que aquele (mandado de segurança) não induz litispendência e não produz coisa julgada em desfavor do contribuinte nos termos da lei.

Ainda que haja alcance dos efeitos jurídicos da decisão para os representados da entidade, não se materializa a identidade entre os sujeitos dos processos, ou seja, autor da medida judicial e recorrente no âmbito administrativo, diante da qual é possível aferir a manifestação de vontade (critério subjetivo) que exige a renúncia.

Assim, a existência de Medida Judicial Coletiva interposta por associação de classe não tem o condão de caracterizar renúncia à esfera administrativa por concomitância.

Portanto, a impetração de mandado de segurança coletivo por si só não é motivação para caracterização de concomitância impeditiva à discussão do mérito de lançamento lavrado pela fiscalização para prevenir decadência.

A propósito, adoto como razões de decidir a fundamentação do voto do Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal no Acórdão nº 9303-009.280, as quais transcrevo:

(...) Passamos ao mérito. Somente está em discussão se o fato de o mandado de segurança ser coletivo afasta a aplicação da Súmula CARF nº 1, tal como assentado no acórdão paradigma.

O enunciado da súmula é o seguinte:

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.

Uma vez que as matérias distintas foram devidamente apreciadas no acórdão recorrido, em relação à parte não conhecida por força da concomitância somente nos resta verificar se estão presentes as demais condições expressas na súmula como necessárias e suficientes para que se considere que ficou configurada a renúncia à instância administrativa, segundo as quais deve haver propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual.

Penso que o contribuinte tem razão e não seria o caso de aplicação da Súmula CARF nº 1. Entendo que o seu enunciado não alcança as situações em que não é o próprio contribuinte que provocou a ação judicial. No caso de Mandado de Segurança coletivo, o contribuinte não tem poder de influir quanto à possibilidade de sua impetração e nem quanto ao seu resultado, a não ser que entre na ação como litisconsorte. Vale lembrar que nos termos da Súmula nº 629 do STF, o contribuinte não tem como impedir a impetração de mandado de segurança coletivo.

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

Sabe-se que ocorre a litispendência quando duas causas são idênticas quanto às partes, pedido e causa de pedir, ou seja, quando se ajuíza uma nova ação que repita outra anteriormente ajuizada, com total identidade entre partes, conteúdo e pedido formulado.

O art. 337 do CPC traz o conceito de litispendência nos seguintes termos:

Art. 337 (...)

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

Nos termos da Lei nº 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências:

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

§ 1º **O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais**, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva. [grifei]

Por entender oportuno, transcrevo trecho do voto proferido pelo ex-Conselheiro Caio Marcos Cândido no Acórdão CSRF-2ª Turma nº 9202-00278, de 22/09/2009:

(...)

Inicialmente, havia entendido pela impossibilidade de discussão em sede administrativa de matéria levada ao crivo do Poder Judiciário, tendo em vista, inclusive ser matéria sumulada pelo Primeiro Conselho de Contribuintes, por meio da Súmula 1CC nº 01.

No entanto, alertado que fui pelo conselheiro Elias Sampaio Freire, em razão de vista aos autos na sessão de julgamento de agosto de 2009, revi minha posição inicial. Reproduzo as razões expendidas pelo citado conselheiro, as quais adoto para afastar a concomitância:

Por certo, nos termos em que dispõe o art. 78, § 2º do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais — CARF, aprovado pela Portaria MF

nº 256, de 2009, a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.

Entretanto, no presente caso, o mandado de segurança foi impetrado por entidade sindical para a defesa de direitos individuais homogêneos de seus membros.

Há de se enfrentar questões que dizem respeito à coisa julgada nas ações coletivas, mais precisamente, aos efeitos subjetivos da coisa julgada em se tratando de demanda de caráter coletivo, onde o que se discute são direitos individuais homogêneos.

Para parte da doutrina a coisa julgada material somente atingirá os substituídos quando o resultado lhes for favorável, e jamais quando for julgado improcedente o pedido. Sobre o tema, assim se posiciona Michel Temer (TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional, 14a ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 203.):

"Deriva, assim, da Constituição autorização — se não mesmo a determinação — para o legislador ordinário, ao regulamentar o mandado de segurança coletivo, estabelecer que a decisão judicial fará coisa julgada quando for favorável à entidade impetrante e não fará coisa julgada quando a ela desfavorável ... ficando aberta, com isso, a possibilidade do mandado de segurança individual quando a organização coletiva não for bem sucedida no pleito judicial"

Othon Sidou também segue nessa linha, para que não seja prejudicado aquele que não participou efetivamente da demanda (SIDOU, J. M. Othon. "Habeas corpus", mandado de segurança, mandado de injunção, "habeas data", ação popular. 5a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000 p. 263.):

"A sentença firme, concedendo a garantia, reveste a condição de coisa julgada material, e beneficia todos os componentes da entidade postulante; mas a sentença denegatória passada em julgado gera apenas, como em todo mandado de segurança, a coisa julgada formal, e não exclui a possibilidade de qualquer deles pleitear individualmente mandado de segurança; a menos que, ostensivamente, haja assumido a condição de litisconsorte"

Sergio Ferraz, aliás trata a matéria fazendo a pertinente observação quanto à representatividade do legitimado ativo (FERRAZ, Sergio. Mandado de segurança individual e coletivo: aspectos polêmicos. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 183.):

"O primeiro ponto tem que ver com o sujeito ativo da ação, mais particularmente com a extensão de sua representatividade. Assim, e por exemplo, sendo o writ ajuizado por sindicato, não só seus associados, mas toda a categoria econômica ou operária, por ela tutelada, é atingida pelos efeitos da coisa julgada. Assim é por força da extensão da representatividade sindical, expressamente assentada, por exemplo, no art. 513 da Consolidação das Leis do Trabalho".

E prossegue o aludido mestre:

"Diversamente, contudo, ocorrerá se o remédio coletivo tiver sido ajuizado por outras modalidades de entidade, de representatividade estrita: aqui, só os reais associados serão beneficiados. Em contrapartida, desfavorável a sentença ao impetrante, independentemente da extensão de sua representatividade poderá ser formulado novo mandado de segurança individual (plúrimo ou não): efetivamente, é inadmissível que a ampla garantia constitucional do direito de ação (CF, art. 5º, XXXX e LXIX) possa ser extraída de alguém por força de uma lide na qual não lhe foi dado atuar direta e pessoalmente, com os ônus, riscos e responsabilidades que somente assim se aceita sejam realmente contraídos"

É certo que submeter qualquer indivíduo aos efeitos (ou eficácia) de um julgado sem que dele tenha participado, sem ter tido oportunidade de influenciar no resultado não pode ser aceito sob pena de flagrante ofensa às garantias constitucionais.

Mesmo diante da legitimação extraordinária, prevista no art. 5º, LXX, da Constituição Federal, que pressupõe que os substituídos estão "adequadamente representados" pelos substitutos, o processo moderno não pode admitir que pessoas tenham os direitos tolhidos sem que tenham efetivamente participado da demanda.

Destarte, o processo coletivo tem o condão de facilitar a busca pela justiça, seja facilitando o acesso até ela, seja possibilitando julgamentos mais céleres. Todavia, isso não pode ser atingido em prejuízo de todo o direito de determinado indivíduo.

(...)

Neste mesmo sentido vem decidindo algumas turmas deste colegiado:

PROCESSO TRIBUTÁRIO. CONCOMITÂNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. INOCORRÊNCIA. A impetração de mandado de segurança coletivo por associação de classe não impede que o contribuinte associado pleiteie individualmente tutela de objeto semelhante ao da demanda coletiva, já que aquele (mandado de segurança) não induz litispendência e não produz coisa julgada em desfavor do contribuinte nos termos da lei. É impróprio falar-se em afronta ao princípio da unicidade de jurisdição neste caso, pois o sistema jurídico admite a coexistência e convivência pacífica entre duas decisões (uma de natureza coletiva e outra individual), sendo que, via de regra, aplicar-se-á ao contribuinte aquela proferida no processo individual. A renúncia à instância administrativa de que trata o art. 38 da Lei n. 6.830/80 pressupõe ato de vontade do contribuinte expressado mediante litisconsórcio com a associação na ação coletiva ou propositura de ação individual de objeto análogo ao processo administrativo, o que não se verifica na hipótese. (Acórdão nº 9101-001.216, de 18/10/2011)

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 31/10/1995 a 31/10/1998

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. CONCOMITÂNCIA. INEXISTÊNCIA.

A impetração de mandado de segurança coletivo, por substituto processual, não se configura hipótese em que se deva declarar a renúncia à esfera administrativa. (Acórdão nº 3801-001.725, de 27/02/2013). (...)

Ora, a renúncia de direitos deve ser exercida de forma direta, não sendo admissível a renúncia à discussão do débito na esfera administrativa senão por força do ajuizamento de ação judicial pelo próprio renunciante. O ajuizamento de ação por parte de substituto processual, por certo, não pode produzir tal efeito. Assim, entendendo que, no presente caso, diferentemente do que entendeu a decisão de primeira instância, não restou configurada a renúncia à esfera administrativa.

Conforme acima visto, não há de se dar a ação coletiva o efeito de retirar de algum dos representados na mesma a possibilidade de discutir individualmente no processo administrativo a matéria tratada no Judiciário.

Dessa forma, entendendo que não há que se falar em renúncia do contencioso administrativo, eis que a impetração de mandado de segurança coletivo não retira do contribuinte o direito de discutir administrativamente crédito tributário que lhe é imposto.

Para além do exposto, o objeto do Mandado de Segurança Coletivo diz respeito à Lei nº 8.212/91 e não à Lei nº 12.101/09, sendo mais um motivo para afastar o reconhecimento da concomitância na hipótese dos autos.

Diante da não configuração de renúncia à esfera administrativa por parte do Recorrente, é imperioso que o processo retorne à primeira instância administrativa, a fim de que a Delegacia da Receita Federal de Julgamento adentre nas questões apresentadas pelo contribuinte na impugnação. A análise da matéria nesta instância recursal, por parte deste Conselho, fatalmente implicaria na supressão de instância, por afastar ao contribuinte o direito ao duplo grau recursal.

Considerando-se, portanto, que a DRJ deixou de se debruçar sobre às demais questões apresentadas pelo contribuinte, alegando renúncia à discussão administrativa, em razão da propositura de ação judicial pelo órgão de classe ao qual pertence a entidade, entendo ter havido clara supressão de instância. E, em outras palavras, a análise dessas questões apenas em sede de recurso voluntário, além de ensejar supressão de instância, promoveria a nulidade do julgado por cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Nesse sentido, ao contrário do entendimento assentado pela decisão recorrida, verifico que não houve renúncia à esfera administrativa, motivo pelo qual, entendo pelo afastamento da concomitância com o processo judicial e determino retomo do presente feito à DRJ de origem, para a devida apreciação das alegações trazidas pelo sujeito passivo, restando prejudicados os demais argumentos trazidos em sede recursal e que, portanto, serão analisados em momento oportuno.

Conclusão

Ante o exposto, voto por CONHECER do Recurso Voluntário para DAR-LHE PROVIMENTO, a fim de declarar a nulidade da decisão proferida, afastando-se o reconhecimento da concomitância com a ação judicial, determinando o retorno dos autos à autoridade julgadora de primeira instância para apreciação das matérias suscitadas pelo sujeito passivo, sob pena de supressão de instância e cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite