



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº 10680.003237/2005-15
Recurso nº 138.606 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 303-35.893
Sessão de 11 de dezembro de 2008
Recorrente HIDROLIMP SERV GERAIS LTDA
Recorrida DRJ-BELO HORIZONTE/MG

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

Exercício: 2003

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.
CONCOMITÂNCIA. EXISTÊNCIA DE MATÉRIA
DIFERENCIADA.

Existe concomitância quando, no processo administrativo, discute-se o mesmo objeto da ação judicial, hipótese em que a autoridade administrativa julgadora não deve conhecer o mérito do litígio, pois a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa desistência do processo na esfera administrativa.

No entanto, o processo administrativo terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada

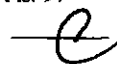
EFEITOS DA EXCLUSÃO

Para as pessoas jurídicas que exercem a atividade de locação de mão-de-obra e tenham optado pelo Simples até 27 de julho de 2001, o efeito da exclusão dar-se-á a partir de 1º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da terceira câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, não tomar conhecimento do recurso voluntário quanto ao mérito do enquadramento e negar provimento no que concerne aos efeitos da exclusão, nos termos do voto do relator.



ANELISE DAUDT PRIETO

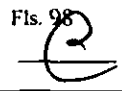
Presidente



CELSO LOPES PEREIRA NETO

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Nilton Luiz Bartoli, Luis Marcelo Guerra de Castro, Heroldes Bahr Neto, Conselheira Vanessa Albuquerque Valente, Celso Lopes Pereira Neto e Tarásio Campelo Borges.



Relatório

Trata-se de recurso voluntário manejado contra Acórdão DRJ/BHE nº 02-13.276, de 08 de fevereiro de 2007, proferido pela DRJ Belo Horizonte.

Por bem descrever os fatos, adoto parcialmente o relatório componente da decisão recorrida, de fls. 80/81, que transcrevo, a seguir:

A partir da Representação Fiscal apresentada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS à Secretaria da Receita Federal – SRF, fls. 02/05, a optante pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório/DRF/BHE nº 22, de 16 de março de 2005, fl. 59, com efeitos a partir de 01/01/2002, com base nos fundamentos de fato e de direito indicados:

[...] por se dedicar à locação de mão-de-obra [...]

Enquadramento legal citado: art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

Cientificada em 22/03/2005, fl. 59-verso, a optante em 20/04/2005, apresentou a manifestação de inconformidade, fls. 62/68, com as alegações abaixo sintetizadas.

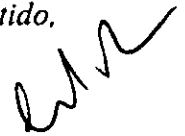
De fato, exerce a atividade de locação de mão-de-obra conforme se infere da 4ª alteração contratual [...] figurando como optante desde 2002, posto que aceita a sua inscrição por esta Delegacia.

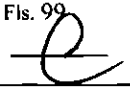
Ressalta que referida inscrição não consiste em ato homologatório desta administração, e, mesmo que considerássemos que assim o fosse, por certo já teria se exaurido.

Fundamentando-se no art. 17 da Lei nº 9.317, de 1996, salienta que evidenciado a opção pelo SIMPLES por quem não poderia ser optante, o próprio sistema deveria restringir tais inscrições.

Argumenta que, nos termos do inciso II do art. 15 da citada Lei 9.317, de 1996, sua exclusão seria obrigatória a partir do mês subsequente ao da expedição do ato declaratório [...], qual seja, abril de 2005. Nesse sentido, diz que a SRF violou o disposto no artigo 150, III, “a”, da Constituição Federal, que estatui o princípio da irretroatividade da lei tributária.

Registra que a Lei 9.317, de 1996, ao estender os benefícios do SIMPLES a um universo considerável de empresas, privou algumas de participarem, [...]. Assim sendo, entende que o ato expedido pela SRF afronta frontalmente o art. 179 da Constituição Federal e do princípio da isonomia. Nesse sentido,





transcreve excerto de decisão que alega ter sido proferida pelo judiciário.

Discorda da aplicação de penalidades, porquanto a omissão foi operada por esta SRF, que permitiu tacitamente que através de seu falho sistema fosse realizada a inscrição de quem não poderia ser optante.

Informa que irá proceder à devida alteração cadastral com vistas à atualização de sua situação.

A DRJ Belo Horizonte indeferiu sua solicitação, através do referido Acórdão, cuja ementa transcrevemos a seguir:

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

Exercício: 2003

EFETOS DA EXCLUSÃO

O efeito da exclusão do Simples dar-se-á a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2003

INCONSTITUCIONALIDADE

A arguição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa.

