



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo nº 13707.000249/2005-22
Recurso nº 135.642 Embargos
Matéria SIMPLES - INCLUSÃO
Acórdão nº 301-34.862
Sessão de 13 de novembro de 2008
Embargante PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL
Interessado VIDAFIT BRASIL ACADEMIA DE GINÁSTICA LTDA ME.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005

NORMAS PROCESSUAIS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DÚVIDA. A existência de dúvida acerca do conteúdo jurídico ou dos motivos que implicaram a parte dispositiva da decisão é fato bastante e suficiente para oposição de embargos de declaração.

RENÚNCIA AO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL POR CONCOMITÂNCIA COM MEDIDA JUDICIAL. INOCORRÊNCIA. A existência de Medida Judicial Coletiva interposta por entidade sindical não tem o condão de caracterizar renúncia à esfera administrativa por concomitância, pois, ainda que haja alcance dos efeitos jurídicos da decisão para os representados da entidade sindical, 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.

FUNDAMENTOS DA DECISÃO. RETIFICAÇÃO DE UM DOS FUNDAMENTOS. INALTERABILIDADE DO "DECISUM". Quando a decisão está fundada em duas razões distintas, ainda que uma seja retirada o *decisum* mantém-se pela outra.

SIMPLES. RETROATIVIDADE DA LEI NOVA. EFEITOS. JULGAMENTOS PENDENTES. O fato tem repercussão pretérita por força do caráter interpretativo daquelas normas jurídicas impeditivas, revogadas pela nova legislação, devendo seus efeitos se subsumirem a regra da retroatividade prevista no inciso I do artigo 106, do Código Tributário Nacional. A Lei Complementar nº. 123/2006 deve ser aplicada retrativamente por conta da interpretação mais benigna para inclusão das

microempresas e empresas de pequeno porte no SIMPLES em face da atividade.

EMBARGOS ACOLHIDOS.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, acolher e dar provimento aos Embargos de declaração, para excluir do acórdão nº 301-34.336, o fundamento relativo aos efeitos da decisão judicial proferida na ação coletiva, em face da inexistência de trânsito em julgado, rerratificando o acórdão pelo fundamento da retroatividade benigna da LC nº 123/2006.


MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA - Presidente


LUIZ ROBERTO DOMINGO - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: José Luiz Novo Rossari, Irene Souza da Trindade Torres, Rodrigo Cardozo Miranda, João Luiz Fregonazzi, Susy Gomes Hoffmann e Priscila Taveira Crisóstomo (Suplente). Ausente a Conselheira Valdete Aparecida Marinheiro.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração apresentados pela D. Procuradoria da Fazenda Nacional que alega ter havido dúvida e omissão no voto condutor do Acórdão n.º 301-34.336, de 29 de fevereiro de 2008, cuja ementa dispõe:

“SIMPLES – ATIVIDADE IMPEDITIVA EXCETUADA PELA NOVA LEI. O artigo 17 § 1º, inciso XIII da lei complementar nº 123 de 14.12.2006 excetuou as restrições impostas pelo inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317/1996 com as alterações introduzidas pela Lei 10.684/2003.

RETROATIVIDADE DA LEI NOVA. EFEITOS. JULGAMENTOS PENDENTES. O fato tem repercussão pretérita por força do caráter interpretativo daquelas normas jurídicas impeditivas, revogadas pela nova legislação, devendo seus efeitos se subsumirem a regra da retroatividade prevista no inciso I do artigo 106, do Código Tributário Nacional.

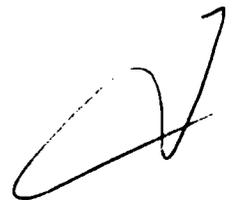
Recurso Voluntário Provido”

Alega que o Relator deixou de manifestar-se acerca da abrangência da decisão judicial proferida nos autos do Mandado de Segurança Coletivo nº 99.0009406/9, uma vez que, estando a matéria sob apreciação do Poder Judiciário), impediria que o Conselho de Contribuintes analisasse a lide ora discutida, dada a caracterização da concomitância entre as esferas judicial e administrativa.

Além disso, a DD. Procuradoria cita alguns julgados sobre o tema.

Diante desses argumentos é que pleiteia a retificação do acórdão para não conhecimento do Recurso Voluntário.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Luiz Roberto Domingo,, Relator

Conheço dos Embargos de Declaração por serem tempestivos e atenderem aos requisitos de admissibilidade.

