



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº 10875.004800/2003-15
Recurso nº 137.399 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 302-40.103
Sessão de 11 de dezembro de 2008
Recorrente SANCHES & FILHOS COMÉRCIO, ATIVIDADES FÍSICAS E DESPORTIVAS LTDA.
Recorrida DRF-CAMPINAS/SP

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES. PEDIDO DE REINCLUSÃO. SENTENÇA JUDICIAL COM TRÂNSITO EM JULGADO. A sentença judicial transitada em julgado pela improcedência de pedido de manutenção da opção na sistemática do Simples e pela extinção do feito, nos termos do art. 269-I, do CPC, deve ser cumprida em todos os seus termos, não mais cabendo a esfera administrativa pronunciamento a esse respeito.

RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO CONHECIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da segunda câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso por haver concomitância com processo judicial, nos termos do voto da relatora.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO

Presidente e Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Corinho Oliveira Machado, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Marcelo Ribeiro Nogueira, Beatriz Veríssimo de Sena, Ricardo Paulo Rosa e Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.



Relatório

O contribuinte em epígrafe foi excluído da sistemática do Simples através do ADE/DRF/GUA nº 468.205, de 07/08/03 (fl. 27), por exercer outras atividades físicas e desportivas, terapêuticas, recreativas, dança, avaliação física, seminários, comércio de roupas e artigos esportivos, lanchonete e vídeo locadora, locação de espaço, representação de máquinas e equipamentos rodoviários, conforme consta do objeto de seu contrato social (29/46), CNAE-fiscal 9261-4/99, ou seja, em face do exercício de atividade econômica não permitida ao optante por esse regime.

Em face disso, em 23/09/03 postulou pela sua reinclusão nesse sistema com data retroativa a 01/01/97 (fls. 01/25), argumentando, entre outros aspectos, sobre a impossibilidade da exclusão procedida de ofício em razão de demanda judicial que promoveu por meio de Ação Ordinária com pedido de tutela antecipada perante a 10ª Vara de Justiça Federal de São Paulo, 1ª SSJ, em 21/10/98 (fls. 51/81), quando requereu pela sua manutenção no Simples até o julgamento de mérito em definitivo; que a SRF se abstivesse de quaisquer medidas coativas contra a requerente, bem assim pela declaração de inconstitucionalidade do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, além, subsidiariamente, da inaplicabilidade do referido artigo contra a requerente.

A decisão prolatada pela 1ª Turma da DRJ/CPS, por meio do Acórdão nº 05.15.388/03 (fls. 96/100), indeferiu a solicitação formalizada pela contribuinte, sintetizando o seu entendimento, consoante a ementa adiante transcrita:

“CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL – RENÚNCIA.

A propositura de ação judicial, com o mesmo objeto, implica a renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa a quem caberia o julgamento.

OPÇÃO. REVISÃO. EXCLUSÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE.

A opção pela sistemática do Simples é ato do contribuinte sujeito a condições e passível de fiscalização posterior. A exclusão com efeitos retroativos, quando verificado que o contribuinte incluiu-se indevidamente no sistema, é admitida pela legislação.

Solicitação Indeferida.”

O voto condutor foi conclusivo quanto ao aspecto da concomitância de tramitação e de objeto processos no que concerne à supremacia hierárquica da esfera judicial em detrimento da administrativa, restando prejudicado o apelo do contribuinte neste âmbito, conforme dispõe o § 2º do art. 1º do DL nº 1.737/79; o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80; além da alínea ‘a’ do ADN/COSIT nº 03/96, inclusive mencionando jurisprudência administrativa nesse sentido.



Igualmente ocorreu em relação à retroatividade da exclusão do Simples pela Solicitante, consoante o art. 73-II da MP nº 2.158-35/01 que alterou o art. 15 da Lei nº 9.317/96, passando a exclusão a ter os efeitos retroativos a partir do mês subsequente ao da situação excludente. Para disciplinar esse mandamento veio o art. 24 da IN SRF nº 250/02, repetido pelos arts. 24 da IN 355/03 e 24 da IN nº 608/06.

Ciente da decisão de primeira instância o contribuinte em 04/01/07 (AR, fl. 103), dela discordando interpôs recurso voluntário em 11/01/07 (fls. 104/133), para aduzir:

1. *Preliminarmente, com fulcro no art. 5º-LV da CF/88, argüi pela nulidade da exclusão por cerceamento do direito de ampla defesa, uma vez a decisão a quo não se fundamentou de conformidade como foi trazida a matéria pela Recorrente na defesa administrativa, ou seja, por não haver motivado de modo certo e determinado a razão que levou à exclusão da Recorrente do Simples, eis que a ação judicial foi interposta em 1998 e o ato declaratório impugnado ocorreu em 2003, portanto, deveria o juízo de primeira instância apreciar sobre a legalidade do direito de permanência da contribuinte no Simples.*
2. *O dispositivo contido no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80 (LEF) é inconstitucional, pois ofende o direito de livre acesso ao Judiciário, assegurado pelo art. 5º-XXXV, da CF/88 e, portanto, nenhum óbice há na tramitação de demanda na esfera judicial e administrativa.*
3. *No mérito, argüi pela nulidade da notificação por cercear o direito de ampla defesa, invocando o mesmo art. 5º-LV, da CF/88, pois, segundo o seu entendimento, o ato declaratório não expõe de forma clara os motivos de sua exclusão, apenas informou que a atividade econômica é vedada, sem explicitar que atividade seria essa, uma vez que aquela a que pertence a Recorrente não consta da referida lei.*
4. *Refuta os argumentos expendidos na decisão a quo, notadamente quanto à retroatividade de sua exclusão do Simples, quando houve violação ao princípio da irretroatividade da lei tributaria.*
5. *Pelo exposto, se a IN SRF nº 250/02 entrou em vigor em 28/11/02 não poderia criar direitos e obrigações, retroagindo a janeiro do ano de 2002, atingindo a situações pretéritas para criar uma obrigação que a lei não criou e, portanto, criar insegurança jurídica.*
6. *Houve violação ao princípio da isonomia, no que pertine ao teor do art. 179, e 150-II, ambos da CF/88, em razão do tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente. Igualmente houve violação à garantia institucional.*
7. *Pela inconstitucionalidade do inciso XIII e do caput do art. 9º da Lei nº 9.317/96, bem assim pela inconstitucionalidade desta lei em razão da violação do princípio da razoabilidade.*
8. *A Recorrente é uma academia de prática esportiva onde seus clientes aprendem a dançar, nadar, fazer ginástica e etc, que nenhuma relação tem com a fisicultura.*



Menciona o acórdão nº 303-33013/06, que em situação assemelhada foi acolhido o pleito da contribuinte (fl. 133), para requer pela sua permanência no Sistema Simples de pagamento de tributos.

É o relatório.



Voto

Conselheira Judith do Amaral Marcondes Armando, Relatora

O recurso voluntário interposto preenche os requisitos à sua admissibilidade, dele conheço.

Versa a matéria trazida ao debate nesta Corte sobre a concomitância de ações com o mesmo objeto nos âmbitos judicial e administrativo, qual seja a postulação pelo reconhecimento do direito de permanência da contribuinte na sistemática do Simples.

O juízo *a quo*, no que pertine à concomitância de processos nas esferas judicial e administrativa, posicionou-se pela renúncia desta em desfavor da Recorrente, restando prejudicada a apreciação do mérito da demanda aviada.

Acerca da retroatividade da exclusão da contribuinte do Simples, entendeu a referida decisão que houve acerto na medida, mantendo os seus efeitos fiscais e indeferindo também a sua solicitação de permanência em tal regime.

Nesse passo, em homenagem ao princípio da unicidade de jurisdição, que tem por finalidade evitar a concorrência de conflitos de competência entre os Poderes harmônicos da União Federal, coube ao Poder Judiciário firmar a coisa julgada que não poderá ser objeto de reforma no processo administrativo.

Nesse sentido, o Poder Executivo através do § 2º do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.737/79 e do art. 38 da Lei nº 6830/80, dispôs sobre a matéria, disciplinada por meio da alínea “a” do ADN/SRF/COSIT N.º 03/96 e do art. 26 da Port. MF nº 258/01, que a propositura pelo contribuinte contra a Fazenda Nacional de ação judicial com o mesmo objeto importa a desistência do processo.

No caso em comento, existe uma Ação de Judicial transitada em julgado em 19/12/2007, em desfavor da ora Recorrente, havendo a baixa definitiva dos autos à 10ª Vara de Justiça Federal-SP, conforme se depreende de consulta eletrônica efetuada tanto na Justiça Federal do Estado de São Paulo quanto no Tribunal Regional Federal, 3ª Região, cópias anexas.

Assim sendo, *ex vi* do art. 5º-XXXVI, CF/88, a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Em observância a todo o exposto, não conheço do recurso voluntário interposto.

É assim que voto.

Sala das Sessões, em 11 de dezembro de 2008

JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Relatora

