



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10880.010880/99-21
SESSÃO DE : 02 de dezembro de 2004
ACÓRDÃO Nº : 301-31.598
RECURSO Nº : 124.488
RECORRENTE : ESCOLA ITAIPU S/C LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP


SIMPLES – CONCOMITÂNCIA DE PROCESSO JUDICIAL COM PROCESSO ADMINISTRATIVO – Em que pese o contribuinte estar amparado por medida liminar concedida em Mandado de Segurança, com a eleição da via judicial, ainda que anterior ao procedimento fiscal, há a possibilidade de divergência de entendimento dos órgãos judicantes, não sendo razoável a possibilidade de a Fazenda Nacional ter decisão contra ela transitada em julgado na esfera administrativa e decisão judicial que deveria prevalecer favorável.

RECURSO NÃO CONHECIDO POR UNANIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso, por opção pela via judicial, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 02 de dezembro de 2004


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente


LUIZ ROBERTO DOMINGO
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO, CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, ATALINA RODRIGUES ALVES, JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI, VALMAR FONSECA DE MENEZES e LISA MARINI VIEIRA FERREIRA DOS SANTOS (Suplente).

RECURSO Nº : 124.488
ACÓRDÃO Nº : 301-31.598
RECORRENTE : ESCOLA ITAIPU S/C LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP
RELATOR(A) : LUIZ ROBERTO DOMINGO

RELATÓRIO

Trata-se Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra decisão prolatada pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo – SP, que manteve sua exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, definida pelo Ato Declaratório nº 141.269/99, expedido pela Delegacia da Receita Federal em São Paulo - SP, cuja motivação pautou-se na seguinte justificativa: “desenquadramento mantido, visto que as atividades de ensino, de cursos livres e qualquer atividades assemelhadas à de professor (inclusive o ensino pré-escolar), estão incluídas na condição impeditiva de opção pelo simples elencadas no artigo 9º, inciso XIII da Lei nº 9.317/96”.

Tendo a Recorrente informado que estava amparada por decisão judicial para manter-se no SIMPLES, uma vez que é afiliada ao Sindicato das Entidades Culturais, Recreativas, de Assistência Social de Orientação e Formação Profissional no Estado de São Paulo – SINDLIVRE, pólo ativo no Mandado de Segurança Coletivo Processo nº 97.0008609-7, em trâmite perante a 22ª Vara Federal de São Paulo, a Câmara, em sessão de 18 de março de 2004, resolve converter o julgamento em diligência a fim de que fosse intimada “a Recorrente a trazer aos autos, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, os seguintes documentos”:

- I. “cópia da decisão judicial e certidão de objeto e pé do processo nº 97.0008609-7 e da respectiva apelação em trâmite perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que ampara o direito alegado pela Recorrente;
- II. prova de filiação da Recorrente à SINDLIVRE;
- III. prova de que a Recorrente está amparada pela decisão cuja certidão de objeto e pé se requer no item (i) acima.”

Cumprida a diligência, voltam os autos para apreciação do Recurso Voluntário.

É o relatório.



RECURSO Nº : 124.488
ACÓRDÃO Nº : 301-31.598

VOTO

Como se comprova pelos documentos trazidos aos autos pela diligência, a Recorrente é filiada ao Sindicato das Entidades Culturais, Recreativas, de Assistência Social de Orientação e Formação Profissional no Estado de São Paulo – SINDLIVRE, e está amparada pela decisão emanada pelo MM. Juízo 22ª Vara Federal de São Paulo, nos autos do Mandado de Segurança Coletivo Processo nº 97.0008609-7.

Não há dúvida, portanto, que está amparada a manter-se no SIMPLES por força de decisão judicial vigente, mas que pende de revisão de ofício pelo Eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Entendo que aos processos que discutem a exclusão do contribuinte do SIMPLES, devem ser aplicadas todas as normas relativas ao Processo Administrativo Fiscal, inclusive o art. 38 da Lei nº. 6.830/80.

Portanto, no que tange à matéria coincidente, a par das discussões sobre a relação das medidas judiciais colacionadas no art. 38 da Lei nº 6.830/80, se indicativa ou se *numerus clausus*, e a par das discussões acerca das constantes alterações na legislação processual administrativa promovidas desde a Medida Provisória nº 1110, hoje 2.176-77, de 28 de junho de 2001 (esta última hoje já superada), a busca da via judicial pelo contribuinte, ainda que anterior ao procedimento fiscal, pode ensejar uma divergência de entendimentos dos órgãos judicantes. Caso este Conselho entenda que não cabe razão à Fazenda Nacional e o Poder Judiciário entenda diferentemente, considerando a força de coisa julgada da decisão administrativa contra a Fazenda Nacional, ocorreria uma situação insustentável, ou seja, a decisão judicial que deveria prevalecer tornar-se-á inócua, a par do entendimento exarado pela PGFN no Parecer nº e na Portaria nº, os quais, numa análise superficial, entendo ilegais.

Tal circunstância apresentar-se-ia ilógica diante do sistema de direito positivo posto, não sendo razoável a possibilidade de a Fazenda Nacional ter contra si decisão transitada em julgado na esfera administrativa e decisão judicial favorável, que deveria prevalecer.

Aliás, pela sistemática constitucional, todo ato jurídico, inclusive o administrativo, está sujeito ao controle do Poder Judiciário, sendo este, em relação à esfera administrativa, instância superior e autônoma. Superior, porque tem competência para revisar, cassar, anular ou confirmar o ato administrativo, e autônoma, porque o contribuinte não está obrigado a recorrer, antes, às instâncias

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.488
ACÓRDÃO Nº : 301-31.598

administrativas, para ingressar em juízo. O contencioso administrativo, tem como função primordial o controle da legalidade dos atos da Fazenda Pública, permitindo a revisão de seus próprios atos no âmbito dos órgãos judicantes do próprio Poder Executivo. Nesta situação, a Fazenda exerce, ao mesmo tempo, a função de parte e de julgador, possibilitando ao próprio sujeito ativo da relação jurídica tributária revisar seus atos em face do litígio em torna da matéria, previamente ao exame pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido é o Ato Declaratório (normativo) nº 03, de 14/02/96, do Coordenador-Geral do Sistema de Tributação, que expõe que “a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial – por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto”.

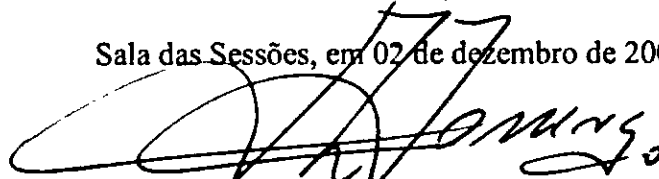
Por outro lado, no entanto, entendo que tal questão não tem caráter genérico e deva ser aplicado inadvertidamente em todos os casos, pois muitas vezes existe o reconhecimento expresso da administração de que o pleito é devido, sendo que, nesses casos deve-se sopesar a questão da concomitância a fim de possibilitar a justiça sem propiciar uma possível locupletação ilícita do contribuinte. Tudo dependerá de cada caso a ser analisado na espécie.

Nesse particular podemos citar jurisprudência do STJ, que em Acórdão unânime da 2ª Turma, nos autos do Resp 24.040-6 – RJ (Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – j 27.09.95 – DJU 1 16.10.95, pp 34.634/5), assim se manifestou:

“TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA QUE ANTECEDE A AUTUAÇÃO. RENÚNCIA DO PODER DE RECORRER NA VIA ADMINISTRATIVA E DESISTÊNCIA DO RECURSO INTERPOSTO. I – O ajuizamento da ação declaratória anteriormente à autuação impede o contribuinte de impugnar administrativamente a mesma autuação interpondo os recursos cabíveis naquela esfera. Ao entender de forma diversa, o acórdão recorrido negou vigência ao art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830, de 22/09/80. II – Recurso especial conhecido e provido.”

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do Recurso Voluntário.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2004



LUIZ ROBERTO DOMINGO - Relator