



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Quinta Câmara de Direito Público

Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 0081252-56.2019.8.19.0001

Embargante: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**Embargado: POW COMERCIO DE ROUPAS, CALÇADOS E ACESSÓRIOS
LTDA - EPP**

Relator: Desembargador MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO

ACÓRDÃO

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NOVO JULGAMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO REGIME SIMPLES NACIONAL. ACÓRDÃO QUE MANTEVE A SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO AUTORAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. OMISSÃO SUPRIDA, SEM ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES.

I. CASO EM EXAME

1. Embargos de declaração opostos contra acórdão que negou provimento à apelação do Estado do Rio de Janeiro.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Suprir a omissão do julgado, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça, no que tange à intempestividade da impugnação do contribuinte.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Não se considera inovação o fundamento do acórdão, uma vez que em nenhum momento o réu, ora embargante, impugnou a alegação autoral e o fundamento da sentença e do acórdão embargado de que o recurso administrativo contra a decisão de exclusão da autora no Simples Nacional ainda não foi apreciado.

4. Por outro lado, consiste em inovação recursal a alegação do embargante de que o recurso administrativo foi apresentado de forma



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Quinta Câmara de Direito Público

Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 0081252-56.2019.8.19.0001

intempestiva, pois somente foi aventado em sede de embargos de declaração.

5. De todo modo, passando a apreciar a questão alegada somente nos embargos de declaração, verifica-se que, de fato, o contribuinte confessou a intempestividade de seu recurso administrativo, porém, requereu no referido recurso, preliminarmente, o Levantamento da Perempção, com fundamento no artigo 92, do Decreto nº 2473/79.

6. Os documentos acostados aos autos demonstram que o Superintendente de Fiscalização encaminhou o processo administrativo à SSER, para julgamento do referido recurso administrativo, em 11/02/2019, entretanto, nem a mencionada questão preliminar nem a questão de mérito nele aventadas foram apreciadas pela autoridade fiscal competente, em violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, o que ensejou o deferimento da tutela provisória de urgência pelo juízo *a quo*, posteriormente confirmada pela sentença e pelo acórdão ora embargado.

7. Nulidade do procedimento administrativo que excluiu a parte autora do regime Simples Nacional, não havendo que se falar em possibilidade de efetivação da referida decisão administrativa após futura apreciação do recurso administrativo, eis que já maculado pela omissão administrativa e pelo fato de que a exclusão foi efetivada antes mesmo do julgamento do recurso administrativo.

8. Omissão suprida. Ausência de atribuição de efeitos infringentes ao recurso.

IV. DISPOSITIVO E TESE

9. Embargos de declaração parcialmente providos, apenas para fins de suprir omissão, sem efeito infringente.

Tese de julgamento: "A omissão administrativa em apreciar as questões preliminar e de mérito do recurso administrativo e a exclusão do contribuinte do regime Simples Nacional antes mesmo do julgamento do referido recurso impõe



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Quinta Câmara de Direito Público

Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 0081252-56.2019.8.19.0001

a anulação do processo administrativo, por violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa.”

Dispositivos relevantes citados: CRFB/88, art. 5º, LV; Decreto Estadual nº 2473/79, art. 9º.

Jurisprudência relevante citada: n/a.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do recurso de **Embargos de Declaração nº 0081252-56.2019.8.19.0001**, em que figuram como Apelante e Apelado as partes preambularmente epigrafadas.

A C O R D A M os Desembargadores que integram a Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso, apenas para fins de explicitação do julgado, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Trata-se de novo julgamento, por força de decisão do Superior Tribunal de Justiça (index 000718), dos embargos de declaração opostos pelo Estado do Rio de Janeiro (index 000616), em face do acórdão proferido pela Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo ente estadual e manteve a sentença de procedência da ação anulatória ajuizada por Pow Comércio de Roupas Calçados e Acessórios Ltda (index 000601).

O embargante alega, em síntese, que o acórdão recorrido incorreu em omissão e contradição. Sustenta, inicialmente, que a Câmara não teria se atentado para o fato de que, conforme confessado pela própria parte autora, esta



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Quinta Câmara de Direito Público

Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 0081252-56.2019.8.19.0001

deixou fluir *in albis* o prazo para impugnação ao ato que determinou sua exclusão do Regime do Simples Nacional.

Argumenta o embargante que, segundo os documentos constantes dos autos, a comunicação da exclusão teria se aperfeiçoado por mensagem emitida pela Secretaria de Estado de Fazenda em data específica, tornando-se efetiva por ciência presumida, e que a autora apenas interpôs impugnação após já ter sido certificado nos autos a preclusão do direito de impugnação.

O Estado do Rio de Janeiro também aponta contradição no acórdão, ao argumento de que, se o fundamento do julgado foi apenas reconhecer o direito da autora de ver sua impugnação apreciada, o provimento jurisdicional não poderia ser no sentido de anulação do ato de exclusão, mas apenas de determinar que o ato de exclusão somente se tornaria efetivo após a decisão definitiva que apreciasse eventual impugnação, nos termos da legislação aplicável.

O embargante requer, assim, o saneamento das omissões e contradições apontadas, para que, após a integração do julgado, seja reconhecida a preclusão do direito de impugnação da autora à sua exclusão do regime do Simples Nacional, ou, subsidiariamente, que se reconheça que o ato de exclusão apenas poderá se tornar efetivo após a decisão definitiva da impugnação apresentada, afastando-se a anulação do ato administrativo.

É o relatório. Passo ao voto.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Quinta Câmara de Direito Público

Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 0081252-56.2019.8.19.0001

Reanalizando os embargos de declaração, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça (index 000718), passamos a suprir a omissão do julgado apontada pelo Tribunal Superior.

Na petição inicial (index 000003), a parte autora, ora embargada, alegou que o recurso administrativo por ela interposto contra o ato administrativo que determinou a sua exclusão do Simples Nacional ainda não havia sido julgado.

O juízo *a quo*, ao apreciar a tutela provisória (index 000294), deferiu-a para determinar a reinclusão da autora no regime do Simples Nacional.

Por sua vez, em sua contestação (index 000347), o réu, ora embargante, alegou a legitimidade da exclusão da autora do Simples Nacional, pois teria efetivamente ultrapassado o limite de receita bruta anual previsto para o enquadramento naquele regime, e também argumentou que a receita obtida com a venda de vale-presentes deveria ser considerada para fins de apuração do limite legal, não havendo previsão legal para exclusão de operações esporádicas ou de natureza financeira do conceito de receita bruta.

Verifica-se, portanto, que o réu não impugnou em sua contestação a alegação autoral de ausência de decisão a respeito do recurso administrativo contra a exclusão da autora do regime do Simples Nacional, mas apenas afirmou que não havia *“qualquer razão jurídica para se dar prosseguimento ao litígio administrativo, quando a Autora já recorreu diretamente ao Poder Judiciário para obter a solução da controvérsia.”*



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Quinta Câmara de Direito Público

Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 0081252-56.2019.8.19.0001

Após regular instrução, sobreveio sentença (index 000514) que julgou procedente o pedido autoral, tornando definitiva a tutela antecipada e anulando o ato administrativo que ensejou a exclusão da autora do regime do Simples Nacional, sob o fundamento de que o ato administrativo de exclusão não observou os princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que a exclusão foi efetivada antes do julgamento definitivo do recurso administrativo.

Tanto nos embargos de declaração opostos (index 000526) quanto na apelação interposta (index 000560) contra a sentença, o Estado do Rio de Janeiro apenas tratou de justificar a exclusão da autora do regime do Simples Nacional, deixando de impugnar o fundamento da sentença a respeito da nulidade do procedimento administrativo por violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, em razão do fato não impugnado de que o recurso administrativo oferecido pelo contribuinte ainda não havia sido julgado pela administração pública.

Desta forma, não se pode considerar inovação o fundamento do acórdão embargado de que *“a própria legislação que rege o Simples Nacional prevê que o ato de exclusão somente se torna efetivo após a decisão definitiva que aprecie eventual impugnação, defesa ou recurso, o que não ocorreu no caso em tela.”*

Como visto anteriormente, em nenhum momento o réu, ora embargante, impugnou a alegação autoral e o fundamento da sentença e do acórdão de que o recurso administrativo contra a decisão de exclusão da autora no Simples Nacional ainda não foi apreciado.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Quinta Câmara de Direito Público

Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 0081252-56.2019.8.19.0001

Desta forma, concluímos que a alegação do embargante de que o recurso administrativo foi apresentado de forma intempestiva é que consiste em inovação recursal, pois somente foi aventado em sede de embargos de declaração.

De todo modo, passando a apreciar a questão alegada somente nos embargos de declaração, verifica-se às fls. 44 e seguintes (index 000033) que, de fato, o contribuinte confessou a intempestividade de seu recurso administrativo, porém, requereu no referido recurso, preliminarmente, o Levantamento da Perempção, com fundamento no artigo 92, do Decreto nº 2473/79, a saber:

Art. 92. Se a autoridade fiscal negar seguimento à impugnação, por perempta, caberá recurso, com efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, à autoridade indicada em Resolução do Secretário de Estado de Fazenda, a qual poderá levantar a perempção se considerar relevantes os argumentos do interessado.

A parte autora/contribuinte alegou em seu recurso administrativo que, embora a empresa de contabilidade por ele terceirizada tenha verificado, somente após decorrido o prazo recursal, a mensagem de sua exclusão do Simples Nacional emitida pela SEFAZ/RJ no Domicílio Eletrônico do Contribuinte, este sistema era novidade à época *“para os operadores contábeis, mormente os pequenos escritórios, como é o caso da contabilidade da empresa Recorrente, que possuem em sua carteira de clientes basicamente empresas enquadradas no Regime do Simples Nacional”* e não tinham tido, até então, *“adquirido o hábito de acessar com assiduidade o Domicílio Eletrônico de seus clientes.”*



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Quinta Câmara de Direito Público

Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 0081252-56.2019.8.19.0001

Observe-se às fls. 271 (index 000271) que o Superintendente de Fiscalização encaminhou o processo administrativo à SSER, para julgamento do referido recurso administrativo, em 11/02/2019, entretanto, nem a mencionada questão preliminar nem a questão de mérito nele aventadas foram apreciadas pela autoridade fiscal competente, em violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, o que ensejou o deferimento da tutela provisória de urgência pelo juízo *a quo* (fls. 294/295 – index 000294), posteriormente confirmada pela sentença (index 000514) e pelo acórdão ora embargado (index 000601).

Conclui-se, portanto, pela nulidade do procedimento administrativo que excluiu a parte autora do regime Simples Nacional, não havendo que se falar em possibilidade de efetivação da referida decisão administrativa após futura apreciação do recurso administrativo, eis que já maculado pela omissão administrativa e pelo fato de que a exclusão foi efetivada antes mesmo do julgamento do recurso administrativo, em violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa previsto no artigo 5º, LV, da Constituição da República.

Por fim, destaca-se que, em que pese suprida a omissão, não se atribui efeitos infringentes ao presente recurso.

À conta de tais fundamentos, voto no sentido de dar provimento ao recurso apenas para fins de suprir omissão do julgado, sem a atribuição de efeitos infringentes, nos termos supramencionados.

Rio de Janeiro, na data da assinatura eletrônica.

Desembargador MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO
Relator