



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

Processo n° 10930.005560/2008-79
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1002-000.272 – Turma Extraordinária / 2ª Turma**
Sessão de 03 de julho de 2018
Matéria SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO POR DÉBITOS
Recorrente LAVANDERIA LAVIN LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2008

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 Negado

Sem crédito em Litígio

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer o Recurso Voluntário.

(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. 93 à 98) interposto contra o Acórdão nº 06-52.910, proferido pela 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba/PR (e-fls. 83 à 86), que, por unanimidade de votos, não conheceu a Manifestação de Inconformidade apresentada pela ora Recorrente.

A Manifestação de Inconformidade (e-fls. 2 e 3) vislumbrava desconstituir o Ato Declaratório Executivo (ADE), de numero 294648 de 22 de Agosto de 2008 (e-fl. 4), que excluiu a contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2009, aplicou-se o art. 17, inciso V, da Lei Complementar nº 123, de 2006, , e na alínea "d" do inciso II do art. 3º, combinada com o inciso I do art. 5º, ambos da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007:

Art 1º Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a pessoa jurídica, a seguir identificada, em virtude de possuir débitos com a Fazenda Pública Federal, com exigibilidade não suspensa, relacionados no item Pessoa Jurídica", assunto 'Simples Nacional, do Sítio da Secretaria da Receita Federal do Brasil na internet, no endereço eletrônico <vmw.receita.fazenda.gov.br >, conforme disposto no incise V do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e na alínea d do inciso II do art. 3 2, combinada com o inciso I do art. 52 , ambos da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007:

Conforme se extrai dos autos, o indigitado Ato Declaratório Executivo sumariou, em síntese, que a contribuinte deveria ser excluída do Simples Nacional em virtude de possuir débitos com a Fazenda Pública Federal, com exigibilidade não suspensa. No mesmo ato foi informado que poderia se tornar sem efeitos a exclusão, caso a totalidade dos débitos fossem regularizados no prazo de trinta dias.

Contudo, a DRJ negou conhecimento à exordial defensiva (Acórdão nº 06-34.549, da 6ª Turma da DRJ/CTA, de 28 de novembro de 2011), em virtude de ocorrência de revelia, conforme justificado em seu teor:

No caso concreto, levando-se em conta que a ciência do Ato Declaratório Executivo DRF/LON nº 294648, de 22 de agosto de 2008 pela contribuinte, conforme imagem do AR, no sistema Sucop do bancos de dados da Receita Federal do Brasil (RFB), se deu em 16/09/2008 (terça-feira).

Portanto, o prazo de trinta dias para apresentação da manifestação de inconformidade da interessada encerrou-se em 16/10/2008 (quinta-feira).

Como a impugnação foi apresentada apenas em 17/10/2008, é intempestiva, uma vez que já havia decorrido o prazo de trinta dias, previsto no art. 15 do Decreto nº 70.235, de 1972.

À luz, pois, do arts. 14 e 21 do Decreto nº 70.235/72, a intempestividade do pedido implica a revelia, não se instaurando a fase litigiosa do procedimento. Não havendo lide, não há que se falar em julgamento.

Sendo a impugnação apresentada a destempo, a unidade de origem, por meio do Despacho Decisório/Simples nº 43, de 08/04/2009 (fls. 26 e 27), na realidade analisou a hipótese de revisão de ofício, pois não é de sua alçada a análise da impugnação.

Em tempo, a informação prestada pela unidade de origem que a empresa foi cientificada pelo Edital não confere com as provas acostadas nos autos, pois o referido Edital foi publicado em 29 de outubro de 2008 (fl. 60), e a manifestação de inconformidade protocolizada em 17/10/2008. Nestes termos, teríamos a contestação ocorrendo antes da contribuinte saber as razões para sua exclusão, o que parece ilógico.

A prova da ciência está bem concretizada à fl. 25, onde se percebe claramente que a entrega da informação pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) se deu em 16/09/2008.

Considerando que a competência da Delegacia da Receita Federal de Julgamento para examinar impugnação ou manifestação de inconformidade somente se estabelece após a instauração da fase litigiosa, voto por não conhecer a impugnação da interessada, à fl. 01.

Contrariada com o Acórdão nº 06-34.549, a Contribuinte propôs ação judicial (ação ordinária nº 5013381-33.2013.4.04.7001.7001/PR), objetivando a anulação da decisão da DRJ e do Ato Declaratório Executivo, buscando seu reenquadramento no SIMPLES. A sentença prolatada no âmbito da 7ª Vara Federal de Londrina (e-fls. 77 à 81) determinou o retorno dos autos àquela DRJ para completa apreciação meritória, bem como a reintegração ao regime de tributação simplificada.

Em seguida, em observância à determinação judicial, a DRJ de origem exarou novo Acórdão, em 23 de junho de 2015 (Acórdão nº 06-52.910, e-fls. 83 à 86), consubstanciado na renúncia da instância administrativa:

9. Por meio da ordem judicial proveniente da sentença de fls. 77 a 81, tem-se os seguintes ditames:

*Isso posto e nos termos da fundamentação, julgo **PARCIALMENTE PROCEDENTE** os pedidos formulados pela autora para o fim de:*

a) anular o ato administrativo que não conheceu da impugnação protocolada tempestivamente e determinar que o processo administrativo nº 10930.005560/2008-79 seja

encaminhado à autoridade competente para que conheça do mérito da manifestação do contribuinte;

b) determinar que o Delegado da Receita Federal do Brasil em Londrina reintegre a autora ao regime do Simples Nacional, desde a data da exclusão (01/01/2009 - p. 29/30 - PROCADM3 - ev. 1), de modo a incluir no referido regime os débitos exequendos objeto das Execuções Fiscais nº 5008033- 34.2013.404.7001 e 5012719-35.2014.404.7001, eximindo a autora de eventuais sanções/multas administrativas por não cumprimento de obrigação acessória no período de exclusão (01/01/2009 até a data do trânsito em julgado da presente sentença), extinguindo o presente feito com resolução de mérito, nos termos do art. 269,1, do CPC e

c) em consequência, determino a extinção das Execuções Fiscais nº 5008033-34.2013.404.7001 e 5012719-35.2014.404.7001, nos termos do art. 794, do CPC.

10. Como se pode depreender da determinação do item “b” da sentença, o objeto da ação judicial abarca o pedido administrativo, assim, em face da interessada ter optado pela discussão da mesma matéria na esfera judicial, não há mais sentido analisar o mérito, a saber, a exclusão da manifestante do Regime do Simples Nacional de tributação, uma vez que a decisão judicial sempre prevalece sobre a decisão administrativa, devendo, por conseguinte, ser observado o disposto no Parecer Normativo Cosit nº 7, de 22 de agosto de 2014 que estabelece:

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.

II. Considerando o exposto, VOTO por não conhecer da manifestação de inconformidade, por já existir discussão judicial sobre o mesmo tema, devendo prevalecer a decisão judicial.

No Recurso Voluntário, inconformada com a decisão *a quo*, a Recorrente, rechaçou a inoportunidade da aludida renúncia de instância. Transcrevo a seguir alguns dos trechos que evidenciam tal pleito:

A empresa requereu a sua manutenção no Simples Nacional com o conseqüente cancelamento do aludido ato declaratório executivo. Ocorre que, em 28 de novembro de 2011, a 6ª Turma da Delegacia de Julgamento de Curitiba, deliberou, por meio do Acórdão nº 06-34.549 de fls. 67 a 71, por unanimidade, não conhecer da manifestação de inconformidade, por força da intempestividade da defesa administrativa.

Diante disso, inconformada, a contribuinte recorrente ajuizou ação anulatória atuada sob nº 5013381-33.2013.4.04.7001.7001 distribuída perante a 7ª Vara Federal de Londrina-Pr.

Destaca-se que o objeto da ação ordinária foi: declaração de nulidade do ato administrativo que não conheceu a manifestação administrativa da contribuinte em processo administrativo fiscal.

Em nenhum momento, a Recorrente tratou do mérito do ato declaratório executivo, ou seja, se correta ou incorreta a exclusão do simples Nacional. Todavia, meramente, na causa de pedir, demonstrou que a petição administrativa não era intempestiva e, portanto, deveria ser conhecida.

(...)

Todavia, se infere que o v. acórdão nº 06-52.910 - 6ª Turma da DRJ/CTA deve ser reformado, por uma simples razão: **NÃO HÁ IDENTIDADE DE OBJETO ENTRE A AÇÃO JUDICIAL E O PROCESSO ADMINISTRATIVO.**

(...)

A causa de pedir da ação judicial resumiu-se a demonstração da INEXISTÊNCIA de intempestividade. Ora, se TEMPESTIVA a manifestação administrativa, segundo os preceitos legais da Lei nº 9.734/94 e do próprio art. 5º da Constituição Federal é obrigatório que a Administração pública fazendária conheça do seu mérito, em respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Assim sendo, o bem jurídico da vida pleiteado na ação judicial foi o regular conhecimento dos argumentos do contribuinte, em respeito ao contraditório e à ampla defesa garantidos ao contribuinte no processo administrativo federal.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Breno do Carmo Moreira Vieira - Relator

Admissibilidade

O Recurso Voluntário apresenta-se tempestivo, tendo respeitado o trintídio legal, na forma exigida no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal. Demais disto, observo a plena competência deste Colegiado, na forma do art. 23-B, inciso I, do Regimento Interno do CARF, com redação da Portaria MF n.º 329, de 2017. Isto porque, trata de exclusão do SIMPLES Nacional, desvinculada de crédito tributário. Este não é exigido nos presentes autos, e também não visualizo qualquer critério que justifique a vinculação destes autos a eventual processo de exigibilidade do crédito tributário, não verificando a aplicação de quaisquer das formas de vinculação constantes do art. 6º, § 1º, do Anexo II, do RICARF.

Sendo assim, a competência é desta Colenda Turma Extraordinária por cuidar os autos de exclusão do Simples, desvinculado de exigência de crédito tributário, a indicar a aplicação do art. 23-B, inciso I, do Regimento Interno do CARF, com redação da Portaria MF n.º 329, de 2017.

No entanto, não cumpre com requisito processual palmar, o qual impede seu conhecimento, conforme ficará evidente nas páginas seguintes.

Mérito

De início, torna-se 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:

b) determinar que o Delegado da Receita Federal do Brasil em Londrina reintegre a autora ao regime do Simples Nacional, desde a data da exclusão (01/01/2009 - p. 29/30 - PROCADM3 - ev. 1), de modo a incluir no referido regime os débitos exequendos objeto das Execuções Fiscais nº 5008033- 34.2013.404.7001 e 5012719-35.2014.404.7001, eximindo a autora de eventuais sanções/multas administrativas por não cumprimento de obrigação acessória no período de exclusão (01/01/2009 até a data do trânsito em julgado da presente sentença), extinguindo o presente feito com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC e

Quanto ao mais, cumpre deixar claro que tal provimento judicial decorreu diretamente do pedido exposto na petição inicial da Recorrente (e-fls. 112 à 130). Pedido este lastreado em tópico que também tratou especificamente da exclusão do SIMPLES. A seguir constam alguns dos requerimentos efetuados na exordial:

d) Alternativamente, a procedência da ação, para se declarar o direito de a Autora estar incluída no Simples Nacional, ante o reconhecimento em controle difuso e concreto, da inconstitucionalidade do art. 17, inciso V, da LC 123/2006, que determina a exclusão da microempresa do regime unificado de tributação, que lhe é garantido pela Constituição Federal de 1.988, quando existente débitos tributários com exigibilidade ativa, a título de contribuição previdenciária.

e) Alternativamente, a procedência da ação, para se declarar o direito de a Autora estar incluída no Simples Nacional, independentemente do prévio crivo administrativo, em face da nulidade do ato declaratório executivo nº. 294648 da Delegacia da Receita Federal de Londrina, pois a Autora não estava inadimplente com seus débitos tributários referentes à contribuição previdenciária devida pelos empregados segurados e contribuintes individuais da pessoa jurídica Autora no exercício fiscal de 2008, que, portanto, não se caracteriza como passível de expulsão do regime unificado destinado às microempresas.

f) Cumulativamente, se julgados procedentes algum dos pedidos alternativos dos itens 'c', 'd' e 'e', se requer a ordem ao Delegado da Receita Federal do Brasil em Londrina-Pr, para que reintegre a Autora ao regime do Simples Nacional. Sendo que, ante a anulação da decisão de exclusão do Simples Nacional, os efeitos da r. sentença de mérito devem retroagir à data de publicação em Edital do ato declaratório executivo nº. 294648 da DRF/Londrina, eximindo a Autora de eventuais

sanções/multas administrativas por não cumprimento de obrigação acessória, no período de exclusão do regime unificado em 2008 até o trânsito em julgado da r. sentença, graças aos lançamentos tributários por homologação já concretizados no regime normal de apuração da renda

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 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; Decreto-lei 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. eprocesso 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.

Dispositivo

Com tudo o que foi exposto nos tópicos anteriores, resta claro que os argumentos esposados pela Recorrente merecem ser acolhidos. Portanto, VOTO por NÃO CONHECER do Recurso Voluntário, com a conseqüente manutenção da decisão de origem.

(assinado digitalmente)

Breno do Carmo Moreira Vieira