



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11707.721213/2018-75
Recurso Voluntário
Resolução nº **1003-000.302 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária**
Sessão de 13 de maio de 2021
Assunto SIMPLES NACIONAL
Recorrente TACCOLINIS RESTAURANTE E PIZZARIA EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento do Recurso Voluntário em diligência à Unidade de Origem, para que esta informe se débitos que deram causa à exclusão da Recorrente do Simples Nacional (Ato Declaratório Executivo DRF/RJO nº 3441558, de 31/08/2018) se encontravam com a exigibilidade suspensa, em decorrência da anterior prolação sentença (e-fls. 114 a 116), no Processo nº 0177269-95.2016.4.02.5101 (2ª Vara Federal do Rio de Janeiro -TRF 2º Região), nos termos do voto da relatora.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva (Presidente), Bárbara Santos Guedes, Carlos Alberto Benatti Marcon e Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 07-43.950, proferido pela 4ª Turma da DRJ/FNS (e-fls. 45-47), que julgou improcedente a manifestação de inconformidade da Recorrente, mantendo sua exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2010.

Fl. 2 da Resolução n.º 1003-000.302 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 11707.721213/2018-75

Por bem relatar os fatos, adoto o relatório da decisão de piso, complementando-o adiante:

“Trata o presente processo de manifestação de inconformidade ao Ato Declaratório Executivo DRF/RJO n.º 3441558, de 31/08/2018, de fls. 122 e 123, por meio do qual a Interessada foi excluída de ofício do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/01/2019.

A exclusão foi motivada pela existência de débitos em cobrança na Secretaria da Receita Federal do Brasil, a seguir relacionados, com exigibilidade não suspensa.

Débitos do Simples Nacional

Período de Apuração	Saldo Devedor*	Período de Apuração	Saldo Devedor*	Período de Apuração	Saldo Devedor*	Período de Apuração	Saldo Devedor*	Período de Apuração	Saldo Devedor*
07/2015	6.285,50	04/2016	13.894,58	05/2016	13.304,40	06/2016	14.847,01	07/2016	19.796,22
08/2016	18.392,74	09/2016	16.421,45	10/2016	17.484,19	11/2016	18.780,40	12/2016	14.149,18
01/2017	18.500,43	02/2017	17.255,41	03/2017	22.877,29	04/2017	24.599,29	05/2017	23.702,28

* Os débitos na Secretaria da Receita Federal do Brasil estão relacionados com o valor do saldo devedor originário, ou seja, sem os acréscimos legais.

Inconformada, a interessada apresentou manifestação de inconformidade de fls. 02 a 29, por meio da qual alega, em síntese, que:

“(…) Consciente das dificuldades que atravessamos no país ajuizou ação com a finalidade de reconhecer o seu direito de excluir da incidência do Simples Nacional os valores recebidos por ela a título de gorjetas destinadas aos seus funcionários.

O processo foi distribuído à 2ª Vara Federal do Rio de Janeiro - TRF 2, sob o nº 0177269-95.2016.4.02.5101 e teve reconhecido o pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário sobre os valores recolhidos a título de gorjetas espontâneas e compulsórias, devendo as mesmas deixarem de ser cobradas pela fiscalização da entidade Requerida.

O processo reconhece tal suspensão não somente sobre os tributos de competência da União, como também do Estado do Rio de Janeiro - ICMS - cobrado conjuntamente através do PGDAS. A fundamentação é simples e acatada em recursos repetitivos dos tribunais superiores.

(…)”

Bem como, a partir das informações acima, a contribuinte faz um arrazoado de 20 páginas sobre: I) a natureza jurídica das gorjetas; II) o convênio ICMS 113, de 28 de setembro de 2012; e III) a vinculação dos órgãos de persecução do crédito tributário; as quais não serão aqui sintetizadas em virtude da decisão prolatada.

No item IV - Compensação dos créditos de valores recebidos indevidamente pela empresa consta as seguintes alegações:

Conforme demonstrado acima, a empresa foi vitoriosa no processo em questão, gozando de suspensão do crédito tributário incidente em valores recolhidos como gorjetas, fato este que impede que os valores lançados na ADE sejam cobrados, sem que sejam, antes, retificados.

Reconhecendo a vinculação dos entendimentos, deve ser o crédito apurado utilizado para quitação dos valores em aberto, nos termos do art. 170, do CTN, devidamente atualizado pela Taxa Selic. Considerando tais fatos, obviamente, ainda que não esteja regular com o pagamento de alguns meses apontados, também não está a dota fiscalização corretamente embasada, com cobranças indevidas sobre a empresa por mais de cinco anos de incidência de tributos sobre valores de terceiros, no caso, valores destinados a receitas dos empregados da empresa.

Fl. 3 da Resolução n.º 1003-000.302 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 11707.721213/2018-75

Por fim, diante do exposto, a manifestante requer que seja acolhida a decisão judicial; que os valores das gorjetas sejam excluídos da base de cálculo; e que seja autorizada a compensação dos valores pagos indevidamente.”

Por sua vez, a DRJ, ao apreciar a manifestação de inconformidade, decidiu por sua improcedência, cujo acórdão restou assim ementado:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2019

EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL. HIPÓTESE.

Acarreta a exclusão de ofício do Simples Nacional, a existência de débitos com exigibilidade não suspensa.

Manifestação de Inconformidade

Improcedente Sem Crédito em Litígio

Irresignada com o acórdão de piso, a Recorrente interpôs recurso voluntário reproduzindo os argumentos, já aduzidos em sede de manifestação de inconformidade, que podem ser assim resumidos:

a) enquanto pender o julgamento, deverá o crédito ser considerado inexigível pela Requerida, nos termos suscitados acima, com a manutenção do Simples Nacional à Recorrente;

b) que ajuizou ação com a finalidade de reconhecer o seu direito de excluir da incidência do Simples Nacional os valores recebidos por ela a título de gorjetas destinadas aos seus funcionários, cujo processo foi distribuído à 2ª Vara Federal do Rio de Janeiro - TRF 2 (Processo n.º 0177269-95.2016.4.02.5101), no qual foi proferido sentença para *“para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que autorize a inclusão do valor das gorjetas recebidas em nome dos empregados na base usado para o cálculo de IRPJ, ICMS, CSLL, PIS e COFINS. Fica garantido à autora o direito de realizar compensação tributária valendo-se dos montantes indevidamente recolhidos, na forma estabelecida na legislação de regência, após o trânsito em julgado da decisão (CTN, art. 170-A), observado o prazo de cinco anos (CTN, art. 168, inciso I), ficando a operação sujeita ao regramento e à conferência da RFB”*;

c) fez um longo arrazoado acerca das alegações que fundamentaram ação judicial e afirmou que a Lei n.º 10.522/2002 impõe a vinculação das unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil e deverão reproduzir, em suas decisões sobre as matérias a que se refere o caput, o entendimento adotado nas decisões definitivas de mérito, que versem sobre essas matérias, após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nos casos dos incisos IV e V do caput, conforme parágrafo 5º, da lei. Destarte, a fiscalização está autorizada e vinculada à retificação de ofício dos valores de ofício;

d) que quanto aos valores lançados, o parágrafo 7º impõe que créditos tributários já constituídos, a autoridade lançadora deverá rever de ofício o lançamento, para efeito de alterar total ou parcialmente o crédito tributário, conforme o caso, após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nos casos dos incisos IV e V do caput; e)

Fl. 4 da Resolução n.º 1003-000.302 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 11707.721213/2018-75

e) deverão os valores ser todos retificados de acordo com o julgado epigrafado, posto que, conforme apresentados na ADE, encontram-se manifestamente não abrangidos pela incidência dos tributos em questão e não estão amparados pela lei;

f) deve ser acolhido o pedido de retificação de lançamentos e reconhecido, em sede administrativa, o direito à compensabilidade dos créditos tributários a favor da contribuinte Recorrente, nos últimos cinco anos;

E, por fim, requereu:

I. Seja acolhida a decisão judicial que versa sobre o tema epigrafado, uma vez que esta deferiu pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário sobre valores de gorjetas, devendo os valores apresentados na ADE serem integralmente retificados, posto que cobrados sobre valores de manifesta inclusão de gorjetas em sua base de cálculo à monta de 10% sobre o faturamento declarado e obtido pela própria entidade fazendária, mantendo-se a empresa em questão no Simples Nacional, nos termos do art. 151, do CTN, da lei 123/2006;

II. Sejam os valores retificados pela Autoridade Fiscal em questão, a fim de que possam ser corretamente adimplidos, sem a incidência de tributos sobre valores de terceiros, no caso, os empregados da Recorrente;

III. Seja autorizada a compensabilidade dos valores pagos indevidamente sobre gorjetas recebidas pela Ré, nos últimos cinco anos, conforme entendimento dos tribunais superiores, que devem ser acolhidos pelas autoridades fiscais, nos termos das leis 12.844/2013 e 10.522/2002 e art. 142, parágrafo único, do CTN;

IV. Seja, POR MANIFESTA IRREGULARIDADE DOS LANÇAMENTOS sobre as gorjetas em questão, mantida a empresa contribuinte em questão no simples nacional, posto que a sua exclusão indevida importará na quebra da empresa. Assim, para que seja regularizado o valor, requer sejam retificados, com a exclusão dos valores indevidos, para posterior pagamento devido e adequado ao processo judicial que concedeu à contribuinte o direito de excluir e recuperar os valores de gorjetas;

V. Sejam juntados, com este Recurso Voluntário, as provas documentais, quais sejam, novos andamentos e julgamentos do presente caso em sede de recurso repetitivo.

É o relatório.

Voto

Conselheira Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Relatora.

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

Conforme já relatado, trata o presente processo de representação para exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, em virtude pela existência de débitos sem exigibilidade suspensa (art.17, *caput*, inciso V, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006).

Fl. 5 da Resolução n.º 1003-000.302 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 11707.721213/2018-75

A Recorrente discorda do procedimento fiscal sob o argumento de que seria beneficiária de sentença que lhe concedeu o direito de excluir e recuperar os valores de gorjetas recebidas, e uma vez aplicada com a consequente compensação dos valores pagos indevidamente, os débitos motivadores da exclusão, em comento, deveriam ser retificados com a supressão dos valores indevidos para posterior pagamento devido.

Quanto à questão, instância julgadora “a quo” decidiu que, embora em 27/03/2017 tenha proferido sentença proferida (e-fls. 114 a 116), no Processo n.º 0177269-95.2016.4.02.5101 (2ª Vara Federal do Rio de Janeiro - TRF 2), declarando a inexistência de relação jurídica-tributária que autorize a inclusão do valor das gorjetas, recebidas em nome dos empregados pela empregadora, na base de cálculo do IRPJ, ICMS, CSLL, PIS e COFINS, não consta nos autos que tenha sido deferida tutela jurisdicional, com o fim de suspender a exigibilidade dos tributos objeto da ação.

Considerando a ausência de tal decisão, bem como que a Recorrente não comprovou a regularização de todos os débitos apurados pela autoridade competente, o ADE ora combatido, foi mantido pelo acórdão de piso.

Segue trecho transcrito da sentença em questão:

Desse modo, conclui-se que as gorjetas não integram a base de cálculo dos tributos em exame.

A compensação há de ser feita com base na Lei n.º 9.430/96 (art. 74) e a SELIC deve incidir desde quando efetuados os recolhimentos indevidos (Lei n.º 9.250/95), a título de juros e de atualização.

Tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, a compensação deve observar a disposição do art. 168, inciso I, do CTN com a interpretação que lhe deu a norma do art. 3º da LC n.º 118/2005 (prazo de cinco anos a contar de cada pagamento).

Por isso, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que autorize a inclusão do valor das gorjetas recebidas em nome dos empregados na base usado para o cálculo de IRPJ, ICMS, CSLL, PIS e COFINS. Fica garantido à autora o direito de realizar compensação tributária valendo-se dos montantes indevidamente recolhidos, na forma estabelecida na legislação de regência, após o trânsito em julgado da decisão (CTN, art. 170-A), observado o prazo de cinco anos (CTN, art. 168, inciso I), ficando a operação sujeita ao regramento e à conferência da RFB.

Custas de Lei. Condene a União Federal ao pagamento de honorários advocatícios a serem fixados, tão somente, após a liquidação da sentença, com base nos percentuais do art. 85, §3º do CPC.

Vale destacar que, consoante consulta efetuada no sítio da Justiça Federal do Rio de Janeiro (<https://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta>), verifica-se que a referida sentença foi publicada na imprensa oficial em 03/04/17:

Fl. 6 da Resolução n.º 1003-000.302 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo nº 11707.721213/2018-75

2ª VARA FEDERAL

Processo nº: 0177269-95.2016.4.02.5101
(2016.51.01.177269-9)

JFRJ
Fls 69

C E R T I D ã O

Certifico e dou fé que se considera publicado(a) no dia 03/04/17 o despacho/decisão/sentença ou dispositivo retro disponibilizado(a) na edição do e-DJF2R do dia 31/03/17, p. 554/563.

Rio de Janeiro, 31/03/2017

(assinado eletronicamente - alínea 'a', inciso III, § 2º, art. 1º da Lei 11.419/2006)

GERSON ARAUJO LOPES
TÉCNICO(A) JUDICIÁRIO(A) - Mat.:15403

Em seguida, os autos foram encaminhados ao TRF/2ª Região para apreciação da apelação interposta pela União e em razão da remessa de ofício e julgados que pela Quarta Turma Especializada, em 16 de Julho de 2019 houve a prolação de acórdão (ocorrendo sua publicação em 26/07/2019), nos seguintes termos:

“TRIBUTÁRIO. GORJETA. NATUREZA SALARIAL. PIS. COFINS. IRPJ. CSLL. NÃO INCIDÊNCIA. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA A PARTIR DE 31/01/2013.

1. Cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da cobrança do PIS, COFINS, IRPJ, CSLL e ICMS incidentes sobre os valores recebidos a título de gorjeta.
2. Os valores devidos pelos optantes do SIMPLES Nacional são recolhidos de modo unificado a partir de um determinado percentual de sua receita bruta, distribuindo-se os valores arrecadados de acordo com percentuais previamente definidos para cada tributo.
3. O pedido formulado pela parte autora não é incompatível com a adesão ao SIMPLES, pois os tributos indicados na petição inicial são aqueles relativos aos bares e restaurantes, no âmbito do SIMPLES (IRPJ, CSLL, Cofins, PIS e ICMS), substituídos pela tributação sobre a receita bruta (LC n. 123/2006). Assim, a hipótese seria de exclusão das gorjetas da receita bruta submetida à tributação, já que, no caso, não há tributação específica sobre a circulação de mercadoria (ICMS), receita ou faturamento (PIS e COFINS) e lucro (IRPJ e CSLL).
4. As "gorjetas compulsórias" cobradas e pagas por clientes de hotéis e restaurantes, em percentual sobre o valor do serviço/mercadoria da nota fiscal, constituem valores destinados aos funcionários dos estabelecimentos, que não ingressam de forma definitiva no patrimônio da pessoa jurídica nem constituem acréscimo patrimonial desta. O IRPJ, a CSLL, o PIS e a COFINS têm como fato gerador a apuração da receita e do lucro pelas pessoas jurídicas. No caso do SIMPLES, esses tributos são calculados sobre a receita, de modo que não há incidência sobre os valores que pertencem aos funcionários. Precedentes do STJ e da 2ª Seção Especializada deste Tribunal.
5. A Lei nº 13.419, de 13/05/2017, disciplinando o rateio entre empregados da cobrança adicional sobre as despesas em bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, alterou a redação originária do §3º do art. 457 da CLT, acrescentando, ainda, o §4º, dispondo.
6. A norma citada no item anterior, insculpida no §4º do art. 457 da CLT, tem repercussão tributária, na medida em que, não sendo a gorjeta considerada como receita própria dos estabelecimentos, os valores dela decorrentes não devem integrar a base de cálculo do PIS, da COFINS, da CSLL e do IRPJ.

Fl. 7 da Resolução n.º 1003-000.302 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 11707.721213/2018-75

7. Desse modo, conclui-se ser indevida a tributação em questão sobre as denominadas gorjetas, mormente diante do que restou positivado pela Lei n.º 13.419/2017, ao estabelecer que tais verbas não constituem receita própria dos empregadores, sejam elas cobradas de forma obrigatória ou não.

8. No tocante à exigência da cobrança do ICMS, o Regulamento do aludido tributo previa que a gorjeta estava incluída na base de cálculo do ICMS, sendo que, em 2011, foi firmado o Convênio 125/2011 CONFAZ, dispondo que não recai ICMS sobre as gorjetas, respeitado o limite de 10% sobre o valor da conta. Esse convênio foi incorporado à legislação tributária do Estado do Rio de Janeiro através da Resolução SEFAZ n.º 588, de 31 de janeiro de 2013.

9. A partir de 31/01/2013 é possível a exclusão da gorjeta da base de cálculo do ICMS incidente no fornecimento de alimentação e bebidas promovido por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, desde que limitada a 10% (dez por cento) do valor da conta.

10. A compensação tributária deverá ser realizada após o trânsito em julgado da sentença (art.

170-A do CTN), na esfera administrativa, observada a regulamentação específica sobre tributos recolhidos no âmbito do SIMPLES (art. 21, §§ da LC n. 123/2006 e respectivos atos normativos, inclusive do CGSN, que a regulamentam), observada a prescrição quinquenal.

11. Honorários advocatícios fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), na forma do art. 20, § 4º, do CPC/73, aplicável ao caso.

12. Remessa necessária e apelação parcialmente providas”.

Ademais, tendo em vista que o Recurso Especial interposto pela União foi inadmitido (25/09/2019) e o respectivo agravo em recurso especial não recebido (13/02/2020, conforme pesquisa no *sítio* <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa>), os autos retornaram ao juízo de origem e ocorreu a certificação do trânsito em julgado do acórdão do TRF2ª Região em (publicado no e-DJF2R 09/07/2020 (<https://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta>)):



Poder Judiciário
Justiça Federal
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
2ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Processo n.º 0177269-95.2016.4.02.5101 (2016.51.01.177269-9)

JFRJ
Fls 259

CONCLUSÃO

Nesta data, faço estes autos conclusos ao
MM. Sr. Dr. Juiz da 2ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro, 03 de julho de 2020.

Processo n.º 0177269-95.2016.4.02.5101 (2016.51.01.177269-9)

Ante o trânsito em julgado, promova a parte autora o que for de seu interesse, no prazo de 5 dias.

Decorrido o prazo, nada sendo requerido, dê-se baixa na distribuição.

Rio de Janeiro, 6 de julho de 2020.

MAURO LUIS ROCHA LOPES
Juiz Federal Titular

Fl. 8 da Resolução n.º 1003-000.302 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 11707.721213/2018-75

Feita esta retrospectiva, é possível concluir que o Ato Declaratório Executivo DRF/RJO n.º 3441558 (e-fls. 122 e 123) que excluiu a Recorrente do Simples Nacional data de 31/08/2018, sendo anterior à sentença procedente em favor da Recorrente (03/04/2017).

Logo, é bastante plausível concluir que tal sentença, determinando que o valor relativo às gorjetas recebidas não devem ser incluídos na base de cálculo para cômputo dos tributos devidos mesmo no caso do Simples Nacional, teria reflexos nos débitos que deram origem à exclusão, em questão, descritos às e-fls. 116 e adiante reproduzidos:

Consulta Operacional

Consulta débitos após prazo para regularização

Os débitos no âmbito da RFB foram listados com o valor do saldo devedor original, ou seja, sem os acréscimos legais. Os débitos no âmbito da PGFN foram listados com o valor do saldo devedor consolidado, ou seja, com acréscimos legais. A regularização deve ser feita pelo saldo devedor atualizado.

CNPJ: 06928719

Nome Empresarial : TACCOLINIS RESTAURANTE E PIZZARIA EIRELI

Débitos do Simples Nacional

Período de Apuração	Saldo Devedor
07/2015	R\$ 6.285,50
04/2016	R\$ 13.894,58
05/2016	R\$ 13.304,40
06/2016	R\$ 14.847,01
07/2016	R\$ 19.796,22
08/2016	R\$ 15.592,74
09/2016	R\$ 16.421,45
10/2016	R\$ 17.484,18
11/2016	R\$ 13.780,40
12/2016	R\$ 14.149,18
01/2017	R\$ 18.500,43
02/2017	R\$ 17.255,41
03/2017	R\$ 22.877,29
04/2017	R\$ 24.593,29
05/2017	R\$ 23.702,28

Desta forma, considerando que a sentença judicial foi prolatada antes da emissão do ADE, que tal decisão pode ter impacto no ato de exclusão reduzindo o valor dos débitos nele constantes e que o julgador orientando-se pelo princípio da verdade material na apreciação das provas para formar livremente sua convicção mediante a persuasão racional, entendo ser necessária a realização de uma diligência para que a Unidade de Origem averigue possível equívoco naquele ADE.

Ante o exposto, em observância ao disposto no art. 18 do Decreto n.º 70.235/72, voto por converter o julgamento do Recurso Voluntário em diligência à Unidade de Origem, para que esta informe se débitos que deram causa à exclusão da Recorrente do Simples Nacional (Ato Declaratório Executivo DRF/RJO n.º 3441558, de 31/08/2018) se encontravam com a exigibilidade suspensa, em decorrência da anterior prolação sentença (e-fls. 114 a 116), no Processo n.º 0177269-95.2016.4.02.5101 (2ª Vara Federal do Rio de Janeiro - TRF 2º Região), nos termos do voto da relatora.

Por fim, destaco que, em razão do princípio da ampla defesa, que seja o contribuinte intimado do resultado da diligência para, querendo, manifestar-se sobre os resultados alcançados.

Fl. 9 da Resolução n.º 1003-000.302 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 11707.721213/2018-75

Após que os autor retornem ao CARF para continuidade de julgamento.

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça