



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10510.721738/2016-83
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-005.401 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de fevereiro de 2021
Recorrente SAMBARYNHO COMERCIO DE CALCADOS E ACESSORIOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011,2015

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO

A Pessoa Jurídica será excluída de ofício do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) nas situações em que ficar configurada a incidência nas hipóteses de vedação ao ingresso no regime e, quando as vedações ocorram em data posterior à opção, não for efetuada a comunicação de exclusão obrigatória, nos termos previstos pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, observadas as suas respectivas alterações.

Não poderá recolher os tributos na forma do Simples Nacional a empresa de pequeno porte de cujo capital participe pessoa física que seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos da Lei Complementar nº 123, de 2006, desde que a receita bruta global auferida ultrapasse o limite máximo para enquadramento no referido Regime Especial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, i) rejeitar a preliminar suscitada e, ii) no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão da recorrente do regime do SIMPLES NACIONAL.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias – Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Paula Santos de Abreu, Iágaro Jung Martins, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto (SP).

Adota-se, em sua integralidade, o relatório do Acórdão n.º **14-87.321 - 9ª Turma da DRJ/RPO**, complementando-o, ao final, com as pertinentes atualizações processuais.

Trata-se de manifestação de inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo n.º 2/2018 (na folha 129) de exclusão da empresa do Simples Nacional.

Trata o presente processo de Representação Fiscal para exclusão da empresa em referência do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), lavrada pela Seção de Orientação e Análise Tributária (Saort) desta Delegacia (fls. 121 a 127)

Conforme o descrito na Representação Fiscal para exclusão da empresa em referência do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), lavrada pela Seção de Orientação e Análise Tributária (Saort), foi constatado que o contribuinte PAULO ROBERTO NOGUEIRA ARAÚJO, CPF 627.085.117-34, é sócio das SAMBARY COMERCIO DE CALCADOS E ACESSÓRIOS LTDA - ME, CNPJ 12.012.083/0001-18, SOBERBA CALCADOS LTDA - ME, CNPJ 09.078.311/0001-48, SAMBARYNHO COMERCIO DE CALCADOS E ACESSÓRIOS LTDA - ME, CNPJ 12.012.287/0001-59, e NEW PLAY CALCADOS E COMPLEMENTOS LTDA - ME, CNPJ 09.133.610/0001-38, as quais são optantes do Simples Nacional.

Diante de tal situação, uma vez verificado que o somatório das receitas brutas das referidas pessoas jurídicas ultrapassou, em julho de 2011 e no ano calendário de 2015, o limite previsto pelo art. 3º, inciso II, da Lei Complementar n.º 123, de 2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, observada a redação dada pelo art. 2º da Lei Complementar n.º 139, de 10 de novembro de 2011, entendeu-se por configurada a hipótese de vedação ao ingresso no Simples Nacional prevista pelo art. 3º, § 4º, inciso III, do referido Diploma Legal, procedendo-se a exclusão da empresa interessada do Regime Tributário Especial.

A autuada apresentou impugnação tempestiva em 07/05/2018 (as ciências do Despacho Decisório DRF/AJU n.º 49/20018 e do Ato Declaratório de Exclusão DRF/AJU n.º 01/2018 foram efetuadas em 05/04/2018, conforme nas folhas 132 e 133), com as seguintes alegações:

- o Congresso Nacional, no ano de 2011, editou a Lei Complementar n.º 139, alterando o limite da receita bruta anual para R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais), cujos efeitos dar-se-iam a partir de 01/01/2012;

- *em 2016, a aludida Lei foi alterada novamente, alterando a receita bruta anual para R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), a partir do ano de 2018;*
- *o presente caso está sujeito à retroatividade da legislação tributária, incidindo na espécie o artigo 106, II, 'a' e 'b', do Código Tributário Nacional ;*
- *tendo em vista que a alteração do teto do Simples Nacional deu-se antes da instauração de qualquer procedimento por parte do Fisco em face da ora recorrente, entende pela retroatividade do novo teto;*
- *a ação fiscal que redundou na apuração de suposta ultrapassagem de limite legal de faturamento do SIMPLES, instaurada apenas no ano de 2018, traz como pilar fatos geradores ocorridos "ao longo do ano de 2011";*
- *a alegação acarreta em ofensa a ampla defesa e ao contraditório, pois não há no teor do termo de exclusão, o momento em que se ultrapassa o limite, nem muito menos os valores detalhados dessa suposta ultrapassagem;*
- *requer diligência, para que apresente o detalhamento do somatório apurado, para que seja possível identificar qual o momento em que os lançamentos extrapolaram tais limites;*
- *qualquer data adotada como marco inicial dentre o período "ao longo do ano de 2011 ", se encontra efetivamente alcançada pela prescrição, sendo defeso que somente em 28/03/2018, seja a Recorrente excluída do Simples, eis que passados mais de 05 (cinco) anos da data da suposta prática do ato, nos termos da Lei 9.873/99;*
- *tanto por força da aplicação do art. 1º da Lei nº 9.873/99, tanto quanto pelo Princípio da Segurança Jurídica, não pode a recorrente ser sancionada por atos praticados, caso comprovado pelo Fisco, há mais de cinco anos, sob pena de eivar de ilegalidade o presente termo de exclusão.*

Do Acórdão de Manifestação de Inconformidade

A 9ª Turma da DRJ/RPO, por meio do Acórdão nº 14-87.321, julgou a Manifestação de Inconformidade Improcedente, conforme a seguinte ementa:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011, 2015

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO

A Pessoa Jurídica será excluída de ofício do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e

Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) nas situações em que ficar configurada a incidência nas hipóteses de vedação ao ingresso no regime e, quando as vedações ocorram em data posterior à opção, não for efetuada a comunicação de exclusão obrigatória, nos termos previstos pela Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, observadas as suas respectivas alterações.

Não poderá recolher os tributos na forma do Simples Nacional a empresa de pequeno porte de cujo capital participe pessoa física que seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos da Lei Complementar n.º 123, de 2006, desde que a receita bruta global auferida ultrapasse o limite máximo para enquadramento no referido Regime Especial.

Observa-se que a decisão do órgão julgador *a quo* teve como seguintes **fundamentos**:

1. Em relação ao pedido de prova pericial, o mesmo deve ser indeferido, com fundamento no art. 18 do Decreto 70.235/1972, uma vez que constam nos autos todas as informações necessárias e suficientes para julgamento da impugnação ao lançamento e não há nenhuma questão técnica complexa a justificar a realização da mesma.
2. A manifestante alega que os limites de faturamento para opção pelo Simples Nacional foram alterados de R\$ 2.4000.000,00 para R\$ 3.6000.000,00 e posteriormente para R\$ 4.800.000,00 e que tais limites deveriam retroagir para os casos ainda não definitivamente julgados.
3. A alegação não procede.
4. De acordo com o disposto na Lei Complementar n.º 123/2006, art. 3º, o limite de receita bruta para que as empresas sejam consideradas micro empresas ou empresas de pequeno porte era originalmente de R\$ 2.400.000,00, passando este limite inicialmente para R\$ 3.600.000,00 a partir do ano calendário de 2012, com as alterações promovidas pela Lei Complementar n.º 139/2011, e posteriormente para R\$ 4.8000.000,00, a partir do ano calendário 2018, com as alterações promovidas pela Lei Complementar n.º 155/2016.
5. Ao contrário do que alega a manifestante, tais alterações no art. 3º da Lei Complementar n.º 123/2006 não retroagem, pois não se enquadram nas hipóteses do art. 106 do Código Tributário Nacional .
6. A manifestante alega que não há detalhamento sobre o momento que a receita auferida das empresas supera o valor limite.
7. A alegação não procede, pois conforme informado no Despacho Decisório (na folha 124) e demonstrado no Quadro II (na folha 03) as receitas brutas declaradas pelas citadas empresas por via do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D)

atingiram R\$ 2.539.046,97 em julho de 2011, ultrapassando, deste modo, o limite para permanência no Simples Nacional.

8. A manifestante alega que em razão da prescrição não poderia ser excluída do Simples Nacional, pois entre os fatos relatados ocorridos em 2011 e o Ato Declaratório de Exclusão, publicado em 26/03/2018, transcorreram mais de 5 anos.
9. A alegação não procede.
10. Isso porque o instituto da prescrição, definido no art. 174 do Código Tributário Nacional, trata do prazo para a cobrança do crédito tributário, portanto não se aplica ao presente processo (que trata somente da exclusão da empresa do Simples Nacional).
11. Também não se aplica ao presente caso o instituto da decadência, definido nos artigos 150 e 173 do Código Tributário Nacional, pois não há lançamento ou constituição de crédito no presente processo.

Voto

Conselheiro Evandro Correa Dias, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende ao demais requisitos, motivo pelo qual dele conheço.

Do Mérito

A Recorrente alega que o presente caso está sujeito à retroatividade da legislação tributária, incidindo na espécie o artigo 106, II, 'a' e 'b', do Código Tributário Nacional, in verbis:

Ab initio, merece relevo que o acórdão recorrido não enfrenta as alegações do contribuinte quanto ao fato de que o limite de faturamento previsto no artigo 3o, II, da LCP 123/06, revelar um verdadeiro anacronismo da legislação tributária neste ponto.

Como se sabe o legislador não vem conseguindo acompanhar os avanços sociais na velocidade necessária e não tem a legislação conseguido acompanhar tais avanços, desvelando uma idiossincrasia que possui efeitos deletérios, como os que serão aqui expostos.

O país passou por uma fase de crescimento econômico, devido ao aumento do poder aquisitivo da população, em maior escala pelo surgimento da intitulada "classe c", que passou a obter crédito com mais facilidade e, com isso, passou a participar ativamente do mercado de consumo.

Diversos ramos de mercado foram beneficiados com o sobredito surgimento, incluindo o varejo, em grande parte retratada por micro e pequenos empreendedores, tal como a ora recorrente.

Diante desse cenário econômico, o Congresso Nacional, no ano de 2011, editou a Lei Complementar n.º 139, alterando o limite da receita bruta anual para R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais), cujos efeitos dar-se-iam a partir de 01/01/2012.

Já em 2016, a aludida Lei foi alterada novamente, alterando a receita bruta anual para R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), a partir do ano de 2018.

A razão fundamental para a elevação do teto e para a proposta da Secretaria das Micro e Pequenas Empresas da Presidência da República de fixar um método de reajuste periódico, foi pensando justamente em razão de o limite estar há muito defasado.

*Tanto o é, que está em trâmite na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei Complementar (PLP) 448/14 que institui novos limites de faturamento para micro e pequenas empresas do Simples Nacional. **A proposta é aumentar em 400% o limite de R\$ 3,6 milhões de faturamento ao ano para R\$ 14,4 milhões.***

Nunca é demais lembrar, que o Simples foi um marco para o empreendedorismo no Brasil, e sua revisão é fundamental para ampliar o acesso ao programa e desafogar empreendedores que contribuem, hoje, com uma carga de impostos alta, principalmente no cenário econômico caótico que vivemos.

Assim, deve-se perquirir a natureza do artigo 3º, inciso II, da LCP 123, a qual se revela como uma norma de exclusão, porquanto, é permitida a opção pelo simples nacional, desde que a receita bruta se/a igual ou inferior R\$4.800.000,00.

Ora, em sendo assim, o aumento do teto do Simples Nacional possui efeito bifronte na legislação tributária, na medida em que: i) passou a definir que a infração seria ultrapassar R\$ 4.800.000,00 e não mais R\$ 2.400.000,00; e ii) deixou de tratar a ultrapassagem do teto de R\$ 2.400.000,00 como contrária a exigência de uma ação (comunicar o desenquadramento), já que o contrário passou a ser ultrapassar R\$4.800.000,00.

Fixado esse efeito bifronte, temos que o presente caso está sujeito à retroatividade da legislação tributária, incidindo na espécie o artigo 106, II, 'a' e 'b', do Código Tributário Nacional. Nestes termos:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

- a) quando deixe de defini-lo como infração;
- b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

A natureza sancionatória do desenquadramento de ofício do sistema simplificado de tributação, na exata dicção da legislação supramencionada, possui abrigo em respeitada doutrina, que define infração tributária como toda ação ou omissão que, direta ou indiretamente, represente o descumprimento dos deveres jurídicos estatuídos em leis fiscais .

Nessa esteira, o ilustre doutrinador Paulo de Barros Carvalho aduz ainda que são variadas as modalidades de sanções que o legislador brasileiro costuma associar aos ilícitos tributários que elege, segundo qual:

"a cassação de regimes especiais de pagamento do imposto, do uso de documentos ou de escrituração de livros específicos, concedida a certos contribuintes na conformidade da legislação em vigor, é outra medida punitiva aplicável ao sujeito passivo que procedeu de modo fraudulento, no gozo das respectivas concessões. "

Note-se que, no caso em concreto, qual seja exclusão de ofício do contribuinte do Simples Nacional por ultrapassagem do teto de faturamento, onde o contribuinte tem alíquotas diferenciadas para pagamento de impostos e flexibilização das obrigações acessórias tributárias, o entendimento doutrinário majoritário descreve analiticamente a hipótese do caso vertente como sanção tributária.

Partindo desta premissa, como já mencionado, em 11/11/2011 foi publicada a Lei Complementar nº 139 de 10 de novembro de 2011, que, mais benéfica ao contribuinte, aumentou o teto limite de aferição de receita bruta para R\$ 3.600.000,00.

Não desconhecemos que a regra geral é da irretroatividade da Lei, e que, em matéria tributária, deve ser aplicada a legislação vigente à época do fato gerador, isso por força do artigo 144 de nosso Código Tributário Nacional.

Por sua vez, ao tratar do Sistema Tributário Nacional, o constituinte originário trouxe ao nosso ordenamento jurídico o Princípio da Irretroatividade da Lei Tributária como direito fundamental do contribuinte (alínea a, do inciso III, do art. 150).

Contudo, tal princípio não impede que uma lei que venha a conceder uma vantagem ao contribuinte tenha incidência retroativa, já que como direito individual seu, o mesmo só opera como regra protetiva, isto é, quando a lei cria ou aumenta um tributo.

Nesse fio, em decorrência da íntima relação entre o Direito Penal e o Direito Tributário Sancionador, sendo o postulado do tempus regis actum mitigado pelo Princípio da Retroatividade da Lei Penal Benéfica por força do preceito constitucional estampado no art. 5º, XL, da Carta Política de 1988, ao

dispor que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, o mesmo acabou por se aplicar também ao Direito Tributário.

Desse diálogo entre as fontes Principiológicas do Direito Penal e do Direito Tributário, nasceu o permissivo legal da retroatividade da Lei Tributária, que traz a lume o Princípio da Benignidade, possuindo previsão legal no art. 106 de nosso Código Tributário Nacional.

Logo, partindo-se da premissa segundo qual a exclusão de ofício do contribuinte do Simples Nacional guarda natureza sancionatória, somada a premissa de que, da análise do Código de Tributário Nacional, em especial do seu Capítulo III, que regula a aplicação da legislação tributária permite a retroatividade da lei mais benéfica em caso de sanção, extrai-se que a Recorrente cumpre todos os requisitos legais para que se aplique a retroatividade benigna da legislação tributária, pois:

i) O Termo de exclusão do simples foi lavrado apenas em 2018, já sobe a égide do teto de R\$ 4.800.000,00 para faturamento, conforme art. 106, II, do CTN;

ii) Com o aumento do teto, o faturamento anual somado das empresas de R\$ 2.539.046,97, deixa de ser infração a qualquer dispositivo legal que regule o regime simplificado de tributação, observando-se que na hipótese da alínea "a", não há condições exigidas para a aplicação retroativa da lei, basta o desaparecimento da infração no texto novo. (art. 106, II, a)

iii) de forma idêntica ao exposto acima, pois segundo a respeitada doutrina "Não conseguimos ver qualquer diferença entre as hipóteses da letra a e da letra b. Na verdade, tanto faz deixar de definir um ato como infração, como deixar de trata-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, logo com o aumento do teto limite de faturamento, se encontra também cumprido o art. 106, II, b.

iv) visto que a eventual ultrapassagem do limite de faturamento se desdobra na exclusão de ofício do SIMPLES Nacional - nítida hipótese de cassação de regime especial de pagamento de imposto - a lei que aumenta o teto limite acaba por elidir qualquer possibilidade de sanção, logo, pelo Princípio da Benignidade, deve retroagir também nesse caso, por se verificar verdadeira penalidade em si; (art. 106, II, c)

Quanto ao Princípio da Benignidade e a retroatividade da legislação tributária, é pacífica a jurisprudência em nosso Superior Tribunal de Justiça, responsável por resguardar a escorreita aplicação da legislação federal vigente, in verbis:

MANDADO DE SEGURANÇA. AGÊNCIA DE VIAGENS. SISTEMA SIMPLES. LEI 9.317/96. VEDAÇÃO LEGAL. MEDIDA PROVISÓRIA 66/2002, CONVERTIDA NA LEI 10.637/2002. APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO.

1. O escopo da Lei 9.317/96, em consonância com o art. 179 da CF, foi o de incentivar as pessoas jurídicas mencionadas em seus incisos com a previsão de carga tributária mais adequada, simplificação dos procedimentos burocráticos, protegendo as micro-empresas e retirando-as do mercado informal, daí as ressalvas do inciso XIII do art. 9º do mencionado diploma, cuja constitucionalidade foi assentada na ADIn 1.643/DF, excludentes dos profissionais liberais e das empresas prestadoras dos serviços correspondentes e que, pelo cenário atual, dispensam essa tutela especial do Estado.

2 Detectada essa ratio essendi, interpretação teleológica que aufero o motivo pelo qual foi elaborado o regime SIMPLES indica que as agências de viagens e turismo são efetivamente assemelhadas aos representantes comerciais e corretores, porquanto agem por conta dos terceiros, in casu, companhias aéreas e hotéis, auferindo comissões pelas vendas empreendidas, aspecto a indicar a ausência de razoabilidade na pretensão de obter benefícios fiscais com exonerações totais ou parciais de tributos, redução do controle burocrático, máxime porque lidam com moeda estrangeira, sem a contrapartida sócio-econômica prevista pela Constituição Federal.

3. Entretanto, a Medida Provisória nº 66/2002, convertida na Lei 10.637/02, alterou a vedação antes existente, ao possibilitar às agências de viagem e turismo a opção pelo SIMPLES, veiculando regra mais benéfica ao contribuinte, que deve retroagir, a teor dos incisos do art. 106, do CTN, porquanto referido diploma autoriza a retrooperância da lex mitior.

4. Agravo regimental provido." (AgRg no REsp 433697 / PR)

TRIBUTÁRIO. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES (SIMPLES). APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO.

1. A lei tributária mais benéfica e aquelas meramente interpretativas retroagem, a teor do disposto nos incisos I e II, do art. 106, do CTN

2. O § 4º introduzido pela Lei n.º 9.528/97 no art. 9º, da Lei n.º 9.317/96, ao explicitar em que consiste "a atividade de construção de imóveis", veicula norma restritiva do direito do contribuinte, cuja retroatividade é vedada.

2. "Consoante o disposto no artigo 8º, parágrafo 2º da Lei n.º 9.317/96, a opção da pessoa jurídica pelo SIMPLES, submeterá a optante à esta sistemática, a partir do primeiro dia do ano-calendário subsequente." (REsp n.º 329892/RS, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 05.11.2001)

3. Recurso especial improvido." (REsp 440994 / RS)

"TRIBUTÁRIO. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES (SIMPLES). APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO. - Ainda que a matéria controvertida tenha surgido no

*próprio acórdão recorrido, indispensável o prequestionamento do dispositivo de lei tido por violado. Incidência das Súmulas n.ºs 282 e 356 do STF. - **É pacífico, no âmbito desta Corte Superior, o entendimento de que a lei tributária mais benéfica pode retroagir, a teor do art. 106, inciso II, alínea "c", do CTN.** - A modificação introduzida na Lei n.º 9.317/96, em seu art. 9º, pela Medida Provisória n.º 1.523/97, convertida na Lei n.º 9.528/97, que introduziu o § 4º, em dito dispositivo legal, ao conceituar "a atividade de construção de imóveis", estabeleceu norma restritiva ao direito do contribuinte inaplicando-se a fatos pretéritos, consoante a exegese do art. 106, inciso I, do CTN - Recurso da empresa não conhecido e do INSS improvido." (REsp 387022/RS)*

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. REDUÇÃO DA MULTA. SUPERVENIÊNCIA DE LEI MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE. ART. 106 , II , DO CTN . PRECEDENTES. 1. Encontra-se pacificado nesta Corte de Justiça o entendimento no sentido de que em feito no qual se discute a nulidade do débito fiscal, ainda pendente de julgamento, aplica-se a lei mais benéfica ao contribuinte, mesmo quando anterior aos fatos em discussão, nos termos encartados pelo art. 106 do CTN . 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1084538 SC 2008/0181833-9)

Essa linha de precedentes também deve ser aplicada ao caso concreto, pois deve se perquirir que as normas aplicadas in casu, quais sejam, o artigo 3º, §4º, V, da Lei Complementar 123/2006 e artigo 12, I, VI da Resolução CGSN n.º 04/2007, possuem nítidas feições de sanção, quando ao incidir na hipótese prevista pelos dispositivos legais mencionados, o contribuinte é excluído de ofício do Simples Nacional, fazendo cessar a concessão de tratamento tributário diferenciado, nos termos da já citada LC 123/2006.

Com a devida vênia ao entendimento acima exposto, entende-se equivocada a interpretação adotada pela recorrente, pois o inciso II do art. 106 do CTN, trata da retroatividade benigna de disposição legal **em matéria de penalidades e infrações**, enquanto o limite de faturamento, previsto no artigo 3º, inciso II, da Lei Complementar 123/2006, caracteriza-se como condição para opção por regime especial de tributação do Simples Nacional.

Diante disso, a lei complementar n.º 139/2011, alterou o limite da receita bruta anual para R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais), cujos efeitos dar-se-iam **a partir de 01/01/2012**.

Em 2016, a Lei Complementar 123/2006 foi alterada novamente, aumentando o limite de receita bruta anual para R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), a partir do ano de 2018.

Logo, não se tratando de hipóteses que se enquadrem no art. 106 do CTN para admitir sua aplicação a fatos pretéritos, a norma do 3º, inciso II, da Lei Complementar 123/2006 não se presta para permitir a inclusão da interessada no SIMPLES anteriormente à vigência das referidas alterações de limites de receita bruta para permitir a opção pelo regime de tributação diferenciado.

Tendo em vista as razões expostas, rejeita-se todas as alegações quanto à anulação do Termo de Exclusão do Simples Nacional, tendo em vista a irretroatividade do 3º, inciso II, da Lei Complementar 123/2006.

Visando a apreciação de preliminar de prescrição, transcreve-se a seguir o art. 1º da Lei 9.7883/99:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

§ 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal.

A recorrente pretende aplicar o art. 1º da Lei 9.7883/99 ao processo de exclusão do Simples Nacional, contudo não tem aplicação o disposto nessa lei aos processos e procedimentos de natureza tributária, de acordo com seu art. 5º, transcrito a seguir:

Art. 5º O disposto nesta Lei não se aplica às infrações de natureza funcional e aos processos e procedimentos de natureza tributária.

O Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932 regula a prescrição quinquenal, conforme seu art. 1º:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

As disposições do Decreto nº 20.910/32 também não se aplicam ao presente caso por duas razões. A primeira, pelo critério da especificidade, é que o CTN traz disposições específicas quanto à prescrição do crédito tributário. A segunda é que o presente processo de exclusão do Simples Nacional não trata do lançamento do crédito tributário.

Ante o exposto, rejeita-se todas as alegações da recorrente quanto à ilegalidade da Exclusão do Simples nacional, devido à não aplicação do **art. 1º da Lei nº 9.873/99**, ou pelo mesmo artigo do Decreto Federal nº 20.910/32, no presente caso.

A Recorrente sustenta que tanto por força da aplicação do art. 1º da Lei n.º 9.873/99, ou pelo mesmo artigo do Decreto Federal n.º 20.910/32, tanto quanto pelo Princípio da Segurança Jurídica, não pode ser sancionada por atos praticados, há mais de cinco anos, sob pena de eivar de ilegalidade o presente termo de exclusão, *in verbis*:

3.2. Da impossibilidade de Exclusão do SIMPLES por fatos ocorridos em dezembro de 2010

Aduz o referido termo de exclusão, que "as receitas brutas declaradas pelas citadas empresas e por via do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D) atingiram R\$ 2.539.046,97 em julho de 2011 (...)".

Mister se faz destacar que o que debateremos aqui não se trata de prazo para constituição ou não do crédito tributário. Trataremos aqui da aplicação da regra geral para sanção administrativa, perfeitamente alcançável pelo instituto da prescrição.

Sabemos que o tributo em si não pode significar uma sanção. Nessa linha de raciocínio, para se apurar eventual irregularidade far-se-á necessário a instauração de processo administrativo para apuração de eventual descumprimento da legislação em vigor.

Trata-se, no âmbito tributário, de uma ação de fiscalização. Porém, tal ação fiscal possui limites no decurso de tempo, tanto o é, que o contribuinte apenas é obrigado a guardar seus livros fiscais por certo decurso de tempo.

No caso em tela, a ação fiscal que redundou na apuração de suposta ultrapassagem de limite legal de faturamento do SIMPLES, instaurada apenas no ano de 2018, traz como pilar fatos geradores ocorridos "ao longo do ano de 2011".

Porém, a alegação acarreta em ofensa a ampla defesa e ao contraditório, pois não há no teor do termo de exclusão, o momento em que se ultrapassa o limite, nem muito menos os valores detalhados dessa suposta ultrapassagem.

*Consoante expôs o Ilustre Relator do acórdão recorrido, a contribuinte teria ultrapassado o teto de faturamento do Simples Nacional no ano de 2011 e, segundo os preceitos estabelecidos pela **Lei n.º 9.873/99**, a sanção à eventual infração a legislação prescreve em 05 anos da prática do ato, nestes termos:*

"Art. 1º. Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado."

Destaca-se, que qualquer data adotada como marco inicial dentro o período "ao longo do ano de 2011", se encontra efetivamente alcançada pela prescrição, sendo defeso que somente em 28/03/2018, seja a Recorrente excluída do Simples, eis que passados mais de 05 (cinco) anos da data da suposta prática do ato, nos termos da Lei 9.873/99.

A tese aqui defendida, com a devida vênia, é suficiente para afastar as razões de decidir do acórdão recorrido, possuindo ainda abrigo legal no Decreto Federal n.º 20.910/32, que dispõe em seu artigo 1º que "as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem".

Logo, tanto por força da aplicação do art. 1º da Lei n.º 9.873/99, ou pelo mesmo artigo do Decreto Federal n.º 20.910/32, tanto quanto pelo Princípio da Segurança Jurídica, não pode a recorrente ser sancionada por atos praticados, caso comprovado pelo Fisco, há mais de cinco anos, sob pena de eivar de ilegalidade o presente termo de exclusão.

Visando a apreciação de preliminar de prescrição, transcreve-se a seguir o art. 1º da Lei 9.7883/99:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

§ 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal.

A recorrente pretende aplicar o art. 1º da Lei 9.7883/99 ao processo de exclusão do Simples Nacional, contudo não tem aplicação o disposto nessa lei aos processos e procedimentos de natureza tributária, de acordo com seu art. 5º, transcrito a seguir:

Art. 5º O disposto nesta Lei não se aplica às infrações de natureza funcional e aos processos e procedimentos de natureza tributária.

O Decreto n.º 20.910, de 06 de janeiro de 1932 regula a prescrição quinquenal, conforme seu art. 1º:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

As disposições do Decreto n.º 20.910/32 também não se aplicam ao presente caso por duas razões. A primeira, pelo critério da especificidade, é que o CTN traz disposições

específicas quanto à prescrição do crédito tributário. A segunda é que o presente processo de exclusão do Simples Nacional não trata do lançamento do crédito tributário.

Ante o exposto, rejeita-se todas as alegações da recorrente quanto à ilegalidade da Exclusão do Simples nacional, devido à não aplicação do **art. 1º da Lei n.º 9.873/99**, ou pelo mesmo artigo do Decreto Federal n.º 20.910/32, no presente caso.

Conclusão

Ante todo o exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar suscitada, e negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão da recorrente do regime do SIMPLES NACIONAL.

(documento assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias