



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10510.721411/2011-05
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº **9101-005.185 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 8 de outubro de 2020
Recorrente COLÉGIO PURIFICAÇÃO JUNIOR LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA SOBRE A INEXISTÊNCIA DE OBSTÁCULO À OPÇÃO PELO SIMPLES FEDERAL. NÃO CONHECIMENTO.

A divergência jurisprudencial se caracteriza quando os acórdãos recorrido e paradigma, em face de situações fáticas similares, conferem interpretações divergentes à legislação tributária. No caso, a diferença de conclusão entre o recorrido e o paradigma não se deve a nenhuma divergência jurisprudencial, e sim às diferentes situações fáticas retratadas em cada um dos julgados. Se não há como visualizar, a partir do paradigma apresentado, uma divergência jurisprudencial que permita o debate proposto pela contribuinte em torno dos fundamentos pelos quais o acórdão recorrido manteve o ato de exclusão em relação ao Simples Federal, não há como conhecer do recurso.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

EFEITOS DA EXCLUSÃO. RETROATIVIDADE.

O ato de exclusão não pode retroagir para alcançar períodos de apuração nos quais os recolhimentos simplificados já estão homologados tacitamente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, vencida a conselheira Livia De Carli Germano, que conheceu integralmente do recurso e, no mérito, na parte conhecida, por unanimidade de votos, em dar-lhe provimento parcial.

(documento assinado digitalmente)

Andrea Duek Simantob – Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Viviane Vidal Wagner, Amelia Wakako Morishita Yamamoto, Fernando

Brasil de Oliveira Pinto (suplente convocado), Luis Henrique Marotti Toselli, Caio Cesar Nader Quintella, Andrea Duek Simantob (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela contribuinte acima identificada contra o Acórdão n.º 1301-002.966, de 11/04/2018, recurso que está fundamentado atualmente no art. 67 e seguintes do Anexo II da Portaria MF n.º 343, de 09/06/2015, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

O acórdão recorrido contém a ementa e a parte dispositiva descritas abaixo:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS. ATO DECLARATÓRIO.

O ato de exclusão do Simples possui natureza declaratória, que atesta que o contribuinte já não preenchia os requisitos de ingresso no regime desde data pretérita, surtindo efeito desde à data de constituição da empresa.

Porém, não é razoável impor obrigação de fazer um novo pedido para que se aceite sua permanência no regime simplificado denominado de SIMPLES NACIONAL, a partir do ano-calendário 2008, mormente quando inexistia no período qualquer ato, seja do contribuinte, seja da própria Administração tributária, que incontestavelmente reconhecia que o pagamento dos tributos devidos não poderia ser realizado pelo regime simplificado.

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

A legislação do Simples Federal veda expressamente a opção ao regime simplificado feita por pessoa jurídica que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, cancelando tão-somente os efeitos do Ato Declaratório Executivo n.º 12/2011 a partir de 01/01/2008.

No recurso especial, a contribuinte alega que o acórdão recorrido deu à legislação tributária interpretação divergente da que foi dada em outros processos, relativamente às seguintes matérias:

- 1) decadência do direito estatal de excluir o contribuinte do Simples Federal ou Nacional; e
- 2) inexistência de obstáculo à opção pelo Simples Federal à pessoa jurídica resultante de desmembramento.

No exame de admissibilidade, foi dado seguimento às duas matérias acima, conforme despacho exarado em 10/07/2019 pela Presidente da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF.

O reconhecimento das alegas divergências jurisprudenciais está embasado em parecer assim fundamentado:

[...]

Neste Recurso Especial, a recorrente trouxe à baila as seguintes matérias:

1) decadência do direito estatal de excluir o contribuinte do Simples Federal ou Nacional;

2) inexistência de obstáculo à opção pelo Simples Federal à pessoa jurídica resultante de desmembramento.

Para as matérias nº 1 e nº 2, a recorrente suscita divergência entre o acórdão recorrido e os acórdãos nº **1102-00.652** e **1101-000.954**, ofertados como paradigmas. Acrescente-se que a recorrente juntou cópias dos acórdãos ofertados como paradigmas, obtidas no sítio do CARF na Internet, na forma do artigo 67, §§ 9º e 10, do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015.

Os acórdãos indicados como paradigmas não foram reformados até a data da interposição do Recurso Especial. Eis suas ementas:

- acórdão nº **1102-00.652**:

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

Ano-calendário: 2002

EMPRESA REMANESCENTE – Desmembramento ocorrido em 01/01/2001 para beneficiar-se da tributação simplificada (Lei 10.034 de 24/10/2000, art.1º) inclui-se no rol da elisão fiscal que era permitida até o advento da Lei Complementar 123 de 14/12/2006, que expressamente proibiu à remanescente de optar pelo SIMPLES.”

- acórdão nº **1101-000.954**:

“CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Período de apuração: 01/01/2002 a 30/06/2007

EXCLUSÃO. PESSOA JURÍDICA RESULTANTE DE DESMEMBRAMENTO. É vedada a opção no SIMPLES Federal por pessoas jurídicas resultantes de qualquer forma de desmembramento que enseje a transferência de atividades operacionais de outra pessoa jurídica, mormente tendo em conta que as pessoas jurídicas apresentam-se ao público consumidor como se uma única empresa fossem. ALTERAÇÃO DA VEDAÇÃO NO ÂMBITO DO SIMPLES NACIONAL. É vedada a aplicação retroativa de lei que admite atividade anteriormente impeditiva ao ingresso na sistemática do Simples (Súmula CARF nº 81).

EFEITOS DA EXCLUSÃO. RETROATIVIDADE. No caso de contribuintes que fizeram a opção pelo SIMPLES Federal até 27 de julho de 2001, constatada

uma das hipóteses de que tratam os incisos III a XIV, XVII e XVIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir de 1º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002 (Súmula CARF nº 56). DECADÊNCIA. O ato de exclusão não pode retroagir para alcançar períodos de apuração nos quais os recolhimentos simplificados já estão homologados tacitamente.”

O voto condutor do acórdão recorrido expõe as seguintes razões:

a) quanto à matéria nº 1 - **decadência do direito estatal de excluir o contribuinte do Simples Federal ou Nacional:**

- o ato de exclusão do regime simplificado possui natureza declaratória, que atesta que o contribuinte já não preenchia os requisitos de ingresso no regime desde a data da constituição da pessoa jurídica, em abril de 2002.

A ementa do acórdão nº **1101-000.954** já indica a **existência de divergência em relação ao acórdão recorrido**, ao estabelecer que “o ato de exclusão não pode retroagir para alcançar períodos de apuração nos quais os recolhimentos simplificados já estão homologados tacitamente.”

b) quanto à matéria nº 2 - **inexistência de obstáculo à opção pelo Simples Federal à pessoa jurídica resultante de desmembramento:**

- o artigo 9º, inciso XVII, da Lei nº 9.317/1996 veda a opção pelo Simples Federal à pessoa jurídica que resultar de desmembramento.

A ementa do acórdão nº **1102-00.652** também retrata a **existência de dissídio jurisprudencial**, na medida em que prescreve que, no interregno entre a Lei nº 10.034/2000 e a Lei Complementar nº 123/2006, não havia vedação ao ingresso no Simples Federal à pessoa jurídica resultante de desmembramento.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 67, *caput* e § 6º do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, segue a proposta de que seja DADO SEGUIMENTO ao Recurso Especial interposto por **Colégio Purificação Júnior Ltda.**

Para o processamento do recurso especial, a contribuinte desenvolve os seguintes argumentos:

- Foi equivocada a interpretação dos fatos e a aplicação do direito usados na fundamentação do acórdão recorrido, razão pela qual a sua conclusão é divergente dos acórdãos indicados como paradigma;

- O Acórdão recorrido firmou o entendimento que a constituição da empresa Recorrente é resultante de um ato de desmembramento do Colégio Purificação Ltda-EPP, empresa pertencente, também, aos seus sócios. Fato que constituía impedimento à sua opção pelo Simples Federal desde à data de sua fundação, razão pela qual a sua inscrição realizada em 01/04/2002, representou flagrante violação à lei permissiva. Daí confirmou a exclusão da Recorrente do Simples Federal decretada pelo ADE 12, de 04/05/2011, porque, inexistente lapso temporal previsto para decretar a exclusão, podendo a RFB fazê-la a destempo. Em relação ao Simples Nacional concordou com a defesa da Recorrente e cancelou os efeitos do ADE 12/2011 a partir de 01/01/2008. Ficando, assim, reconhecido o direito da Recorrente de continuar como empresa optante pelo Simples Nacional;

- No entanto, acerca da suspensão dos efeitos do ADE 12/2011 a partir de 01/01/2008, a Requerente discorda da decisão atacada apenas em relação à data do reconhecimento de sua opção, que deve ser a partir de 01/07/2007, como determina a LC 123/2006, e não 01/01/2008, tendo em vista que tinha garantido o direito de optar nessa data;

- Em relação à opção da Recorrente pelo Simples Nacional a partir de 01/07/2007, é imperioso lembrar o que determina o §4º do art. 16, da Lei Complementar 123/06, *in verbis*:

"Art. 16. A opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e empresa de pequeno porte dar-se-á na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irrevogável para todo o ano-calendário.

(...)

§4º Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as microempresas e empresas de pequeno porte regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma vedação imposta por esta Lei Complementar".

- Diante disso, como a Recorrente não tinha nenhuma vedação prevista na LC 123/2006 que a impedisse de fazer a sua opção, poderia fazê-la em 01/07/2007. Portanto, ao contrário do que consta na decisão ora atacada, a vigência da inscrição no Simples Nacional realizada pela empresa Recorrente é a data de sua opção, ou seja, 01/07/2007, nos termos da lei supra mencionada e não, 01/01/2008, como consta no acórdão objeto deste recurso especial (01/01/2008);

- Voltando a falar sobre o Simples Federal é importante dizer que a empresa recorrente Colégio Purificação Júnior Ltda-ME, constituída em 01/04/2002, como empresa nova, para desenvolver as atividades de educação infantil - pré-escola (atividades não impeditivas à sua opção pelo Simples Federal), atendendo, assim, rigorosamente as exigências legais da legislação pertinente;

- Nesse sentido, insta esclarecer que a Recorrente, desde o início de sua defesa, vem prequestionando e demonstrando que os atos praticados pelos seus sócios, em 01/04/2002, não poderiam ser considerados inadequados e/ou ilegais apenas em decorrência da voracidade punitiva/arrecadatória praticada pela Administração Fazendária. Isso porque, ficou, mais do que provado, que os atos cuja prática foi atribuída à Recorrente foram realizados de boa-fé e de acordo com os ditames da lei, por essa razão são incluídos no rol da elisão fiscal. Fato que é corroborado pelos paradigmas indicados;

- Nesse sentido, é oportuníssimo lembrar, ainda, que ao contrário do entendimento inserto no acórdão contrariado, os institutos do direito privado devem ser observados na aplicação do direito tributário, conforme determina o CTN:

"Art 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou Municípios, para definir ou limitar competências tributárias".

- A lei tributária não pode mudar os institutos, os conceitos, as definições e as formas de direito privado para fins de adequação com propósitos de arrecadação, como podemos observar no entendimento inserto no acórdão objeto deste recurso;

- Portanto, somente através de uma interpretação canhestra ou marcada pelas luzes do arbítrio (utilizada pela autoridade Fiscal), confirmada pelo acórdão guerreado, foi possível caracterizar a constituição da empresa Recorrente, em 01/04/2002, como uma empresa resultante de cisão ou desmembramento. Isso porque, foi na condição de uma empresa nova que passou a prestar serviços educacionais (educação infantil/pré-escolar) que também eram as atividades originais do objeto social do Colégio Purificação Ltda. EPP, as quais não constituíam impedimentos à opção pelo Simples diante do permissivo legal, porque estavam caracterizadas como práticas da elisão fiscal;

- Dessa forma, a Recorrente estava apta a optar pelo Simples Federal, na data em que foi requerida a sua opção (01/04/2002);

- Então, vejamos o que a Lei 9.317, de 22 de dezembro de 1996, determina acerca dos impedimentos a opção pelo Simples Federal

"Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

XVII - que seja RESULTANTE de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, salvo em relação aos eventos ocorridos antes da vigência desta Lei.

(destacamos)

- Ora! Analisando o que é estabelecido pela lei e que consta nos autos, podemos afirmar que certamente o acordo contrariado deverá ser reformado, porque, está evidenciado que a empresa Recorrente não poderia ser enquadrada na situação vedada por lei, tendo em vista que, legal e juridicamente, não seria resultante da cisão ou desmembramento da empresa Colégio Purificação Ltda-EPP;

- Nesse sentido, fica claro a presença da divergência entre o acórdão guerreado e aqueles que indicados como paradigmas. Ficando, assim, objetivamente demonstrada a existência da divergência suscitada neste recurso especial;

- É bom esclarecer que, naquele momento, a constituição da Recorrente decorreu de um planejamento tributário visando a sua adequação às necessidades de mercado e a prática da elisão fiscal que é legalmente permitida, bem como a manutenção de sua própria sobrevivência. Portanto, não tinha o objetivo de burlar a legislação fiscal, como equivocadamente entendeu o Fisco;

- Explicando. A manutenção da decisão de exclusão do Simples Federal a partir de 01/2002 deverá ser reformada porque, nesse caso, além das questões fáticas e de direito já elencados, ainda resta evidente que a Recorrente agiu de boa-fé, fato confirmado pelo procedimento fiscal que não encontrou nenhum indício de fraude, simulação ou dolo;

- Portanto, estando presente a presunção de inocência da Recorrente, o julgamento, em qualquer instância, obrigatoriamente deverá observá-lo por ser um princípio garantido constitucionalmente. Por essa razão, não há porque falar em manter a exclusão da Recorrente do Simples Federal nos termos do ADE 12/2011, sem que não seja a confirmação de uma insuportável injustiça;

- Ademais, não devemos esquecer o fato de que o incentivo à atividade de ensino privado desenvolvida pelas empresas fiscalizadas e excluídas sumariamente do Simples Federal e Nacional pelos famigerados ADEs da RFB, vem da própria Constituição Federal (art. 209, I, II). E, também, da Lei 10.034/2000 que foi editada com esse objetivo;

- Além de ficar demonstrada divergência suscitada, existem outras questões justificadoras do direito à opção e permanência da Recorrente no Simples Federal a partir da data de sua opção (01/04/2002). A tese defendida pela Recorrente encontra amparo na jurisprudência indicada como paradigma e nas razões fáticas e de direito expostas a seguir:

(1)

- Trata-se da questão relativa à aplicação e obediência ao princípio da irretroatividade das leis nos julgamentos administrativos. É um princípio estabelecido pela Constituição Federal, portanto, não é exclusivo do direito tributário. É cediço que esse princípio prescreve, em síntese, que a lei nova não retroagirá, sob pena de ferir-se o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF);

- Aplica-se ao caso em comento, porque quando da expedição do Ato Declaratório Executivo 12, datado de 04 de maio de 2011, há muito tempo a matéria já estava regulamentada pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, cuja vigência teve início em 01/07/2007. Por isso, estavam revogadas a Lei 9.317/96 e a IN SRF 608/2006 (interpretadas e aplicadas pela RFB) bases legais para que fosse decretada exclusão de ofício (sumária) da Recorrente do Simples Federal com efeito retroativo a partir de 01 de janeiro de 2002;

- Não há dúvidas acerca da revogação da citada Instrução Normativa, porque a sua aplicabilidade está subordinada à vigência da Lei 9.317/96, sendo esta revogada expressamente pela Lei Complementar 123/06, ela também o foi. Por esta razão de direito, a Lei 9.317/96 e a IN/SRF 608/06 não mais poderiam ser aplicadas para decretar a exclusão da empresa recorrente porque o novo dispositivo legal revogou *in totum* a lei anterior que regulamentava a matéria;

- Acerca da aplicação da retroatividade da lei é sempre oportuno lembrar que, muito embora o ADE seja um administrativo declaratório, mas, quando decreta a exclusão de uma empresa optante são lavrados autos de infração exigindo recolhimento de tributos. Por essa razão, acreditamos que os ADEs também são atos sujeitos à incidência das regras relativas a retroatividade da lei definidas e especificadas pelo Código Tributário Nacional (artigos 103,1 e 146);

- Obviamente, por força desses dispositivos do CTN aplicados em consonância com o princípio da segurança jurídica determinado constitucionalmente, repercutem na garantia do contribuinte (recorrente) de não ter o seu direito violado em decorrência da errônea aplicação da retroatividade da lei que regulamentava a matéria, no momento em que fez a sua opção (entendimento também defendido pelas decisões indicadas como paradigmas);

- Assim sendo, fica devidamente demonstrada que é inaplicável a retroatividade da lei, no caso da exclusão da Recorrente do Simples Federal, porque é absolutamente ilegal e por ofender o princípio estabelecido constitucionalmente, razão pela qual há de ser observado, mesmo que se trate de um julgamento administrativo;

(2)

- Na exclusão da Recorrente do Simples Federal determinada pelo ADE 12/2011, também, há hostilidade flagrante ao princípio do devido processo legal. Nunca é demais lembrar que foi objeto de prequestionamento o fato de que a Lei 9.317/96 (Simples Nacional) e a Lei Complementar n.º 123/2006 (Simples Nacional), regulamentaram as regras para a exclusão de ofício das empresas do regime diferenciado, unificado e simplificado de arrecadação de tributos. Mas, também, asseguraram ao contribuinte (recorrente) o amplo direito de defesa;

- Assim, sem mais delongas, o ADE 12/2011 é nulo porque fere princípios garantidos pela Constituição Federal, fato que o Julgador administrativo tem que analisar, independentemente de poder ou não de manifestar-se acerca de flagrante inconstitucionalidade;

(3)

- Também foi matéria de prequestionamento nos recursos anteriores a questão relativa à imprescritibilidade dos ADEs defendida pelo acórdão que está sendo guerreado. Como sabemos, a Lei 9.317/96 e a Lei Complementar 123/2006 são omissas em relação a fixação de prazo para a Receita Federal decretar de ofício a exclusão do contribuinte. No entanto, isso não significa dizer que o prazo seja imprescritível, como defende o entendimento inserto no ADE e confirmado no acórdão objeto deste recurso, porque existem outras regras do direito administrativo que devem ser observadas, entre elas a inexistência de prazos eternos (*ad aeternum*);

- Por isso, é preciso combater, com toda urgência necessária, para que não venha prevalecer esse entendimento da RFB. Isso porque, no caso de prevalência dessa tese, qualquer empresa optante pelo Simples federal, em 01/01/2002, daqui a cem anos (caso exista) poderá ser excluída do Simples, apenas porque a autoridade fiscal venha achar que algum ato praticado pelos seus sócios ou pela instituição optante, antes da data da opção, a impedia de requerê-la. De logo, fica claro que se trata de uma ideia tão absurda que não encontra respaldo na atual legislação nem representa a intensão do legislador ao aprovar as leis específicas em comento;

- Portanto, entende a Recorrente que por se tratar de matéria com repercussão na área tributária, tendo em vista que a sua exclusão dos Simples Federal e Nacional pelo ADE 12/2011 veio acompanhada da lavratura dos autos de infração indicando os tributos a serem recolhidos pela empresa excluída. Assim sendo, é passiva, sim, de ser abraçada pela incidência da prescrição/decadência (entendimento também defendido pelos acórdãos indicados como paradigmas);
- Consta nos autos que a Recorrente optou pelo Simples Federal em 01/04/2002. Mas somente foi excluída pelo ADE 12, de 04/05/2011. Portanto, quase dez anos depois da sua opção. Assim sendo, autorizaram ou permitiram que a RFB, primeiro promova a exclusão da empresa optante/recorrente através do Ato Declaratório Executivo 12/2011, para, ao depois do ato consumado, proceder a sua intimação para se defender;
- No Estado Democrático de Direito a aplicação de tal entendimento é uma grave violação ao princípio constitucional de garantia ao contraditório e da ampla defesa. Por isso, não mais existe lugar para condenar sem antes garantir ao acusado o direito de defesa, razão pela qual é vedado em nosso ordenamento jurídico a exclusão da empresa Recorrente do Simples Federal, na forma estabelecida pelo ADE 12/2011;
- Como podemos ver, no caso em comento, a RFB excluiu (puniu) a Recorrente, sem a defesa prévia, porém, ordenou, de imediato, a lavratura dos respectivos Autos de Infração, exigindo o recolhimento de tributos derivados da referida punição. Só então, intima a empresa excluída para se defender, no prazo legal. Mesmo assim, quer fazer acreditar que garantiu o amplo direito de defesa;
- Felizmente, os Tribunais Regionais Federais estão garantindo o direito dos contribuintes através de decisões contrárias a essa prática odiosa e costumeira que vem sendo adotada pela RFB;
- Nesse sentido existe vasta jurisprudência do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 5ª Região - com decisões unânimes entre as quais transcrevemos a seguinte: [...];
- Acreditamos na ilegalidade e nulidade da exclusão porque, ao contrário do que alega o Fisco federal, os atos praticados pela administração pública não são acobertados pela manto da eternidade (*não são ad aeternum*);
- Nessa esteira, é salutar lembrar que a opção da Recorrente pelo SIMPLES FEDERAL foi precedida de uma série de formalidades junto à Administração Fazendária, as quais foram rigorosamente cumpridas pela empresa optante de acordo com as determinações do art. 8º da Lei 9.317/96, que, na época, regulamentava as condições para que a opção fosse deferida pela RFB;
- Por fim, diz a Recorrente que, de boa-fé, acreditava estar legalmente inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, com anuência da Autoridade Fazendária e, por isso, recolheu, por todos esses anos, regular e pontualmente, os tributos como uma empresa optante pelo Simples

Federal sem manifestar qualquer tipo de oposição por parte do Fisco Federal (Também, assim, entendeu os paradigmas indicados);

- Por essa especial razão, não poderia nem pode, repentinamente, ser excluída sumariamente (de ofício) pelo ADE 12/2011. E, agora, no caso da confirmação da indigitada decisão hostilizada seja obrigada a arcar com os danosos gravames financeiros, vinculados diretamente à ausência de fiscalização tempestiva por parte da Receita Federal, que deixou de cumprir a sua obrigação por um lapso temporal de quase dez anos. Por isso, acreditamos que já decaiu o direito da RFB excluir de ofício a Recorrente. É o que, de logo, fica requerido;

(4)

- Também foi objeto de prequestionamento o entendimento inserto no acórdão de que a existência de único sócio como administrador das empresas envolvidas e que a constituição da Recorrente que foi caracterizada pelo agente fiscal como resultante de um desmembramento constituem fatos impeditivos de sua opção pelo Simples Federal ocorrida em 01/04/2002. No entanto, tal entendimento não deve prosperar porque cai por terra diante do que determina expressamente o artigo 3º, § 4º, V, da LC 123/06 transcrito a seguir:

“Art. 3º (...)

§4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; (Destacamos).

- Dessa forma, é oportuno lembrar que a soma da receita bruta anual das empresas Colégio Purificação Ltda. EPP, Colégio Purificação Júnior Ltda. ME, e Colégio Purificação I Ltda. ME, quando das opções realizadas pela Recorrente, com a anuência da RFB, não ultrapassava o limite estipulado pela Lei 9.317/1996 (R\$ 1.200.000,00 - Simples Federal) e pela Lei Complementar 123/2006 (R\$ 2.400.000,00 - Simples Nacional);

- Por conseguinte, a exclusão da Recorrente do Simples Federal e Nacional decretada pelo ADE 12/2011, que está sendo contestado, não poderia ter a questão societária como um dos fundamentos de sustentação da edição do ato excludente sob pena de ferir o comando da lei acima e o direito da Recorrente, bem como desnuda por completo a acusação pelo Fisco Federal de que a sua constituição tinha como objeto burlar a lei para recolher menos tributos;

- Concluindo, a Requerente diz que já chamava atenção em seus recursos sobre a existência da real ameaça de extinção, caso o planejamento tributário e os atos praticados em 2002 pelos seus sócios não produzissem os resultados esperados e fossem incapazes de enfrentar a acirrada concorrência no setor do ensino privado, fatalmente, o seu funcionamento seria inviabilizado. Infelizmente, a previsão foi concretizada;

- Por essa razão, foi obrigada a encerrar as suas atividades com a devida baixa e cancelamento de inscrição no CNPJ em 25/09/2015, como bem demonstram as cópias das certidões de inatividade anexas (docs. 04/05);

- DIANTE DO EXPOSTO, espera a Recorrente o conhecimento e total provimento ao presente Recurso Especial, para que se faça a reforma do acórdão atacado, determinando que ação fiscal seja considerada improcedente, cancelando-se, assim, o Ato Declaratório Executivo 12/2011, garantindo a permanência da empresa recorrente no Simples Federal a partir da data da opção (01/04/2002) e, em relação Simples Nacional, que a opção tenha efeito a partir de 01/07/2007, e não 01/01/2008, como determina a decisão recorrida, por ser uma questão de Direito.

Em 17/07/2019, o processo foi encaminhado à **PGFN**, para ciência do despacho que deu seguimento ao recurso especial da contribuinte. Nos termos do art. 23, §§ 8º e 9º, do Decreto n.º 70.235/72, a PGFN seria considerada intimada ao término do prazo de trinta dias contados da data acima referida, mas antes disso, em 02/08/2019, o referido órgão apresentou tempestivamente as **contrarrazões** ao recurso, com os seguintes argumentos:

- O acórdão recorrido merece ser mantido por suas próprias razões e pelos fundamentos expostos a seguir;

- A Lei n.º 9.317, de 5 de dezembro de 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, *verbis*:

Art. 9º. Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

[...]

XVII - que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, salvo em relação aos eventos ocorridos antes da vigência desta Lei;

- O dispositivo deste inciso XVII do art. 9º da Lei n.º 9.317/1996 não cuida apenas da cisão efetuada nos moldes da Lei n.º 6.404/1976, a qual dispõe sobre as sociedades por ações, mas dispõe sobre qualquer forma de desmembramento da pessoa jurídica;

- Como bem relatado na Representação Fiscal para exclusão dos Sistemas de Tributação SIMPLES FEDERAL e SIMPLES NACIONAL, no ano de 2002, foi desmembrada do Colégio Purificação Ltda. EPP a atividade de educação infantil – pré-escola, dando-se 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. No Registro de Empregados consta a informação de transferência da empresa original;

- A impugnante herdou da empresa original tanto sua estrutura física quanto administrativa, assim como o corpo funcional e a atividade desenvolvida. É evidente que o resultado de uma cisão ou desmembramento são duas empresas independentes, o que não modifica a natureza dessa operação;

- O prazo de cinco anos-calendário disposto no art. 3º, §4º, IX, da Lei Complementar n.º 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;

- Desta forma, tendo 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;

- Em face do exposto, requer a Fazenda Nacional que seja negado provimento ao citado recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheira Andrea Duek Simantob, Relatora.

1. Conhecimento

No presente recurso especial, a contribuinte alega que houve divergência jurisprudencial em relação às seguintes matérias:

1) decadência do direito estatal de excluir o contribuinte do Simples Federal ou Nacional (Acórdão paradigma n.º 1101-000.954); e

2) inexistência de obstáculo à opção pelo Simples Federal à pessoa jurídica resultante de desmembramento (Acórdão paradigma n.º 1102-00.652).

REVISÃO DO EXAME DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

Embora tenha sido aprovado o parecer que propôs o seguimento do recurso para as duas matérias acima referidas, constato que uma delas não deveria ter sido admitida, em razão da falta de comprovação de divergência jurisprudencial, no caso, a que trata da questão sobre a “inexistência de obstáculo à opção pelo Simples Federal à pessoa jurídica resultante de desmembramento”.

Examinando o Acórdão paradigma n.º 1102-00.652, observo que essa decisão tratou de situação em que a empresa excluída (Sistema Educacional Intellectus), fundada em 10/10/1991, desmembrou suas atividades em 2001, transferindo para novas empresas, recém constituídas, as atividades impeditivas da opção pelo Simples (ensino médio), enquanto permaneceu/remanesceu com as atividades permitidas (ensino infantil e fundamental).

O voto que orientou essa decisão destaca que o inciso XVII do art. 9º da Lei n.º 9.317, de 1996, só fala em empresa resultante de cisão ou desmembramento, e não em empresa remanescente, expressão que só surgiu posteriormente, com a LC n.º 123/2006.

Como se tratava de uma empresa remanescente, e não resultante, o paradigma concluiu que não era lícito incluir proibição que não constava da lei vigente na época dos fatos.

A própria ementa do paradigma evidencia esse entendimento:

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

Ano-calendário: 2002

EMPRESA REMANESCENTE – Desmembramento ocorrido em 01/01/2001 para beneficiar-se da tributação simplificada (Lei 10034, de 24/10/2000, art.1º) inclui-se no rol da elisão fiscal que era permitida até o advento da Lei Complementar 123 de 14/12/2006, que expressamente proibiu à remanescente de optar pelo SIMPLES.

(grifos acrescidos)

Sem entrar no mérito sobre essa questão semântica explorada pelo paradigma, o que importa aqui é perceber que o paradigma só cancelou o ato de exclusão porque a excluída era empresa remanescente de cisão ou desmembramento, e não empresa resultante desse tipo de evento.

Ocorre que o acórdão recorrido tratou de situação em que a contribuinte excluída, nas mesmas acepções adotadas pelo paradigma, era empresa resultante de cisão ou desmembramento, e não empresa remanescente desse tipo de evento.

O Colégio Purificação Júnior Ltda. ME, que é resultante do desmembramento das atividades do Colégio Purificação LTDA. EPP, foi constituído em 01/04/2002, para exercer a atividade de educação infantil – pré-escola, que antes era exercida por aquele outro colégio mais antigo (entre outras atividades).

Neste caso, todo o questionamento sobre o desmembramento de atividades da pessoa jurídica se deu em relação à empresa resultante, de modo que não há como visualizar, a partir do paradigma apresentado, uma divergência jurisprudencial que permita o debate proposto pela contribuinte em torno dos fundamentos pelos quais o acórdão recorrido manteve o ato de exclusão em relação ao Simples Federal.

É importante lembrar que a divergência jurisprudencial se caracteriza quando os acórdãos recorrido e paradigma, em face de situações fáticas similares, conferem interpretações divergentes à legislação tributária.

Entretanto, vê-se aqui que a diferença de conclusão entre o recorrido e o paradigma não se deve a nenhuma divergência jurisprudencial, e sim às diferentes situações fáticas retratadas em cada um dos julgados.

Aliás, na lógica do paradigma, se ele tivesse examinado situação similar à que foi analisada pelo recorrido (empresa resultante, e não remanescente), o resultado também seria pela exclusão do Simples Federal.

Quanto ao período abrangido pelo Simples Nacional, o acórdão recorrido entendeu, pelo conteúdo do art. 3º, §4º, IX, da Lei Complementar 123/2006, que não havia impedimento para que a contribuinte fosse enquadrada no referido regime a partir de 01/01/2008.

Mas é importante perceber que essa decisão não tem nada a ver com a questão discutida no paradigma apresentado (empresa remanescente x empresa resultante).

No caso do acórdão recorrido, o provimento parcial do recurso voluntário em relação ao Simples Nacional se deu especificamente porque o evento do desmembramento de atividades se deu em 2002, e o referido dispositivo legal da LC 123/2006 veda o enquadramento para os casos em que houve essa situação de desmembramento nos cinco anos anteriores.

Foi essa a razão pela qual o acórdão recorrido considerou que não havia impedimento para o enquadramento no Simples Nacional a partir de 01/01/2008.

Mas o acórdão recorrido considerou que realmente houve o desmembramento de atividades em 2002, e quanto a isso, o entendimento defendido pelo paradigma não poderia ter qualquer efeito, já que essa decisão se resume a fazer distinção entre empresa remanescente de desmembramento e empresa resultante de desmembramento, sem contudo apresentar qualquer argumento de negação da ocorrência do desmembramento em si, de modo que a ocorrência de desmembramento fica consolidada nos presentes autos.

Vê-se que a contribuinte, mediante a alegação da referida divergência jurisprudencial (empresa remanescente x empresa resultante), procura rediscutir de forma ampla várias outras questões em torno de sua exclusão do Simples.

Diante disso, é importante mencionar que o recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) é de cognição restrita, destinado à uniformização de eventual dissídio jurisprudencial verificado entre as diversas Turmas do CARF.

Com efeito, a CSRF não configura uma terceira instância, para um reexame geral dos argumentos apresentados na fase processual anterior, mas sim uma instância especial, responsável pela pacificação dos conflitos interpretativos (solução de divergências) e, conseqüentemente, pela garantia da segurança jurídica.

E pelas razões já mencionadas, o paradigma apresentado não serve para o que pretendeu a contribuinte em seu recurso especial.

Desse modo, revisando o exame de admissibilidade, voto para NÃO CONHECER do recurso em relação à divergência sobre a “inexistência de obstáculo à opção pelo Simples Federal à pessoa jurídica resultante de desmembramento”.

Quanto à divergência sobre a “decadência do direito estatal de excluir o contribuinte do Simples Federal ou Nacional”, o recurso merece mesmo ser conhecido.

Nesse caso, foi correta a análise empreendida anteriormente no despacho monocrático de exame de admissibilidade. Portanto, ratifico seus termos.

2. Mérito

O acórdão recorrido tratou do Ato Declaratório nº 12, de 4 de maio de 2011, pelo qual a recorrente foi excluída do SIMPLES FEDERAL desde 01/04/2002, por configurar-se a situação impeditiva prevista no art. 9º, XVII, da Lei 9.317/1996; e excluída do SIMPLES NACIONAL desde 01/07/2007, nos termos no art. 3º, §4º, IX, da Lei Complementar 123/2006.

A questão da decadência diz respeito à exclusão do Simples Federal, com efeitos a partir de 01/04/2002 (data de constituição da pessoa jurídica). Isto porque entre a data de enquadramento no Simples Nacional (01/01/2007) e a data do ADE (04/05/2011) não se configura nenhum dos prazos decadenciais previstos no CTN.

Sobre a decadência, assim se manifestou o acórdão recorrido:

[...]

Inicialmente não há que se falar em decadência, pois não se aplicam ao caso as disposições do artigo 150, §4º, e artigo 173, parágrafo único, do CTN.

A caducidade quinquenal, seja pelas regras do artigo 174, I, seja pelas do artigo 150, §4º, do citado diploma, diz respeito à constituição do crédito tributário. Nenhum deles se aplica ao caso em exame que, em realidade, trata-se de fiscalização quanto ao preenchimento dos requisitos legais para manutenção do regime simplificado.

O ato de exclusão do regime simplificado possui mera natureza declaratório, que atesta que o contribuinte já não preenchia os requisitos de ingresso no regime deste a data pretérita, ou seja, desde à ocorrência do fato gerador excludente, que ocorreu na data da constituição da empresa, em abril de 2002. Por essas razões, esse efeito não guarda nenhuma relação com o instituto decadência.

Também não há que se falar no caso em prescrição, pois prescrição no âmbito tributário é o direito de impetrar ação de cobrança perante o Poder Judiciário, após definitivamente constituído o crédito tributário, questão que, igualmente, não está sendo aqui discutida.

O Acórdão paradigma n.º 1101-000.954 examinou a questão da decadência diante de situação muito semelhante àquela que foi analisada pelo acórdão recorrido.

No caso do referido paradigma, a empresa excluída (Colégio do Salvador II LTDA.) também tinha sido resultante do desmembramento das atividades de outra pessoa jurídica pré-existente. Ela foi constituída em 24/01/2001, para absorver as atividades de educação infantil e ensino fundamental do Colégio do Salvador LTDA.

O ato de exclusão do Simples Federal foi cientificado à contribuinte em 27/11/2007.

Vale transcrever o voto que orientou o referido paradigma, proferido pela Conselheira Edeli Pereira Bessa, na parte que ele trata da questão sobre a decadência:

[...]

A contribuinte fez opção pelo Simples Federal em 24/01/2001, incidiu na hipótese tratada no art. 9º, inciso XVII da Lei nº 9.317/96 desde sua constituição em 24/01/2001 e a exclusão foi promovida em 12/11/2007. Assim, os efeitos da exclusão verificam-se a partir de 01/01/2002, mormente tendo em conta que esta determinação foi incluída na Lei nº 9.317/96 pela Medida Provisória nº 2.158-35/2001 [...]

[...]

Contudo, a interessada discorda do posicionamento da autoridade julgadora de 1ª instância no sentido de que a exclusão pode ocorrer a qualquer tempo. Diz que *por se tratar de aspectos que envolvem tributação, a prescrição quinquenal sempre deverá ser observada e obedecida.*

A decadência e a prescrição estão previstas no art. 156, inciso V do CTN como formas de extinção do crédito tributário. Neste sentido, o art. 173 estabelece o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário mediante ato de lançamento, e o art. 174 define o prazo para atos de cobrança de crédito tributário já constituído. Assim, à primeira vista, estes dispositivos legais não se prestariam a delimitar o prazo para edição de ato declaratório de exclusão do sujeito passivo do Simples Federal.

Poder-se-ia dizer que a exclusão pode, de fato, ser promovida a qualquer tempo e que apenas o lançamento do crédito tributário decorrente da falta de recolhimento por adoção indevida da sistemática simplificada de recolhimento restaria inviabilizado se transcorrido o prazo decadencial para tanto. A prescrição, por sua vez, não teria

aplicação em tais circunstâncias, porque inexistente a possibilidade de cobrança dos créditos tributários enquanto eles não forem constituídos.

Todavia, admitir que o Fisco possa, em 12/11/2007, dizer que desde 01/01/2002 é irregular a sistemática de recolhimento e de declaração adotada pelo sujeito passivo, significa criar pendências cadastrais para a pessoa jurídica a partir daquela data, classificando como impróprias todas as obrigações acessórias até então adimplidas, bem como insuficientes todas as obrigações principais espontaneamente reconhecidas pelo sujeito passivo.

E tal contexto traz à baila outra disposição do Código Tributário Nacional:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

A Lei nº 9.317/96 permitiu que o sujeito passivo analisasse os requisitos nela estabelecidos e optasse pelo recolhimento simplificado dos tributos federais ali abrangidos, comunicando esta escolha ao Fisco, calculando os valores que reputava devidos e apresentando as correspondentes declarações. Impôs, ainda, o dever de comunicação nos casos em que verificada situação excludente, e atribuiu ao Fisco a exclusão de ofício apenas nos casos em que esta comunicação não se efetivasse.

Não há dúvida, portanto, que a lei atribuiu *ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa*. Desta forma, o pagamento antecipado, ainda que na sistemática simplificada de recolhimento, *extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento*. E, na ausência de lei específica, transcorridos cinco anos, *sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação*, circunstâncias não aventadas no presente caso.

Portanto, se a contribuinte optou pelo SIMPLES Federal em 24/01/2001, e inexistente qualquer referência à ausência dos recolhimentos devidos na sistemática simplificada, ou de falta das correspondentes declarações, transcorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador mensal estão homologados os pagamentos promovidos, e a exclusão da contribuinte nestes períodos deixa de fazer sentido, não só porque não é mais possível o lançamento de crédito tributário suplementar, como também porque as demais obrigações tributárias acessórias foram regularmente cumpridas naquela sistemática de recolhimento.

Por tais razões, o ato declaratório de exclusão editado em 12/11/2007, e cientificado à contribuinte em 27/11/2007 (fl. 161), não poderia determinar sua exclusão com efeitos a partir de 01/01/2002, mas sim a partir de 01/11/2002, quando ainda não homologadas tacitamente as obrigações tributárias espontaneamente constituídas pelo sujeito passivo segundo as regras do Simples Federal, vez que não transcorridos 5 (cinco) do primeiro fato gerador considerado (30/11/2002).

Por sua vez, a exclusão a partir de 01/11/2002 é possível porque mesmo transcorridos mais de 5 (cinco) anos da indevida opção pelo Simples Federal, ela continua a projetar efeitos sobre obrigações tributárias ainda não homologadas tacitamente. Deste modo, enquanto não transcorrido o prazo legal, o Fisco pode negar a homologação dos recolhimentos promovidos pelo sujeito passivo, e exigir o crédito tributário ainda não definitivamente extinto.

E, como procedimento preliminar, deve promover, como exige a lei, a exclusão do sujeito passivo do Simples Federal, apenas com que efeitos a partir do período ainda não alcançado pela homologação tácita prevista no art. 150, §4º do CTN.

[...]

Diante do exposto, o presente voto é no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário, para estabelecer os efeitos da exclusão a partir de 01/11/2002.

Penso que o paradigma adotou um entendimento mais correto sobre a questão da decadência.

Realmente, ainda que não estejamos tratando de lançamento de ofício para constituição de crédito tributário (mas apenas de ato de exclusão do Simples), não é correto dizer que o Ato Declaratório Executivo nº 12, de 04/05/2011, cientificado à contribuinte em 12/05/2011, pode surtir efeitos a partir de 01/04/2002.

No mesmo passo do paradigma, a indicação é que esse longo período transcorrido entre as datas acima referidas abrange obrigações tributárias espontaneamente constituídas pelo sujeito passivo segundo as regras do Simples Federal e que já estavam tacitamente homologadas, eis que inexistente qualquer referência à ausência dos recolhimentos devidos na sistemática simplificada.

Assim, o referido ato de exclusão só poderia produzir efeitos a partir de 01/05/2006, quando ainda não estavam homologadas tacitamente as obrigações tributárias espontaneamente constituídas pelo sujeito passivo segundo as regras do Simples Federal.

É que na data da formalização do ato de exclusão (12/05/2011), ainda não tinham transcorridos 5 (cinco) anos contados do fato gerador mensal ocorrido em 31/05/2006, cuja obrigação ainda poderia ser passível de alguma revisão.

Por sua vez, a exclusão a partir de 01/05/2006 é possível porque mesmo que transcorridos mais de 5 (cinco) anos entre a indevida opção pelo Simples Federal (em 01/04/2002) e a data de ciência do ADE, essa indevida opção continuou a projetar efeitos no futuro, sobre obrigações tributárias ainda não homologadas tacitamente.

Cabem ainda alguns comentários adicionais sobre essa questão temporal.

Com a revisão do exame de admissibilidade do recurso especial feita neste voto, ficou consolidado nos presentes autos o entendimento de que a contribuinte incorreu mesmo em situação impeditiva do Simples (tanto do Federal, quanto do Nacional).

Ou seja, as operações societárias de 2002 ficaram caracterizadas como evento de desmembramento de atividades, situação que configura impedimento nos dois regimes, eis que se trata de empresa resultante, e não de empresa remanescente.

Também já foi dito que, analisando especificamente a questão do Simples Nacional, o acórdão recorrido entendeu que não havia impedimento para que a contribuinte fosse enquadrada no referido regime a partir de 01/01/2008.

É que de acordo com o art. 3º, §4º, IX, da Lei Complementar 123/2006, não pode optar pelo Simples Nacional a pessoa jurídica que for *resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores*.

Como o desmembramento das atividades que resultou na constituição da recorrente ocorreu em 2002, ela não poderia mesmo se enquadrar no Simples Nacional no ano de 2007 (a partir de 01/07/2007), como reivindica a contribuinte.

Em relação a isso, portanto, o acórdão recorrido não merece nenhum reparo.

Desse modo, voto no sentido de:

1- NÃO CONHECER do recurso especial em relação à divergência sobre a “inexistência de obstáculo à opção pelo Simples Federal à pessoa jurídica resultante de desmembramento”; e

2- DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso especial da contribuinte, para que a exclusão do Simples Federal produza efeitos somente a partir de 01/05/2006.

(documento assinado digitalmente)

Andrea Duek Simantob