Em tese, cabe razão à D. Procuradoria oposição de embargos e caberia razão em seu pedido de não conhecer do recurso voluntário por veicular matéria que estaria sob apreciação do Poder Judiciário, por caracterizar renúncia à esfera administrativa por concomitância. Digo em tese para a segunda afirmação por duas razões como segue:

Em primeiro lugar é imprescindível a comprovação da identidade entre o autor da ação judicial e o recorrente no Processo Administrativo, o que neste caso não se verifica. Note-se que não é possível atribuir a alguém a manifestação de renúncia sem que este alguém seja o agente do fato que o caracteriza. Ao recorrente não se comprova a ação ou intenção de renunciar a partir do Mandado de Segurança Coletivo do SINDELIVRE.

Portanto, atribuir ao Recorrente a renúncia sem que seja parte diretamente arrolada no processo judicial é extrapolar os efeitos das relações jurídicas para afetar direitos de terceiros, o que é vedado pelo sistema jurídico vigente. A ação implica apenas autor e réu.

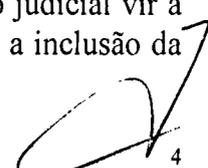
Em segundo lugar, a declaração de renúncia requerida não foi acolhida nem mesmo pelo acórdão da DRJ que categoricamente entendeu não aplicável ao Recorrente a ação do SINDELIVRE, ou seja, se a própria administração entende que não se aplica ao caso a ação judicial, como esta poderia ser fundamento para declarar a concomitância e, com isso, não conhecer do Recurso Voluntário?

É certo, no entanto que a ação judicial não transitou em julgado como é certo que o recurso da União aos Tribunais Superiores não tem efeito suspensivo.

Portanto, não havendo possibilidade de atribuir ao contribuinte a renúncia à esfera administrativa pela concomitância e negar os efeitos da decisão judicial ao presente feito, mas reconhecendo a possibilidade de a eventual reforma da decisão judicial trazer efeitos desconstitutivos à motivação que embasa a manutenção da Recorrente no SIMPLES, é que passo a decidir nos seguintes termos.

O acórdão embargado está alicerçado em dois fundamentos: na ordem judicial decorrente do Mandado de Segurança impetrado pelo SINDELIVRE, cujo recurso da União não tem efeito suspensivo, e no entendimento majoritário da Câmara de que as disposições da Lei Complementar nº. 123/2006 são aplicadas retroativamente às lides pendentes de julgamento, por atribuir à exclusão do SIMPLES caráter punitivo.

Portanto, ainda que se conhecesse e acolhesse a postura da Fazenda Nacional em relação à concomitância, o que se admite apenas por conta do risco de a decisão judicial vir a ser reformada, sobreviveria o outro fundamento para afastar a exclusão ou deferir a inclusão da Recorrente no SIMPLES.

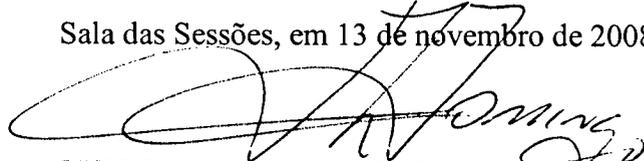


Diante do exposto, acolho os Embargos de Declaração opostos para DAR-LHES provimento, excluindo do Acórdão 301-34.336 o fundamento relativo aos efeitos da decisão judicial proferida na ação coletiva e Rerratificar o acórdão nos demais fundamentos para manter a decisão proferida e retificar a ementa conforme segue:

“SIMPLES. RETROATIVIDADE DA LEI NOVA. EFEITOS. JULGAMENTOS PENDENTES. O fato tem repercussão pretérita por força do caráter interpretativo daquelas normas jurídicas impeditivas, revogadas pela nova legislação, devendo seus efeitos se subsumirem a regra da retroatividade prevista no inciso I do artigo 106, do Código Tributário Nacional. A Lei Complementar n.º 123/2006 deve ser aplicada retrativamente por conta da interpretação mais benigna para inclusão das microempresas e empresas de pequeno porte no SIMPLES em face da atividade.”

Recurso Voluntário Provido”

Sala das Sessões, em 13 de novembro de 2008



LUIZ ROBERTO DOMINGO - Relator