



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

**Processo n°** 10925.002465/2008-92  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** **1002-000.267 – Turma Extraordinária / 2ª Turma**  
**Sessão de** 03 de julho de 2018  
**Matéria** SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO POR DÉBITOS,  
**Recorrente** CONFECÇÕES SAN REMO LTDA - EPP  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Ano-calendário: 2008

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRAZO LEGAL. RECURSO VOLUNTÁRIO INTEMPESTIVO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA. NÃO CONHECIMENTO.

Nos termos do art. 33 do Decreto 70.235/72, é de 30 dias a partir da ciência o prazo para apresentação de Recurso Voluntário. Não podendo se conhecer de recurso apresentado fora do prazo legalmente estipulado, sem justificativa válida. Recurso Não Conhecido.

CONCOMITÂNCIA COM AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA. SÚMULA VINCULANTE 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.

Recurso Voluntário Não Conhecido

Sem crédito em Litígio

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Voluntário, nos termos do Relatório e Voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Ailton Neves da Silva - Presidente.

(assinado digitalmente)

Breno do Carmo Moreira Vieira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ailton Neves da Silva (presidente da Turma), Breno do Carmo Moreira Vieira, Leonam Rocha de Medeiros e Ângelo Abrantes Nunes.

## Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls. 143 à 148) interposto em 09/05/2014 contra o Acórdão nº 07-29.599, proferido pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis/SC em 02/08/2012 (e-fls. 126 à 128), que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela ora Recorrente. Decisão essa consubstanciada nos seguintes termos:

*Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço da presente manifestação de inconformidade.*

*Inicialmente, em análise ao Termo de Indeferimento de Opção pelo Simples Nacional, verifica-se que este tem por fundamento a existência de débitos cuja exigibilidade não se encontrava suspensa, embasado no artigo 17, inciso V, da Lei Complementar nº 123/2006: Nota-se, portanto, que o cerne do Acórdão foi a desconsideração da garantia de penhora, segundo a qual, na opinião dos julgadores de piso, não seria apta a suspender a exigibilidade do crédito tributário.*

*Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:*

*[...]*

*V – que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, **cuja exigibilidade não esteja suspensa**; (grifo nosso)*

*Como visto acima, a letra da lei é clara no sentido da vedação ao Simples para as empresas que tivessem débito com o INSS ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal. Conforme restou demonstrado nos autos, é o caso da contribuinte, pois se confirmou através das novas informações da DRF/Joaçaba, não contestadas pela contribuinte, que esta encontrava-se em débito previdenciário, bem como com inscrição em dívida ativa na PGFN na data do ADE – 22/08/2008, em vista da rescisão do parcelamento.*

*Isso posto, manifesto-me por considerar a manifestação de inconformidade improcedente.*

Conforme se extrai dos presentes autos, a Recorrente teve sua exclusão do SIMPLES Nacional efetuada de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/JOA nº. 345432

de 22/08/2008 (e-fl. 05). O motivo para a retirada daquele regime tributário foi fundamentado na existência de débitos com a Fazenda Pública Federal.

Após o transcurso do trintídio legal, não houve apresentação de Recurso.

Na sequência, procedeu o Fisco pela intimação à Recorrente em 07/04/2014, com o objetivo de apresentar determinados documentos:

*De acordo com a decisão proferida no Acórdão 0729.599– 4.ª Turma da DRJ/FNS, com data de 20/07/2012, o qual julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada pela empresa frente ao Ato Declaratório Executivo DRF/JOA n.º 345432, de 22/08/2008, que excluiu o contribuinte do Simples, a partir de 01/01/2009, fica a empresa intimada a apresentar no prazo de 20 (vinte) dias a seguinte documentação:*

*1. Enviar Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social GFIP retificadoras do período de 01/2009 em diante informando corretamente o campo de “Opção pelo SIMPLES” como não optante. Apresentar em papel APENAS cópia do protocolo de envio da GFIP (conectividade social).*

*2. Enviar demais declarações devidas pelas empresas não optantes da sistemática de recolhimento do Simples Nacional – DCTF; DIPJ e outras.*

Em resposta à esta intimação, a Contribuinte apresentou em 09/05/2014 uma petição cujo escopo visava a revisão do Acórdão da DRJ.

Os argumentos apresentados no suposto Recurso Voluntário reiteram aqueles veiculados na Manifestação de Inconformidade. A Recorrente colaciona diversos elementos probatórios, apontando a inexigibilidade do crédito tributário, em virtude de sua adesão a parcelamento previsto na Lei nº 11.941/09. Pugnou, ainda, pela irretroatividade do Ato Declaratório Executivo de exclusão do SIMPLES.

No deslinde processual, ajuizou Mandado de Segurança nº 5002557-54.2014.404.7203/SC, o qual inicialmente contou com o deferimento da liminar em 29/07/2014, para manutenção da Recorrente na sistemática do SIMPLES (e-fls. 197 à 200), verbis:

Ante o exposto, CONCEDO parcialmente a medida *liminar* requerida no presente *Mandado de Segurança*, tão somente para determinar à autoridade coatora que **mantenha** a impetrante CONFECÇÕES SAN REMO LTDA no SIMPLES NACIONAL, possibilitando à contribuinte o recolhimento dos tributos de acordo com tal ritualística, abstendo-se de efetuar a cobrança de quaisquer encargos decorrentes da falta de adimplemento nas datas de vencimento correspondentes, até prolação de sentença de mérito nestes autos, quando a questão será novamente analisada.

Mais adiante, em 08/10/2014, a segurança restou denegada (e-fls. 187 à 194), de modo que houve apreciação integral pelo Judiciário, tocante à matéria meritória que ora se submete à análise deste Conselho Administrativo.

É o Relatório.

## Voto

Conselheiro Breno do Carmo Moreira Vieira - Relator

### 1. Da intempestividade do Recurso Voluntário

O Recurso Voluntário não atende ao pressuposto de admissibilidade extrínseco relativo a tempestividade, uma vez que foi interposto após o trintídio legal estabelecido no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal.

Deveras, observo a confirmação da entrega da intimação postal, dando ciência da decisão de primeira instância, em **02/08/2012**, conforme aviso de recebimento colacionado nos autos (e-fl. 130). No entanto o Recurso Voluntário só foi apresentado em **09/05/2014** (e-fls. 143 à 148), quando já vencido o prazo. Portanto, não é possível conhecê-lo.

Demais disto, estabelece o Decreto n.º 70.235, de 1972, que os prazos são contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento (art. 5.º, *caput*) e que os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato (art. 5.º, parágrafo único), mas, ainda assim, mantém o recurso intempestivo e, por outro lado, o recorrente não apresentou qualquer prova de ocorrência de eventual fato impeditivo ao manejo do seu recurso a tempo e modo esperado.

Por conseguinte, não há que se admitir recurso extemporâneo, caso contrário, estaria sendo declarada uma inconstitucionalidade *incidenter tantum* do Decreto n.º 70.235, de 1972, vedada no Regimento Interno do CARF (art. 62, Anexo II, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 2015) e pela súmula a seguir deste Egrégio Conselho: "*Súmula CARF n.º 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*"

### 2. Do malferimento à Súmula Vinculante CARF n.º 01

Ainda que superado o aludido óbice da intempestividade, tornar-se-ia imperativo reconhecer a renúncia à instância administrativa. Isso é perceptível com hialina clareza quando da leitura do próprio item "b" do dispositivo da sentença, cujo teor abaixo exposto expõe a análise meritória da exclusão do SIMPLES, especificamente a alusiva à retroatividade do ADE e sua manutenção naquela sistemática tributária. Nota-se, pois, que o plexo fático e jurídico analisado procede, sim, com uma ampla análise da retirada do SIMPLES e de seus efeitos, o que não é admitido por representar renúncia à instância administrativa:

Inobstante, em 09/05/2014 a impetrante protocolou na via administrativa novo recurso ao ato de exclusão (evento 29/PROCADM29/fls. 53-59), o qual foi entendido como 'intempestivo' (evento 29/PROCADM29/fl. 91), porém, encaminhado para análise pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), conforme informação prestada pela autoridade coatora (evento 29/INF\_MAND\_SEG1/fl. 8). Não há notícia do seu conhecimento e/ou julgamento.

Pois bem. Por expressa vedação legal, a sistemática simplificada de recolhimento de tributos não pode ser aplicada à microempresa ou à empresa de pequeno porte (*ex vi* da impetrante) que possua dívidas perante o INSS ou as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal (Lei Complementar nº 123/2006, artigo 17, inciso V). Com base nesse preceito, em sede de *informações* o impetrado defendeu que o '[...] **parcelamento não invalida o ADE publicado, muito menos se sobrepõe ao dispositivo legal sobre a impossibilidade de inclusão retroativa de empresa no Simples Nacional** [...]' (evento 29/INF\_MAND\_SEG1/fl. 8).

Os débitos apontados pela autoridade coatora como os geradores da exclusão estão listados nas informações de evento 29/PROCADM5/fls. 1-2, contendo o seguinte esclarecimento:

(...)

Houve, sim, demonstração de que os débitos verificados foram objeto de parcelamento pela Lei n. 11.941/09, mais de um ano depois, em 06/11/2009, conforme se vê dos relatórios de evento 29/PROCADM5/fls.5-33, momento em que restou suspensa a exigibilidade dos débitos inscritos na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional sob os n. 9150400046220, 9150400115486, 9150400125791, 9150500181707, 9150500251772 e 9150500265994 e do débito não-previdenciário na RFB referente ao período de apuração 06/2007, código da receita 6106.

Ademais, não se inclui no objeto do presente *mandamus* a análise do acerto ou desacerto da decisão que excluiu a impetrante do Simples Nacional, já que a causa de pedir se limita à irretroatividade da decisão ao ano-exercício de 2009 e ao direito de permanecer como empresa optante pelo Simples Nacional até o final do ano-exercício de 2014.

Portanto, a autoridade impetrada demonstrou que na data da expedição do Ato Declaratório Executivo DRF/JOA n. 345432, existiam débitos perante a Receita Federal e a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, situação que implica na exclusão da empresa como optante do Simples Nacional por conta da impossibilidade de opção descrita no artigo 17, V, da LC 123/06.

O fato de ter regularizado o débito posteriormente, por meio da Lei n. 11.941/09, não invalida o ato que a excluiu do SIMPLES, haja vista que na data em que houve a exclusão estavam presentes os requisitos para tanto.

(...)

Logo, não há que se falar em irretroatividade dos efeitos da decisão que apenas estava suspensa enquanto pendia o julgamento do recurso administrativo. A vigência e a eficácia do ato excludente foram restabelecidas a partir de 20/07/2012, por força da decisão definitiva proferida no processo administrativo, do qual a impetrante não apresentou recurso.

Não há, pois, violação a direito líquido e certo do impetrante, de modo que a segurança deve ser denegada e revogada a liminar concedida.

#### DISPOSITIVO

Ante o exposto, **DENEGO A SEGURANÇA** requerida no presente Mandado de Segurança impetrado por CONFECÇÕES SAN REMO LTDA ME em face do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM JOÇABA/SC e, por conseguinte, **REVOGO** a medida liminar concedida no evento 33/DECLIM1, extinguindo o feito com fundamento no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil;

Quanto ao mais, cumpre deixar claro que tal provimento judicial decorreu diretamente do pedido exposto na petição da Recorrente, conforme se extrai do relatório da sentença (e-fls. 187). Pedido este lastreado em tópico que também tratou especificamente da exclusão do SIMPLES (ou seja, inequivocamente relacionado com o aspecto meritório). A seguir constam alguns dos requerimentos efetuados na exordial:

Alegou a impetrante que a demandada instaurou processo para sua exclusão do regime do Simples Nacional em 17/10/2008 em razão da existência de débitos pendentes com exigibilidade não suspensa. Disse que a exclusão ocorreu apenas em 04/04/2014 após julgamento administrativo do processo administrativo. Alega, contudo, que na data da instauração do processo de exclusão os débitos estavam com a exigibilidade suspensa em virtude de parcelamentos. Pontuou que depois de instaurado o processo administrativo para exclusão, a impetrante aderiu ao parcelamento da Lei n. 11.941/09, momento em que precisou renunciar aos parcelamentos anteriores e extinguir processos que eventualmente mantivesse contra a Receita Federal. Embora tais fatos, argumenta, o processo administrativo não foi extinto e a exclusão foi procedida e, inclusive, de forma retroativa a 01/01/2009, fato que entende violar o princípio da irretroatividade da lei tributária. Requereu: a) a concessão de *liminar* para afastar os efeitos do ato que excluiu a empresa do Simples Nacional, determinando a sua inclusão no enquadramento tributário do Simples Nacional o mais breve possível, até o final do corrente ano; b) a notificação da autoridade coatora para prestar *informações*; c) no *mérito*, a confirmação da *liminar* para o efeito de conceder em definitivo a segurança pretendida; d) a intimação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e; e) a condenação do impetrado nos ônus sucumbenciais. Valorou a causa e juntou documentos (evento 1)

Nota-se, pois, que os argumentos meritórios não foram aduzidos *obiter dicta*, mas sim representaram parte do âmago do requerimento judicial. Portanto, verificada a concomitância, deixa-se de apreciar o Recurso nesta parte. É o que dispõe o Decreto nº 7.574/2011, consolidando as normas do Processo Administrativo Fiscal, em seu art. 87:

*Art. 87. A existência ou propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial com o mesmo objeto do lançamento importa em renúncia ou em desistência ao litígio nas instâncias administrativas (Lei no 6.830, de 1980, art. 38, parágrafo único).*

*Parágrafo único. O curso do processo administrativo, quando houver matéria distinta da constante do processo judicial, terá prosseguimento em relação à matéria diferenciada.*

No mesmo sentido, o art. 78, §2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF – RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009:

*Art. 78. Em qualquer fase processual o recorrente poderá desistir do recurso em tramitação.*

*§ 1º A desistência será manifestada em petição ou a termo nos autos do processo.*

*§ 2º O pedido de parcelamento, a confissão irretratável de dívida, a extinção sem ressalva do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.*

*§ 3º No caso de desistência, pedido de parcelamento, confissão irretratável de dívida e de extinção sem ressalva de débito, estará configurada renúncia ao direito sobre o qual se funda o recurso interposto pelo sujeito passivo, inclusive na hipótese de já ter ocorrido decisão favorável ao recorrente.*

*§ 4º Havendo desistência parcial do sujeito passivo e, ao mesmo tempo, decisão favorável a ele, total ou parcial, com recurso pendente de julgamento, os autos deverão ser encaminhados à unidade de origem para que, depois de apartados, se for o caso, retornem ao CARF para seguimento dos trâmites processuais.*

*§5º Se a desistência do sujeito passivo for total, ainda que haja decisão favorável a ele com recurso pendente de julgamento, os autos deverão ser encaminhados à unidade de origem para procedimentos de cobrança, tornando-se insubsistentes todas as decisões que lhe forem favoráveis.*

Além do amparo regimental, o CARF dispõe de enunciado sumular vinculante (Súmula nº01) que versa sobre o tema, o qual estabelece norma de observância obrigatória:

*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.*

*(Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).*

Ademais, os efeitos da renúncia estão delineados no Parecer Normativo COSIT nº 7/2014, cuja ementa assim dispôs:

*Assunto: Processo Administrativo Fiscal*

*Ementa: CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO*

*ADMINISTRATIVO FISCAL E PROCESSO JUDICIAL COM O MESMO OBJETO. PREVALÊNCIA DO PROCESSO JUDICIAL.*

*RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.*

*DESISTÊNCIA DO RECURSO ACASO INTERPOSTO.*

*A propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública com o mesmo objeto do processo administrativo fiscal implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto.*

*Quando contenha objeto mais abrangente do que o judicial, o processo administrativo fiscal deve ter seguimento em relação à parte que não esteja sendo discutida judicialmente. A decisão judicial transitada em julgado, ainda que posterior ao término do contencioso administrativo, prevalece sobre a decisão administrativa, mesmo quando aquela tenha sido desfavorável ao contribuinte e esta lhe tenha sido favorável.*

*A renúncia tácita às instâncias administrativas não impede que a Fazenda Pública dê prosseguimento normal a seus procedimentos, devendo proferir decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida.*

*É irrelevante que o processo judicial tenha sido extinto sem resolução de mérito, na forma do art. 267 do CPC, pois a renúncia às instâncias administrativas, em decorrência da opção pela via judicial, é insuscetível de retratação.*

*A definitividade da renúncia às instâncias administrativas independe de o recurso administrativo ter sido interposto antes ou após o ajuizamento da ação.*

*Dispositivos Legais: Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN), art. 145, c/c art. 149, art. 151, incisos II, IV e V; Decretos nº 147, de 3 de fevereiro de 1967, art. 20, § 3º; Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, arts. 16, 28 e 62; Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC), arts. 219, 267, 268, 269 e 301, § 2º; Decretos nº 1.737, de 20 de dezembro de 1979, art. 1º; Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, art. 38; Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV; Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 53; Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, art. 22; Portaria CARF nº 52, de 21 de dezembro de 2010; Portaria MF nº 341, de 12 de julho de 2011, art. 26; art. 77 da IN RFB nº 1.300, de 20 de novembro de 2012. e processo nº 10166.721006/201316*

*O referido parecer concluiu que a decisão judicial transitada em julgado prevalece sobre a administrativa, mesmo quando esta tenha sido mais favorável ao contribuinte e que, configurada a concomitância, deve ser proferida decisão formal declaratória da definitividade da exigência discutida ou da definitividade da decisão recorrida.*

*Consequentemente, as decisões que lhe foram favoráveis tornam-se insubsistentes, conforme o §5º do artigo 78 do Anexo II do RICARF:*

*§5º Se a desistência do sujeito passivo for total, ainda que haja decisão favorável a ele com recurso pendente de julgamento, os autos deverão ser encaminhados à unidade de origem para procedimentos de cobrança, tornando-se insubsistentes todas as decisões que lhe forem favoráveis.*

---

*Assim, havendo desistência à lide administrativa por ajuizamento de ação judicial sobre o mesmo objeto, eventuais decisões administrativas favoráveis ao contribuinte tornam-se insubsistentes, pois configurada a concomitância, não haverá decisão administrativa no contencioso sobre a matéria objeto da concomitância, devendo, apenas, a Administração Tributária cumprir a decisão judicial vigente.*

Entendo, portanto, haver clara circunstância de renúncia da instância administrativa, razão pela qual inabilita o conhecimento recursal por este Colendo Colegiado.

Por conseguinte, não tendo sido demonstrada a tempestividade do Recurso Voluntário, dele não conheço. Por fim, considerando o até aqui esposado e enfrentadas todas as questões necessárias para a decisão, entendo pela manutenção do julgamento da DRJ.

### **Dispositivo**

Ante o exposto, voto por NÃO CONHECER do Recurso Voluntário, por ausência do requisito de admissibilidade extrínseco da tempestividade, bem como por violação da Súmula Vinculante CARF nº 01, conseqüentemente mantendo íntegra a decisão singular.

(assinado digitalmente)

Breno do Carmo Moreira Vieira