



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

Processo nº 13855.001479/2005-13
Recurso nº 340.441 Voluntário
Acórdão nº 1302-00.218 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de abril de 2010
Matéria SIMPLES
Recorrente FERGITEL - COMERCIO DE MATERIAIS DE TELEFONIA LTDA. - ME
Recorrida 1ª TURMA/DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

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

Ano-calendário: 2005

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. A propositura de ação judicial, antes ou após o procedimento fiscal do lançamento, com o mesmo objeto, implica renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela Autoridade Administrativa a que caberia o julgamento.

Recurso Voluntário Não Conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso por concomitância, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

MARCOS RODRIGUES DE MELLO - Presidente

EDUARDO DE ANDRADE - Relator

EDITADO EM: 12 AGO 2010

Participaram do presente julgamento, os conselheiros: Wilson Fernandes Guimarães, Guilherme Pallastri Gomes da Silva, Lavínia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira, Eduardo de Andrade, Irineu Bianchi e Marcos Rodrigues de Mello.

Relatório

Relata a DRJ/RPO que:

“Trata o presente de impugnação da exclusão da pessoa jurídica do Simples em virtude de exercício de atividade vedada. Com o indeferimento da Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples - SRS - a interessada impetrou Ação de Mandado de Segurança 2000.61.13000135-4, na qual foi concedida a segurança *‘para declarar a nulidade da decisão administrativa que excluiu a Impetrante do Simples, por não observar os princípios do devido processo legal, notadamente quanto ao direito de ampla defesa e do contraditório na esfera administrativa, daí, porque, deverá a Impetrante ser mantida no referido Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições.’*

Em pesquisa realizada, verifica-se que os autos se encontram conclusos ao Relator no Tribunal Regional/3ª Região em virtude do reexame necessário.

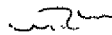
Na sua impugnação, em síntese, a interessada contesta o motivo da exclusão, alegando não desenvolver atividade vedada pelo art. 9º da Lei nº 9.317/1996. Acrescenta que a exclusão fere o princípio da isonomia, pois empresas com atividades semelhantes continuam amparadas pelo Simples e que a irretroatividade conferida ao Ato Declaratório Executivo nº 17 de 06/09/2005 a 01/01/2002 é ilegal, já que a IN SRF 355/2003 invocada está em desacordo com a Lei nº 9.317/1996, que determina que os efeitos da exclusão operam-se a partir do mês subsequente a esta.”

A DRJ/RPO, ao analisar a questão, decidiu, por maioria de votos, conhecer da matéria, e, no mérito, indeferir a solicitação.

Irresignado, o recorrente interpôs Recurso Voluntário, alegando, em síntese, que:

- a) exerce atividade não vedada pela Lei nº 9.317/96, conforme atesta o objeto social destacado no contrato social;
- b) os documentos utilizados para embasar a exclusão, firmados com a empresa Engeset, são relativos a curtos períodos de tempo, que não podem ser considerados para efeito da exclusão do SIMPLES;
- c) a retroatividade dos efeitos do Ato Declaratório Executivo, para 01/01/2002, com base no inciso II, do parágrafo único, do art. 24 da IN SRF nº 355/03, afronta o disposto no art. 15 da Lei nº 9.317/96;
- d) a exclusão fere o art. 150, II, da Constituição Federal, posto que outras empresas exercem a mesma atividade da recorrente e continuam sujeitas aos pagamentos com base no SIMPLES;
- e) a recorrente ingressou com o Mandado de Segurança nº 2006.61.13.000135-4, no qual foi concedida liminar, e posteriormente, por sentença, foi anulada a decisão que excluiu o recorrente do SIMPLES. Foi interposto recurso de apelação, mas este ainda não foi julgado. Assim, a decisão que mantém a exclusão não pode prosperar, nem suas disposições podem ser cumpridas, enquanto pendente a questão no Poder Judiciário.

É o relatório.



Voto

Conselheiro EDUARDO DE ANDRADE

O recurso é tempestivo. Dele tomo conhecimento.

A matéria está submetida à apreciação do Poder Judiciário, por meio do Mandado de Segurança nº 2006.61.13.000135-4, no qual foi concedida liminar, e posteriormente, por sentença, foi anulada a decisão que excluiu o recorrente do SIMPLES.

A sentença que determinou a nulidade da ato de exclusão do SIMPLES da ora recorrente, o fez com base no cerceamento do direito a ampla defesa e ao contraditório, tendo em vista que a pessoa jurídica excluída não teve direito a apresentação de defesa em momento anterior à exclusão, mas só posteriormente a ela, e por meio de recurso, instrumento processual diverso da defesa.

Concluiu o magistrado de primeiro grau, assim, que a despeito das razões expendidas pelo impetrante para justificar a manutenção no SIMPLES, as quais também foram apresentadas administrativamente, o pedido tem fundamento com base no procedimento adotado pela Administração, e não em suas razões de decidir. Assim, entendeu que o fato de negar o direito a defesa prévia à exclusão do SIMPLES, gerou a nulidade do ato de exclusão, e não os motivos nos quais a exclusão se baseou.

Contudo, o pedido do autor, de fl. 138, integrante da peça apresentada ao Poder Judiciário, requer a manutenção da impetrante no SIMPLES, com base nas mesmas alegações deduzidas administrativamente, quais sejam:

1. exerce atividade não vedada pela Lei nº 9.317/96, conforme atesta o objeto social destacado no contrato social;
2. os documentos utilizados para embasar a exclusão, firmados com a empresa Engeset, são relativos a curtos períodos de tempo, que não podem ser considerados para efeito da exclusão do SIMPLES;
3. a retroatividade dos efeitos do Ato Declaratório Executivo, para 01/01/2002, com base no inciso II, do parágrafo único, do art. 24 da IN SRF nº 355/03, afronta o disposto no art. 15 da Lei nº 9.317/96;
4. a exclusão fere o art. 150, II, da Constituição Federal, posto que outras empresas exercem a mesma atividade da recorrente e continuam sujeitas aos pagamentos com base no SIMPLES.

Desta forma, não vislumbro diferença entre o pedido administrativo e o judicial, senão nas razões para decidir.

A Constituição da República estabelece no art. 5º, inciso XXXV, que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*, garantindo, assim, a inafastabilidade do controle jurisdicional, e a prevalência da decisão judicial sobre a administrativa, nem mesmo sendo possível o condicionamento do exercício jurisdicional ao exaurimento da via administrativa, como se previa na Constituição de 1967, com a redação da EC nº 7/77.

X
✓

Tal questão não passou despercebida por JOSÉ AFONSO DA SILVA¹, ao lembrar que a primeira garantia que o texto **(constitucional)** revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. (grifo nosso)

As decisões judiciais, e somente elas, produzem a coisa julgada, a qual deve ser, inclusive, observada pela Administração. Assim, perde todo e qualquer sentido o litígio na via administrativa, acaso já suscitada a demanda junto ao Poder Judiciário.

Neste sentido também vão as construções legislativas consagradas no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80 e no § 2º, do art. 1º, do DL 1.737/79, que estabelecem como modo de renunciar à instância administrativa a opção pela via judicial.

Demais disso, a questão já se encontrava sumulada nos Conselhos de Contribuintes, tendo o CARF, nos termos da Portaria nº 106/2009, consolidado as Súmulas dos antigos 1º, 2º e 3º Conselhos de Contribuintes, e as renumerado como Súmulas CARF, as quais, nos termos do §4º, do art. 72 do Regimento Interno do CARF, são de adoção obrigatória pelos seus membros.

Súmula 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.

Assim, não havendo distinção entre o pedido judicial e o administrativo, nem mesmo quanto às razões em que se fundamentam, impõe-se o afastamento da tutela administrativa, em sobrevalor da jurisdicional, quanto à questão posta.

Isto posto, voto para não conhecer do recurso voluntário interposto.


EDUARDO DE ANDRADE - Relator

¹ Curso de Direito Constitucional Positivo, fl 377, 9ª ed.