



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 13707.001253/2004-27
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-003.674 – 1ª Turma
Sessão de 5 de julho de 2018
Matéria SIMPLES- ATIVIDADE VEDADA
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado G M C INSTITUTO DE IDIOMAS LTDA

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

Exercício: 2000

CONCOMITÂNCIA ESFERA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece de Recurso Especial quando as questões fáticas presentes nos acórdãos paradigmas diferem das questões postas no acórdão recorrido.

MATÉRIA SUMULADA.

Aplica-se ao caso a Súmula CARF 81, segundo a qual: *É vedada a aplicação retroativa de lei que admite atividade anteriormente impeditiva ao ingresso na sistemática do Simples.*

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas quanto à retroatividade da Lei Complementar 123/06, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Viviane Vidal Wagner e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (suplente convocado), que conheceram integralmente do recurso. No mérito, na parte conhecida, por unanimidade de votos, acordam em dar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Gerson Macedo Guerra - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Flávio Franco Corrêa, Cristiane Silva Costa, Viviane Vidal Wagner, Luis Flávio Neto, Fernando Brasil de Oliveira Pinto (suplente convocado), Gerson Macedo Guerra, Demetrius Nichele Macei, Rafael Vidal de Araújo (Presidente em Exercício). Ausente, justificadamente, o conselheiro André Mendes Moura, substituído pelo conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

Relatório

Cuida-se, na origem, de pedido de inclusão no Simples, apresentado pela ora recorrida com fundamento em decisão judicial proferida nos autos de mandado de segurança coletivo impetrado pelo sindicato representativo da categoria patronal (processo nº 99.0009406-9, que tramitou na 18ª Vara Federal do Rio de Janeiro).

O pedido foi inicialmente indeferido pela Dicat/Derat/RJ, sob o entendimento de que o contribuinte não se encontrava abrangido pelos efeitos da decisão proferida no processo nº 99.0009406-9, que somente alcançaria os filiados do ente sindical no momento da impetração.

Ofertada manifestação de inconformidade pelo contribuinte, o pedido de inclusão findou por , ser denegado pela DRJ/RJ, que se posicionou no sentido de que a sentença Proferida em mandado de segurança coletivo proposto por entidade sindical só produz efeitos em relação aos membros da entidade que estavam filiados à época do ajuizamento da ação.

Inconformada, a empresa interpôs recurso voluntário.

A Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, então, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso, por entender que a ação coletiva intentada por sindicato da categoria beneficia todos os associados, independentemente da data da associação. Ademais, afirmou-se que a atividade desenvolvida pelo contribuinte, ainda que fosse vedada ao Simples pela Lei nº 9.317/96, passou a ser admitida pela LC 123/06, que deve ser aplicada retroativamente, nos termos do art. 106, II, b, do CTN.

Seguiram-se embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, nos quais se suscitou a existência de concomitância entre as esferas judicial e administrativa, pois a questão acerca do alcance da sentença proferida no MSC nº 99.0009406-9 ainda se encontrava pendente de análise pelo TRF da 2 Região.

Ao julgar referidos embargos, a c. Primeira Câmara, também por unanimidade de votos, decidiu acolhê-los, de modo (i) a excluir do acórdão anteriormente proferido o fundamento relativo aos efeitos de decisão judicial proferida em ação coletiva, (ii) a afastar a concomitância por entender que a Contribuinte em questão não estava amparada pela medida judicial proposta pelo Sindicato; e(iii) manter o provimento dado ao recurso voluntário do contribuinte com base na retroatividade benigna da LC 123/06, em decisão assim ementada:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES Ano-calendário: 2005

NORMAS PROCESSUAIS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DÚVIDA. A existência de dúvida acerca do conteúdo jurídico ou dos motivos que implicaram a parte dispositiva da decisão é fato bastante e suficiente para oposição de embargos de declaração.

RENÚNCIA AO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL POR CONCOMITÂNCIA COM MEDIDA JUDICIAL. INOCORRÊNCIA. A existência de Medida Judicial Coletiva interposta por entidade sindical não tem o condão de caracterizar renúncia à esfera administrativa por concomitância, pois, ainda que haja alcance dos efeitos jurídicos da decisão para os representados da entidade sindical, não se materializa a identidade entre os sujeitos dos processos, ou seja, autor da medida judicial e recorrente no âmbito administrativo, diante da qual é possível aferir a manifestação de vontade (critério subjetivo) que exige a renúncia.

FUNDAMENTOS DA DECISÃO. RETIFICAÇÃO DE UM DOS FUNDAMENTOS. INALTERABILIDADE DO "DECISUM". Quando a decisão está fundada em duas razões distintas, ainda que uma seja retirada o decisum mantém-se pela outra.

SIMPLES. RETROATIVIDADE DA LEI NOVA. EFEITOS. JULGAMENTOS PENDENTES. O fato tem repercussão pretérita por força do caráter interpretativo daquelas normas jurídicas impeditivas, revogadas pela nova legislação, devendo seus efeitos se subsumirem a regra da retroatividade prevista no inciso I do artigo 106, do Código Tributário Nacional. A Lei Complementar nº. 123/2006 deve ser aplicada retroativamente por conta da interpretação mais benigna para inclusão das microempresas e empresas de pequeno porte no SIMPLES em face da atividade.

EMBARGOS ACOLHIDOS.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, acolher e dar provimento aos Embargos de declaração, para ex uir do acórdão nº 301-34.417, o fundamento relativo aos efeitos da decisão judicial proferida na ação coletiva, em face da inexistência de trânsito em julgado, rerratificando o acórdão pelo fundamento da retroatividade benigna da LC nº 123/2006.

Cientificada dessa decisão a Fazenda Nacional, tempestivamente, apresenta recurso especial alegando que a decisão recorrida deu à lei federal interpretação divergente da que lhes deram outras Turmas relativamente à existência de concomitância pela impetração, por entidade de classe, de mandado de segurança coletivo, bem como sobre a aplicação retroativa da Lei Complementar 123/06.

O Recurso da Fazenda foi conhecido, conforme despacho de admissibilidade.

Intimado do Recurso da Fazenda o contribuinte não apresenta contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gerson Macedo Guerra, Relator

Sobre a admissibilidade do Recurso, entendo prudente o debate no que concerne à matéria concomitância.

Sobre a matéria retroatividade da Lei Complementar 123/06, não tenho reparos a fazer no despacho de admissibilidade, o qual utilizo como fundamento para conhecer do Recurso da Fazenda nesse ponto.

Com relação à concomitância de discussões na seara judicial e administrativa, importante trazer à baila o quanto decidido pela DRJ e pela Turma a quo, no julgamento dos embargos da Fazenda Nacional.

A DRJ assim se manifestou sobre o tema:

A interessada argumenta que consta da listagem dos substituídos, conforme "Relação de Filiados Atingidos pela Tentativa de Interpretação Errônea do Mandamus pela Receita Federal" (fls.185/186).

Entretanto, tendo a interessada sido constituída em 21/06/1999 (fl.08), depois, portanto, da data de ajuizamento da ação mandamental — 12/04/1999 —, é certo que não poderia constar da relação apresentada pelo Sindelivre na inicial, a qual relaciona os substituídos associados até a data da propositura da ação. Por esse fato, pode-se concluir que a relação trazida aos autos pela interessada, ainda que possa atualmente integrar o processo judicial de que se trata, não satisfaz as condições do mencionado art.2º-A da Lei 9.494/97.

A Turma a quo, ao analisar a questão em sede de embargos da Fazenda, assim se manifesta:

Em primeiro lugar é imprescindível a comprovação da identidade entre o autor da ação judicial e o recorrente no Processo Administrativo, o que neste caso não se verifica.

Note-se que não é possível atribuir a alguém a manifestação de renúncia sem que este alguém seja o agente do fato que o caracteriza. Ao recorrente não se comprova a ação ou intenção de renunciar a partir do Mandado de Segurança Coletivo do SINDELIVRE.

Portanto, atribuir ao Recorrente a renúncia sem que seja parte diretamente arrolada no processo judicial é extrapolar os efeitos das relações jurídicas para afetar direitos de terceiros, o que é

vedado pelo sistema jurídico vigente. A ação implica apenas autor e réu.

Em segundo lugar, a declaração de renúncia requerida não foi acolhida nem mesmo pelo acórdão da DRJ que categoricamente entendeu não aplicável ao Recorrente a ação do SINDELIVRE, ou seja, se a própria administração entende que não se aplica ao caso a ação judicial, como esta poderia ser fundamento para declarar a concomitância e, com isso, não conhecer do Recurso Voluntário?

Entendo que a matéria concomitância não foi reconhecida, não por discussão da tese de aplicação ou não no caso de mandado de segurança coletivo, mas sim da comprovação de estar a Contribuinte amparada pela medida ou não, pelo fato de não constar da lide quando de sua propositura.

Entenderam as autoridades julgadoras que não houve essa comprovação de o Contribuinte em questão estar amparado pela medida judicial, logo afastaram a concomitância.

A Fazenda, em seu Recurso, objetiva discutir a concomitância à luz de ação coletiva, vale dizer, se há ou não concomitância quando o direito está discutido em ação coletiva, da qual o contribuinte é parte.

Nenhum dos acórdãos paradigmas trazidos pela Fazenda trata da concomitância na hipótese de ação coletiva, com associação do Contribuinte à entidade autora após o ingresso da ação.

No primeiro paradigma (204-00997), já no relatório do acórdão fica claro que o contribuinte já era associado quando da propositura da medida, nos seguintes termos:

Segundo a fiscalização, o Sindicato dos Corretores de Seguros, Capitalização e Previdência (Sincor-SP), do qual é associada a impugnante, obteve liminar em mandado de segurança coletivo, em 27/07/1999, posteriormente confirmada em primeira instância, autorizando seus associados a continuar a recolher a contribuição de acordo com a LC nº 7, de 1970, sem os acréscimos previstos na Lei nº 9.718, de 1998.

Sendo assim, a contribuinte passou a não recolher nem declarar a Cofins até dezembro de 1999 e, a partir de janeiro de 2000, somente a declarei-ia A fiscalização, por entender que pelo fato de o mandado de segurança coletivo ter sido impetrado contra o Delegado da Receita Federal em São Paulo não atingir os atos do Delegado em da Receita Federal em Ribeirão Preto, lançou a Cofins até dezembro de 1999.

Também no segundo acórdão paradigma (202-18.975), não se discutiu o ponto de ser o contribuinte associado à entidade autora de ação coletiva após a propositura da medida. Discutiu-se apenas a caracterização da concomitância quando entidade representativa ingressa com medida judicial em substituição aos associados, conforme se pode depreender das seguintes passagens do referido acórdão:

O presente processo esteve em julgamento na sessão passada (março/2008),

quando solicitei a sua retirada de pauta para melhor análise quanto ao fato de a Cofins sobre as atividades de factoring estar em discussão no âmbito do Poder Judiciário através do Mandado de Segurança nº 1998.38.007896-9, impetrado pelo Sindicato das Sociedades de Fomento Mercantil Factoring do Estado de Minas Gerais — SINDISFAC.

Naquela ocasião posicionei-me no sentido de não conhecer do recurso, em face da opção pela via judicial, no que fui apartado por alguns de meus pares pelo fato de tratar-se de mandado de segurança coletivo, impetrado por sindicato da categoria não impedindo o conhecimento do recurso.

O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento sobre a substituição processual prevista no art. 82, III, da Constituição Federal, que assegura a ampla legitimidade ativa ad causam dos sindicatos para a intervenção no processo como substitutos das categorias que representam, conforme se depreende da ementa do acórdão do RE nº 193.503-1/SP, julgado em sessão plenária de 12 de junho de 2006, publicado no DJU de 24/08/2007 (rel. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa), verbis:

(...)

Em face do exposto, mantenho meu posicionamento inicial no sentido de não conhecer em parte do recurso, em razão de estar configurado abandono da via administrativa.

Nesse sentido vale ressaltar que, apesar de autônomas as instâncias, a dupla discussão fere o princípio da jurisdição una, estabelecido pelo art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, conforme bem apontam Marcos Vinícius Neder de Lima e Maria Teresa Martínez López (Processo Administrativo Fiscal Federal Anotado, 2ª ed., São Paulo: Dialética, 2004, pp. 207/208.):

(...)

"Não se pode admitir a discussão concomitante nas esferas administrativa e judicial também em face da possibilidade de adoção de decisões conflitantes, o que seria contrário ao ordenamento jurídico, em razão da insegurança que decorreria de tal situação.

Diante de todo o exposto, entendo que são questões distintas as questões dos autos e as questões trazidas pela Fazenda Nacional nos acórdãos paradigmas.

Desse modo, não conheço do Recurso quanto a matéria concomitância e conheço quanto a matéria retroatividade da Lei Complementar 123/06.

Passo então à análise do mérito da causa.

MÉRITO RETROATIVIDADE

A decisão a quo teve como razão de decidir a aplicação retroativa da Lei Complementar 123/06, com base no artigo 106, do CTN.

Ocorre que este Tribunal, nos últimos tempos, firmou posição pela inaplicabilidade do artigo 106 à casos como o presente.

A razão para tal é simples: a Lei 9.137/96 não definia ato como infração, ela simplesmente proibia que determinadas pessoas jurídicas que executassem determinadas atividades pudessem optar pelo SIMPLES nacional. O artigo 106, II, "a" do CTN trata apenas de legislação que trata da infração à legislação tributária, o que não se verifica no presente caso.

Diante disso, foi editada a Súmula CARF 81, que possui a seguinte redação:

Súmula CARF 81 É vedada a aplicação retroativa de lei que admite atividade anteriormente impeditiva ao ingresso na sistemática do Simples.

Assim sendo, entendo que é o caso de se alterar a decisão recorrida.

Nesse contexto, voto por dar provimento ao Recurso da Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Gerson Macedo Guerra