



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10235.000384/2011-21
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1002-001.454 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária**
Sessão de 09 de julho de 2020
Recorrente SHOP LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2008

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS RETROATIVOS. PREVISÃO REGULAMENTAR.

Havendo previsão na legislação tributária que disponha acerca dos efeitos retroativos da exclusão do regime de tributação pelo SIMPLES, tal previsão legislativa não pode deixar de ser aplicada sob alegações de ilegalidade ou inconstitucionalidade, na medida em que não cabe ao CARF a declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação tributárias, à luz da Súmula CARF nº 02.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Aílton Neves da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Aílton Neves da Silva, Rafael Zedral, Marcelo José Luz de Macedo e Thiago Dayan da Luz Barros

Relatório

Em atenção aos princípios da economia e celeridade processual, transcrevo o relatório produzido no Acórdão n.º 01-26.348 da 2ª Turma da DRJ/BEL, de 27 de maio de 2013 (fls. 112 e 119):

Trata-se de manifestação inconformidade (fls. 92/102) contra Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 007, de 01 de abril de 2011, fl. 87, que declarou a recorrente excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, com efeitos retroativos a 01/01/2008, nos termos da alínea "c" do inciso II do art. 3. da Resolução CGSN nº 15/2007.

2. Conforme aquele ADE, a exclusão resultou dos procedimentos administrativos conforme Processos Administrativos Fiscais enumerado, onde se evidenciou a participação de pessoas físicas inscritas como empresário ou sejam sócias de outras empresas que receberam tratamento jurídico diferenciado, nos termos da Lei Complementar nº 123/2006, cuja receita bruta global ultrapasse o limite (anual) de R\$ 2.400.000,00 (inciso IV do artigo 12 da Resolução CGSN nº 4 2007 e inciso III §1º do artigo 3º da Resolução CGSN nº 15/2007):

CNPJ	NOME	PAF	DATA DE EFEITO DA EXCLUSÃO
06.696.739/0001-66	J. A. LTDA - ME	10235.0004S8/2012-36	01/01/2008
S4.425.875/0001-25	J. EDIVAM PINTO -	10235.000487/2011-91	01/01/2008
07.551.766/0001-03	SHOP LTDA - EPP	10235.000384/2011-21	01/01/2008

3. Conforme Representação para Exclusão (fls. 75/79) verificou-se a existência de sócios comuns em 7 inscrições no CNPJ, conforme relacionado na tabela abaixo. Estas empresas são (ou já foram) optantes pelo Simples Nacional.

1 06.696.739 J A LTDA	JOAQUIM EDVAM PINTO /ANTONIO CARLOS AGUIAR	21/07/2004
2 84.425.875 J. EDVAM PINTO – EPP	JOAQUIM EDVAM PINTO / JOÃO DA CUNHA MANSO	01/08/1994
3 09.942.645 JV PAULO LTDA - ME	JOAQUIM EDVAM PINTO	10/07/2008
4 07.551.766 SHOPLTDA-EPP	JOAQUIM EDVAM PINTO /ANTONIO CARLOS AGUIAR	24/08/2005
5 10.505.674 VF LTDA - ME	JOAQUIM EDVAM PINTO /ANTONIO CARLOS AGUIAR	28/11/2008
6 12.940.251 A. J COMERCIAL LTDA	ANTONIO CARLOS AGUIAR / JOAQUIM EDVAM PINTO	29/11/2010
7 11.219.765 ACL LTDA – ME	ANTONIO CARLOS AGUIAR / ELIANE MANSO DE LIMA	09/10/2009

4. Destaca-se da Representação para Exclusão (fls. 75/79):

“(…)

4. O inciso V, do § 4o do Art. 3o da Lei Complementar 123/2006, define que não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado do Simples Nacional, a pessoa jurídica cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, e que a receita bruta global ultrapasse o limite de R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

5. A tabela abaixo mostra os valores de rendimentos recebidos pelas Pessoas Jurídicas e equiparada. (...)

8. Contudo, o valor global das Receitas Brutas das PJ que tem como sócios os Srs. Joaquim Edvam Pinto e/ou Antônio Carlos Aguiar Cunha, somaram valores acima do teto já no primeiro ano da vigência do Simples Nacional (ac 2007) (RB global de R\$ 3.766.263,22).

9. Destarte, as PJ's J. A. LTDA - ME, J. EDVAM PINTO - EPP, e SHOP LTDA - EPP deveriam proceder à exclusão do SN, mediante comunicação obrigatória da ME ou da EPP, por meio do Portal do Simples Nacional na internet até o último dia útil do mês subsequente ao da ocorrência da situação de vedação.

Acontece que as PJ's em epígrafe não fizeram a comunicação a que estavam obrigadas, ensejando na necessidade de se fazer a exclusão de ofício “

(...)

“III - Análise de JV PAULO LTDA - ME, VF LTDA - ME, A. T COMERCIAL LTDA - ME, ACL LTDA - ME.

Estas sociedades foram constituídas, a partir de 10/07/2008, sendo, portanto, ulteriores às primeiras opções ao Simples Nacional das empresas do grupo.

Desta forma, percebe-se outra problemática na opção ao Regime Especial destas empresas, eis que no momento da opção ao SN, as PJ's já se encontrariam proibidas de fazer a adesão ao sistema, pois pertenciam a pessoa que era sócia ou titular de outras pessoas jurídicas com fins lucrativos, que a receita bruta global ultrapassa o limite de R\$ 2.400.000,00. Assim sendo, fica constatado, que quando do ingresso no Regime do Simples Nacional, que a ME ou a EPP incorria alguma das hipóteses de vedação previstas no art. 12 da Resolução CGSN nº 4, de 2007.”

5. A contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade (fls. 92/102) em que se destaca:

“(…)

A Impugnante, constituída sob a forma de sociedade por cotas de responsabilidade limitada em 24.08.2005, possuía um único estabelecimento no ramo de comércio varejista de artigos de vestuário, calçados e complementos.

Sr: JOAQUIM EDVAM PINTO, empresário, mas, em razão da intenção de expandir o seu negócio, fez parcerias com outras pessoas físicas, na qual veio constituir sociedades empresariais optantes pelo SIMPLES NACIONAL. Respeitando sempre os limites de faturamento de R\$ 2.400.000,00 - para gozo de legalidade jurídica quanto à permanência no regime de tributação diferenciada.

Após esta devidamente instalado, vários anos de atividade empresarial, foi devidamente surpreendido pelo Ato Declaratório do Executivo nº 0007, 01.04.2011; processando sua exclusão do Simples Nacional com efeito retroativo. Pelo fato de excedido limite de faturamento global supracitado anteriormente. A seguir as participações Sr: JOAQUIM EDVAM PINTO:

<i>Nome Empresarial</i>	<i>Cnpj</i>	<i>Efeito da Exclusão</i>	<i>Tipo</i>
<i>J. A. LTDA-ME</i>	<i>06.696.739/0001-66</i>	<i>01.01.2008</i>	<i>Soc. Empresária</i>
<i>J. EDVAM PINTO</i>	<i>84.425.875/0001-25</i>	<i>01.01.2008</i>	<i>Empresário</i>
<i>SHOP LTDA - EPP</i>	<i>07.551.766/0001-03</i>	<i>01.01.2008</i>	<i>Soe. Empresária</i>

O ato de exclusão do Simples Nacional emitido recentemente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB), em desfavor da impugnante consta como motivo da exclusão as empresas que recebam tratamento jurídico diferenciado nos termos da Lei Complementar 123/06, combinado com o inciso V do art. 12º da Resolução CGSN nº. 04/2007 e inciso III, § 1, artigo 3º da Resolução CGSN nº 5/2007

(...)

Portanto, Sr. Julgador, a Lei Complementar nº 123/06, no § 3º do seu art. 18 estabeleceu a receita bruta utilizada para apuração da base de cálculo do Simples Nacional fosse à receita auferida no mês, ou seja, deve ser usado como regra o regime de competência. Entretanto, o mesmo dispositivo de lei permitiu o uso de regime de caixa.

Como veremos mais adiante, a recorrente cometeu um lapso no preenchimento dos recolhimentos dos DAS, pois a receita bruta ou base de cálculo deveria ser apurada conforme valores efetivamente recebidos no mês, regime de caixa. Isso demonstra claramente que a empresa já mais excedeu o Limite de R\$ 2.400.000,00- ano-calendário.

Portanto, Sr. Julgador, as participações em outra empresa ou inscrito como empresário, não excedeu limite de receita bruta global definido o art.12, inciso IV, Resolução CGSN n 04/2007, o que ensejaria a exclusão, in verbis:

(...)

Essa é realidade da recorrente, pois o limite de receita bruta a ser considerado era pelo regime de caixa. Portanto, já mais existiu intenção de lesar os cofres públicos, até porque as empresas da recorrente possuem elevados níveis de insolvência (inadimplência) em suas operações comerciais. O que justifica a opção pela tributação das receitas no regime de caixa.

Contra essa exigência há necessidade de privilegiar a VERDADE MATERIAL, a qual, aliás, constitui um dos princípios do processo administrativo.

Considerando-se, assim, os montantes informados equivocadamente na DASN, e, ainda, os valores recolhimentos excederam o devido, temos a seguinte situação quanto a real receita bruta global das empresas, auferidas:

Ano de 2008

Empresa	Receita Bruta-DASN	Vendas a Prazo	Regime de Caixa*
J.A. LTDA-ME	R\$ 784.741,52	R\$ 408.065,59	R\$ 376.675,93
J. EDVAN PINTO	R\$ 1.134.295,85	R\$ 710.721,89	R\$ 423.573,96
SHOP LTDA-EPP	R\$ 2.398.431,93	R\$ 1.813.214,54	R\$ 585.217,39

Total de Receita Bruta (regime de caixa) global no ano-calendário: *R\$ 1.385.467,28

Ano de 2009

Empresa	Receita Bruta-DASN	Vendas a Prazo	Regime de Caixa*
J.A. LTDA-ME	R\$ 386.392,10	R\$ 185.468,20	R\$ 200.923,90
J. EDVAN PINTO	R\$ 1.198.228,25	R\$ 623.078,66	R\$ 575.149,60
SHOP LTDA-EPP	R\$ 2.397.823,99	R\$ 1.698.367,90	R\$ 699.456,09

Total de Receita Bruta (regime de caixa) global no ano-calendário: *R\$ 1.475.529,50

Ano de 2010

Empresa	Receita Bruta-DASN	Vendas a Prazo	Regime de Caixa*
J.A. LTDA-ME	R\$ 196.611,86	R\$ 100.272,04	R\$ 96.339,82
J. EDVAN PINTO	R\$ 1.457.124,61	R\$ 815.989,77	R\$ 641.134,84
SHOP LTDA-EPP	R\$ 3.649.418,06	R\$ 2.737.063,50	R\$ 912.354,56

*Total de Receita Bruta (regime de caixa) global no ano-calendário: *R\$ 1.649.829,22 (...)*

A redação do art. 6 º, III, da Resolução CGSN nº 15/2007 contraria o disposto no art. 5º, incs. XXXVI e XL da Constituição:

(...)

Sr. Julgador, a exclusão com efeito retroativo, primeiramente fere o direito adquirido uma vez que a impetrante operou todo o ano de 2008, 2009 e 2010 sem receber qualquer notificação da Receita Federal do Brasil. Se a autoridade administrativa permitiu que a empresa operasse todo esse período no SIMPLES NACIONAL está configurada uma situação de fato, que não importa em ilícito.

(...)

Atente-se que a exclusão com efeito retroativo desestrutura a contabilidade da empresa e, sem exagero, abocanha parte do patrimônio, ferindo mais uma garantia constitucional: a vedação ao confisco (art. 150, IV da Constituição).

(...)

Com a flagrante lesão à garantia constitucional da irretroatividade da lei, bem como ofensa a direito adquirido, Receita Federal do Brasil em Macapá totalmente desprovida de senso jurídico, exclui, de forma imediatista, pessoa jurídica do SIMPLES NACIONAL para posteriormente abrir prazo para esta impugnar o mencionado ato, atitude que afronta o princípio do contraditório e da ampla defesa, dispostos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional que regula a matéria, haja vista que excluir para após proporcionar meio de defesa não contempla a acepção ampla dos princípios da boa-fé, posto que não disponibiliza ao contribuinte o prévio direito ao contraditório e a ampla defesa,...

(...)

Sr. Julgador, o Ato Declaratório Executivo nº 007, 01.04.2011, é ato normativo expedido pelo Exmo. Sr. Delegado da Receita Federal em Macapá, cuja vigência ocorre na data de sua publicação, consoante o inciso I do art. 103, acima transcrito. Ou, do contrário, o ADE encarta-se como decisão de órgão singular e como tal tem sua vigência prevista para 30 dias após a data da sua publicação.

