



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

Processo nº 10880.010846/99-93
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1102-000.827 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de dezembro de 2012
Matéria SIMPLES FEDERAL - EXCLUSÃO
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado FAST WAY IDIOMAS S/C LTDA.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1999

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO.

Cabem embargos de declaração quando existir no acórdão obscuridade, dúvida ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a Turma.

Demonstrada dúvida razoável acerca do alcance de matéria deduzida no Judiciário, cabe integrar o *decisum*, acrescentando correções e esclarecimentos que viabilizem a atuação das partes envolvidas.

Embargos acolhidos e providos para complementar o voto condutor e re- ratificar o acórdão vergastado, sem efeitos infringentes do julgado.

AÇÃO JUDICIAL. EFEITOS.

A existência de ação judicial importa em renúncia às instâncias administrativas quanto à matéria posta ao Judiciário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, acolher parcialmente os embargos de declaração interpostos pela PFN, para reconhecer a omissão no acórdão 303-35.442, de 19/06/2008, que não se manifestou sobre a concomitância da discussão na esfera judicial, e no mérito, retificar o acórdão, cuja decisão passa a ser a seguinte: não conhecer do recurso na matéria discutida concomitantemente na ação judicial, e na matéria conhecida, dar provimento ao recurso voluntário. Vencido o Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho, que não reconhecia a concomitância.

documento assinado digitalmente

ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA - Presidente.

documento assinado digitalmente
JOSÉ SÉRGIO GOMES - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Albertina Silva Santos de Lima, João Otávio Oppermann Thomé, Silvana Rescigno Guerra Barreto, José Sérgio Gomes, Francisco Alexandre dos Santos Linhares e Antonio Carlos Guidoni Filho.

Relatório

Tratam-se de embargos interpostos pela Fazenda Nacional contra a decisão proferida no Acórdão nº 303-35.442, de 19 de junho de 2008, da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes.

A exclusão da contribuinte do regime diferenciado de tributação operou-se em 1999 por ato do Delegado da Receita Federal em São Paulo-SP sob o pressuposto do exercício da atividade de professor e, como tal, incidindo no óbice veiculado pelo artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

Processado o primeiro inconformismo perante aquela autoridade fiscal houve a confirmação do ato, fls. 20/21. Seguiu-se, então, impugnação dirigida ao Delegado da Receita Federal de Julgamento em São Paulo-SP que, em decisão monocrática, exarada em 01 de outubro de 1999, julgou-a improcedente, fls. 25/32.

Quando do recurso voluntário endereçado a esta Corte a Recorrente assim deduziu, dentre outras razões:

“10 — Outrossim, mesmo desconsiderando a inconstitucionalidade acima, o artigo 9º, inciso XIII, da citada lei, levando-se em conta a correta interpretação legal não se aplica à Recorrente, por tratar-se de empresa (escola), que vende serviços, e não de Professor, atividade autônoma de lecionar, ou seja, aquele que presta serviços de forma liberal ou contratado.

11 — Frise-se que a Recorrente é filiada ao SINDELIVRE, conforme comprova a inclusa certidão de filiação, sendo que a 22ª Vara da Justiça Federal de São Paulo, inclusive já manifestou decisão neste sentido nos autos do Mandado de Segurança n.º 97.0008609-7, impetrado pelo referido sindicato, no qual foi concedida a segurança, sob o fundamento de que não se exige habilitação profissional para a constituição dos cursos livres, garantindo-se a manutenção das escolas de idiomas no SIMPLES, de acordo com o que corroboram a cópia da liminar e da certidão de objeto e pé em anexo.”

O acórdão embargado, por sua vez, deu provimento ao recurso voluntário para determinar a manutenção da contribuinte na sistemática do SIMPLES, acolhendo como

razões de decidir, entre outras, a existência de ordem judicial dando pela validade das escolas de idiomas usufruírem do regime, a ver:

“Ocorre que, conforme restou comprovado nos autos pela certidão de fls. 84, o contribuinte, através de Mandado de Segurança impetrado pelo SINDILIVRE - Sindicato das Entidades Culturais, Recreativas, de Assistência Social, de Orientação e Formação Profissional no Estado de São Paulo, ao qual o mesmo é filiado (fls. 68), obteve decisão favorável, que continua vigente, no sentido de assegurar o seu direito, bem com dos demais associados, de se inscreverem no SIMPLES, afastando a excludente prevista no artigo 9º, inciso XIII da Lei nº 9.317/96 referente aos cursos livres.

Como se verifica, em razão da decisão judicial acima mencionada, que permanece vigente, uma vez que ainda não foi objeto de reexame pelo Tribunal ad quem, o contribuinte não pode ser excluído do SIMPLES com fundamento no artigo 9º, inciso XIII da Lei nº 9.317/96 por exercer atividades relacionadas a cursos livres.”

E referido julgado restou assim ementado:

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

ANO-CALENDÁRIO: 1999

SIMPLES. EXCLUSÃO. CURSOS LIVRES.

Seja pela existência de decisão judicial favorável proferida em Mandado de Segurança impetrado pelo sindicato ao qual o contribuinte é filiado, seja pela nova disposição trazida pela Lei Complementar nº 123/06 (art. 17, §1º, XVI), não há como se manter a exclusão do contribuinte do regime simplificado de tributação com fundamento no artigo 9º, inciso XIII da Lei nº 9.317/96 por exercer atividades relacionadas a cursos livres, que seriam assemelhadas à de professor.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO”

Segundo a embargante, a decisão embargada revela omissão merecedora de reparo, pois olvidou a análise de fato indispensável ao deslinde da controvérsia, relativo à incidência do Enunciado nº 05 da Súmula do Terceiro Conselho de Contribuintes, que veda a sede administrativa ao sujeito passivo que leva ao Judiciário a discussão objeto do litígio.

Aditou que o fato de a ação judicial haver sido aforada pelo sindicato da categoria em que se insere a contribuinte não obsta a conclusão de renúncia à instância administrativa, pois se não quisesse obter a repercussão dos efeitos de dita medida judicial ser-lhe-ia permitido, segundo as regras processuais próprias, abdicá-los. Como não o fez, é nítido que anuiu com a judicialização do debate.

Ao final, requereu o saneamento do vício apontado e a atribuição de efeitos infringentes ao julgado, seguindo-se o improvemento do recurso voluntário trazido pela contribuinte.

Tendo em vista o deslocamento da matéria (SIMPLES) do antigo Terceiro Conselho de Contribuintes para esta Primeira Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, bem assim, que a relatora originária do acórdão embargado não integra esta Primeira Seção, foram os presentes embargos a mim distribuídos para relato, nos termos do art. 49, § 7º, do Anexo II, da Portaria MF nº 256, de 22.06.2009, que aprovou o Regimento Interno do CARF (RICARF), e, por despacho, foram eles admitidos, a fim de serem apreciados pela Turma.

Em apertada síntese, é o relatório.

Voto

Conselheiro José Sérgio Gomes

Os embargos foram apresentados tempestivamente e preenchem os pressupostos de admissibilidade, deles tomo conhecimento.

Esclareça-se, inicialmente, que as Súmulas números 1 a 7 do Terceiro Conselho de Contribuintes foram publicadas no Diário Oficial da União, Seção 1, dos dias 11, 12 e 13 de dezembro de 2006, vigorando a partir de 12 de janeiro de 2007. Ainda, que a Súmula nº 5 do antigo Terceiro Conselho de Contribuintes encontra-se reproduzida no Enunciado nº 1 do CARF, e assim se expressa:

“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.”

Como visto, a noticiada discussão judicial encontra-se em sede de mandado de segurança coletivo, remédio criado pelo Carta Constitucional de 1988.

A questão do tratamento a ser dado na tramitação simultânea de mandados de segurança individual e coletivo já foi enfrentada pela jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça, em reiteradas oportunidades, já firmara entendimento de que o ajuizamento de mandado de segurança coletivo por entidade de classe não inibe o exercício do direito subjetivo de postular, por via de *writ* individual, o resguardo de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, não ocorrendo, na hipótese, os efeitos da litispendência.¹

Nesse quadro, incumbia ao representante judicial da autoridade impetrada provocar a oitiva do(a) impetrante com o fito de se evitar eventual aproveitamento escuso.

¹ Resp 45.987-7/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 14.08.95.

Atualmente, com o advento da nova lei do mandado de segurança (Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009), o próprio legislador cuidou de positivar o procedimento quanto ao aproveitamento dos efeitos da ação coletiva, a ver:

“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.

.....”

O presente debate cinge-se em delinear até que ponto o contribuinte, integrante do rol dos sindicalizados em uma ação mandamental coletiva, pode deduzir a esfera administrativa com o fito de discutir o mesmo objeto.

Entendo que a questão se resume diante da efetiva posição adotada pelo Administrado. Assim, havendo expressa manifestação dele no feito administrativo no sentido do não aproveitamento dos resultados da ação coletiva (renúncia) não se poderá cogitar de concomitância, pois, nesta hipótese, o contribuinte deseja obter a resposta da Administração independentemente do resultado final do mandado de segurança coletivo.

Contrariamente, em existindo manifesta invocação da provisória ordem havida na ação judicial, seja o provimento liminar ou a sentença ainda pendente do trânsito em julgado, ocorrerá concomitância e o contribuinte assume por inteiro o resultado final do mandado de segurança coletivo.

No caso dos autos, foi a própria contribuinte quem expressamente invocou, a seu favor, os efeitos da discussão travada no Judiciário, na qual se aviou idêntico pedido deduzido na esfera administrativa, qual seja, a fruição do regime diferenciado do SIMPLES para a atividade de prestação de cursos livres.

Implica concluir, portanto, que assiste razão na assertiva da Embargante segundo a qual houve efetiva opção pela judicialização do debate.

Incidente, pois, o óbice exteriorizado no entendimento sumulado no sentido da não tramitação da discussão administrativa concomitantemente à discussão judicial e que tem por fundamento nuclear o princípio constitucional da unidade de jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, segundo o qual a decisão judicial sempre prevalece sobre a administrativa.

Nessa linha de raciocínio, orientei meu voto pelo acolhimento dos embargos de declaração, conferindo-lhes o alcance de efeitos infringentes sobre o julgado, que passaria a ter como proclamado o seguinte resultado: não tomar conhecimento do recurso voluntário no que afeta ao mérito do ato administrativo, em face da concomitância.

Assim deduzi porque o **objeto** do processo administrativo e do mandado de segurança coletivo é o mesmo, qual seja, o decreto de ineficácia do ato administrativo de exclusão da contribuinte do regime diferenciado de tributação denominado SIMPLES, de sorte que resta prejudicado, por sobreposição, o segundo fundamento versado no acórdão embargado, de que a contribuinte teria o direito de permanecer no regime em face novel previsão trazida pela Lei Complementar nº 123, de 2006 (art. 17, §1º, XVI).

Entrementes, ao longo dos debates travados na sessão de julgamento concluíram meus ilustres pares, à exceção do Conselheiro Antonio Carlos Guidoni, que a contribuinte deve permanecer no SIMPLES em razão do acórdão embargado ter-lhe assegurado ditos direitos por razão diversa, assim previstos nessa posterior legislação.

Ressalvado meu entendimento pessoal, já explicitado, externo o voto conclusivo deste Colegiado: pelo acolhimento dos embargos de declaração e parcial provimento ao mesmo, sem efeitos infringentes do julgado, para não conhecer do recurso voluntário quanto à matéria submetida ao judiciário em razão da concomitância, mantendo-se, todavia, o provimento do mesmo ante o fundamento exposto no acórdão embargado, a retroatividade da Lei Complementar nº 123, de 2006.

documento assinado digitalmente.

José Sérgio Gomes - Relator