



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	13709.000225/2004-72
ACÓRDÃO	9101-007.196 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	3 de outubro de 2024
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
INTERESSADO	TARGET CURSO DE IDIOMAS E INFORMÁTICA LTDA

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2004

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. DIVERGÊNCIA: DECISÃO JUDICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. EXTENSÃO DOS EFEITOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Não se conhece de recurso especial se a divergência das decisões está amparada em circunstância fática específica verificada no acórdão recorrido e ausente no paradigma.

RECURSO ESPECIAL. CONCOMITÂNCIA DE AÇÃO JUDICIAL COM PROCESSO ADMINISTRATIVO. RENÚNCIA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

Imprescindível o prequestionamento a matéria alegada como divergente para seguimento do recurso especial. Ausente a discussão no acórdão recorrido, não há como contrapor o entendimento do paradigma apresentada, ainda que, em tese, a solução adotada neste último, fosse passível de ser adotada na decisão recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

Assinado Digitalmente

Luiz Tadeu Matosinho Machado – Relator

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, Jandir Jose Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto(Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional – PFN, com base no art. 7º, inc. II do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovada pela Portaria MF. 147/2007¹, em face do Acórdão nº 301-34.428, proferido pela Primeira Câmara da 3ª Seção do extinto Terceiro Conselho de Contribuintes, que, por unanimidade de votos, decidiu dar provimento ao recurso voluntário interposto.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2004

SIMPLES. INCLUSÃO NO REGIME POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL.

¹ **Art. 7º** Compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais, por suas Turmas, julgar recurso especial interposto contra:

I - decisão não-unânime de Câmara, quando for contrária à lei ou à evidência da prova; e

II - decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais.

§ 1º No caso do inciso I, o recurso é privativo do Procurador da Fazenda Nacional; no caso do inciso II, sua interposição é facultada também ao sujeito passivo.

§ 2º Para efeito da aplicação do inciso II, entende-se como outra Câmara as que integram a atual estrutura dos Conselhos de Contribuintes ou as que vierem a integrá-la.

§ 3º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das Câmaras que aplique súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes ou da Câmara Superior de Recursos Fiscais, ou que na apreciação de matéria preliminar decida pela anulação da decisão de primeira instância.

§ 4º É cabível a interposição de recurso especial contra decisão que negar provimento a recurso de ofício.

§ 5º O recurso especial interposto pelo sujeito passivo somente terá seguimento quanto à matéria prequestionada, cabendo sua demonstração, com precisa indicação das peças processuais.

Se a sentença concessiva de segurança reconhece o direito de ingresso no Simples a todos os filiados da entidade associativa impetrante, sem qualquer consideração acerca do fato de estarem ou não relacionados na petição inicial, é vedado à Administração Tributária limitar o alcance da referida decisão.

APLICAÇÃO DO ARTIGO 106, II, "b" do CTN em vista da superveniência da Lei Complementar 123/2006.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Encaminhados os autos à Procuradoria da Fazenda Nacional em 03/02/2008, teve ciência pessoal o procurador responsável em 20/08/2008 (e-fl. 112), tendo sido interposto o recurso especial em 20/08/2008 (e-fls. 114/123), na qual alega divergência em face das seguintes matérias:

1) à extensão dos efeitos da ação judicial em relação aos não afiliados ao sindicato na época do ajuizamento do feito;

2) a existência de concomitância caso se entenda pela maior abrangência da ação; e,

3) impossibilidade de efeitos retroativos à lei mais benigna quanto aos critérios de adesão ao SIMPLES

O recurso especial foi admitido pela presidente da 1ª Câmara do extinto Terceiro Conselho de Contribuintes por meio do despacho de e-fls. 136/138.

Distribuídos os autos para análise do recurso especial ao d. ex-conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, este identificou que, não obstante o recurso especial tenha sido integralmente admitido, a análise das divergências no referido despacho de admissibilidade limitou-se ao exame da primeira delas, como se colhe do despacho de Saneamento (e-fls. 149/151), *verbis*:

Recebi o presente processo em sorteio para relatoria de Recurso Especial interpostos pela N. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

A demanda versa sobre pedido de inclusão da Contribuinte no SIMPLES (federal), instituído pela Lei nº 9.317/96, em face da sentença proferida no Mandado de Segurança nº. 99.0009406-9, em trâmite perante a 18ª Vara da Justiça Federal no Estado do Rio de Janeiro, obtida pelo "SINDELIVRE — Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino Livre no Estado do Rio de Janeiro".

Em sede de Recurso Voluntário a pretensão da Contribuinte foi atendida, por decisão unânime, proferida pela C. Primeira Câmara do E. Terceiro Conselho de Contribuintes, determinado a inclusão da empresa no regime do SIMPLES, dentro daquilo originalmente pleiteado. Tal provimento integral da *reclamação* da Contribuinte deu ensejo ao Recurso Especial fazendário.

Analisando o feito, visando à resolução da demanda, em cotejo direto do *Apelo* Especial com o seu correspondente r. Despacho de Admissibilidade de fls. 136 e

138, vislumbro que não houve a verificação *completa* e efetiva do seu cabimento, sob os termos da Portaria MF nº 147/2007, em relação específica a três das quatro matérias arguidas pela Fazenda Nacional.

Ou seja, apenas o cabimento de um tema foi devidamente analisado e enfrentado, ainda que, ao final, tenha se concluído por dar *seguimento ao Recurso Especial interposto com base no disposto no art. 16, I, do RICSRF*, sem ressalvas.

Em suma, a N. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional pretende que esta C. 1ª Turma da CSRF aprecie as matérias 1) à extensão dos efeitos da ação judicial em relação aos não afiliados ao sindicato na época do ajuizamento do feito 2) a existência de concomitância caso se entenda pela maior abrangência da ação e 3) impossibilidade de efeitos retroativos à lei mais benigna quanto aos critérios de adesão ao SIMPLES e 4) a Contribuinte desenvolvia atividade vedada.

E assim se relatou os *temas* alegados no Recurso Especial, objeto de verificação de conhecimento e prosseguimento pelo r. Despacho de Admissibilidade de fls. 136 e 138:

Procedendo-se à análise da admissibilidade do recurso especial interposto, constata-se, primeiramente, sua tempestividade, eis que os autos contendo o acórdão recorrido foram recepcionados na PGFN/CAT-MF-DF em 20.08.2008, conforme recibo apostado na RM de fls. 100, e a RM relativa ao retorno dos autos a este Conselho, contendo o recurso especial, foi emitida em 22.08.2008 (fls. 122), portanto, dentro do prazo estabelecido no § 9º, do artigo 23, do Decreto nº 70.235/72, c/c o capta do art. 15 do RICSRF, em virtude do que, passo a analisá-lo.

Aduz a PFN que o aresto recorrido deu à lei tributária interpretação divergente daquela consubstanciada no acórdão 302-38.162, de 19.10.2006, cuja ementa é, a seguir, transcrita:

[EMENTA TRANSCRITA]

Além da divergência em relação à extensão dos efeitos da ação judicial em relação aos não afiliados ao sindicato na época do ajuizamento do feito, a Procuradoria da Fazenda Nacional aponta divergência jurídica quanto à eventual concomitância do pleito administrativo com o recurso à via judicial. Quanto a esse segundo tema de divergência, invoca como exemplos o decidido nos acórdãos 301-30881 e 301-32.995, de 07.11.2003.

O Recurso Especial também entende haver divergência de interpretação quanto à eficácia da lei no tempo entre o aresto atacado, que se valeu do fundamento da retroatividade da Lei Complementar nº 123/2006, e o decidido no acórdão nº 302-36.070, de 15.04.2004, que, embora trate da aplicação da Lei nº 10.034, de 2000 (com a nova redação dada pela Lei nº 10.684, de 2003), nega efeitos retroativos à lei mais benigna quanto aos critérios de adesão ao SIMPLES.

Desde já se registra que o r. Despacho de Admissibilidade nada mencionou sobre a alegação e os argumentos referentes a matéria de que a Contribuinte desenvolvia atividade vedada, expressamente tratada no Recurso Especial fazendário.

E, quando da efetiva verificação de admissibilidade o Apelo Especial da Fazenda Nacional, assim procedeu a N. Autoridade emissora daquele r. Despacho:

A admissibilidade do Recurso apresentado pela Procuradoria da Fazenda Nacional deve ser examinada à luz do disposto no inciso II, art. 7º, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria nº 147, de 2007. Segundo o art. 15, § 2º, do mesmo RICSRF, nesse caso o recurso deverá comprovar a existência de decisão divergente do decidido no acórdão recorrido, na forma ali prevista.

O aresto recorrido entendeu que a ação coletiva intentada por Sindicato de categoria perante o Poder Judiciário beneficia todos os associados, independente da data de sua associação.

Por sua vez, o acórdão trazido como paradigma de divergência expôs que, para que a empresa pudesse se beneficiar da sentença que concedeu a segurança garantidora do direito dos associados do SINDELIVRE à inscrição no SIMPLES, o contribuinte deveria ser associado do sindicato à época do ajuizamento da ação, estando, assim, relacionado nos autos.

Destarte, restou configurada a divergência jurisprudencial alegada e foram atendidos os requisitos necessários à admissibilidade do recurso especial, previstos no artigo 15, § 2º, do RICSRF, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25.06.2007, DOU de 28.06.2007.

Assim, dou seguimento ao Recurso Especial interposto com base no disposto no art. 16, I, do RICSRF.

Como se observa, primeiro certificou-se que o cabimento do Recurso Especial está adstrito à hipótese dos inciso II, art. 7º e art. 15, §2º do RICARF vigente (Portaria MF nº 147/2007), mas apenas se procedeu à análise da existência de dissídio jurisprudencial da *primeira* matéria, qual seja, a *extensão dos efeitos da ação judicial em relação aos não afiliados ao sindicato na época do ajuizamento do feito* – mesmo que antes, expressamente, tenha se relatado haver outros temas questionados pelo *Apelo* fazendário e, inclusive, mais Acórdãos paradigmas apresentados.

E em acréscimo, como já mencionado, ao final simplesmente registrou-se que deveria ser dado *seguimento ao Recurso Especial*, sem explicitar se apenas aquela singular matéria apreciada foi admitida – e as demais rejeitas – ou se todo o *Apelo Especial* foi admitido, devendo ser todos temas objeto de julgamento.

Dessa forma, *data maxima venia*, entende-se ser necessária a prolatação de Despacho de Admissibilidade *complementar*, para que sejam efetivamente

analisados o cabimento, a admissão e o prosseguimento para julgamento de todas as matérias arguidas no Recurso Especial manejado pela N. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, bem como cotejados analiticamente todos Acórdãos paradigmas trazidos.

Posto isso, encaminho agora os autos para a realização da providência prevista no art. 68 do Anexo II do RICARF vigente.

[...]

Em 18/12/2020 foi proferido o despacho de admissibilidade de recurso especial complementar (e-fls. 153/157) proferido pela presidente da 1ª Seção, por meio do qual foram admitidas mais duas matérias, nos seguintes termos:

Trata-se de Recurso Especial interposto à Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), com fulcro no art. 64, inciso II (Anexo II), do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015 (e-fls. 114 a 123), em face do Acórdão nº 301-34.428, proferido pela Primeira Câmara do extinto Terceiro Conselho de Contribuintes, na sessão de julgamento de 25 de abril de 2008 (e-fls. 103 a 110).

2. Aludido Recurso Especial já foi parcialmente analisado pelo Despacho de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial, de e-fls. 136 a 138, ficando, porém, pendentes de apreciação as matérias “concomitância do pleito administrativo com o recurso à via judicial” e “eficácia da lei no tempo”, conforme Despacho de Saneamento, de e-fls. 149 a 151.

3. Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos confrontados, evidencia-se que a Recorrente logrou êxito em comprovar a ocorrência do alegado dissenso interpretativo, como a seguir demonstrado, por matéria recorrida (destaques do original transcrito):²

(1) “concomitância do pleito administrativo com o recurso à via judicial” ²

Decisão recorrida:

SIMPLES. INCLUSÃO NO REGIME POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. Se a sentença concessiva de segurança reconhece o direito de ingresso no Simples a todos os filiados da entidade associativa impetrante, sem qualquer consideração acerca do fato de estarem ou não relacionados na petição inicial, é vedado à Administração Tributária limitar o alcance da referida decisão.

[...].

² 1 Salvo anotação em contrário, o(s) paradigma(s) analisado(s) consta(m) do sítio do CARF na Internet [art. 67, § 10 (Anexo II), do RI/CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015] e, até a data da interposição do Recurso Especial, não havia(m) sido reformado(s) [art. 67, § 15 (Anexo II), do RI/CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, incluído pela Portaria MF nº 39, de 2016].

³ 2 Considerados apenas os dois primeiros acórdãos paradigmas apontados, conforme disposição regimental nesse sentido [art. 67, § 7º (Anexo II), do RI/CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015].

Como se pode notar, a controvérsia se resume a saber se os efeitos da decisão concessiva de segurança, afinal transitada em julgado, alcançam ou não a Interessada.

[...]

Ora, se a autoridade judicial estendeu os efeitos de sua decisão a todos os entes filiados, sem fazer qualquer consideração quanto ao fato de estarem ou não relacionados na petição inicial, não é dado à Administração Tributária limitar o alcance da referida decisão, impondo restrições ao sabor de sua própria interpretação. Estando comprovado que a Interessada já era filiada ao Sindelivre à época da impetração do Mandado de Segurança, conforme declara a própria entidade associativa (fls. 02), é forçoso admitir que os efeitos da decisão concessiva de segurança lhe aproveitam, no caso presente.

Acórdão paradigma nº 302-38.162, de 2006:

Não há ementa correspondente a essa matéria.

[...].

Esclareço que a intenção desta Julgadora, ao insistir na busca da verdade material, deveu-se a duas possíveis soluções para o deslinde do litígio de que se trata.

Em outras palavras, se a empresa realmente estivesse relacionada nos autos do Mandado de Segurança impetrado pelo SINDELIVRE, meu voto seria no sentido de não se conhecer do recurso, por concomitância entre a ação judicial e o processo administrativo.

Entretanto, como a mesma não preenche esta condição, ratifico integralmente as fundamentações do Acórdão recorrido, e voto no sentido de negar provimento ao recurso, uma vez que a Interessada exerce atividade vedada à opção pelo SIMPLES, nos termos do disposto no art. 90, XIII, da Lei nº 9.317/96 (o ensino de língua estrangeira é atividade assemelhada à prestação de serviços de professor), prejudicados os demais argumentos.

Acórdão paradigma nº 301-30.881, de 2003:

PROCESSUAL. OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FEDERAÇÃO A QUE PERTENCE O AUTUADO.

A fundamentação da defesa em decisão judicial prolatada em Mandado de Segurança Coletivo, impetrado por Sindicato a que está filiada, implica opção pela via judicial e renúncia à via administrativa, e impede o conhecimento do recurso.

[...].

Adoto o Relatório de fl. 41, que retratou fielmente a lide, lendo-o em sessão. Resumidamente, o processo versa sobre a exclusão da recorrente do SIMPLES, pela vedação decorrente da prestação de serviços assemelhados aos de professor, alegando o contribuinte a inconstitucionalidade do art. 9º, inciso XIII, da Lei 9.317/96, que afirma, ademais, não exercer a atividade de professor e a falta de exigência de profissional legalmente habilitado, citando decisões judiciais.

No Recurso de fls. 47 a 57, a Empresa repete e aprofunda as alegações da impugnação, acrescentando a alegação de estar acobertada por Mandado de Segurança Coletivo, decidido favoravelmente às empresas filiadas ao SINDILIVRE, Sindicato Entidades Culturais, Recreativas, de Assistência Social, Orientação e Formação Profissional do Estado de São Paulo, apresentando cópia da sentença e de declaração do Sindicato de que a recorrente está no pólo passivo da ação.

Verifica-se, pelo exposto, que o contribuinte sustenta suas alegações em decisão judicial proferida em Mandado de Segurança Coletivo, comprovando ser filiado à impetrante, o SINDILIVRE. Configura-se, portanto, a opção pela via judicial, com a consequente renúncia à via administrativa.

4. Afirma-se, em síntese, que os acórdãos paradigmas ensejam divergência jurídica quanto à eventual concomitância deste feito com o *mandamus* coletivo.

5. Com relação a essa primeira matéria, **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

6. Enquanto a **decisão recorrida** entendeu que, *se a sentença concessiva de segurança reconhece o direito de ingresso no Simples a todos os filiados da entidade associativa impetrante, sem qualquer consideração acerca do fato de estarem ou não relacionados na petição inicial, é vedado à Administração Tributária limitar o alcance da referida decisão, o segundo acórdão paradigma apontado* (Acórdão nº 301-30.881, de 2003) decidiu, **de modo diametralmente oposto**, que *a fundamentação da defesa em decisão judicial prolatada em Mandado de Segurança Coletivo, impetrado por Sindicato a que está filiada, implica opção pela via judicial e renúncia à via administrativa, e impede o conhecimento do recurso.*

7. Já no referente ao **primeiro acórdão paradigma** apontado (Acórdão nº 302-38.162, de 2006), **não ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois referido pronunciamento [*Em outras palavras, se a empresa realmente estivesse relacionada nos autos do Mandado de Segurança impetrado pelo SINDELIVRE, meu voto seria no sentido de não se conhecer do recurso, por concomitância entre a ação judicial e o processo administrativo. Entretanto, como a mesma não preenche esta condição, [...].*] revela um legítimo *obiter dictum*, eis que, tratando

de circunstância que não se encontra presente nos autos apreciados, nenhuma utilidade possui para o julgamento do caso concreto.

8. Tal situação (*obiter dictum*) é, pois, insuscetível de viabilizar a ocorrência de divergência na interpretação da legislação tributária, como já reiteradamente externado pela CSRF e pelo seu Pleno:

[...]

(2) “eficácia da lei no tempo”

Decisão recorrida:

APLICAÇÃO DO ARTIGO 106, II, “h”, do CTN em vista da superveniência da Lei Complementar 123/2006. [...]

Ademais, deve também ser considerado também no mérito, razão não existe mais para que a Recorrente não seja admitida na sistemática do SIMPLES, pois a Lei Complementar 123, de 14/12/2006, em seus artigo 17, parágrafo 1º, inciso XVI, reza o seguinte: [...].

Assim, a retroatividade da lei superveniente acima citada, como atividade econômica beneficiada pelo recolhimento de impostos e contribuições na forma simplificada, fato com repercussão pretérita por força do previsto no artigo 106, II, “b”, do Código Tributário Nacional, impõe o provimento do Recurso da Recorrente.

Acórdão paradigma nº 302-36.070, de 2004:

SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE — SIMPLES EXCLUSÃO POR ATIVIDADE ECONÔMICA.

Não poderia optar pelo Simples a pessoa jurídica que, até 31/05/2003, prestava serviços assemelhados aos de representação comercial (art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, e art. 1º, inciso IV, da Lei nº 10.034/2000, com a redação dada pelo art. 24 da Lei nº 10.684/2003, publicada em 31/05/2003).

[...].

Ressalte-se que a Lei nº 10.684/2003, publicada no Diário Oficial da União de 31/05/2003, dando nova redação ao art. 1º da Lei nº 10.034/2000, passou a permitir a opção pelo Simples às agências lotéricas, porém seus efeitos só se operaram a partir da data de sua publicação.

9. Assevera-se, em resumo, que, diante da indagação jurídica, qual seja, *a legislação posterior que beneficia a microempresa, ao não mais vedar-lhe a opção*

pelo sistema simplificado, tem efeitos retroativos?, a Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes entendeu que SIM; a Segunda, que NÃO.

10. No que se refere a essa segunda matéria, também **ocorre o alegado dissenso jurisprudencial**, pois, em situações fáticas semelhantes, sob a mesma incidência tributária e à luz das mesmas normas jurídicas, chegou-se a conclusões distintas.

11. Enquanto a **decisão recorrida** admitiu a retroatividade de lei superveniente que permitiu a inclusão, na sistemática do Simples, de atividade econômica antes vedada [artigo 106, II, “b”, do Código Tributário Nacional], o **acórdão paradigma** apontado (Acórdão nº 302-36.070, de 2004) decidiu, **de modo diametralmente oposto**, que os efeitos de lei superveniente que permitiu a inclusão, na sistemática do Simples, de atividade econômica antes vedada *só se operam a partir da data de sua publicação*.

12. Por tais razões, neste juízo de cognição sumária, conclui-se pela **caracterização das divergências de interpretação suscitadas**.

13. Pelo exposto, do exame dos pressupostos de admissibilidade, PROponho seja **ADMITIDO** o Recurso Especial interposto, no que se refere às matérias “*concomitância do pleito administrativo com o recurso à via judicial*” e “*eficácia da lei no tempo*”

[...]

14. Com fundamento nas razões acima expendidas, e nos termos dos arts. 18, inciso III, c/c 68, § 1º, ambos do Anexo II do RI/CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, **ADMITO** o Recurso Especial interposto, no que se refere às matérias “*concomitância do pleito administrativo com o recurso à via judicial*” e “*eficácia da lei no tempo*”.

[...]

Cumpre observar que, não obstante o primeiro conselheiro relator designado, tenha identificado no despacho de saneamento a apresentação de uma quarta matéria [4) *a Contribuinte desenvolvia atividade vedada*], entendo que andou bem o despacho complementar em não considerá-la, posto que a recorrente se limitou a trazer tal argumentação como razão de mérito para a reforma do acórdão recorrido, sem indicação de paradigmas para sustentar um divergência nesse sentido.

Intimada tanto do despacho de admissibilidade original (e-fl. 141/142), quanto do despacho complementar (e-fl. 161) , a contribuinte não apresentou contrarrazões.

Tendo em vista que o primeiro conselheiro designado como relator não integra mais este colegiado, o processo, devidamente saneado, foi redistribuído por sorteio a este relator.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Luiz Tadeu Matosinho Machado**, Relator

Conhecimento

O recurso especial de divergência é tempestivo e foi admitido nos termos das disposições regimentais então vigentes.

Não obstante não tenha havido contrarrazões da contribuinte, entendo que a admissibilidade do recurso comporte reparos.

No tocante à primeira matéria admitida quanto **(1 - à extensão dos efeitos da ação judicial em relação aos não afiliados ao sindicato na época do ajuizamento do feito)**, penso que a situação particular da contribuinte em face da entidade representativa, à época da impetração do mandado de segurança, se diferencia da examinada no acórdão trazido como paradigma (302-38.162).

Senão vejamos.

No acórdão recorrido, resta registrado que, a despeito de não constar do rol de associadas constantes do mandado de segurança impetrado pela entidade representativa, a contribuinte comprovou já ser filiada à entidade, sendo esta a principal razão de decidir como se colhe do voto condutor do acórdão, *verbis*:

[...]

Como se pode notar, a controvérsia se resume a saber se os efeitos da decisão concessiva de segurança, afinal transitada em julgado, alcançam ou não a Interessada.

A Delegacia de Administração Tributária no Rio de Janeiro entendeu, no caso, que a decisão judicial não beneficiava a Interessada, uma vez que esta não teria sido nominalmente relacionada na petição inicial, conforme exige o artigo 2º - A, parágrafo único, da Lei nº. 9494, de 10/09/1997, introduzido pela Medida Provisória nº. 1798-2, de 11/03/1999:

Medida Provisória nº. 1798-2, de 11/03/1999

Art. 5º. A Lei nº. 9494, de 10 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

(...)

Art. 2º. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra entidades da administração direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata de assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Em que pese a judiciosa fundamentação que ampara a decisão impugnada, penso que a autoridade administrativa não pode resolver o litígio de forma conflitante com a decisão proferida na esfera judicial. No caso em questão, o MM Juízo da 18ª Vara Federal do Rio de Janeiro já esclareceu, em sede de embargos de declaração, que "a segurança concedida beneficia os filiados ao Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino Livre no Estado do Rio de Janeiro", posição ratificada, posteriormente, pela Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional da 2ª Região.

Ora, se a autoridade judicial estendeu os efeitos de sua decisão a todos os entes filiados, sem fazer qualquer consideração quanto ao fato de estarem ou não relacionados na petição inicial, não é dado à Administração Tributária limitar o alcance da referida decisão, impondo restrições ao sabor de sua própria interpretação. **Estando comprovado que a Interessada já era filiada ao Sindelivre à época da impetração do Mandado de Segurança, conforme declara a própria entidade associativa (fls.02), é forçoso admitir que os efeitos da decisão concessiva de segurança lhe aproveitam, no caso presente.**

[...]

Já no acórdão paradigma, verifica-se que, conforme apurado em diligência para tal fim, a contribuinte somente veio a associar-se à entidade depois de concedida a segurança pleiteada, *verbis*:

Os resultados obtidos com a nova diligência colocam uma pá-de-cal nas dúvidas que existiam em relação ao processo "sub judice".

Isto porque, conforme sentença proferida pela MM Juíza Federal Substituta Dra. Mônica Autran Machado Nobre, da 22 Vara Federal/Justiça Federal, nos autos do Mandado de Segurança Coletivo — Processo nº 97.0008609-7 (fls. 67 a 72), a segurança foi concedida "*para assegurar o direito dos associados do Sindelivre — Sindicato das Entidades Culturais, Recreativas, de Assistência Social, de Orientação e Formação Profissional no Estado de São Paulo, **relacionados nos autos**, se inscreverem no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, **desde que preencham os demais requisitos legais.***" (grifei)

Ocorre que o citado Mandado de Segurança foi impetrado em 04 de abril de 1997 (fl. 59), sendo que a empresa "Cícero Tavares Guarujá — EPP" apenas se filiou àquele Sindicato em 14/06/1999. Assim, ela não poderia estar relacionada nos autos, não estando abrigada pela segurança concedida.

Esclareço que a intenção desta Julgadora, ao insistir na busca da verdade material, deveu-se a duas possíveis soluções para o deslinde do litígio de que se trata.

Em outras palavras, se a empresa realmente estivesse relacionada nos autos do Mandado de Segurança impetrado pelo SINDELIVRE, meu voto seria no sentido de não se conhecer do recurso, por concomitância entre a ação judicial e o processo administrativo.

Entretanto, como a mesma não preenche esta condição, ratifico integralmente as fundamentações do Acórdão recorrido e voto no sentido de negar provimento ao recurso, uma vez que a Interessada exerce atividade vedada à opção pelo SIMPLES, nos termos do disposto no art. 90, XIII, da Lei nº 9.317/96 (o ensino de língua estrangeira é atividade assemelhada à prestação de serviços de professor), prejudicados os demais argumentos.

[...]

Em suma, verifica-se que, a despeito de em ambos os casos as contribuintes não constarem do rol da ação de mandado de segurança impetrado pela entidade, no acórdão recorrido verificou-se que a interessada já era filiada ao sindicato quando da impetração, enquanto no paradigma tal afiliação somente se deu mais de dois anos após a impetração.

Assim, voto no sentido de não conhecer do recurso quanto à primeira matéria.

Com relação à segunda divergência apontada no recurso especial (**2 - a existência de concomitância caso se entenda pela maior abrangência da ação**), foi admitido apenas o paradigma nº 301-30.881, que examinando situação similar a dos autos, em face da mesma ação judicial, entendeu ter havido renúncia à esfera administrativa.

No acórdão recorrido não se vislumbra tal discussão do colegiado, o que indica, a meu ver, a ausência de prequestionamento da matéria (prevista no § 5º do art. 7º do Regimento da CSRF então vigente⁴).

Com efeito, entendo que neste caso caberia à recorrente ter suscitado a discussão da matéria perante o colegiado *a quo*, por meio de embargos de declaração, posto que, embora passível de aplicação em tese ao caso concreto, não foi submetida à consideração daquela turma julgadora.

De se destacar que aqui não se tratava de ação individual da contribuinte, que poderia atrair a incidência da Súmula CARF nº 1, mas sim de ação coletiva, o que inclusive comporta discussão quanto à extensão dos seus efeitos em face dos substituídos, como se verá no mérito, caso o colegiado entenda por conhecer da matéria.

É certo que o outro colegiado do CARF que proferiu o acórdão paradigma reconheceu a concomitância entre a esfera administrativa e judicial no caso por ele examinado,

⁴ § 5º O recurso especial interposto pelo sujeito passivo somente terá seguimento quanto à matéria prequestionada, cabendo sua demonstração, com precisa indicação das peças processuais.

sem maiores digressões⁵, mas não é certo que o colegiado *a quo* se conduziria da mesma forma, caso a questão tivesse sido suscitada pela recorrente, o que conduziria a divergência para outro nível de discussão.

Neste passo, entendo que o recurso, também, não deve ser conhecido quanto à segunda matéria, dada a ausência de prequestionamento

Por fim, com relação à terceira matéria (**3 - impossibilidade de efeitos retroativos à lei mais benigna quanto aos critérios de adesão ao SIMPLES**), verifica-se que o paradigma admitido (302-36.070) trata de caso de alteração legislativa (Lei nº 10.034/2000) que passou a permitir a adesão ao regime do Simples Federal, outrora vedado pela Lei nº 9.317/1996, negando seus efeitos retroativos, enquanto no acórdão recorrido o colegiado *a quo* adotou, como razão adicional de decidir, a retroatividade da Lei Complementar nº 123/2007 que, tratando do Simples Nacional, excetuou a mesma atividade desempenhada pela contribuinte das vedações previstas no seu art. 17, com base no art. 106, II, B do CTN.

Em que pesem as conclusões em cada caso tenha se dado com base em legislações distintas (Lei nº 10.034/2000 x LCP nº 123/2007) o cerne da discussão é a aplicação retroativa (ou não) de legislação que retira a vedação à adesão a regime simplificado de tributos, com base no art. 106, II, b do CTN.

Apesar de distintas as legislações as situações são bastante similares, sendo que a situação do recorrido é até mais gravosa que a do paradigma arrolado, posto que aplica retroativamente legislação do Simples Nacional em face de pedido de inclusão no Simples Federal.

Assim, em tese, entendo que a divergência resta caracterizada.

Não obstante, tendo o colegiado acompanhado meu voto pelo não conhecimento das matérias antecedentes, notadamente a primeira, a discussão dessa segunda razão de decidir resta inócua, posto que o acórdão recorrido seria mantido pelo outro fundamento (prevalência da decisão judicial no caso concreto).

Por todo o exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso especial da Fazenda Nacional.

Assinado Digitalmente

Luiz Tadeu Matosinho Machado

⁵ “Verifica-se, pelo exposto, que o contribuinte sustenta suas alegações em decisão judicial proferida em Mandado de Segurança Coletivo, comprovando ser filiado à impetrante, o SINDILIVRE. Configura-se, portanto, a opção pela via judicial, com a conseqüente renúncia à via administrativa.
Voto pelo não conhecimento do recurso.”