Desta maneira, Sr. Julgador, afigura-se contrário ao disposto na Lei Complementar tributária, de hierarquia superior, o disposto no art. 3º do ADE 007 excluindo o contribuinte do SIMPLES NACIONAL retroativamente (de janeiro de 2008 a abril de 2011), com fundamento no art. 6 º, III, da Resolução CGSN nº 15/2007.

(...)

Pela primeira hipótese não pode ser a exclusão. Não é norma interpretativa aquela do art. 6 º, III, da Resolução CGSN nº 15/2007. Também não se encarta nas hipóteses elencadas no inciso II do art. 106.

Há ainda outros princípios que constitucionais que estão sendo violados, em especial o princípio da hierarquia das leis, que pode ser observado na redação do art. 59, incisos I a VII, e § único, da Constituição Federal do Brasil de 1988, in verbis

(...)

Já prevendo a superação do limite de faturamento para sua permanência no Simples Nacional, a impugnante desde janeiro/2011 vem sendo tributada na modalidade de Lucro Presumido. Isso demonstrar claramente a intenção de boa-fé do contribuinte em atender, mais do que ninguém, às normas disciplinadoras da concessão de benefícios de tributação, diferenciado. Não se utilizou de artifício ou qualquer meio fraudulento de suprimir ou reduzir o pagamento de tributos, apurável na modalidade do Simples Nacional, quando esteve presente na modalidade de arrecadação. De tudo exposto, Sr. julgador, levará a vossa convicção a decidir pela ulterior exclusão, a partir de janeiro/2011, conforme demonstrado(...)

A DRJ julgou improcedente a manifestação de inconformidade da empresa recorrente, sob o entendimento de que, ao contrário do defendido pela empresa (que defendia que a aferição devia ser pelo regime de caixa), a empresa havia optado pelo regime de competência, e por esse motivo, teria incidido sob o critério do regime de competência no excesso de faturamento global superior ao legalmente definido, o que a fez ser excluída do regime de tributação pelo SIMPLES.

Face ao referido Acórdão da DRJ, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário, fls. 124 e 131, alegando:

- a) que a verdade material demonstraria o regime de caixa como meio para aferição do faturamento global;
- b) que a exclusão não poderia ter se dado de forma retroativa.

Ao fim, a recorrente pede o provimento do recurso voluntário (fl. 131), no sentido do cancelamento do Ato Declaratório Executivo – ADE que a excluiu do regime de tributação pelo SIPMLES.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Thiago Dayan da Luz Barros, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 2º e do art. 23-B do Anexo II da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), atualizada pela Portaria MF nº 329/2017, considerando-se tratar de exclusão do regime de tributação pelo SIMPLES.

Ainda, observo que o recurso é tempestivo (interposto em 20/09/2013, vide carimbo de recebimento da RFB, fl. 124, face ao recebimento da intimação datada de 23/08/2013, fl. 122) e atenda aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço e se encontra em condições de julgamento.

Preliminar

A recorrente alega, em sede de preliminar, que embora a atividade da empresa “possa proporcionar faturamento superior” ao limite admitido pelo regime de tributação pelo SIMPLES, seria necessário destacar que o regime de caixa deveria ter sido levado em consideração.

Trouxe como fundamento o § 3º, art. 18, da Lei Complementar nº 123/06, para sustentar que tal dispositivo legal permitiu o uso do regime de caixa. Ademais, a recorrente destaca que oferecia a receita obtida ao regime de caixa, efetivamente recebido no mês, em substituição a receita bruta gerada no referido período, preservando os limites do SIMPLES (fl. 125).

A recorrente cita ainda a resolução CGSN nº 38, de 01/09/2008 que assim dispõe:

Art. 2º. A ME e a EPP poderão, opcionalmente, utilizar a receita bruta total recebida no mês - regime de caixa -, em substituição à receita bruta auferida - regime de competência -, de que trata o caput do art. 2º da resolução CGSN nº 51, de 22 de dezembro de 2008, exclusivamente para a determinação da base de cálculo mensal.

Diante de toda a fundamentação trazida, a recorrente ainda expõe uma planilha na fl. 126 que traz um relatório dos anos de 2008, 2009 e 2010, que tem como objetivo principal a

comprovação de que as receitas oriundas de regime de caixa não ultrapassaram o limite de R\$ 2.400.000,00, em cada período, estabelecido em lei para a exclusão do Simples Nacional.

Todavia, segundo o próprio entendimento trazido pela recorrente do art. 18, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06, necessário destacar que o regime de caixa poderia ter sido estabelecido, desde que tal regime tivesse se dado por opção do contribuinte, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irretratável para todo o calendário.

Apesar disso, a recorrente não juntou ao presente processo prova de sua opção formalizada aderindo ao regime de caixa, opção essa exigida nos termos do art. 2º da Resolução CGSN nº 38, de 01 de setembro de 2008, que assim dispõe

Art. 2º [...]

[...]

§ 1º A opção pela determinação da base de cálculo de que trata o caput será irretratável para todo o ano-calendário e **deverá ser realizada, em aplicativo disponibilizado no Portal do Simples Nacional**, quando da apuração dos valores devidos relativos ao mês de:

I - deverá ser registrada quando da apuração dos valores devidos relativos ao mês de janeiro de cada ano-calendário em aplicativo disponibilizado no Portal do Simples Nacional;

I - novembro de cada ano-calendário, com efeitos para o ano-calendário subsequente, na hipótese de ME ou EPP já optante pelo Simples Nacional;

II - será irretratável para todo o ano-calendário.

II - início dos efeitos da opção pelo Simples Nacional, nas demais hipóteses, com efeitos para o próprio ano-calendário.

[...]

Nota-se que, para que se leve em consideração a permissão do regime de caixa, conforme sustenta a recorrente, é necessário fazer a opção supramencionada, via aplicativo disponibilizado no Portal do Simples Nacional.

Assim, quanto ao argumento da recorrente de ter optado pelo regime de caixa (nos períodos de 2008, 2009 e 2010, fl. 126), em substituição ao regime de receita bruta apurada sob o regime de competência, sobre tal fato, não trouxe, a recorrente, portanto, nada aos autos que comprove o alegado (termos de opção pelo Simples relativos a referidos períodos).

Pelas razões sustentadas acima, rejeito a preliminar suscitada pela recorrente.

Mérito

Quanto ao mérito da presente demanda, a recorrente defende que a sua exclusão do regime de tributação pelo Simples, por meio do ADE nº 07/2007, feriria direito adquirido, já que nos anos de 2008, 2009 e 2010 não recebeu “qualquer notificação da Receita Federal do Brasil”. Ainda, supõe a recorrente que, se a RFB “permitiu” que a empresa recorrente operasse nesse período no regime tributário do SIMPLES NACIONAL, estaria configurado o fato de direito adquirido (art. 5º, XXXVI e XL, da CF/88) e, então, não poderia o Fisco em momento posterior apontar algum ato infracional e retroagir os efeitos da exclusão, conforme ADE.

Assim, a recorrente alega que a sua exclusão do SIMPLES, tomada com efeitos retroativos a 01/01/2008, com fundamento no art. 3º, inc. II, alínea “c”, da Resolução CGSN nº 15/2007, contraria matéria de ordem constitucional, ou seja, que a utilização de referido dispositivo da Resolução como fundamento para a aplicação de efeitos retroativos não poderia ser aplicado por entender a recorrente que tal dispositivo seria contrário às disposições constitucionais.

Ocorre que a não aplicação de referido dispositivo da Resolução, sob o argumento de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, seria desconsiderar a validade de uma norma.

Acerca dessa matéria o CARF já se posicionou de maneira sumular, conforme disposto a seguir:

“Súmula CARF nº 2. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária”.

Aduz ainda a recorrente que tal dispositivo da Resolução que admite a retroação dos efeitos do SIMPLES não teria amparo no art. 106, inc. II, do Código Tributário Nacional – CTN, que trata das hipóteses de aplicação da lei tributária a fatos pretéritos.

Ocorre que, conforme anteriormente mencionado, o processo administrativo não é o meio jurídico para declaração da ilegalidade ou inconstitucionalidade de dispositivos da lei ou legislação tributária, conforme já demonstrado por ocasião da transcrição da Súmula CARF nº 02.

Não merecem acolhimento, portanto, as alegações da recorrente.

Nesses termos, subsistindo os motivos que ensejaram a exclusão da contribuinte ao regime de tributação pelo SIMPLES, não há motivos para a reforma do Acórdão da DRJ.

Dispositivo

Diante do exposto, voto por **REJEITAR** a preliminar suscitada e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário, mantendo-se a decisão de piso e, consequentemente, os efeitos do Ato Declaratório Executivo nº 07/2011.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros