



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10850.723655/2016-78
Recurso Voluntário
Resolução nº **1201-000.707 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 15 de outubro de 2020
Assunto EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL
Recorrente FÓRMULA.COM FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ricardo Antonio Carvalho Barbosa (Presidente), Neudson Cavalcante Albuquerque, Gisele Barra Bossa, Allan Marcel Warwar Teixeira, Alexandre Evaristo Pinto, Efigênio de Freitas Júnior, Jeferson Teodorovicz e André Severo Chaves (suplente).

Relatório

FÓRMULA.COM FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO LTDA – EPP recorre a este Conselho Administrativo pleiteando a reforma do acórdão proferido pela DRJ/Brasília, Ac. nº 03-76.440, e-fls. 112/115, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada na fase processual anterior.

Versa o presente processo sobre a exclusão da contribuinte do Simples Nacional, formalizada pelo Ato Declaratório Executivo DRF/SJR nº 2402692, de 09 de setembro de 2016, expedido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, o qual se funda na existência de débitos com a Fazenda Pública Federal, com exigibilidade não suspensa, conforme o disposto no inciso V do art. 17, inciso I do art. 29, inciso II do caput e § 2º do art. 30 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no inciso XV do art. 15 e alínea “d” do inciso II do art. 73 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011 (fls. 52 a 57).

Inconformada com sua exclusão do Simples Nacional, a contribuinte apresentou a manifestação de inconformidade de e-fls. 02 a 08.

Fl. 2 da Resolução n.º 1201-000.707 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 10850.723655/2016-78

Ao apreciar a lide, a DRJ/Brasília manteve o ato de exclusão, em acórdão que contém a ementa e a parte dispositiva descritas abaixo:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2016

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

Em obediência ao devido processo legal, o prazo para regularização ou impugnação deve ser contado a partir da ciência do Ato Declaratório Executivo (ADE) que contenha a relação discriminada dos débitos motivadores da exclusão do Simples Nacional.

Não tendo sido regularizada a totalidade dos débitos no prazo de 30 (trinta) dias da ciência do ADE e respectivos débitos motivadores, deve ser mantido o efeito da exclusão do Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Acórdão

Acordam os membros da 4ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar improcedente a manifestação de inconformidade, nos termos relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Cientificada em 11/09/2017, e-fls. 124, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 06/10/2017, e-fls. 127, com as seguintes alegações:

- A recorrente não pode concordar com a improcedência de sua impugnação administrativa;
- Consta do v. acórdão guerreado, que das telas de sistemas da RFB, constam débitos em situação de exigibilidade;
- Ocorre entretanto que tais débitos não são devidos pela recorrente;
- Da decisão nos autos do processo judicial n. 3014159-61.2013.8.26.0576, em trâmite pela 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São José do Rio Preto, logrou a recorrente êxito no sentido de ver declarado judicialmente que a partir da vigência da Lei Complementar 147/2014, art. 13, é que a recorrente passou a ter relação jurídico tributária com o Município, sendo que anteriormente a relação jurídico tributária era com o Estado (cópia doc. j. Sentença);
- Ficou decidido também na r.sentença nos autos do processo mencionado que a recorrente moveu em face do Município de São José do Rio Preto e Fazenda do Estado de São Paulo, a convalidação dos atos referentes à apuração e recolhimento dos impostos;
- Assim, até a entrada em vigência da LC 147/2014, não tinha a recorrente relação jurídico tributária com o município de São José do Rio Preto, e por tal motivo, sendo os supostos débitos objeto do presente processo administrativo anteriores à entrada em vigor da LC 147/2014, cai por terra o Auto de Infração

Fl. 3 da Resolução n.º 1201-000.707 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 10850.723655/2016-78

lavrado, bem como, toda a apuração dos impostos constantes do mesmo que foram declarados por sentença judicial indevidos;

