ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 18088.000089/2007-31

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

Processo nº	18088.000089/2007-31
Recurso nº	Especial do Contribuinte
Acórdão nº	**9303-005.189 – 3ª Turma**
Sessão de	18 de maio de 2017
Matéria	COFINS
Recorrente	ABRIL CORRETORA DE SEGUROS LTDA
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/04/1999 a 31/01/2007

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em dar-lhe provimento, vencido o conselheiro Júlio César Alves Ramos, que lhe negou provimento.

(assinado digitalmente)
Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)
Andrada Márcio Canuto Natal - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio Cesar Alves Ramos, Tatiana Midori Migiyama, Andrada Márcio Canuto Natal, Demes Brito, Érika Costa Camargos Autran, Charles Mayer de Castro Souza (suplente convocado), Vanessa Marini Cecconello e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Contribuinte contra o Acórdão nº 3403-01.104, de 10/08/2011, e-fls. 338/343, cuja ementa está assim redigida:

> *Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins*
>
> *Período de apuração: 01/04/1999 a 31/01/2007*
>
> *CONCOMITÂNCIA. AÇÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 1 DO CARF.*
>
> *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.*
>
> *COFINS. DECADÊNCIA. PRAZO*
>
> *O prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário da contribuição para o PIS/PASEP extingue-se em 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador.*
>
> *AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.*
>
> *A multa de ofício de 75 % (setenta e cinco por cento) aplicada nos lançamentos de ofício esta prevista no inciso I, do art. 44 da Lei nº 9.430/96.*
>
> *JUROS DE MORA. SELIC. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 4 DO CARF.*
>
> *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.*
>
> *INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS TRIBUTÁRIAS. INCOMPETÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 2 DO CARF.*
>
> *Este Colegiado é incompetente para apreciar questões que versem sobre constitucionalidade das leis tributárias.*

Dentre as divergências suscitadas no especial, apenas a matéria relativa à **renúncia administrativa em razão de opção pela via judicial** foi admitida para seguimento a esta Câmara Superior, conforme Despacho de Exame de Admissibilidade nº 3400-00.033, e-fls. 437/440, e Despacho de Reexame de Admissibilidade, e-fls. 441/442.

A Fazenda Nacional foi intimada para conhecimento dos despachos de admissibilidade, e-fl. 443, e apresentou as contrarrazões de e-fls 444/450, defendendo a manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal, Relator.

O contribuinte teve ciência do acórdão recorrido em 12/12/2011, conforme Intimação nº ARF/SCO 126/2011, e-fl. 349, e Aviso de Recebimento-AR, e-fl. 352, e apresentou o Recurso Especial de e-fls 353/427, em 27/12/2011, e-fl. 353. Logo, o recurso é tempestivo, além de atender aos demais pressupostos de admissibilidade na parte em que admitido.

Não há controvérsia em relação aos fatos, que conforme o relatório do acórdão recorrido, e-fl. 339/340, resume-se no seguinte.

O Contribuinte, registrado na SUSEP e associado do Sindicato dos Corretores de Seguros, Capitalização e Previdência no Estado de São Paulo-SINCOR, é beneficiário do Mandado de Segurança Coletivo nº 1999.61.00.036011-6, impetrado pelo SINCOR com o objetivo de ter reconhecida a isenção da Cofins para as sociedades de profissão legalmente regulamentada nos termos da Lei Complementar nº 7, de 1970, afastando-se a revogação da isenção realizada pelo art. 56 da Lei nº 9.430, de 1996.

O auto de infração que deu origem a este processo foi lavrado para exigência da Cofins, multa de ofício e juros de mora, decorrentes da falta de declaração e de pagamentos da contribuição social.

Com exceção das matérias expressamente tratadas no acórdão recorrido, decadência, multa de ofício e juros de mora, não há controvérsia de que o objeto do mandado de segurança é o mesmo deste processo administrativo.

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 n° 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, § 2° do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais — CARF, aprovado pela Portaria MF n° 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 seu 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 principio da unicidade de jurisdição neste caso, pois o sistema jurídico admite a coexistência e convivência pacifica 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 n° 9101001.216, 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).

Diante do exposto, voto por dar provimento ao recurso especial apresentado pelo contribuinte, com retorno dos autos à turma recorrida para apreciar o mérito da matéria antes não conhecida em razão da concomitância.

(assinado digitalmente)
Andrada Márcio Canuto Natal