Solicitação Indeferida

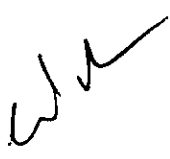
Em sua decisão, a DRJ observou que, conforme informação trazida aos autos pela Representação Administrativa apresentada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS à Secretaria da Receita Federal – SRF, a empresa discutia no âmbito do Poder Judiciário a questão da aceitação de sua opção no Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

Por outro lado, entendeu que o contribuinte, ao discordar da data do início dos efeitos da exclusão procedida por meio do Ato Declaratório/DRF/BHE nº 22, de 16 de março de 2005, tratou de matéria diferente daquela discutida no processo judicial, razão pela qual deu prosseguimento normal ao processo, no que se relacionava à matéria diferenciada.

Seguiu-se recurso voluntário, de fls. 86/89, em que a recorrente aduz que:

- a empresa encontrava-se, até a data de 07/06/2002, autorizada, judicialmente, a recolher os tributos pela sistemática simplificada, uma vez que:

a) impetrou Mandado de Segurança Preventivo, em 03 de agosto de 1999, com pedido de liminar, processo nº 1999.38.00.028.283-5, Seção Judiciária de Belo Horizonte/MG, face às limitações impostas pelo art. 9º da Lei nº 9.317/96;



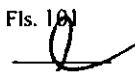
b) a liminar foi deferida em 16 de agosto de 1999 e confirmada, em todos os seus termos, pela sentença proferida em 05 de maio de 2000, estando o processo tramitando na 7ª Turma do TRF 1ª Região;

c) a decisão de 1ª instância foi revogada em 07/06/2002, sendo assim, resta claro que a decisão judicial prevaleceu vigente entre 16/08/1999 e 07/06/2002;

- nunca houve opção pela via administrativa, com posterior ajuizamento de ação judicial, uma vez que ingressou diretamente com o Mandado de Segurança e que, sendo assim, o procedimento administrativo está equivocado, por estar em desacordo com decisão judicial vigente à época, de forma que a data de exclusão estabelecida não pode persistir, sob pena de causar-lhe prejuízos, quando estava autorizada por ordem judicial a recolher os tributos pela forma simplificada.

É o Relatório.





Voto

Conselheiro CELSO LOPES PEREIRA NETO, Relator

A recorrente tomou ciência da decisão, ora recorrida, em 30/03/2007 (AR de fls. 85), e postou seu recurso voluntário, em 24/04/2007 (carimbo dos Correios no envelope - fls. 93), sendo, portanto, tempestivo.

A exclusão da recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES foi motivada, segundo o Ato Declaratório Executivo DRF/BHE nº 22, de 16 de março de 2005 (fls. 59), pelo fato de a empresa dedicar-se à locação de mão-de-obra, atividade vedada, conforme art. 9º da Lei nº 9.317/96. A exclusão teve efeito a partir de 1º de janeiro de 2002.

A representação da Secretaria da Receita Previdenciária (fls. 02/05), acompanhada dos anexos (06 a 24), dos quais constam contratos de mão-de-obra firmados pela recorrente e Notas Fiscais de sua emissão, demonstra, claramente, que a empresa dedica-se à locação de mão-de-obra, atividade que vedaria sua opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, conforme o art. 9º da Lei nº 9.317/96.

A recorrente afirmou (fls. 63), quando de sua impugnação, que exerce, de fato, a atividade de locação de mão-de-obra conforme se infere da 4ª alteração contratual.

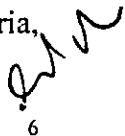
Porém, por entender que essa atividade não pode ser um óbice ao seu enquadramento no Simples, a empresa impetrou mandado de segurança preventivo de nº 1999.38.00.028283-5, na 12ª Vara da Justiça Federal em Minas Gerais.

Em sua Petição Inicial (fls. 27/39) a empresa pede que: *“seja determinado às autoridades coatoras que se abstenham de impedir a Impetrante de enquadrar-se no SIMPLES, em virtude das limitações do art. 9º, da Lei 9.317/96.”*. Pede, ainda, a declaração incidental da inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 9.317/96, em seus aspectos material e formal.

A liminar foi deferida, determinando o enquadramento da impetrante no Simples, sendo posteriormente confirmada em sentença de 1ª instância (fls. 42/47), cujo dispositivo transcrevo parcialmente: *“... resolvo julgar procedente o pedido consubstanciado na exordial, conforme ali pedido, ratificando a liminar concedida em todos os seus termos.”*

Em decisão de 2ª instância (fls. 51/56), o Tribunal Regional Federal da 1ª Região deu provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial e parcial provimento ao recurso do INSS para, reformando a sentença de 1ª instância, denegar a segurança.

Pelo fato de a recorrente ter levado à apreciação do judiciário a possibilidade de seu enquadramento no Simples, a DRJ não conheceu da impugnação quanto a esta matéria.



mas pronunciou-se em relação à data do início dos efeitos da exclusão, uma vez que este assunto não está sendo discutido na via judicial. Transcrevemos trecho do Acórdão recorrido:

“Porém, embora a reclamante discuta na via judicial o objeto dos presentes autos – e este ato importar em renúncia às instâncias administrativas e conseqüente não apreciação de eventuais argumentos pertinentes apresentados na manifestação de inconformidade – ocorre que, no presente processo administrativo, a interessada reconhece que, de fato, exerce atividade vedada, fato este que impede a sua permanência no SIMPLES.

Por outro lado, ao discordar da data do início dos efeitos da exclusão procedida por meio do Ato Declaratório/DRF/BHE nº 22, de 16 de março de 2005, fl. 59, a interessada trata de matéria diferente daquela objeto discutido no processo judicial. Desta forma, o processo administrativo terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria assim diferenciada.”

Correta a decisão recorrida. Como o objeto da ação judicial intentada pela recorrente compreende matéria discutida no âmbito administrativo, impõe-se o reconhecimento da renúncia tácita às instâncias administrativas, onde houver concomitância de matérias, o que afasta o pronunciamento dos órgãos julgadores administrativos sobre o mérito da exclusão da recorrente do Simples, em face do princípio da unicidade de jurisdição, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

No entanto, o processo administrativo deve ter prosseguimento em relação à matéria diferenciada, no caso, a data dos efeitos do ato de exclusão do Simples.

Em sua impugnação, a empresa alegava que, pelo art. 15 da Lei nº 9.317/96, a exclusão seria obrigatória a partir do mês subsequente ao da expedição do ato declaratório, ou seja, a partir de abril de 2005.

Agora, em sede de recurso voluntário, alega que, no período entre 16/08/1999 e 07/06/2002, resta claro que a decisão judicial prevaleceu vigente e a empresa não poderia ser excluída do Simples.

Não assiste razão à recorrente em nenhum dos dois argumentos.

Quanto ao provimento judicial, este tem apenas caráter declaratório e não constitutivo. E, no presente caso, a liminar e posterior sentença de 1ª instância não foram confirmadas em decisão de 2ª instância, de tal forma que **não restou reconhecido** o direito da recorrente de optar pelo Simples. Não se pode falar em direito adquirido por algum tempo, e depois perdido.

Por outro lado, a Lei nº 9.317, de 1996, em seu art. 15, com a redação vigente à época do Ato de exclusão, dispunha:

“ Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

l m
7

(...)

II - a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIX do art. 9º; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)”.

A Instrução Normativa SRF nº 355, de 2003, disciplinando a Lei nº 9.317, de 1996, ao tratar das atividades vedadas e dos efeitos da exclusão (art. 9º e 15 da Lei nº 9.317, de 1996), estabeleceu regra mais favorável ao contribuinte:

“IN SRF nº 355/2003 (...)

Art. 20. Não poderá optar pelo Simples, a pessoa jurídica:

(...)

XI - que realize operações relativas a:

(...)

e) prestação de serviço de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra;

(...)

Art. 24

(...)

Parágrafo único. Para as pessoas jurídicas enquadradas nas hipóteses dos incisos III a XVII do art. 20, que tenham optado pelo Simples até 27 de julho de 2001, o efeito da exclusão dar-se-á a partir:

(...)

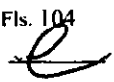
II - de 1º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002.”(grifei)

No presente caso, foi verificado que a empresa, que optou pelo Simples desde 01/01/1999, incorrera em situação excludente desde aquele ano-calendário de 1999, conforme documentos juntados à representação do INSS. Não existe prova, nem sequer alegação por parte da recorrente, de que essa situação relatada na representação administrativa tenha se alterado. Pelo contrário, como já ressaltamos, a recorrente reconheceu que exerce a atividade de locação de mão-de-obra.

Desta forma, o Ato Declaratório/DRF/BHE nº 22, de 16 de março de 2005, de fls. 59, que estabeleceu os efeitos da exclusão a partir de 01/01/2002, não merece reparos.

Ante o exposto, voto por:

1- NÃO CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO, quanto à vedação de enquadramento da recorrente, que exerce atividade de locação de mão-de-obra, no Simples, por concomitância de matérias entre a ação judicial intentada pela recorrente e o presente processo, impondo-se o reconhecimento da renúncia tácita às instâncias administrativas.



2- NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO, quanto aos efeitos do ato de exclusão, mantendo-se a data de 1º de janeiro de 2002, prevista no Ato Declaratório Executivo DRF/BHE nº 22, de 16 de março de 2005, de fls. 59.

Sala das Sessões, em 11 de dezembro de 2008


CELSON LOPES PEREIRA NETO - Relator