- Assim, o auto de infração lavrado pelo Município, bem como, a apuração dos impostos lá constantes e objeto do presente processo administrativos são indevidos, constando inclusive declaração judicial em tal sentido;
- A r. sentença nos autos do processo judicial n. 3014159-61.2013.8.26.0576 da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São José do Rio Preto é de 15 de maio de 2017, e portanto não foi objeto trazido na impugnação administrativa apresentada que foi julgada improcedente, porque a mesma é de data anterior, protocolada aos 21/10/2016;
- Entretanto, as alegações contidas na impugnação administrativa são os mesmos fatos que levaram o Juízo da 1ª Vara da Fazenda a julgar a procedência da ação da recorrente em face do Município e Fazenda do Estado de São Paulo;
- Conforme constou da impugnação administrativa apresentada, do Termo de Exclusão do Simples Nacional, DRF/SJR n.º 002402962, número de controle 2016/0000000214808, houve a exclusão do Simples Nacional da recorrente, em virtude de possuir débitos exigíveis com a Fazenda Nacional Federal nos termos do Ato Declaratório Executivo n.º 2402962, de 2016;
- Entretanto, com tal exclusão não pode a recorrente concordar, sendo os débitos relacionados indevidos, pois gerados por Auto de Infração e Notificação Fiscal n.º 04900070970000100000497201494, gerado dentro do SEFISC pelo Município de São José do Rio Preto, do período de janeiro de 2009 à dezembro de 2010;
- Ativa-se a recorrente no ramo de farmácia manipulação, e entendendo a Municipalidade incidir ISS sobre a atividade lavrou o Auto de Infração baseado no suposto enquadramento indevido da recorrente no anexo I (comércio) do Simples Nacional, quando entendeu a Municipalidade, deveria estar enquadrada no anexo III (prestação de serviços), onde ocorreu a modificação das faixas de tributação, o que gerou a diferença em relação aos tributos federais, gerando o registro de um débito junto à União inexistente, inclusive agora com decisão judicial a respeito, processo n. 3014159-61.2013.8.26.0576, em trâmite pela 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São José do Rio Preto (cópia sentença em anexo);
- A recorrente apresentou recurso administrativo junto à Municipalidade combatendo o Auto de Infração, sendo que o Município, por sua vez, deixou de encaminhar o auto à Delegacia da Receita Federal, pois tratando-se de suposto débito que gerou a exclusão da impugnante do SN, através da ADE mencionada, deveria haver necessariamente a apreciação da DRFB, sob pena inclusive de nulidade do ato, fato este não ocorrido;

Fl. 4 da Resolução n.º 1201-000.707 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 10850.723655/2016-78

- Vislumbra-se portanto uma nulidade do procedimento administrativo, pois deixou de ser apreciado pela DRFB, ocasionando tal nulidade a suspensão da exigibilidade do crédito;
- A atividade da recorrente quando da lavratura do Auto de Infração, que gerou este último, os supostos débitos relacionados na ADE, era de natureza comercial, enquadrando-se no Anexo I, conforme artigo 18, da LC 123/06, de tal sorte que não caberia a alteração de faixa operada pelo Município, que gerou as diferenças de tributos federais, tudo isto demonstrado na defesa administrativa apresentada junto à Municipalidade, a qual, por sua vez, deixou de encaminhar à apreciação da DRFB, como dito, gerando a nulidade anunciada;
- Que ativando-se a recorrente como farmácia de manipulação, fora reconhecida como comercial, conforme Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 7, de 23/06/2006, DOU 27/06/2016, transcrevendo:

"O Secretário da Receita Federal, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III DO ART. 230 DO Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF n. 30, de 25 de fevereiro de 2005, considerando o disposto no art. 9º. Da Lei 9.317 de 5 de dezembro de 1996, e tendo em vista o que consta no processo n. 19615.000066/2006-01, declara:

Artigo único. O exercício da atividade de **farmácia de manipulação** não constitui impedimento a que a pessoa jurídica faça opção pelo sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), uma vez que **não se trata de prestação de serviços, mas sim de atividade comercial**". (g.n.)

- De se mencionar também a Solução de Consulta n. 93 - Cosit, de 03/04/2014, que pacificou a interpretação de que as farmácias de manipulação são tributadas no anexo I da LC 123/06, por desempenharem atividade comercial, à seguir transcreve:

"Solução da Consulta n. 93 - Cosit

Data 3 de abril de 2014

Assunto: Simples Nacional

Farmácia de Manipulação. Tributação.

A atividade de manipulação CNAE 4771-7/02 é tributada na forma do Anexo I da Lei Complementar n. 123, de 2006

Dispositivos Legais: Lei Complementar n. 123, de 2006, art. 18, *caput*, Ato Declaratório Interpretativo SRF 7, de 23 de junho de 2006"

- É cediço que a decisão da consulta COSIT tem efeito vinculante no âmbito da RFB, aplicando-se a todos os sujeitos passivos independentemente de serem ou não consulentes, aplicando-se portanto à impugnante;
- A atitude do Município em alterar a faixa de tributação da recorrente do Anexo I (comércio) para o anexo III (serviços), apurando diferenças de tributo,

Fl. 5 da Resolução n.º 1201-000.707 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 10850.723655/2016-78

contraria a decisão COSIT acima mencionada, e sendo a atividade da recorrente reconhecida como comércio à época dos fatos, não há que se cogitar sua exclusão do SN, sendo indevidos os tributos lançados no ADE;

- Como mencionado, a atitude do Município, que gerou as supostas diferenças de tributos federais constantes da ADE, contraria ainda a Lei Complementar 147/2014;
- Há incerteza quanto ao crédito tributário reclamado, uma vez que com o advento da LC 147/2014, art. 35, ficaram convalidados os atos relativos à apuração e ao recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados e Municípios, mediante previsão da Lei Complementar 123/2006;
- Mencionada LC alterou a forma de tributação das farmácias de manipulação, alterando o art. 18 da LC 123/06, onde as receitas da atividade de farmácia de manipulação, aí sim, a partir, como dito, da vigência da LC 147/2014, passaram a ser de serviços, passando do Anexo I para o anexo III;
- Da LC 147/2014, chegou-se à conclusão de que os fatos jurídicos (apuração e pagamento) ocorridos até 07/08/2014 resultaram convalidados pela referida LC, sendo que aqueles realizados a partir de sua vigência deve-se observar regras de apuração e pagamento trazidas pela LC 123/2006, com as inovações trazidas pela LC 147/2014, ou seja, ISS;
- Portanto, a LC 147/2014 veio a alterar a LC 123/06, declarando que a partir de 07/08/2014, as farmácias de manipulação passariam a ser prestadoras de serviço ao invés de comércio, convalidando-se os pagamentos de ICMS efetivados até a vigência da LC 147/2014, reputando-se pagos os impostos e obrigações acessórias, daí da ilegalidade dos valores supostamente devidos;
- Como dito, com o advento da Lei Complementar 147/2014 de 07/08/2014, que altera a Lei Complementar 123/2006, que instituiu o estatuto da Micro Empresa e Empresa de Pequeno Porte para fins de opção pelo SIMPLES NACIONAL, fixou-se entendimento de que, de conformidade com o artigo 13 de mencionada LC os pagamentos efetuados antes de agosto de 2014, correta a cobrança de ICMS no ramo de atividade da executada (farmácia de manipulação), trazendo a presente consulta junto ao TJ/SP da Ementa da Apelação n. 30133896820138260576SP - 301338968.2013.8.26.0576, pedindo '*vénia*' para transcrever:

“Apelações Cíveis - Ação Ordinária de Relação Jurídico Tributária - ISSQN - Farmácia de Manipulação - Autos de Infração atinentes ao não recolhimento de ISS dos exercícios de 2009 e 2010 - inteligência do artigo 13 da Lei Complementar 147/2014 - Convalidação dos Pagamentos de ICMS efetuados antes de agosto de 2014 - Correta cobrança de ICMS até agosto de 2014, quando passou a ser cabível a cobrança de ISSQN pela Municipalidade de São José do Rio Preto - Cabimento do levantamento, pela autora, de todos os depósitos judiciais realizados até agosto de 2014 - Conversão em renda da Municipalidade dos depósitos efetuados pela autora no período posterior, desde que em valor correto - Sentença reformada - Ação parcialmente procedente - Sucumbência recíproca das partes - Recursos parcialmente providos.”

Fl. 6 da Resolução n.º 1201-000.707 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 10850.723655/2016-78

- Assim dito e mencionado, de rigor se concluir que até agosto de 2014 incide ICMS na atividade da recorrente e a partir de então, com a edição da LC 147/2014, o ISSQN, sendo indevidos os valores apontados como devidos;
- Soma-se a isso o advento da Lei 13.021, de 08 de agosto de 2014, que alterou a atividade das farmácias de manipulação de comércio para serviços, onde em seu artigo 3º, descreve que farmácia de manipulação é uma prestadora de serviços, ficando claro também que, somente após o advento da mencionada lei, as farmácias de manipulação passaram a ter a natureza de prestadora de serviços, com alteração de seu enquadramento no Simples Nacional, de comércio (Anexo I) para o Anexo III (serviços);
- Diga-se também e resumindo-se os fatos, que tenta o recorrente esclarecer, que conforme decisão ora guerreada, os casos de cancelamento da exclusão seriam o pagamento, parcelamento ou ajuizamento de ação contra a multa, a qual, (ação contra a multa) implicitamente está sendo discutida via ação judicial mencionada nos autos do processo em trâmite pela Vara da Fazenda de São José do Rio Preto, com cópia da sentença em favor da recorrente em anexo, fato este, ajuizamento de ação declaratória de inexistência de obrigação tributária que tem justamente o mesmo objeto ora guerreado;
- Em outras palavras, está a recorrente via ação judicial mencionada, discutindo o principal, qual seja, a origem ilegal da multa, e não o acessório (a multa propriamente dita);
- De rigor portanto ser reconhecido o erro/lançamento tributário do Município de São José do Rio Preto ao lavrar multa e cobrar diferenças de impostos e acessórios causando prejuízo claro ao contribuinte que de qualquer forma já foi prejudicado pelo erro interpretativo do município e que para tal fato não se perpetue causando mais danos ao contribuinte que, claramente prejudicado, requer então que seja reconhecida, via presente recurso, a ilegalidade mencionada, declarando-se a nulidade dos lançamentos tributários constantes do ADE pelo que requer expressamente n. oportunidade;
- Pelo exposto, deve ser dado integral provimento às presentes razões recursais, julgando-se, em ato contínuo a improcedência do Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional, com a anulação do ato administrativo de exclusão da recorrente, anulando-se em ato contínuo os débitos federais apurados em desfavor da recorrente;
- Na pior das hipóteses, por prudência, requer, seja suspenso o ato de exclusão da Recorrente no Simples Nacional, bem como a cobrança do auto de infração, até julgamento final nos autos do processo n. 3014159-61.2013.8.26.0576, da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São José do Rio Preto, em que a recorrente move em face do Município de São José do Rio Preto, cujo objeto da ação é o mesmo ora guerreado via presente recurso, conforme narrado e comprovado (cópia doc. j. sentença).

Fl. 7 da Resolução n.º 1201-000.707 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 10850.723655/2016-78

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Antonio Carvalho Barbosa, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

O presente processo cuida de litígio sobre o Ato Declaratório Executivo DRF/SJR n.º 2402962, de 09 de setembro de 2016, que excluiu a contribuinte do Simples Nacional em razão da existência de débitos com a Fazenda Pública Federal, com exigibilidade não suspensa.

Os documentos juntados aos autos indicam: que esses débitos foram apurados pelas regras do Simples Nacional; que eles correspondem aos tributos IRPJ, CSLL, COFINS, PIS, CPP e ISS; que são referentes aos períodos mensais dos anos-calendário de 2009 e 2010; e que o “Auto de Infração do Simples Nacional” foi lavrado pela Inspetoria Fiscal Tributária do Município de São José do Rio Preto.

Ao apreciar a manifestação de inconformidade da contribuinte, a Delegacia de Julgamento assinalou que a contribuinte que possua débito com o INSS ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa, será excluída do Simples Nacional; e que o ato de exclusão fica sem efeito caso a totalidade dos débitos sejam pagos no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência do Ato Declaratório Executivo (ADE).

Assim, como não houve a plena regularização das pendências no referido prazo, o ato de exclusão foi mantido.

As alegações da contribuinte na fase processual anterior eram semelhantes às que foram agora apresentadas no recurso voluntário.

Ou seja, suas alegações já eram no sentido da inexistência dos débitos que motivaram o ato de exclusão, e não no sentido de que esses débitos teriam sido regularizados tempestivamente.

Agora, no recurso voluntário, a contribuinte apresenta adicionalmente a cópia da decisão proferida nos autos do processo judicial n.º 3014159-61.2013.8.26.0576, em trâmite na 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São José do Rio Preto.

A contribuinte informa que essa decisão judicial só foi obtida posteriormente à apresentação de sua impugnação administrativa (manifestação de inconformidade), e que, por essa razão, ela não foi apresentada anteriormente.

O conteúdo da decisão judicial, em uma primeira análise, corrobora as alegações da contribuinte:

Fl. 8 da Resolução n.º 1201-000.707 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 10850.723655/2016-78

“SENTENÇA

Processo Físico n.º: 3014159-61.2013.8.26.0576

Classe - Assunto Procedimento Comum - Crédito Tributário

Requerente: Formula Com Farmácia de Manipulação Ltda Epp

Requerido: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e outro

[...]

VI - DO CASO CONCRETO

Desse modo, impõe-se o reconhecimento do vínculo jurídico da parte autora com o Estado até a publicação da LCF n.º 147/2014, em 07/08/2014, tendo sido convalidados os valores a título de ICMS devidos até então.

Impõe-se a procedência do pedido também para declarar a existência de relação jurídica da parte autora com o Município, a partir de 07/08/2014, devendo incidir sobre sua atividade o ISS.

VII - DO DISPOSITIVO

Ante exposto, julga-se procedente o pedido para declarar a inexistência da relação tributária com o Estado e para declarar a existência de relação jurídico-tributária com o Município a partir de vigência do artigo 13 da LC 147/2014, considerando que até a vigência deste artigo ficaram convalidados os atos referentes à apuração e recolhimento dos impostos mediante o regime da LC 123/06 e, de todo modo, houve o reconhecimento de tal fato por ato administrativo do Município. Portanto, os valores depositados, se relativos a períodos anteriores à vigência do artigo 13 da LC 147/2014, são devidos ao autor e não ao Município.”

Mas é importante registrar que não há nos autos informações mais detalhadas sobre a origem dos débitos que motivaram a exclusão do Simples (além daquelas apresentadas pela contribuinte), o que permitiria entender melhor a relação desses débitos com a referida decisão judicial.

Além disso, a contribuinte já vinha alegando que apresentou recurso administrativo junto à Municipalidade combatendo o Auto de Infração, e que o Município “deixou de encaminhar o auto à Delegacia da Receita Federal, pois tratando-se de suposto débito que gerou a exclusão da impugnante do SN, através da ADE mencionada, deveria haver necessariamente a apreciação da DRFB, sob pena inclusive de nulidade do ato”.

Nesse sentido, importante registrar que também não consta dos autos nenhuma informação sobre um eventual litígio administrativo em relação aos débitos propriamente ditos, os quais motivaram a exclusão do Simples Nacional.

Tais situações demandam uma instrução processual complementar. Por tal motivo, entendo que o julgamento seja convertido em diligência, para que Delegacia de origem (DRF São José do Rio Preto/SP):

I - esclareça se houve algum litígio administrativo sobre os débitos que motivaram a exclusão do Simples Nacional, e, em caso afirmativo, como foi o seu encaminhamento;

Fl. 9 da Resolução n.º 1201-000.707 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 10850.723655/2016-78

II - se manifeste sobre as consequências do referido processo judicial em relação a este processo administrativo, especialmente sobre a repercussão daquele processo em relação aos débitos que motivaram a exclusão do Simples Nacional (levando em conta a origem desses débitos); a situação atual daquele processo judicial; se existia alguma decisão judicial suspendendo a exigibilidade dos débitos em questão e outras informações que entenda relevantes para o caso, demandando-as dos órgãos que entenda necessários;

III – caso necessário, o contribuinte poderá ser intimado para apresentar esclarecimentos complementares sobre a ação judicial referenciada no recurso voluntário.

Ao final dos trabalhos, deverá ser elaborado relatório conclusivo, podendo ser apresentados outros esclarecimentos que sejam relevantes para o deslinde da questão.

O contribuinte deverá ser devidamente cientificado do relatório fiscal, facultando-lhe o prazo de trinta dias para se manifestar sobre as conclusões da diligência.

Conclusão.

Diante do exposto, voto pela conversão do julgamento em diligência fiscal, para realização das providências determinadas acima.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa