



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

Processo n° 10830.008553/00-92
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1803-002.314 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 27 de agosto de 2014
Matéria SIMPLES
Recorrente MS TAVOLARO TEIXEIRA E E. L. DE OLIVEIRA S/C LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2005

PROPOSITURA PELO SUJEITO PASSIVO DE AÇÃO JUDICIAL.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, é que tenha o mesmo objeto do processo administrativo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora. Ausente justificadamente o Conselheiro Henrique Heiji Erbano.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Relatora e Presidente

Composição do colegiado. Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Rodrigues Mendes, Arthur José André Neto, Ricardo Diefenthaeler, Henrique Heiji Erbano, Meigan Sack Rodrigues e Carmen Ferreira Saraiva.

Relatório

A Recorrente 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 Executivo DRF/Campinas/SP nº 349.267, de 02 de outubro de 2000, fl. 06, com efeitos a partir de a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão, com base no exercício de atividade econômica não permitida (arts. 9º ao 16 e art.26 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996. A Recorrente dedica-se à prestação de serviço profissional de professor em ensino de idiomas, fls. 07-12.

A Recorrente manifestou-se contrariamente ao procedimento, apresentando a Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples (SRS), fls. 04-05, com pedido de revisão do ato em rito sumário, argumentando, em síntese, que está amparada por liminar concedida no Mandado de Segurança Coletivo nº 97.0008609-7, impetrado pelo Sindicato das Entidades Culturais, Recreativas, de Assistência Social, de Orientação e Formação Profissional do Estado de São Paulo – Sindelivre junto à Justiça Federal.

Para tanto, foi intimada a apresentar a Certidão de Objeto e Pé da referida ação, fls. 17-23. Em conformidade com o Despacho Decisório, fl. 35, as informações relativas à opção pelo Simples foram analisadas das quais se concluiu pelo indeferimento do pedido, uma vez que a Recorrente “contesta matéria de direito, tratando-se , portanto, de impugnação”.

Está registrado como ementa do Acórdão da 1ª TURMA/DRJ/CPS/RJ nº 05-20.567, de 18.12.2007, fls. 38-40:

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

Exercício: 1999

SIMPLES FEDERAL. ESCOLAS.

A prestação de serviço de escola, em princípio, é vedada no Simples Federal, pelo menos até a edição da Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000, quando referido impedimento é afastado [tão-somente] em relação às atividades de creches, pré-escolas e ensino fundamental.

Solicitação Indeferida

Notificada em 29.01.2008, fl. 46, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 28.02.2008, fls. 47-52, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Suscita que:

entendeu a v.decisão recorrida que, ao apreciar apenas e tão-somente a questão relacionada ao mencionado Mandado de Segurança, especificamente no tocante às partes constantes do pólo ativo do processo, estaria se pronunciando de maneira integral quanto ao que fora registrado em seu pedido pelo contribuinte, ora recorrente. Sucede no entanto, que tal atitude traduz um completo e irremediável equívoco já que a questão enfocada era apenas e tão-somente um dos argumentos lançados pelo postulante para fundamentar suas pretensões conforme aqui se deixa incontroverso, sendo certo, desse modo, que não foram, de modo algum , examinadas por completo as pretensões e sua fundamentação pela decisão de que se recorre, o que , por si só, suficiente já seria para embasar solidamente tudo quanto é consignado no presente recurso.

Diz que [...] equivocou-se redondamente a decisão aqui recorrida ao tomar como único argumento do pleito do contribuinte a sua participação ou não, quanto ao Mandado de Segurança em referência.

Sem dúvida alguma, vários foram os motivos, diversas foram as razões invocadas pelo contribuinte que ora formaliza o presente recurso, especialmente em suas outras intervenções, conforme se vê no bojo dos autos, notadamente seu requerimento protocolado em 20 de fevereiro de 2002, sendo apenas e tão-somente um dos argumentos invocados para fundamentar a sua pretensão, a existência do Mandado do de Segurança em tela e sua participação em tal processo. [...]

A decisão ora criticada em momento algum se detém a analisar toda a adequada argumentação desenvolvida pelo recorrente em prol do reconhecimento dos seus pleiteados direitos e, mesmo que fora apenas e tão-somente por tal razão, já estaria irremediavelmente assinalada como decisão insuficiente, claudicante e, mesmo, inegavelmente perniciosa, por lhe faltar o necessário e indispensável suporte em que pudesse se apoiar. [...]

Assim, portanto, ainda mesmo quando fora, acaso, de unicamente se invocar para solução do debate a questão ligada ao Mandado de Segurança invocado pela decisão de que se recorre por meio do presente apelo, a conclusão inarredável que se impõe, por todos os motivos, é que o direito do contribuinte de ser incluído no regime tributário do Simples Federal, é de todo inegável e, demais disso tudo, tem sido invariavelmente proclamado e reafirmado sem discrepâncias de monta pelos diversos pronunciamentos do Poder Judiciário que se possam indicar quanto ao tema.

Não encontra, assim, qualquer sustentáculo maior, ou melhor, a exclusão que a autoridade fazendária promoveu em prejuízo do contribuinte, ora recorrente, devendo ser, desse modo, integralmente acolhida a pretensão em pauta, ainda mesmo quando, acaso, não viesse a ser reconhecido como parte integrante do processo judicial em questão tal como, equivocadamente, pretendeu deixar assentado a decisão recorrida, porquanto a discussão travada corresponde, precisamente e sem dúvida alguma, ao fato de que o recorrente pode ou não se enquadrar no SIMPLES, e se a exclusão levada a efeito pela Receita Federal deve ou não ser anulada.. O cerne da questão, muito ao contrário daquilo que ficou expresso na decisão recorrida, absolutamente não se localiza no fato de que o recorrente era ou não parte no processo judicial aqui mencionado, conforme demonstrado e, desse modo, cabe a reforma integral do quanto ficou, assim, tão desacertadamente decidido.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referências a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui

O que está em debate é uma inafastável questão de Direito e não uma simples e banal comprovação de uma contingência de cunho processual, no sentido de que a empresa recorrente fazia parte ou não no procedimento judicial posto em prática pela entidade de classe à qual é associada, sendo direta beneficiária da sentença proferida. Se tem direito de ser mantida dentro do regime Simples de tributação federal, como demonstrado, então tudo o mais haverá de ser considerado totalmente inócuo e secundário, inclusive e principalmente o fato de que faria parte ou não da relação processual judicial. O que realmente importa, em essência, é o direito do

contribuinte, que foi, efetivamente, ignorado e frontalmente violado pela autoridade tributária, ao proceder a exclusão que ocasionou todo o debate em foco.

Reconhecido que seja este direito inegável e inconteste, o acolhimento integral do quanto pleiteia o contribuinte será, apenas e tão só, um simples ato de inatacável.

Tendo em vista a controvérsia entre a alegação do Erário e o argumento da Recorrente, a realização da diligência se torna imprescindível para esclarecer a situação fática com o escopo de privilegiar o princípio da verdade material. Por esta razão, o julgamento do feito foi convertido na realização de diligência em conformidade com a Resolução da 1ª TURMA ESPECIAL/3ª CÂMARA/1ª SJ nº 1801-000.268, de 11.09.2013, fls. 77-82, para que a Unidade da Receita Federal do Brasil que jurisdicione a Recorrente para:

[...] apresentar as cópias Notas Fiscais de Prestação de Serviços e os contratos respectivos do período objeto de litígio contendo a atividade econômica discriminada a partir da qual a receita bruta foi auferida.

A autoridade fiscal designada ao cumprimento da diligência solicitada deverá elaborar o Relatório Fiscal sobre os fatos apurados.

A Recorrente deve ser cientificada dos procedimentos referentes às diligências efetuadas e do Relatório Fiscal para que, desejando, se manifeste a respeito dessas questões com o objetivo de lhe assegurar o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes¹.

Foi proferido a Informação Fiscal, fls. 1397-1400, da qual a Recorrente foi regularmente notificada.

Consta no Despacho de fl. 1440:

O contribuinte foi cientificado do teor do Relatório em 28/01/2014 e apresentou uma complementação dos esclarecimentos em 13/02/2014, ocasião em que entregou em meio digital as Notas Fiscais nº 181 a 184 e nº 372 a 405, ademais, ressaltou que as Notas Fiscais nº 451 a 500 já constavam da primeira resposta entregue pelo representante do contribuinte.

Neste contexto, esgotado o prazo de 30 dias contados da ciência, proponho o encaminhamento do presente processo à 1ª Turma Especial do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF/Ministério da Fazenda/Brasília/DF, para continuidade do julgamento pelo Colegiado competente.

Toda numeração de folhas indicada nessa decisão se refere à paginação eletrônica dos autos em sua forma digital ou digitalizada.

É o Relatório.

¹ Fundamentação legal: inciso LV do art. 5º da Constituição da República.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele tomo conhecimento, inclusive para os efeitos do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional.

A Recorrente discorda do procedimento fiscal argumentando que discute matéria objeto dos lançamento de ofício no Mandado de Segurança n.º 97.0008609-7, que foi ajuizado na Justiça Federal.

A garantia da inafastabilidade da jurisdição prevê que a lei não pode excluir lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário, como também não pode prejudicar a coisa julgada, entendida como a imutabilidade dos efeitos da decisão judicial decorrente do esgotamento dos recursos eventualmente cabíveis. Nesse sentido, a decisão definitiva exarada em processo administrativo fiscal não tem força de coisa julgada, dada a sua suscetibilidade de revisão pelo Poder Judiciário.

Por esta razão, 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 judicial², de acordo com o enunciado da Súmula CARF nº 1.

Não resta dúvida que a Recorrente é filiada ao Sindicato das Entidades Culturais Recreativas de Assistência Social de Orientação e Formação Profissional no Estado de São Paulo – Sindelivre, em conformidade com a Guia de Recolhimento da Contribuição Sindical de fl. 21.

Consta na ementa do Acórdão nº 2000.03.99.069995-8 210067 REOMS-SP julgado em 10.07.2008 pelo TRF 3ª Região da Justiça Federal proferido no Mandado de Segurança nº 97.0008609-7 impetrado pelo Sindicato das Entidades Culturais Recreativas de Assistência Social de Orientação e Formação Profissional no Estado de São Paulo - Sindelivre³, fls. 1442-1449:

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONSTITUCIONAL – TRIBUTÁRIO –SIMPLES – LEI Nº 9.317/96 – VEDAÇÃO – INCISO XIII DO ARTIGO 9º - PRINCÍPIO DA ISONOMIA – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO – ESTABELECIMENTOS DE ENSINO (CRECHES, PRÉ-ESCOLA E ENSINO FUNDAMENTAL) – ARTIGO 1º DA LEI Nº 10.034/2000 –APLICABILIDADE – RETROAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA – ARTIGO 106, II, “C”, DO CTN.

² Fundamentação legal: inciso XXXV e inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, art. 78 do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF nº1.

³ Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=200003990699958>>.

1- O artigo 9º da Lei nº 9.317/96 relaciona as pessoas jurídicas impedidas de optar pelo sistema, dentre as quais aquelas que prestem os seguintes serviços profissionais: corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados (inciso XIII).

2- No caso concreto, o Sindicato impetrante tem por associadas diversas entidades, como escolas de cursos de idiomas, academias de ginástica, escolas de dança, conservatórios de música, escolas de natação, de artes marciais, entre outras. É de se ver, portanto, que suas atividades estão inseridas na vedação contida no referido inciso XIII.

3- Ausência de ofensa ao princípio da isonomia tributária, insculpido no artigo 150, inciso II da Constituição Federal, visto que a exclusão do benefício se aplica a todas as empresas que se dediquem às atividades relacionadas na lei. Destarte, não há tratamento desigual de pessoas jurídicas que se encontrem em condições iguais.

4- Precedentes jurisprudenciais do STF e desta Sexta Turma: ADIn nº 1643-DF, Relator Ministro MAURÍCIO CORREA, DJ de 14/03/2002; AMS nº 2003.61.05.016004-9/SP, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, j. 21/09/2005; AMS nº 1999.61.00.038298-7/SP, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, DJU 28/03/2003, pág. 920.

5- O artigo 1º da Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000, excetuou da restrição de que trata o inciso XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, as pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimento de ensino fundamental.

6- Deste modo, as associadas do Sindicato impetrante que tiverem como objeto social exclusivamente as atividades acima mencionadas têm direito de optar pelo sistema tributário simplificado - SIMPLES, nos termos do artigo 1º da Lei nº 10.034/2000.

7- O artigo 106, II, “c” do Código Tributário Nacional prevê a possibilidade da retroação da lei, quando a lei nova for mais benéfica ao contribuinte, em se tratando de ato ainda não julgado definitivamente.

8- Precedente da 6ª Turma: AMS nº 1999.61.03.004700-3/SP, Rel. Des.

Fed. MAIRAN MAIA, DJU 28/11/2003, pág. 536; AC nº 2002.61.02.007012-1/SP, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, DJU 07/01/2005, pág. 139.

9- Remessa oficial parcialmente provida.

Cotejando os termos da ação judicial e da exclusão do Simples restou demonstrado que a ação judicial ajuizada tem o mesmo objeto do presente processo administrativo fiscal, o que não importa desistência do recurso voluntário interposto.

O provimento jurisdicional objetiva assegurar o direito dos associados do Sindelivre impetrante ao enquadramento no regime de tributação previsto na Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 que trata do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), por não estarem

Processo nº 10830.008553/00-92
Acórdão n.º **1803-002.314**

S1-TE03
Fl. 1.457

incluídos entre as vedações impostas pelo inciso XIII do artigo 9º da referida Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

No presente caso, a Recorrente como optante pelo Simples foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/Campinas/SP nº 349.267, de 02 de outubro de 2000, fl. 06, com efeitos a partir de a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão, com base no exercício de atividade econômica não permitida (arts. 9º ao 16 e art.26 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996. A Recorrente dedica-se à prestação de serviço profissional de professor em ensino de idiomas, fls. 07-12.

Verifica-se a coincidência entre o objeto da ação judicial e o objeto do procedimento de ofício. Assim, restou caracterizada a circunstância de que a Recorrente optou pela via judicial para discussão da matéria tratada nos presentes autos.

Em assim sucedendo, voto por não conhecer do recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva