



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo n° 19740.000236/2004-42
Recurso n° 161.777 Voluntário
Matéria IRF
Acórdão n° 104-23.637
Sessão de 16 de dezembro de 2008
Recorrente ARUS - FUNDAÇÃO ARACRUZ DE SEGURIDADE SOCIAL
Recorrida 8ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 1999

BENEFÍCIO FISCAL - MP 2.222/2001 - RENÚNCIA AO MÉRITO DA AÇÃO E DESISTÊNCIA DA AÇÃO - Para que o contribuinte usufrua do benefício previsto no art. 5º, da MP nº. 2.222/2001, mister se faz a renúncia expressa ao direito em que se funda a ação judicial, de acordo com o art. 269, V, do CPC, que resolve o processo com julgamento do mérito e faz coisa julgada material, ao contrário da desistência da ação, na forma do art. 267, VIII, do CPC, que permite ao autor intentá-la novamente.

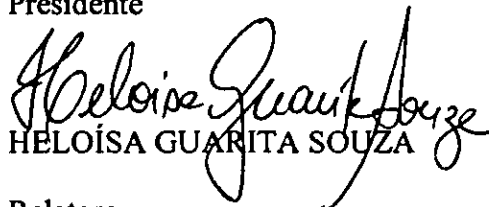
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ARUS - FUNDAÇÃO ARACRUZ DE SEGURIDADE SOCIAL.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MARIA HELENA COTTA CARDOZO

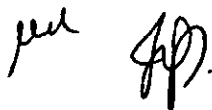
Presidente


HELOÍSA GUARITA SOUZA

Relatora

FORMALIZADO EM: 16 FEV 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nelson Mallmann, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Rayana Alves de Oliveira França, Antonio Lopo Martinez, Pedro Anan Júnior e Gustavo Lian Haddad.



Relatório

Trata-se de auto de infração (fls. 221/223) lavrado contra a contribuinte ARUS Fundação Aracruz de Seguridade Social, CNPJ/MF nº 27.451.129/0001-72, para exigir crédito tributário correspondente à multa de mora isolada de IRF e juros de mora isolados de IRF, no valor total de 100.672,50, em 29.06.2004, ambos com fundamento legal no artigo 61 da Lei nº 9430/96.

Termo de Verificação Fiscal de fls. 200/218 descreve, pormenorizadamente, os fatos constatados e as conclusões fiscais que levaram à autuação.

Os fatos havidos em primeira instância estão fielmente descritos no relatório do acórdão de primeira instância, o qual adoto, nessa parte (fls. 412/419):

“Em decorrência da ação fiscal, foram lavrados autos de infração para exigir da interessada multa de mora , no montante de R\$ 65.379,52 e os juros isolados no valor de R\$ 35.292,98, decorrentes do pagamento em atraso de IRRF relativos aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 1999.

DA AUTUAÇÃO

Conforme Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de fls. 222 e 223 e Termo de Verificação (fls. 200 a 218) foram apurados os fatos abaixo descritos.

A ação fiscal foi determinada para verificação dos procedimentos adotados pelo contribuinte na determinação dos créditos fiscais pagos ou parcelados no uso do benefício fiscal que trata o art. 5º da MP nº 2222/2001 e legislação correlata.

A fiscalizada é entidade fechada de previdência privada complementar, nos termos da LC nº 109/2001, que revogou a Lei 6.435/77.

A interessada não está acobertada pela imunidade prevista na CRFB/88, posto que sua atividade não se confunde com a assistência social.

A polêmica foi encerrada pelo STF, o qual se pronunciou contrariamente à imunidade das entidades fechadas de previdência privada, em Acórdão prolatado no RE nº 202-700-6, em 08/11/2001.

O próprio contribuinte reconheceu sua condição de contribuinte do imposto ao efetuar o pagamento relativo a fatos geradores ocorridos entre janeiro de 1994 e agosto de 2001 (fls. 38 a 75) usando o benefício fiscal previsto no art 5º da MP nº 2222/2001 e legislação correlata.



O art. 175, § 1º do RIR/99 dispõe que não se aplica a isenção ao IRRF sobre dividendos, juros e demais rendimentos.

Após o advento da CRFB/88, aplica-se às entidades de previdência privada fechada o regime de isenção do imposto de renda com as seguintes exceções:

- *IRRF sobre dividendos, juros e demais rendimentos e ganhos de capital, o qual será devido exclusivamente na fonte, não gerando direito à restituição;*
- *Imposto sobre ganhos líquidos auferidos em operações realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas.*

A fiscalizada questionou judicialmente a legalidade desta tributação. Posteriormente, o contribuinte veio reconhecer a legitimidade do IRRF sobre aplicações em renda fixa e sobre ganhos líquidos em transações de renda variável ao aderir ao RET, efetuando o pagamento nos termos do art. 5º da MP nº 2222/2001 em relação aos fatos geradores ocorridos entre 1994 e 31/08/2001 (fls. 38 a 75).

A legislação pode ser assim resumida quanto ao ano-calendário de 1999:

- *Período de apuração :semanal.*
- *Base de cálculo: rendimentos das aplicações financeiras.*
- *aliquota – 20%; sobre rendimentos nominais produzidos a partir de 1998 e 15% sobre rendimentos produzidos em 1996 e 1997 (sobre as aplicações já existentes em 31/12/97, a tributação será pro rata tempore).*
- *vencimento: até o 3 º dia útil da semana seguinte à ocorrência dos fatos geradores.*

A partir de 01/01/98 o imposto incidirá

- *na data em que se completar cada período de carência para resgate com rendimentos, no caso de fundos sujeitos a prazo de carência inferior a 90 dias;*
- *no último dia útil de cada trimestre-calendário, no caso de fundos com períodos de carência superior a 90 dias;*
- *no último dia útil de cada mês, ou no resgate, se ocorrido em outra data, no caso de fundos sem prazo de carência;*
- *aliquota – 20%;*
- *base de cálculo: diferença positiva entre o valor patrimonial da quota no momento da incidência e o apurado na data da aplicação, ou na data anterior de incidência do imposto.*

AP

- *Base legal: art.65 e 66, art.83,I,d, da Lei 8.981/95; art. 28,I e II , art. 28 § 1º , 3º,7º e 9º, art. 29, 30,32, 35 e 36 da lei 9.532/97; art. 11 Lei 9.249/95; art. 729,730, 731,735 a 740 do RIR/99; IN SRF 72/97 e 96/97.*

A MP nº 2.222/2001 instituiu os seguintes regimes:

- *Tributação segundo as normas aplicáveis às pessoas físicas e jurídicas não-financeiras. IRRF sobre aplicações de renda fixa e variável, nas mesmas alíquotas das pessoas físicas e jurídicas não financeiras (art. 1º da MP 2.222/2001 e IN SRF nº 126/2002).*
- *Regime Especial de Tributação (RET).Regime previsto nos art. 2º a 4º da MP 2.222/01 e art.2º a 7º da IN SRF nº 126/2002, o resultado positivo apurado em cada trimestre, dos ganhos e rendimentos das provisões, reservas técnicas e fundos. IR à alíquota de 20%.*

O resultado positivo será a soma dos rendimentos e ganhos, inclusive decorrentes de aluguéis, juros sobre o capital próprio e da alienação de ativos, com as perdas em operações e despesas necessárias, inclusive as administrativas (IN SRF nº 126/2002, art. 2º, §1º).

Na base de cálculo incluem-se os rendimentos e ganhos produzidos pelos recursos garantidores de provisões, reservas técnicas e fundos (IN SRF nº 126/2002, art. 2º, § 2º).

O resultado negativo em cada trimestre poderá ser compensado nos trimestres seguintes, enquanto o optante estiver no RET (IN SRF nº 126/2002, art. 2º, §5º).

O imposto apurado segundo o RET:

- *Será limitado ao produto do valor da contribuição pelo percentual resultante da diferença entre a soma das alíquotas do IRPJ e da CSLL, inclusive adicionais e 80% da alíquota máxima da tabela progressiva do IRPF (MP 2.222/2001, art 2º,§ 1º, I e INSRF nº 126/2002, art. 3º).*
- *Será apurado trimestralmente e pago até o último dia útil do mês subsequente ao do término da apuração (MP nº 2222/2001, art. 2º,§ 1º, II e IN SRF nº 126/2002, art. 2º, §6º, I).*
- *Não poderá ser compensado com qualquer imposto ou contribuição (MP nº 2222/2001, art. 2º, § 1º, III e IN SRF nº 126/2002, art. 2º, §6º, II).*
- *Poderá ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS (IN SRF nº 126/2002, art. 2º, §8º).*

A opção pelo RET será efetuada através do Termo de Opção, até o último dia mês de novembro, produzindo efeitos para o ano subsequente.



Em relação ao ano-calendário de 2002 e ao período entre 1º de setembro e 31 de dezembro de 2001, a opção ao RET pode ser feita até o último dia útil de janeiro de 2002 (MP nº 025/2002, art. 2º, parágrafo único e IN SRF nº 126/2002, art. 4º, § 5º).

O art. 5º da MP nº 2.222/2000, permitiu aos optantes do RET pagar ou parcelar até o último dia do mês de janeiro de 2002, nas condições do art. 17 da Lei 9.779/99 (sem juros e multas), os tributos incidentes sobre os rendimentos e ganhos referidos no caput do art. 2º da MP nº 2.222/2000 e os lucros que lhes sejam, total ou parcialmente decorrentes. Bem assim em relação à movimentação dos recursos.

Consoante o art. 8º da IN SRF 126/2002, o benefício fiscal previsto no art. 5º MP nº 2.222/2000 aplica-se aos débitos nele mencionados, estejam ou não inscritos em Dívida Ativa da União, ajuizados ou a ajuizar, e a dispensa do pagamento dos acréscimos legais alcança as multas moratórias e de ofício e os juros de mora acumulados até o prazo para pagamento com benefício fiscal.

O pagamento efetuado no uso do benefício fiscal implica confissão irretratável de dívida, constitui confissão extrajudicial (CPC art. 348, 353 e 354) e pôde ser parcelado em até 6 vezes com vencimento no último dia útil do mês subsequente (IN SRF nº 126/2002, art. 8º, § 3º). As prestações devem ser acrescidas dos juros à taxa SELIC até o mês anterior e de 1% no mês de pagamento (IN SRF nº 126/2002, art. 8º, §§ 4º e 5º).

O gozo do benefício fiscal está condicionado à desistência expressa e irrevogável das ações judiciais, bem como a renúncia a qualquer alegação de direito. A homologação judicial da desistência/renúncia, deve ser feita nos termos do art. 269, V, do CPC. A comprovação deve ser feita no prazo e na forma dos art. 9º e 10 da IN SRF 126/2002.

A AURUS juntamente com outros litisconsortes impetrou mandado de segurança coletivo junto à Justiça Federal do Espírito Santo (proc, nº 99000017400 e 2000.0201.004207-2) objetivando o não recolhimento do IRRF sobre rendimento de suas operações de mútuo sob alegação de encontrar-se amparada pela imunidade, sendo denegada a segurança. Foi interposto recurso, contudo a AURUS requereu a desistência do feito e extinção do processo sem julgamento do mérito. Em 25/03/2002, a autoridade judiciária declarou extinto o processo sem julgamento do mérito em relação a AURUS e outros. A decisão transitou em julgado em 12/12/2003.

A homologação deveria ter sido feita de acordo com o art. 269, V do CPC, isto é, com julgamento do mérito.

Não foi implementada uma das condições necessárias para a fruição do benefício fiscal. Dessa forma, o contribuinte não estava exonerado do pagamento da multa e dos juros de mora quando do pagamento do principal do imposto.

O contribuinte representado pela Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Privada- ABRAPP intentou duas



ações relacionadas com a tributação dos rendimentos de suas aplicações financeiras pelo IRRF, quais sejam:

- *Mandado de Segurança Coletivo nº 1998.34000025424, solicitando a inexigibilidade de IRRF sobre aplicações financeiras. O julgamento do mérito, em novembro de 1998, denegou a segurança e cassou a liminar. A ABRAPP recorreu obtendo o restabelecimento da liminar.*
- *Mandado de Segurança Coletivo pleiteando a autorização judicial para adesão ao RET sem a desistência das ações judiciais. A sentença de 1ª instância, em dezembro de 2002, denegou a segurança. No recurso foi atribuído o efeito suspensivo ativo parcialmente, sendo restabelecidos os efeitos da liminar somente em relação à CSLL. Em relação ao IRRF a decisão contestada foi mantida também na 2ª instância. As associadas da ABRAPP estão obrigadas a observar a legislação do RET.*

Foi verificada a inexistência dos pedidos de desistência/renúncia das ações por parte da AURUS, sendo este um requisito para a fruição do benefício fiscal, previsto no art. 5º da MP nº 2222/2001.

O contribuinte confirmou que não desistiu /renunciou a ação de 1998, alegando que não haveria necessidade de protocolizar o pedido da desistência, tendo em vista que a AURUS não teria outorgado procuração para a ABRAPP representá-la na ação. Entende que não figura no pólo ativo da ação, razão pela qual não seria competente para dela desistir.

A AURUS não desistiu da ação judicial, a anistia em relação aos juros e multa de mora deve ser desconsiderada. Como a há medida judicial pendente sustando a exigibilidade do imposto até o julgamento do mérito, cabe apenas a exigência dos juros a serem cobrados isoladamente e com suspensão de sua exigibilidade até o julgamento do mérito.

Foi efetuado o lançamento de ofício para exigência dos juros, consubstanciado no Auto de Infração que instrui o processo administrativo de nº 19740.000235/2004-06.

Foram feitos os seguintes lançamentos relativos a multa de ofício e juros isolados devido a não desistência do Mandado de Segurança Nº 9900001174-00 (2000.02.01.004207-2 na 2ª instância) em desacordo com os critérios previstos pela legislação do RET.

Foi desconsiderada a anistia de multa e juros em relação ao IRRF sobre o rendimento de suas operações de mútuo com associados em 1999.

- *Juros exigidos isoladamente com suspensão da exigibilidade, pelo não atendimento pleno da condição necessária à fruição do benefício fiscal do RET (desistência do MS 1998.34000025424).*



DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com o lançamento do qual foi cientificada em 30/06/2004 (fls. 142), a interessada apresentou em 30/07/2004 a impugnação de fls. 182 a 201, na qual alega, em síntese, que:

- O ponto central da discussão é a imunidade prevista no art. 150, VI, "c", da CRFB/88.*
- Os requisitos para o gozo da imunidade seriam aqueles definidos pelo art. 14 do CTN.*
- A despeito do bom direito, o STF, no julgamento do RE 202.700, consagrou o entendimento de que os fundos de previdência privada que, tal como a AURUS, exigissem contribuições dos participantes não podem ser considerados como instituições de assistência social que fariam jus a exoneração constitucional.*
- A adoção do regime especial de tributação previsto na MP 2222/01 tornou-se imperioso, sendo estipuladas exigências para a fruição do regime. A opção estava prevista no art. 2º da MP.*
- Com a sistemática prevista pela MP o imposto de renda incidente mediante a aplicação da alíquota de 20% sobre o resultado positivo apurado em cada trimestre foi, a partir de 01/01/2002, limitado a 12% sobre as contribuições recebidas da patrocinadora.*
- A MP concedeu, através do art. 5º, a opção de quitação (pagamento ou parcelamento), sem a incidência de multa e juros de mora, dos débitos relativos aos tributos incidentes sobre rendimentos e ganhos que deixaram de ser recolhidos no passado, em face ao questionamento judicial.*
- As entidades deveriam atender aos §§ 1º e 3º do citado artigo, destinado expressa e irrevogavelmente de todas as ações judiciais (§1º) e processos administrativos (§3º).*
- A impugnante atendeu às exigências dos citados parágrafos do art. 5º, desistindo de todas ações judiciais e processos administrativos, bem como efetuou o pagamento dos valores envolvidos nos processos.*
- O suposto descumprimento das exigências refere-se ao fato de que foi homologado o pedido de desistência da apelação em mandado de segurança nº 2000.02.01.004207-2, declarando extinto o processo sem julgamento d mérito.*
- A impugnante requereu que a desistência fosse homologada no art. 267, VIII do CPC.*



- *Observe-se que a intenção da impugnante em proceder à desistência da ação e renúncia ao respectivo direito foi expressa.*
- *Por força do princípio da instrumentalidade das formas insculpido no art. 244 do CPC, não poderia a Fazenda Pública penalizar o contribuinte já que a decisão judicial somente poderia ter consagrado a efetiva extinção da ação judicial com julgamento do mérito. O erro foi cometido pelo Poder Público.*
- *O entendimento do STJ é que o contribuinte de boa-fé não pode ser penalizado por descumprimento de meras formalidades.*
- *Não foi outro o procedimento da impugnante. Embora os valores estivessem com a exigibilidade suspensa por força de liminar, a impugnante efetuou os recolhimentos do imposto, conforme a legislação do RET.*
- *Decadência. A impugnante foi notificada do auto em 30/06/2004, já se operando o direito de lançar o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos entre 31/01/99 a 30/06/99.*
- *Nos termos do art. 142 do CTN a atividade de lançar é vinculada e obrigatória.*
- *A suspensão regulada no art. 151 do CTN não suspende a prática do ato de lançamento, sendo obrigatória e necessária para evitar a decadência.*
- *Como durante o prazo decadencial não foi efetuado o lançamento do tributo, não pode a autoridade cobrá-lo.*
- *Com efeito, o art. 63 da Lei 9430/96 estabelece que não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito destinado a prevenir a decadência cuja exigibilidade houver sido suspensa.*
- *Transcreve jurisprudência do STJ.*
- *Restará inócua qualquer alegação no sentido que as autoridades estariam impedidas de realizar o lançamento.*
- *O prazo decadencial, para os tributos lançados por é de 5 anos, nos termos do art. 150 § 4º do CTN.*
- *Transcreve doutrina.*
- *Não se pode admitir a pretensão das autoridades fazendárias de que o prazo decadencial fosse de 10 anos. A Fazenda disporia de mais 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. (art. 173, I, do CTN).*
- *Transcreve jurisprudência e doutrina.*



- *Também o Conselho de Contribuintes corrobora o entendimento de que o prazo decadencial inicia-se a partir da data do fato gerador.*
- *Do princípio da instrumentalidade das formas. O art. 244 do CPC consagra tal princípio. O Poder Judiciário considerará válido o ato, mesmo se realizado de outro modo, se lhe alcançar a finalidade.*
- *O formalismo nem sempre atende as finalidades da norma.*
- *A imposição de formalidades desnecessárias torna-se injusto. O intérprete deve verificar se a finalidade foi alcançada.*
- *A desistência, muito embora tenha sido prolatada de forma diversa da prescrita pela MP 2222/2001, alcançou a finalidade pretendida pela lei.*
- *A impugnante desistiu da apelação, portanto, não há como negar que a decisão de primeira instância proferida terminou por transitar em julgado.*
- *O contribuinte desistiu da ação, renunciou ao direito e efetuou o recolhimento do tributo. Se houve erro, foi cometido pelo Poder Judiciário ao não observar o art. 244 do CPC e receber o pedido de desistência da ação como efetiva desistência de seu recurso de apelação.*
- *Transcreve acórdãos.*
- *O princípio da boa-fé representa uma exclusão da ilicitude. A boa-fé consiste em que todas as pessoas devem comportar-se com lealdade. Em certas circunstâncias, a boa-fé constitui o critério de interpretação de atos ou negócios jurídicos.*
- *No campo do direito administrativo e tributário, tal princípio visa flexibilizar o exercício do poder de punir, diante da complexidade do sistema do direito positivo.*
- *Transcreve jurisprudência do STJ.*
- *Comprovado a firme intenção de aderir ao RET, posto que recolheu o montante principal do tributo, mesmo estando com a exigibilidade suspensa por força de decisão judicial, não restam dúvidas de que em hipótese alguma poderia a mesma estar sujeita à cobrança de juros e multa sobre os valores em questão.*
- *Requer a improcedência da autuação, a produção de quaisquer provas que se façam necessárias e que as intimações sejam realizadas em nome de seu patrono, Dr. Enrico Estefan Mannino."*

Examinando tais argumentos, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento do Rio de Janeiro, por intermédio da sua 8ª Turma, por maioria de votos, considerou o lançamento

parcialmente procedente, reconhecendo os efeitos da decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos até 31.05.1999. Trata-se do acórdão nº 12-14.347, fr 14.06.2007 (fls. 410/426), cuja ementa bem evidencia as razões de decidir (fls. 410):

"Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 1999

Ementa: DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

No lançamento por homologação do IRPJ, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, de modo que o prazo para esse efeito será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. Configurado tal tipo de lançamento e a ocorrência de prazo superior a cinco anos, cancela-se esta parte da autuação.

MULTA E JUROS DE MORA ISOLADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DE JUROS DE MORA

Mantém-se a autuação quando a interessada não comprova ter cumprido o requisito previsto na MP 2222/2001, de desistência de ação judicial.

Lançamento Procedente em Parte."

Intimado por AR em 23.07.2007 (fls. 435), a Contribuinte interpôs seu recurso voluntário em 22.08.2007 (fls. 436/455), cujos principais pontos são os seguintes:

a) a Recorrente é uma entidade fechada de previdência privada complementar, de caráter não econômico e sem fins lucrativos, que tem como finalidade administrar e executar planos de benefício de natureza previdenciária;

b) com o advento da MP 2222/2001 foi introduzida nova sistemática de tributação dos rendimentos auferidos por entidades de previdência privada que recebem contribuições de seus patrocinadores, tendo sido instituído um Regime Especial de Tributação - RET, cuja sistemática determinava que a partir de 1º de janeiro de 2002 o Imposto de Renda pago por tais entidades, poderia ser, alternativamente, calculado pela aplicação de alíquota de 20% sobre o resultado positivo apurado em cada trimestre, limitado a 12% sobre as contribuições recebidas dos respectivos patrocinadores;

c) essa MP, no seu artigo 5º, concedeu a possibilidade dos optantes do RET quitarem sem a incidência da multa e dos juros de mora os débitos existentes relativos a tributos incidentes sobre os rendimentos e ganhos que deixaram de ser recolhidos no passado, em razão de questionamento judicial ou administrativa da matéria;

d) para tanto, era necessário desistir, expressa e irrevogavelmente, de todas as ações relacionadas aos tributos administrados pela Receita Federal incidentes nas hipóteses mencionadas na MP;

e) o fundamento desta autuação foi o de que a Recorrente não teria desistido dos Mandados de Segurança Coletivos nºs 1998.34.00.002542-4 e 99.0001174-0, desconsiderando-se, portanto, o benefício fiscal concedido pelo artigo 5º, da MP 2222/2001;

f) o Mandado de Segurança Coletivo nº 1998.34.00.002542-4 foi impetrado pela Associação Brasileira das Entidades Fechadas – ABRAPP, razão pela qual, por não ser parte da referida ação judicial, não poderia dela desistir, conforme doutrina e jurisprudência. Diante de tal impossibilidade, a fim de demonstrar o seu interesse em aderir aos benefícios fiscais, promoveu o recolhimento do imposto discutido;

g) mesmo diante da impossibilidade jurídica do seu pedido, a Recorrente solicitou, no âmbito dos correlatos autos de apelação, a desistência do referido MSC, o que lhe foi indeferido pela Desembargadora Relatora. Desse indeferimento, a Contribuinte recorreu, interpondo Agravo, o qual foi, novamente, indeferido. Destaca, ainda, que a própria Procuradoria da Fazenda Nacional, no âmbito dessa ação judicial, pronunciou-se contra o pedido de desistência da Contribuinte, apontando que *“os associados, particularmente considerados, não são parte no feito, por conseguinte, não têm legitimidade para, individualmente, atravessar petição formulando pedido de qualquer natureza.”*;

h) o Mandado de Segurança Coletivo nº 99.0001174-0 também foi impetrado pela ABRAPP, tendo a Recorrente, mesmo sabendo da impossibilidade jurídica do seu pedido, promovido o pedido de desistência da referida ação judicial, requerendo a extinção do processo e renunciando ao direito em que se fundava a ação;

i) o Desembargador Federal, relator da Apelação pendente de julgamento, contudo, homologou o pedido de desistência formulado pela Recorrente e declarou extinto o processo, porém, sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, VIII, do CPC;

j) tal decisão, na verdade, teria o mesmo condão de uma extinção com julgamento de mérito, uma vez que restou transitada em julgado a sentença de primeira instância que denegou a segurança pleiteada naquela ação judicial. Sustenta que deve ser considerado o princípio da instrumentalidade das formas, previsto nos artigos 154 e 244 do CPC;

k) de qualquer forma, a obrigatoriedade de desistir das ações judiciais coletivas apenas foi prevista em nosso ordenamento jurídico com o advento da Lei nº 11.196, de 22.11.2005, art. 94, ou seja, a Recorrente teria sido autuada pelo descumprimento de obrigação inexistente à época dos fatos, em ofensa ao princípio da legalidade;

l) o artigo 9º, da IN 126/2002, não abrangeria a obrigatoriedade da desistência das ações judiciais coletivas;

m) requer, por fim, o reconhecimento de que cumpriu todos os requisitos previstos no artigo 5º, da MP 2222/2001, para fazer jus aos benefícios fiscais ali previstos, sustentando estar a presente discussão, no mínimo, superada, com o advento da Lei nº 11.196/2005.

É o Relatório.



Voto

Conselheira HELOÍSA GUARITA SOUZA, Relatora

O recurso é tempestivo e deve ser conhecido.

Como visto, a matéria de fundo a ser enfrentada diz respeito ao cumprimento ou não, pela Recorrente, dos requisitos mínimos necessários para usufruir dos benefícios fiscais previstos no artigo 5º, da MP 2222/2001, para, posteriormente, aderir ao RET. O ponto central está em se definir se havia ou não exigência para a desistência de ações judiciais coletivas (mandado de segurança coletivo, por exemplo, e hipótese do caso concreto), e, caso positivo, em que condições e limites.

Tenho para mim que não procedem os argumentos da Recorrente.

São os termos do artigo 5º, da MP nº 2.122/01:

"Art. 5º - Os optantes pelo regime especial de tributação poderão pagar ou parcelar, até o último dia útil do mês de janeiro de 2002, nas condições estabelecidas pelo art. 17 da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, os débitos relativos a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, incidentes sobre os rendimentos e ganhos referidos no caput do art. 2º e os lucros que lhes sejam, total ou parcialmente, decorrentes, bem assim em relação à movimentação dos respectivos recursos.

§ 1º - Para efeito do disposto neste artigo, a pessoa jurídica deverá comprovar a desistência expressa e irrevogável de todas as ações judiciais que tenham por objeto os tributos indicados no caput, e renunciar a qualquer alegação de direito sobre as quais se fundam as referidas ações.

... " (destaquei)

Portanto, é pressuposto indeclinável para a fruição do benefício legal a desistência expressa e irrevogável das ações judiciais que tenham por objeto os tributos a serem pagos, renunciando a parte a qualquer alegação de direito sobre as quais se fundam as referidas ações.

Partindo-se de tal premissa, analise-se, primeiramente, o **Mandado de Segurança Coletivo nº 1998.34.00.002542-4**, impetrado pela Associação Brasileira de Entidades Fechadas (ABRAPP), na qualidade de substituto processual das suas associadas. Neste caso, a Recorrente não desistiu da ação coletiva e alega que não precisava fazê-lo, exatamente por não ser parte do processo, senão na condição de substituída, não detendo legitimidade para desistir. São os termos do recurso:

"Nessas condições, por força do instituto da substituição processual, pelo qual o substituto atua em nome próprio, embora para fazer valer direito de outrem, a ora Recorrente não é parte legítima no referido mandado de segurança e, portanto, jamais poderia pleitear

sua desistência por não preencher uma das condições da ação, qual seja, a legitimidade.

Ressalte-se que, como já mencionado, caberia à Recorrente, no máximo, ignorar os benefícios da prestação jurisdicional ali concedida, ou seja, a liminar determinando a suspensão dos créditos tributários discutidos, recolhendo os mesmos como se tal medida nem mesmo existisse."

Então, na ótica da Recorrente, ela não teria nenhum dever processual de desistência, por falta de legitimidade, e deveria ignorar a ação coletiva como se ela nem existisse.

Se assim for, já estaria desatendido o próprio pressuposto de ter ação judicial, pois é somente nessa hipótese que o contribuinte poderia aderir ao benefício legal.

Desse modo, não se pode utilizar dois pesos e duas medidas: ou a Recorrente era parte do processo (ainda que por substituição) e tinha de desistir da ação, para atender o requisito legal correspondente, ou não era parte da ação e não detinha processo judicial em curso que pudesse desistir e fazer jus ao benefício, sendo insuficiente, desta forma, a realização do pagamento.

In casu, a Recorrente, de modo inequívoco, valeu-se da ação coletiva para não recolher o tributo controvertido, enquanto vigente a decisão judicial, e não desistiu (sequer tentou) da ação coletiva proposta pela entidade associativa que a representava.

Aliás, é de se mencionar, que, conforme a decisão juntada às fls. 403/407, diversos dos associados da ABRAPP requereram e alcançaram a desistência do Mandado de Segurança nº 1998.34.00.002542-4 com renúncia ao direito em que se fundava (CPC, artigo 269, V), evidenciando que esta não era uma condição impossível.

E, por fim, há que se afastar, também, a aplicação do artigo 94, da Lei nº 11.196/05, pois este não trouxe uma condição antes inexistente na legislação, quanto à obrigatoriedade de comprovação da desistência por parte das entidades de previdência privada que fossem substituídas em ações coletivas.

A regra legal ali contida autoriza as entidades que, possuindo ação individual, das quais tivessem desistido, comprovassem, no prazo estabelecido, a desistência, também, de eventual ação coletiva que participassem. Mas, como no caso em apreço, a Recorrente somente participava de ação coletiva, a sua obrigação tinha origem no próprio artigo 5º, da MP nº 2.222/01.

Afasta-se, portanto, o direito ao benefício legal, pela falta de comprovação da desistência da respectiva ação judicial, nos termos e extensão definidos no § 1º, do artigo 5º, da MP 2222/2001.

Quanto ao **Mandado de Segurança Coletivo nº 99.0001174-0**, impetrado pela mesma ABRAPP, a Recorrente, individualmente, requereu a desistência da ação mandamental (fls. 343/344), mas, apesar de justificar a desistência para fins do pagamento previsto no artigo 5º, da MP nº 2.222/01, requereu que a mesma fosse homologada sem julgamento de mérito,



nos termos do artigo 267, VIII, CPC, desatendendo, assim, a exigência do parágrafo primeiro do dispositivo em questão.

Nessa parte, nada a acrescentar às razões de decidir exaradas pelo acórdão de primeira instância, da 8ª Turma, da Delegacia da Receita Federal de Julgamento do Rio de Janeiro que bem examinou a questão e cujos fundamentos considero parte integrante desse voto (fls. 423/425):

“A interessada impetrou, juntamente com outros, o Mandado de Segurança acima especificado, junto a Justiça Federal no Espírito Santo, objetivando o não recolhimento do IRRF sobre operações de mútuo. Foi denegada a segurança.

O contribuinte requereu a desistência do feito e a extinção do processo sem julgamento do mérito. Tal decisão transitou em julgado em 22/12/2003.

O código de processo civil elenca nos artigos 267 e 269 os casos de extinção do processo sem e com julgamento do mérito. Essa distinção tem por objetivo determinar o efeito das decisões. Se é com mérito, faz coisa julgada material e não mais pode ser discutida; se é sem julgamento de mérito, pode ser apreciada em nova ação.

O presente caso se enquadra no inciso VII do art. 267 do CPC, isto é, quando há desistência da ação por parte do autor.

O encerramento do processo, sem análise do mérito, em qualquer das hipóteses contidas no art. 267, do CPC, deixa aberta ao autor da ação a possibilidade de ingressar novamente com o pedido em juízo. Entrementes, vedado o questionamento da temática pelo expediente da ação rescisória.

A extinção do processo, nas hipóteses do art. 267 do CPC, não obsta que a ação seja renovada. Extingue-se o processo e não o direito subjetivo, salvo nos casos do art. 267, V (perempção, litispendência e coisa julgada), quando a lei processual impôs a perda da ação (pretensão) e não do direito em si, que poderá ser matéria de defesa.

Tais sentenças são meramente terminativas, não julgam o mérito.

Existem casos em que no exame de questões processuais, a exemplo da carência de ação, os julgamentos avançam no tema de mérito e, ainda assim, extinguem o processo sem julgamento do mérito. Nesses casos, ainda que a sentença, formalmente, seja fundamentada no art. 267, do CPC, ocorreu exame de mérito e, conseqüentemente, formação de coisa julgada material. Contudo, não é este o presente caso, onde o autor desistiu somente de um determinado processo e não do mérito em si. No caso em tela, a sentença formou coisa julgada formal.

O conceito de coisa julgada material encontra-se no art. 467 do CPC. Pode se definir a coisa julgada como a qualidade de imutabilidade da matéria decidida, definitivamente, e seus efeitos.



A coisa julgada é formal quando não mais se pode discutir no processo o que se decidiu., impossibilitando a sentença sofrer recursos, contudo é passível de discussão em outro processo.

Para que a interessada pudesse se beneficiar da adesão ao RET, com o conseqüente não pagamento de juros e multa de mora, conforme previsão do art. 5º, §1º da MP 2222/2001, haveria a necessidade da renúncia não só das ações judiciais, mas das alegações de direito sobre os quais versam as ações.

A desistência formalizada pela interessada e aceita pelo Poder Judiciário se restringiu apenas a ação judicial e não as razões de direito, como previsto no dispositivo acima citado. Haveria a necessidade do feito judicial ser extinto com julgamento do mérito, na forma do art. 268 do CPC, posto que, somente assim seria formada a coisa julgada material, o que implicaria na renúncia das alegações de direito.

A doutrina define a coisa julgada como a qualidade de imutabilidade da matéria decidida, definitivamente, e seus efeitos. A coisa julgada formal diz respeito ao final de um processo, também chamada de preclusão máxima, significando que em determinado processo contra uma sentença não cabe mais recurso algum, não impedindo, de uma forma geral, que idêntica ação seja ajuizada após suprida a deficiência que deu causa à extinção do processo anterior. Já a coisa julgada material atinge definitivamente o próprio direito colocado em juízo, não podendo este direito ser mais questionado em nenhum outro processo, ressalvada a ação rescisória.

No caso em tela, não houve renúncia do mérito, a decisão prolatada fez apenas coisa julgada formal. Não haveria segurança para a administração pública, que poderia ser demandada em outra ação judicial sobre o mesmo assunto.

Destaque-se que a decisão judicial que homologou a desistência foi expedida nos termos em que foi pedido pela interessada. O próprio contribuinte pediu que o processo fosse extinto sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, VIII do CPC, conforme consta no item 4 da petição inserta nas fls. 15 e 16.

Não cabe a alegação relativa ao princípio da instrumentalidade das formas. Tal princípio, previsto no art. 244 do CPC e preceitua. que: "Quando a lei prescrever determinada forma, sem a cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outra modo, lhe alcançar a finalidade."

No caso em tela não se trata de uma formalidade não essencial, se trata do próprio pedido da interessada, ela é quem solicitou a extinção do feito sem o julgamento do mérito, não se trata de se atingir um fim de modo diverso ao preconizado na lei, a finalidade do ato era que o Poder Judiciário não se pronunciasse sobre o mérito, esta era a intenção da impetrante. Não importa se em outros trechos da petição a interessada citasse que pretendia renunciar aos fundamentos sobre aquela ação, posto que, o que vale é o pedido. O



juiz não poderia proferir uma decisão de modo diferente do que foi pedido, conforme dispõe o art. 460 do CPC, abaixo transcrito:

'Art. 460 - É defeso ao Juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.'

Tal sentença seria extra petita, pois, decidiria algo fora do pedido, o que geraria uma nulidade desta decisão.

Portanto, não são cabíveis as alegações relativas ao princípio da instrumentalidade das formas, posto que, a intenção da interessada estava expresso no pedido, ou seja, que a lide fosse extinta sem o julgamento do mérito.

Ressalte-se que se fosse diferente a intenção do contribuinte, ele poderia ter impetrado embargos de declaração ou qualquer outro recurso que julgasse adequado, para modificar o teor da sentença, porém não o fez. Tanto que a decisão judicial transitou em julgado.

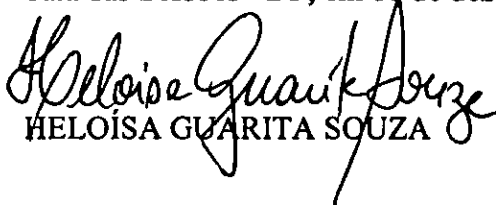
Portanto, também sobre o ponto de vista da presente ação judicial, não foi cumprido requisito essencial para adesão ao Regime Tributário Especial - RET."

Em outra oportunidade recente, em 23.01.2008, essa Câmara teve a oportunidade de examinar situação bastante similar à presente, concluindo que:

"BENEFÍCIO FISCAL - MP 2.222/2001 - RENÚNCIA AO MÉRITO DA AÇÃO E DESISTÊNCIA DA AÇÃO - Para que o contribuinte usufrua do benefício previsto no art. 5º da MP nº. 2.222/2001, mister se faz a renúncia expressa ao direito em que se funda a ação judicial, de acordo com o art. 269, V, do CPC, que resolve o processo com julgamento do mérito e faz coisa julgada material, ao contrário da desistência da ação, na forma do art. 267, VIII, do CPC, que permite ao autor intentá-la novamente." (Acórdão nº 104-22956, Relator Cons. Nelson Mallmann).

Ante ao exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento.

Sala das Sessões - DF, em 16 de dezembro de 2008


HELOÍSA GUARITA SOUZA