



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10510.721409/2011-28
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-004.934 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de outubro de 2020
Recorrente COLEGIO PURIFICACAO LTDA EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2001, 2007

SIMPLES NACIONAL. SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO. PERÍODO ALCANÇADO PELA DECADÊNCIA.

A partir de períodos não alcançados pelo prazo decadencial para lançamento dos tributos envolvidos, caso haja fato impeditivo para permanência no SIMPLES FEDERAL ou do SIMPLES NACIONAL, deve ser formalizado o ato de exclusão, o qual surte efeitos nos termos das leis de regência.

SIMPLES FEDERAL E SIMPLES NACIONAL. CISÃO OU DESMEMBRAMENTO DA EMPRESA.

A cisão ou qualquer outra espécie de desmembramento é óbice à opção das empresas que resultarem dessa operação pelo SIMPLES FEDERAL ou pelo SIMPLES NACIONAL, indefinidamente para o SIMPLES FEDERAL e durante os cinco anos-calendário subsequentes para o SIMPLES NACIONAL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

FLávio Machado Vilhena Dias - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregorio, Flavio Machado Vilhena Dias, Andreia Lucia Machado Mourao, Cleucio Santos Nunes, Fabiana Okchstein Kelbert, Luiz Tadeu Matosinho Machado.

Relatório

Trata-se, o presente processo administrativo, de ADE – Ato Declaratório Executivo expedido pela DRF em Aracaju, através do qual o contribuinte Colégio Purificação Ltda. – EPP, ora Recorrente, foi excluído dos regimes simplificados de tributação, quais sejam: SIMPLES FEDERAL e SIMPLES NACIONAL.

No que tange ao SIMPLES FEDERAL, como se depreende do ADE (fls. 119 e seguintes) e do Relatório produzido pela fiscalização (fls. 02 a 05), a motivação para exclusão do contribuinte seria o fato de ter ocorrido desmembramento das suas atividades. Desmembramento este que teria sido realizado quando já vigente a Lei n.º 9.317/96, configurando-se, assim, a hipótese de exclusão prevista no artigo 9º, inciso XVII da legislação em referência.

A acusação fiscal, neste sentido, foi assim resumida pelo acórdão proferido pela DRJ de Fortaleza:

A exclusão do SIMPLES FEDERAL surte efeitos a partir de 1º/01/2001 e deveu-se à cisão da empresa, o que contraria o art. 9º, XVII, da Lei n.º 9.317/1996. O Colégio Purificação Ltda. EPP tinha como objeto social a exploração do ramo de estabelecimento particular de ensino pré-escolar, fundamental e médio. Com o advento da Lei n.º 10.034/2000, a vedação para ingresso no SIMPLES FEDERAL ficou restrita apenas a quem explorava o ensino médio. Em 1º/02/2001 foi alterado o objeto social da empresa, com a exclusão do rol de atividades da exploração do ensino médio, o que lhe permitiu o ingresso no SIMPLES FEDERAL. Nessa mesma data, foi aberto o estabelecimento com o nome empresarial Colégio Purificação I Ltda. ME (CNPJ 04.278.903/000190), tendo por objeto unicamente a atividade de prestação de serviços de ensino médio. Ademais, os dois colégios foram constituídos com os mesmos 5 sócios, permanecendo o mesmo e único sócio-administrador para ambas. Ambas as empresas funcionam no mesmo endereço físico, sendo diferenciado apenas pela inclusão da expressão “Anexo A”.

Já no que se refere à exclusão do SIMPLES NACIONAL, a motivação constante do ADE e do Relatório produzido pela fiscalização foi de que o contribuinte sofreu desmembramento em 01/04/2002, contrariando, assim, o que restou previsto no § 4º, artigo 3º, da Lei Complementar n.º 123/2006. A acusação fiscal foi assim resumida pela DRJ de Fortaleza:

A exclusão do SIMPLES NACIONAL surte efeitos a partir de 1º/07/2007 e se fundamenta no art. 3º, §4º, IX, da Lei Complementar n.º 123/2006, aplicável às empresas resultantes de cisão ou remanescentes de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido nos últimos cinco anos-calendário anteriores. No ano de 2002, separou-se do Colégio Purificação Ltda. EPP a atividade de educação infantil – pré-escola, conforme Projeto Político Pedagógico dessa instituição. Em 1º/04/2002 foi aberto o Colégio Purificação Júnior Ltda. ME (CNPJ 05.002.106/000148), para exploração dessa atividade, com os mesmos 5 sócios, permanecendo o mesmo e único sócio-administrador para ambos os colégios.

Devidamente intimado, o Recorrente apresentou Manifestação de Inconformidade, alegando, tal como consta no acórdão proferido pela DRJ de Fortaleza, o seguinte:

A empresa foi intimada do Ato Declaratório Executivo em 12/05/2011, na pessoa do seu representante legal. Em 1º/06/2011, apresentou manifestação de inconformidade (impugnação), na qual alega, em síntese, que:

1. Pede que as notificações e intimações sejam enviadas aos seus advogados.
2. Ao longo do tempo enfrentou grandes desafios que fizeram com que os sócios realizassem necessárias e indispensáveis reestruturações organizacionais e operacionais/empreendimentos, por meio do planejamento e da aplicação de ações objetivas que garantissem sua sobrevivência. Diante de acirrada “disputa mercadológica”, quando diversas entidades de ensino lutavam para manter-se funcionando, a Lei n.º 10.034/2000 possibilitou o ingresso de escolas no regime

simplificado de tributação. Em face do permissivo legal, a impugnante se adequou às exigências legais e deixou de desenvolver a atividade de ensino médio, mas continuou com suas outras atividades normalmente. Portanto, não poderia ser enquadrada como resultante de cisão ou desmembramento, pois é empresa remanescente. Assim, não podia ter sido sumariamente excluída do SIMPLES FEDERAL.

3. Também não concorda com a exclusão do SIMPLES NACIONAL, uma vez que o alegado fato impeditivo ocorreu há mais de cinco anos-calendário, já que se efetivou em 1º/04/2002 e a exclusão somente foi decretada em 04/05/2011. A impugnante já tinha o direito de ingressar nesse regime desde 1º/01/2008, portanto excluí-la mais de dez anos após a opção é uma afronta ao devido processo legal, principalmente porque agiu de boa-fé e com a anuência da própria Fazenda Pública, que aceitou passivamente os recolhimentos no regime simplificado. Como o fato que determinou a exclusão ocorreu nos nove anos-calendário anteriores ao ADE 11, mesmo sendo confirmada essa absurda exclusão, a contribuinte tem direito a nova opção pelo regime a partir de 1º/01/2008, já que de acordo com o art. 16, §2º, a opção pode ser realizada até o último dia útil de janeiro, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção.

4. Os institutos do direito privado devem ser observados na aplicação do Direito Tributário e os atos praticados pelos sócios da empresa não ocorreram nos termos do art. 229 e §1º da Lei nº 6.404/1976, não se caracterizando juridicamente uma cisão.

5. A impugnante não absorveu patrimônio nem recursos financeiros de qualquer outra empresa. Embora tenha aparentemente o endereço da outra empresa, funciona em prédio próprio e não há proibição para que os mesmos sócios constituam mais de uma empresa.

6. A atividade de ensino é lícita e garantida pela Constituição Federal, não podendo ser as empresas caracterizadas como em desacordo com a lei.

7. O impedimento para que as empresas tenham o mesmo sócio-administrador somente alcança empresas que tenham em conjunto renda bruta anual superior ao limite permitido, tanto para o SIMPLES FEDERAL, quanto para o SIMPLES NACIONAL. Essa não é a situação das três empresas: Colégio Purificação Ltda. EPP, Colégio Purificação Júnior Ltda. ME e Colégio Purificação I Ltda. ME.

8. Quando da expedição do Ato Declaratório Executivo, a Lei nº 9.317/1996 e a Instrução Normativa SRF nº 608/2006 já estavam revogadas, não podendo haver retroação com o fim de excluir a impugnante do SIMPLES FEDERAL.

9. É óbvio que os efeitos da exclusão, se legalmente amparada, somente podem alcançar os fatos supervenientes ao entendimento manifestado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, por força do princípio constitucional da segurança jurídica, consubstanciado na garantia individual da irretroatividade das normas e das disposições do Código Tributário Nacional (art. 103, I, e art. 146).

10. Se a impugnante não satisfazia as condições de opção pelo SIMPLES, o Fisco tinha o dever de excluí-la desse regime, sendo da responsabilidade da Administração Tributária e não do contribuinte a demora em constatar essa condição. Não cabe a alegação de que ninguém pode desconhecer a lei para justificar a morosidade contumaz que prejudicou a parte mais frágil da relação jurídica. O Código Tributário Nacional, art. 100, contém permissivo de excludente de punibilidade quando observadas pelo contribuinte as práticas reiteradas da autoridade fiscal.

11. Os atos administrativos devem obedecer às regras prescricionais e decadenciais de contagem dos prazos, mormente quando o ADE traz repercussão tributária consubstanciada na lavratura de Autos de Infração. A RFB somente pode excluir a empresa optante pelo SIMPLES até cinco anos-calendário após a ocorrência da situação excludente.

12. Não houve defesa prévia, somente tendo sido intimada a empresa após a lavratura dos Autos de Infração, o que contraria o princípio do devido processo legal.

13. A permanência da impugnante no SIMPLES FEDERAL e no SIMPLES NACIONAL, além de ser um direito é uma questão de sobrevivência. A exclusão sumária, além de ilegal e inconstitucional, é de “indivisa falta de sensibilidade política e social, pois inviabiliza justamente a atividade daqueles que mais criam empregos no País”.

Ao analisar o apelo do contribuinte, entretanto, aquela DRJ entendeu por bem manter o ADE expedido, julgando como improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada. O acórdão proferido recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2001, 2007

SIMPLES NACIONAL. SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO. PERÍODO ALCANÇADO PELA DECADÊNCIA.

A partir de períodos não alcançados pelo prazo decadencial para lançamento dos tributos envolvidos, caso haja fato impeditivo para permanência no SIMPLES FEDERAL ou do SIMPLES NACIONAL, deve ser formalizado o ato de exclusão, o qual surte efeitos nos termos das leis de regência.

SIMPLES FEDERAL E SIMPLES NACIONAL. CISÃO OU DESMEMBRAMENTO DA EMPRESA.

A cisão ou qualquer outra espécie de desmembramento é óbice à opção das empresas que resultarem dessa operação pelo SIMPLES FEDERAL ou pelo SIMPLES NACIONAL, indefinidamente para o SIMPLES FEDERAL e durante os cinco anos-calendário subsequentes para o SIMPLES NACIONAL

Não concordando com a decisão da Turma de Julgamento *a quo*, o Recorrente, ao ser intimado do teor do acórdão proferido, apresentou Recurso Voluntário, no qual, em que pese em alguns trechos trazer em outras palavras os argumentos e alterar a ordem em que os apresenta, repisa, nas razões recursais, os argumentos apresentados na Manifestação de Inconformidade.

Posteriormente, os autos foram remetidos ao CARF e distribuídos a este conselheiro para julgamento.

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro FLávio Machado Vilhena Dias, Relator.

DA TEMPESTIVIDADE

Como se denota dos autos, o Recorrente foi intimado, formalmente, do teor do acórdão recorrido, em 01/04/2014 (AR de fls. 166 e 167), apresentando o Recurso Voluntário no dia 15/04/2014, ou seja, dentro do prazo de 30 dias, nos termos do que determina o artigo 33 do Decreto n.º 70.235/72.

Portanto, sem maiores delongas, é tempestivo o Recurso Voluntário apresentado pelo Recorrente e, por isso, uma vez cumpridos os demais pressupostos para a sua admissibilidade, deve ser analisado por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Como mencionado acima, no Recurso Voluntário apresentado o Recorrente apresenta os mesmos argumentos que haviam sido apresentados em sede de Manifestação de Inconformidade, em que pese em ordem distinta e, por vezes, em outras palavras.

No apelo, ainda, o Recorrente traz sua insurgência em relação à conduta da administração tributária e a suposta interpretação equivocada que essa faz da legislação tributária, o que acabaria por penalizar os contribuinte. Neste ponto, contudo, em que pese esse relator não ter dúvidas e ratificar que o sistema do tributário brasileiro é perverso e em nada acrescenta para o desenvolvimento econômico e social do país, entende-se que não há o que prover ou deixar de prover nas colocações do Recorrente.

De toda forma, a insurgência do Recorrente contra o ADE que o excluiu dos sistemas simplificados de tributação é a mesma e, ao fim ao cabo, foi devidamente enfrentada pela DRJ de Florianópolis.

Nestes sentido, por se concordar com o que restou decidido pela Turma de Julgamento *a quo*, e não tendo novos argumentos a serem enfrentados, invoca-se, como razões de decidir o acórdão proferido pela DRJ de Fortaleza, como autorizado pelo artigo 57, § 3º do RICARF, *in verbis*:

Da Decadência

Trata-se de regime de recolhimento de tributos, cuja exclusão acarreta a obrigatoriedade de a empresa excluída cumprir as obrigações previstas na legislação tributária para as empresas em geral, principais e acessórias. Portanto, realmente não cabe a exclusão que abranja período já alcançado pela decadência para lançamento dos tributos das empresas em geral. Mesmo porque, os tributos pagos na sistemática do SIMPLES FEDERAL ou do SIMPLES NACIONAL são tributos sujeitos ao lançamento por homologação previsto no art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional, encontrando-se definitivamente constituídos pela homologação tácita cinco anos após a ocorrência dos fatos geradores. Assim, após decaídos tais tributos não podem ser revistos ou alterados pelo Fisco Federal.

Contudo, no caso, a intimação da contribuinte do Ato Declaratório Executivo se deu em 12/05/2011, podendo abranger o período até 12/05/2006. Assim, resta perfeito esse ato quanto a esse aspecto.

De outro lado, não há que se falar em prescrição, no caso, pois no Direito Tributário a prescrição é o direito de impetrar a ação de cobrança perante o Poder Judiciário, após definitivamente constituído o crédito tributário, questão que não está sendo discutida nesta seara.

Do Devido Processo Legal

A contribuinte argumenta que houve desobediência ao devido processo legal, já que não houve defesa prévia, tendo sido intimada somente após a lavratura dos Autos de Infração.

O processo administrativo fiscal “é o que tem por objeto a decisão de um conflito, em matéria tributária, suscitado por iniciativa do particular e cuja decisão é da competência de órgãos judicantes da Administração”. Entretanto, a atividade administrativa ligada aos interesses fiscais tem duas fases distintas: fase não contenciosa (oficiosa) e fase contenciosa. A primeira é uma fase na qual a autoridade administrativa pratica atos de ofício tendentes à aplicação da legislação tributária à situação de fato, que resultam na individualização da obrigação tributária. Nessa fase preliminar, a autoridade administrativa coleta dados, examina documentos, solicita esclarecimentos do contribuinte, procede à auditoria dos dados contábeis e fiscais e verifica a ocorrência ou não de fato gerador de obrigação tributária. O administrado, nessa fase, apenas fornece dados e documentos necessários à fiscalização tributária. Trata-se de procedimento oficioso, de iniciativa da autoridade fiscal.

Nessa fase oficiosa, os procedimentos que antecedem o ato de lançamento são unilaterais da fiscalização, não havendo que se falar em processo. Com o lançamento fiscal regularmente notificado ao sujeito passivo, nasce a faculdade deste de poder iniciar a segunda fase do procedimento – a fase contenciosa, litigiosa ou contraditória. Essa fase é de iniciativa do sujeito passivo, em contraposição à fase oficiosa, que é de iniciativa da autoridade fiscal. A Lei nº 9.317/1996, art. 15, §3º, e a Lei Complementar nº 123/2006, art. 39, remetem ao mesmo diploma que cuida desse processo a nível federal, o Decreto nº 70.235/1972, o processo que nasce com a manifestação de inconformidade (impugnação) ao ato de exclusão dos respectivos regimes, SIMPLES FEDERAL e SIMPLES NACIONAL.

Portanto, vê-se que a atividade administrativa de apuração dos fatos não está submetida aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Somente após o início do processo fiscal esses princípios se fazem presentes, devendo reger os atos praticados com o fito de resolver o litígio instaurado. Uma vez que foi concedida à contribuinte a oportunidade de defesa prevista nos diplomas legais pertinentes, não foi ofendido o princípio do devido processo legal, sendo improcedente o seu argumento.

Do Princípio da Estrita Legalidade e da Ausência de Permissivo para Avaliação da Constitucionalidade das Leis.

Cabe salientar que, no Direito Pátrio, a tributação é pautada pelo princípio constitucional da estrita legalidade, não restando margem alguma de discricionariedade, nem ao agente fiscal, nem à autoridade julgadora, que têm o dever de agir conforme a lei.

Ademais, o art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, na redação dada pela Lei nº 11.941/09, veda aos órgãos de julgamento, no âmbito do processo administrativo fiscal, afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, somente podendo ser afastada a aplicação dessas normas em face das exceções previstas no parágrafo único desse artigo.

Portanto, independentemente da empatia que se possa sentir em relação à situação da impugnante e à importância da sua atividade, o julgamento tem que se ater ao que dispõe a lei.

Ao constatarem fato concreto previsto na hipótese legal como causa da exclusão da empresa do regime tributário diferenciado, não podem os agentes tributários competentes se furtar de cumprir a lei porque a empresa alega dificuldades de sobrevivência em face dos efeitos da exclusão. Tampouco, há direito adquirido, no caso, por causa da demora na constatação do fato excludente, mormente porque está sendo cumprido o prazo decadencial previsto na lei.

Da legalidade da Exclusão

A Lei nº 9.317/1996, em seu art. 9º, XVII, determina que não pode optar pelo SIMPLES FEDERAL a empresa que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, salvo em relação aos eventos ocorridos antes da vigência dessa lei.

Em primeiro lugar o que se observa é que não se trata apenas da cisão efetuada nos moldes da Lei nº 6.404/1976, a qual dispõe sobre as sociedades por ações, mas sim de qualquer forma de desmembramento da pessoa jurídica, o que não há dúvidas que ocorreu, no caso, conforme assumido pela própria impugnante. Não se trata, assim, de deturpação dos institutos do direito privado, não sendo demais lembrar que os princípios gerais do Direito Privado não são utilizados para a definição dos efeitos tributários (Código Tributário Nacional, art. 109).

Vejamos os fatos relatados pelo Auditor Fiscal na sua Representação:

I. Em 01/02/2001 foi alterado o objeto social da atuada, com a exclusão da atividade de ensino médio. Na mesma data, foi aberto o CNPJ 04.278.903/0001-90, com o nome empresarial Colégio Purificação I Ltda. ME, cujo objeto é exclusivamente a atividade de prestação de serviços de ensino médio, havendo identidade de sócios com a atuada,

tendo as duas empresas também o mesmo sócio administrador. Além disso, o endereço de ambas as empresas é o mesmo e na primeira GFIP do novo colégio, dos 16 segurados apenas 1 não estava na GFIP da competência anterior do autuado. No verso dos registros desses empregados consta a informação de que foram transferidos da empresa anterior (autuada).

II. No ano de 2002, separou-se do Colégio Purificação Ltda. EPP a atividade de educação infantil – pré-escola, dando origem ao Colégio Purificação Júnior, situação prevista no Projeto Político Pedagógico do Colégio Purificação (primeira empresa), no qual é citada a construção de um prédio adequado para a educação infantil. Em 1º/04/2002, foi aberto o CNPJ 05.002.106/0001-48, com o nome empresarial Colégio Purificação Júnior Ltda. ME, constituído com os mesmos sócios, inclusive sócio-administrador, da empresa desmembrada.

Na primeira GFIP dessa empresa, todos os 13 segurados empregados estavam na GFIP da competência anterior do autuado. Da mesma forma que na criação do Colégio Purificação I Ltda. ME, no Registro de Empregados consta a informação de transferência da empresa original.

III. O sócio-administrador, Sr. José Joaquim Macedo possui a maioria das cotas das 3 empresas: 51% do capital social do Colégio Purificação Ltda. EPP, 75% do Colégio Purificação I Ltda. ME e 75% do Colégio Purificação Júnior Ltda. ME.

A impugnante argumenta que não é resultante de um desmembramento, mas sim remanescente, o que descaracterizaria o enquadramento legal efetuado pela fiscalização. Parte de uma comparação entre o art. 9º, XVII, da Lei nº 9.317/1996, com o art. 3º, §4º, da Lei Complementar nº 123/2006, o qual acrescentou a palavra “ou remanescente” ao tratar do impedimento para opção pelo SIMPLES NACIONAL por a pessoa jurídica ter sido objeto de cisão ou outra forma de desmembramento.

Entretanto, tal interpretação não se coaduna com o objetivo da lei do SIMPLES FEDERAL ou mesmo com o significado do dispositivo combatido pela impugnante. Quando ocorre o desmembramento de uma empresa, tem-se como resultado duas ou mais empresas menores, cada uma constituindo uma parte da empresa original e todas sendo resultado dessa operação. O fato de na nova lei ter sido descrita essa condição de forma mais minuciosa não muda o alcance da lei anterior, cuja interpretação deve ser no sentido de considerar as duas empresas como efeito do desmembramento. A finalidade da lei é impedir justamente o que ocorreu no caso: um desmembramento cujo objetivo real é o enquadramento no regime favorecido, porém continuando as empresas que resultaram dessa operação atuando em conjunto, com um estrutura superior a das concorrentes menores, as quais realmente são o alvo da lei.

Quanto à alegação de que ambas as empresas não obtiveram faturamento superior ao limite para a proibição que consiste em terem os mesmos sócios, não cabe aqui a análise desse ponto. Na verdade, em momento algum o Auditor Fiscal, na sua Representação, utiliza como fundamento da exclusão o art. 9º, IX, da Lei nº 9.317/1996 ou o art. 3º, §4º, IV, da Lei Complementar nº 123/2006. Tampouco foi feita referência a esses dispositivos no Ato Declaratório Executivo. A menção à identidade de sócios se prestou para evidenciar o liame entre as empresas e caracterizar o desmembramento, o qual resultou em duas empresas com os mesmos sócios e com divisão de estrutura física e de empregados.

Com respeito ao prazo de cinco anos-calendário disposto no art. 3º, §4º, IX, da Lei Complementar nº 123/2006, refere-se o mesmo ao lapso de tempo entre o desmembramento da pessoa jurídica e o ano calendário para o qual vige o impedimento. Assim, caso tenha havido o desmembramento ou cisão, as empresas derivadas dessa operação estão impedidas de optar ou permanecer no regime diferenciado do SIMPLES NACIONAL durante os cinco anos-calendário que se seguirem. No caso, o desmembramento ocorreu em 1º/04/2002, não podendo, pois, ambas as empresas (Colégio Purificação Ltda. EPP e Colégio Purificação Júnior Ltda. ME) participarem desse regime no ano-calendário 2007. Ademais, conforme art. 3º, § 6º, da mesma lei complementar, os efeitos da exclusão se dão a partir do mês seguinte ao da ocorrência

da situação impeditiva, estando perfeita a decisão proferida no Ato Declaratório Executivo em questão.

A alegação de que a contribuinte teria readquirido o seu direito à inclusão no SIMPLES NACIONAL em 1º/01/2008 não é suficiente para eximi-la dos efeitos da exclusão. A empresa, para usufruir do regime precisa efetuar o pedido que consubstancia sua opção (Lei Complementar n.º 123/2006, art. 16). No caso, o recolhimento dos tributos nos termos do SIMPLES NACIONAL não se deu segundo nova opção deferida e dentro dos moldes legais, mas sim em face de opção anterior efetuada indevidamente, fato que somente foi constatado em ação fiscal, necessária para uma verificação mais aprofundada da situação da empresa.

Vale ressaltar, ainda, que em momento algum foi dito que a atividade da empresa é ilícita ou que a sua constituição está em desacordo com a lei. Apenas, em ambos os casos, houve um fato jurídico impeditivo para a escolha do regime simplificado, o que ensejou a exclusão (SIMPLES FEDERAL ou SIMPLES NACIONAL), tudo conforme previsto na lei: Lei n.º 9.317/1996 ou Lei Complementar n.º 123/2006.

Com relação à revogação da Lei n.º 9.317/1996, a qual tratava do SIMPLES FEDERAL, essa lei estava em pleno vigor quando da ocorrência do fato apontado pela autoridade fiscal, cuja Representação foi acatada e ensejou a lavratura do Ato Declaratório Executivo. Não se trata, portanto, de retroação da lei, mas de aplicação da lei tributária vigente à época dos fatos, na forma do art. 101 e seguintes do Código Tributário Nacional. Não houve, portanto, afronta alguma ao princípio da segurança jurídica.

Da mesma forma, não se aplica aqui o art. 100 do Código Tributário Nacional, uma vez que não houve prática reiterada do Fisco no sentido de se manifestar favorável aos contribuintes diante de fato equivalente. Ademais, no caso, diante da constatação dos desmembramentos apurados, a primeira manifestação da Administração Tributária foi no sentido de considerar indevida a inclusão da contribuinte nos regimes em tela.

Não procedem, pois, os argumentos da contribuinte.

Por todo exposto, vota-se por **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

FLávio Machado Vilhena Dias