



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

**Processo n°** 10935.721701/2011-50  
**Recurso n°** Embargos  
**Acórdão n°** 1402-004.957 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 15 de setembro de 2020  
**Matéria** NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO  
**Embargante** R. E. FERRARI & CIA LTDA  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Exercício: 2007

DESISTÊNCIA DA LIDE. CONCOMITÂNCIA.

Após o julgamento do Recurso Voluntário pelo colegiado, veio a informação de que a Embargada renunciou a instância administrativa devido ter impetrado mandado de segurança discutindo a mesma matéria dos autos em epígrafe, ocorrendo nesta hipótese concomitância nos termos da Súmula CARF n° 1.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer dos Embargos de Declaração e a ele conceder efeitos infringentes de modo a alterar o acórdão embargado no sentido de não conhecer do Recurso Voluntário em face de constatação de concomitância com ação judicial e consequente renúncia à instância administrativa. Inteligência da Súmula CARF n° 1.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves- Relator.

Processo nº 10935.721701/2011-50  
Acórdão n.º **1402-004.957**

**S1-C4T2**  
Fl. 268

---

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogerio Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Wilson Kazumi Nakayama (suplente convocado), Paula Santos de Abreu, Luciano Bernart, Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

## Relatório

Trata-se de julgamento de Embargos de Declaração, opostos pelo contribuinte, ora Embargante, face v. acórdão proferido em sede de Recurso Voluntário por esta C. 2 Turma Ordinária que decidiu manter a exclusão do Simples Nacional devido ao exercício de atividade vedada ao sistema simplificado.

Vejamos a ementa do v. acórdão embargado.

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ*

*Ano-calendário: 2007*

*EXCLUSÃO DO REGIME. ATIVIDADE VEDADA.*

*A pessoa jurídica cuja atividade envolve locação/cessão de mão de obra é impedida de manter-se no Simples, por expressa vedação contida na lei instituidora do regime.*

*NULIDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. DESCABIMENTO.*

*Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, sendo descabida a alegação de cerceamento de defesa se os dispositivos legais que fundamentaram a exclusão do Simples constam no ADE.*

*EXCLUSÃO COM EFEITOS RETROATIVOS. 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 deixou de observar as hipóteses impeditivas, é admitida pela legislação.*

*JUNTADA POSTERIOR DE PROVAS. INDEFERIMENTO DO PEDIDO.*

*Resta precluso o direito de apresentação de documentação probatória após a impugnação, salvo no caso da ocorrência de uma das hipóteses previstas no § 4º do artigo 16 de Decreto nº 70.235/1972.*

De forma resumida, após o v. acórdão embargado ter sido proferido por esta C. Turma Ordinária e o contribuinte ter sido intimado da decisão colegiada, o Embargante apresentou petição informando que tinha impetrado o mandado de segurança nº 5003780-20.2015.4.04.7005/PR, impetrado em 29/06/2015 perante a 2ª Vara Federal de Cascavel, onde foi afastada a vedação e o contribuinte obteve o reconhecimento de que sua atividade era passível de ser enquadrada no Simples Nacional.

Ademais, o Embargante informou que a ação transitou em julgado em 25/07/2016, prevalecendo o entendimento exposto no julgamento da Apelação, com a seguinte ementa.

*TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA. EXCLUSÃO. REPOSIÇÃO DE MERCADORIAS EM GÔNDOLAS DE SUPERMERCADOS. ATIVIDADES NÃO VEDADAS. ILEGITIMIDADE DA EXCLUSÃO.*

*1. O critério para aferir a impossibilidade da inclusão da empresa no SIMPLES, em todas as hipóteses do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, diz respeito ao fato de a pessoa jurídica se dedicar à prestação de serviços profissionais especializados e regulamentados, que demandem, sobretudo, o preparo científico e técnico do componente humano e, por essa razão, prescindam de grandes investimentos para a sua realização.*

*2. A empresa impetrante tem por objeto serviços de reposição de mercadorias em gôndolas de supermercados, não se enquadrando, portanto, nas hipóteses de vedação do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, mostrando-se ilegítima a exclusão da empresa do SIMPLES.*

Note-se que a impetração do mandato de segurança é posterior ao Recurso Voluntário interposto em 13/11/2012 (e-fls. 90 a 115) e, por ausência de comunicação nos autos pelo sujeito passivo, esse fato não era conhecido quando da prolação do Acórdão nº **1402-003.916**. Ou seja, até o julgamento do Recurso Voluntário não existia informação nos autos sobre o mandato de segurança.

Entretanto, como o mandato de segurança engloba toda a matéria dos autos, inclusive analisou o ponto principal relativo a atividade exercida, a Embargante ofereceu os Embargos requerendo o retorno dos autos ao E. CARF/MF para a revisão do v. acórdão prolatado em sede de julgamento de Recurso Voluntário.

Ato contínuo, o D. Presidente desta C. Turma, acolheu o pedido da Embargante e determinou a revisão do v. acórdão embargado, conforme pode se verificar no despacho de admissibilidade.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator

Inicialmente, apesar de o r. despacho de admissibilidade ter acolhido a petição da Embargante com Embargos Inominados nos termos do artigo 66, do Anexo II do RICARF, eu conheço dos Embargos, como Embargos de Declaração previsto no inciso II, do parágrafo primeiro, do artigo 65 do RICARF, abaixo colacionado:

*Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou **for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma.***

*§1º Os embargos de declaração poderão ser interpostos, mediante petição fundamentada dirigida ao presidente da Turma, no prazo de 5 (cinco) dias contado da ciência do acórdão:*

*I - por conselheiro do colegiado, inclusive pelo próprio relator;*

***II - pelo contribuinte, responsável ou preposto;***

*III - pelo Procurador da Fazenda Nacional;*

*IV - pelos Delegados de Julgamento, nos casos de nulidade de suas decisões; ou*

*V - pelo titular da unidade da administração tributária encarregada da liquidação e execução do acórdão. (Grifo nosso)*

Sendo assim, como não foi cometido no v. acórdão embargado inexactidões materiais devidas a lapso manifesto e erros de escrita ou cálculos, de acordo com o determinado no Regimento Interno do E. CARF/MF, a petição da Embargante deve ser conhecida como Embargos de Declaração, nos termos do inciso II do artigo 65 do RICARF.

### **Mérito:**

Omissão de fato superveniente:

Inicialmente, é importante ressaltar que a informação de que a Embargada tinha impetrado mandado de segurança, bem como de que ocorreu o transito em julgado da ação, não constavam nos autos até a contribuinte ter embargado o v. acórdão anteriormente proferido, impossibilitando qualquer análise em relação a tais fatos por esta C. Turma Ordinária quando do julgamento do Recurso Voluntário.

Por óbvio, também não existia nos autos qualquer informação de que teria ocorrido concomitância e de que a Embargada tinha desistido da instância administrativa, devido ter impetrado mandado de segurança discutindo a mesma matéria objeto da lide.

Ou seja, na ação mandamental foi discutido se a atividade exercida pela contribuinte era vedada ou não para inclusão ao Simples, inclusive na sentença foi determinado a reinclusão ao regime simplificado. Tais fatos, podem ser facilmente constatados da leitura dos Embargos de Declaração opostos pela contribuinte.

Vejam D. Julgadores, apesar de o mandado de segurança ter sido impetrado após a interposição do Recurso Voluntário, porém antes do julgamento do recurso, tal informação só veio aos autos após a formalização do v. acórdão embargado.

A meu ver, tais fatos supervenientes, prejudicam o conhecimento e o julgamento do Recurso Voluntário, e se estivessem anexos aos autos antes do julgamento do recurso, provavelmente o resultado do v. acórdão seria outro.

Ocorre que não estavam nos autos, impedindo que os Julgadores desta C. Turma analisassem tais documentos.

Assim, devido ao fato superveniente intimamente relacionado com a lide, que deveria constar nos autos deste processo antes do julgamento do Recurso Voluntário, entendo que os Embargos devem ser acolhidos, com efeitos infringentes.

Este é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, que já analisou esta matéria em caso análogo, conforme Recurso Especial n.º 1.071.891, onde restou consignado o entendimento de que o fato superveniente pode ser julgado até o último momento da análise do mérito, inclusive em sede de Embargos de Declaração.

Além da jurisprudência acima indicada, o artigo 462 do antigo CPC, com redação mantida pelo artigo 493 do CPC/2015, prescreve em seu texto que o julgador pode tomar conhecimento do fato superveniente que deveria constar nos autos do processo e que possa alterar o julgamento da lide, até o último momento em que se pode analisar o mérito.

Transportando tal entendimento para o processo administrativo tributário federal, se analisarmos o caput do artigo 65 do RICARF, está previsto em seu texto que *cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma.*(grifo nosso)

No presente caso, apesar de a informação não constar nos autos no momento do julgamento do Recurso Voluntário, o que ensejou na omissão do v. acórdão, esta C. Turma deveria ter se pronunciado sobre o mandado de segurança, da possibilidade de concomitância e da desistência do processo administrativo tributário, pois tais pontos alteram substancialmente o julgamento do recurso.

Como o Colegiado não pode se manifestar no julgamento do Recurso Voluntário, pois não existia nos autos informação de tais fatos supervenientes; deve pronunciar-se agora, em sede de Embargos de Declaração, quando tomou conhecimento de que

a Embargada tinha impetrado mandado de segurança para discutir no judiciário a mesma matéria objeto destes autos.

Desta forma, devido a omissão dos fatos supervenientes acima apontada, não resta alternativa, senão acolher os Embargos com efeitos infringentes, para alterar o v. acórdão anteriormente proferido por esta C. Turma, para não conhecer/admitir o Recurso Voluntário, devido a concomitância e desistência de recorrer em sede de processo administrativo nos termos da Súmula CARF 01.

*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.*

Por fim, por tudo que consta processado nos autos, conheço dos Embargos de Declaração e concedo efeitos infringentes, para alterar o v. acórdão embargado e deixar de conhecer o Recurso Voluntário, devido a constatação de concomitância e renúncia a instância administrativa.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves