



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº	10530.000984/2009-31
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	1001-000.778 – Turma Extraordinária / 1ª Turma
Sessão de	12 de setembro de 2018
Matéria	EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL
Recorrente	SABAO REY - CORTE E EMBALAGEM LTDA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO EXCLUSÃO DO SIMPLES. CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE POR INTERPOSTAS PESSOAS ANO-CALENDÁRIO 2002

Correta a exclusão do Simples quando os fatos narrados demonstram que a empresa não existe de modo independente, subordinando-se em todos os aspectos a outra empresa, da qual funciona como um departamento. Os fatos verificados autorizam a conclusão de que a empresa excluída foi constituída por interpostas pessoas.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS DO ATO DE OFÍCIO

Os efeitos da exclusão da pessoa jurídica constituída por interpostas pessoas retroagem à data de constituição da empresa. É de se excluir do Simples Nacional a empresa cujos sócios participam da administração de outras empresas e cuja receita bruta total ultrapassa o limite legal. A prática de SIMULAÇÃO de uma situação, para beneficiar-se indevidamente de regime especial de tributação, caracterizando-se como prática reiterada de infração à legislação tributária, é causa de exclusão do simples.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGUIÇÃO.

O CARF não é competente para julgar constitucionalidade de norma legal cabendo ao Poder Judiciário esta faculdade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar, suscitada no recurso e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa- Presidente.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edgar Bragança Bazhuni, Eduardo Morgado Rodrigues, Lizandro Rodrigues de Sousa e José Roberto Adelino da Silva

Relatório

Trata-se de Manifestação de Inconformidade apresentada contra o Ato Declaratório Executivo DRF/SDR nº 08, de 11 de maio de 2009, que excluiu a empresa Sabão Rey – Corte e Embalagem Ltda. do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples), com efeito a partir de 30 de abril de 2002, por ter sido constatada a situação excludente prevista no art. 14, IV da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

De acordo com a representação fiscal juntada às fls. 01 a 06, no curso de procedimento fiscal instaurado junto à empresa NEVE INDÚSTRIA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., CNPJ nº 15.675.101/000130, foi aberta diligência fiscal na sociedade SABÃO REY – CORTE E EMBALAGEM LTDA., empresa de pequeno porte, para a apuração de situações que, em tese, configuram ofensa ao inciso IV do art. 14 da Lei nº 9.317, de 1996.

A NEVE INDÚSTRIA, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. tem como objeto social a indústria, comércio, exportação de sabão, velas, óleo de coco, água sanitária e importação de matérias primas. Em 03/06/2002, transferiu todo o seu parque fabril para a SABÃO REY – CORTE E EMBALAGEM LTDA., sociedade aberta em 30/04/2002, cujo objeto social é a prestação de serviços de informações não especificadas, design e salas de acesso à internet e que tem como sócios Adriano José Araújo Oliveira e Carlos Alberto Franco dos Santos, ambos ex-empregados da NEVE INDÚSTRIA, nos termos da tabela abaixo:

NOME DO SÓCIO.	PERÍODO DE ATUAÇÃO E SITUAÇÃO NA NEVE.	PERÍODO DE ATUAÇÃO COMO SÓCIO NA SABÃO REY.
ADRIANO JOSE ARAÚJO OLIVEIRA. CPF: 549.768.125-53	EMPREGADO: de 03/02/1992 a 01/08/1995.	Sócio Gerente desde a constituição da empresa, em 01/02/2002 - contrato social.
CARLOS ALBERTO FRANCO DOS SANTOS. CPF: 527.947.505-00	EMPREGADO: de 03/08/1992 a 31/07/2002.	Sócio Gerente desde a constituição da empresa 01/02/2002- contrato social .

Como se vê na tabela, o sócio Carlos Alberto Franco dos Santos constituiu a SABÃO REY enquanto ainda mantinha vínculo empregatício com a NEVE INDÚSTRIA. A SABÃO REY teve as suas atividades iniciadas em 31/07/2002, data em que foi emitida a Nota Fiscal nº 0001.

Todos os empregados da NEVE INDÚSTRIA, tanto aqueles que trabalham na atividade fim, quanto aqueles que trabalham na atividade meio, foram transferidos para a SABÃO REY, sem rescisão contratual e mediante acordo, conforme informações que foram passadas à fiscalização pelos empregados. A NEVE INDÚSTRIA apresentou à fiscalização uma declaração afirmando que não possuía empregados, pois todos os seus serviços eram terceirizados. As duas empresas funcionam no mesmo endereço. O sr. Roberto Carlos assinou as declarações das duas empresas, pois exerce as funções de gerente administrativo de ambas, assim como todos os outros empregados que atenderam à fiscalização estão prestando serviços para ambas as sociedades empresárias, a exemplo da sra. Joselita Amorim - auxiliar de contabilidade, e do sr. Sinfrônio - chefe do setor de pessoal.

A representação fiscal afirma que o Capital Social da SABÃO REY (R\$ 2.000,00) é incompatível com o risco por ela assumido na sua atividade econômica. Ela possui uma massa salarial média mensal de R\$ 32.265,97. A transferência do parque fabril da NEVE INDÚSTRIA foi efetuada por meio de contrato de comodato, datado de 03 de junho de 2002, sem que tenha sido estipulado um prazo para a concessão de uso. Como as duas empresas funcionam no mesmo endereço, não houve transferência física das máquinas. Verificou-se que as despesas de manutenção do maquinário encontram-se registradas na contabilidade da NEVE INDÚSTRIA, o que contraria o art. 584 da Lei nº 10.406, de 2002.

Não há registro contábil na comodatária (SABÃO REY) das máquinas e equipamentos recebidos em comodato. Consta o pagamento de R\$ 500,00 mensais a título de aluguel com o histórico - aluguel mês máquinas. Este valor, entretanto, não se encontra contabilizado como receita na NEVE INDÚSTRIA.

Verificou-se ainda que a atividade de prestação de serviços da SABÃO REY é prestada exclusivamente para a NEVE INDÚSTRIA, que é a sua única cliente. Além disso, constatou-se por meio dos registros efetuados na conta nº 216.01.001 - Antecipação de clientes, que, do ponto de vista financeiro, a SABÃO REY somente consegue produzir mediante antecipação de recursos feita pela NEVE INDÚSTRIA, por meio de empréstimos diários, cujos valores totalizam a receita bruta mensal auferida pela SABÃO REY.

De acordo com a fiscalização, a NEVE INDÚSTRIA envia a matéria prima pelo valor de custo, como remessa para industrialização, e a recebe de volta pelo mesmo valor, como mercadoria industrializada. O custo do serviço prestado pela SABÃO REY é rateado entre as notas fiscais emitidas, que totalizam a receita de vendas da SABÃO REY e que são registradas, na NEVE INDUSTRIA, como despesas na conta Serviços de Terceiros -912.01.001.

Os motoristas que foram transferidos para a SABÃO REY continuaram prestando serviços à NEVE INDÚSTRIA, mediante adiantamento de valores como diárias para viagens registrados na conta 114.05.0003 - Adiant. Desp. de viagem. Durante o mês são feitas algumas prestações de conta e os valores excedentes são lançados como despesa na conta 415.01.001 - Viagens.

Foram registrados na contabilidade da NEVE INDÚSTRIA, na conta 421.02.0008, valores referentes a acordo judicial firmado perante a Justiça do Trabalho decorrente de ação judicial movida por Mario Vivas de Souza Barreto contra a SABÃO REY, no montante de R\$ 16.000,00, o que representa ofensa ao princípio contábil da entidade e evidencia a confusão patrimonial entre ambas as empresas.

Ambas as sociedades apresentaram os seus livros Diário sem o registro e autenticação na junta comercial, observando-se ainda que, apesar de reiteradas solicitações, não foram apresentadas informações que identificassem o responsável contábil no ano de 2005.

Ainda que as empresas mantenham cadastros com endereços diferentes, ficou constatado que ambas funcionam no mesmo endereço. A SABÃO REY não tem nenhum custo ou despesa de aluguel. Além disso, as contas de energia e telefone são pagas e contabilizadas na NEVE INDÚSTRIA.

A SABÃO REY foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das empresas de pequeno Porte - SIMPLES no exercício de 2007. Além disso, não aderiu ao SIMPLES Nacional, pois possuía débitos. A partir de 01/07/2007 a Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica foi apresentada como optante pelo lucro real, conforme documento acostado aos autos. Entretanto, a empresa continuou apresentando GFIP como optante pelo SIMPLES.

Devido aos fatos anteriormente mencionados, concluiu a fiscalização que a SABÃO REY foi criada com o objetivo de obter o enquadramento indevido no SIMPLES de toda a atividade exercida pela NEVE INDÚSTRIA. Em adição, afirma que restou evidenciada relação de hierarquia entre as duas empresas, na qual a NEVE INDÚSTRIA mantém rígido e minucioso controle sobre as atividades realizadas pela SABÃO REY, existindo uma relação de dominação da segunda pela primeira.

Por estas razões, a fiscalização considerou que as empresas SABÃO REY - CORTE E EMBALAGEM LTDA. e NEVE INDÚSTRIA, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. compõem um mesmo grupo econômico, no qual a administração, a produção e as demais atividades operacionais são realizadas pelas mesmas pessoas. Além disso, concluiu que a empresa SABÃO REY - CORTE E EMBALAGEM LTDA. foi constituída por interpostas pessoas que não são os seus verdadeiros sócios ou acionistas, incorrendo em infração ao inciso IV do art. 14 da Lei nº 9.317, de 1996.

Após receber a representação fiscal, o Delegado da Receita Federal do Brasil em Feira de Santana emitiu o Ato Declaratório Executivo nº 8, de 11 de maio de 2009, que excluiu a empresa Sabão Rey - Corte e Embalagem Ltda. do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples), com efeito a partir de 30 de abril de 2002.

O contribuinte foi cientificado do Ato Declaratório Executivo por via postal em 04/09/2009. Em 30/09/2009, apresentou Manifestação de Inconformidade, juntada às fls. 126 a 133, na qual alega em síntese o seguinte:

Alega que a manifestação de Inconformidade suspende os efeitos do ato de exclusão do SIMPLES, de modo que fica impossibilitada a prática de atos tendentes a fiscalizar e cobrar supostos débitos.

Em seguida, afirma que o Ato Declaratório Executivo nº 08, de 11 de maio de 2009, está eivado de nulidade, pois não houve ofensa ao inciso IV do art. 14 da Lei nº 9.317/1996. Além disso, houve cerceamento do direito de defesa, em face da inexistência de fundamentos fáticos à autuação, impossibilitando a apresentação de defesa técnica.

Alega que os efeitos da exclusão do SIMPLES não podem retroagir. Argumenta também que os efeitos da exclusão são limitados até o advento da Lei Complementar nº 123, de 2006, não produzindo efeitos a partir de 01/01/2007.

Afirma a manifestante que, durante o período em que esteve submetida à Lei nº 9.317, de 1996, cumpriu integralmente os requisitos exigidos, tais como escrituração de livros, pagamento dos tributos e apresentação da declaração anual simplificada.

Argumenta que, com base no § 2º do art. 26 da Lei Complementar nº 123, de 2006, somente escriturou o livro Caixa. Afirma que os documentos anexados à impugnação demonstram o intuito negocial e a finalidade lucrativa dos sócios, que sempre participaram do resultado da manifestante.

Afirma que a Receita Federal do Brasil alega que a manifestante foi constituída por interpostas pessoas, mas não apresenta os elementos de prova que a fizeram chegar a esta conclusão. O Ato Declaratório, portanto, apresenta vício na motivação.

Aduz que o Ato Administrativo não pode alcançar situações pretéritas, sob pena de violar o princípio da irretroatividade. Em seguida, afirma que os efeitos da exclusão devem ser limitados até a entrada em vigor da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Por fim, requer o reconhecimento da nulidade/improcedência do Ato Declaratório nº 08, de 2009.

Cientificada da decisão de primeira instância em 22/02/2013 (fl 528) a Interessada interpôs recurso voluntário, protocolado em 21/03/2005 (fl 531),

Voto

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva - Relator

Inconformada, a recorrente apresentou o Recurso Voluntário, tempestivo que apresenta os demais pressupostos de admissibilidade, previstos no Decreto 70.235/72, e, portanto, dele eu conheço.

A recorrente faz, basicamente, as mesmas alegações que o fizera quando da manifestação de inconformidade.

I - DOS FATOS:

NULIDADE, pelas razões abaixo:

I - primeiro porque não há ofensa ao artigo 14, IV da Lei nº 9317/96;

II - porque houve cerceamento de defesa em face da inexistência fundamento fático que levou à violação do artigo 4º, IV da Lei 9.317/96, impossibilitando a apresentação de defesa técnica;

II - porque os efeitos da Exclusão do Simples não podem retroagir, conforme entendimento Pacifico;

III - porque os efeitos da Exclusão do Simples são limitados até o advento da Lei Complementar nº 123 de 2006, que mudou o regime de SIMPLES para SIMPLES NACIONAL, tendo a Impugnante feito a opção por esta nova sistemática, não estando a partir sujeita aos efeitos do Simples da Lei anterior desde 01.01.2007.

- **II - DO DIREITO**
- **A) DO REGIME SIMPLIFICADO DE RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS - SIMPLES X SIMPLES NACIONAL**
- Conforme já exposto nos fatos, a Recorrente é uma sociedade empresária constituída sob a forma de limitada, que tem como objetivo social nos termos da Cláusula Terceira a prestação de serviços para terceiros na Administração, confecção, corte e embalagem em sabão, sabonetes e produtos de limpeza, tendo como únicos sócios desde a constituição os Srs. Adriano José Araújo de Oliveira e Carlos Alberto Franco dos Santos.
- A Sabão Rey, portanto, sempre teve como sócios os Senhores citados acima, que em 2002 fez a opção pelo Simples - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e empresas de Pequeno Porte), oportunidade na qual passou a atender todas as obrigações previstas na Lei nº 9.317/96, mediante o pagamento dos Tributos devidos mês a mês, bem como com o cumprimento dos deveres instrumentais dispostos na legislação.
- Durante o período em que esteve submetida à lei mencionada, o Recorrente cumpriu integralmente com os requisitos exigidos, tal como escrituração de livros, pagamento/recolhimento dos tributos, bem como Declaração anual simplificada, atendendo *in totum* as obrigações acessórias e principais.
- Em 2007, por sua vez, com a alteração da legislação e, consequente, surgimento do SIMPLES NACIONAL, mediante a Lei Complementar nº 123/2006, a Recorrente passou, por meio de opção, a se submeter ao novo regime simplificado.
- O artigo citado para o fim de excluir a Recorrente do SIMPLES não observou a realidade fática da empresa, violando uma série de princípios: legalidade, verdade material, contraditório e ampla defesa.
- **II - B) DA ALEGACÃO DE OFENSA AO ARTIGO 14, IV, DA LEI 9.317/96 - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO FÁTICO ESCLARECEDOR DA INFRAÇÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO - NULIDADE DO ATO**
- A recorrente afirma:
- O Inciso VII do parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.784/99, estabelece, por sua vez, que nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão.

- Como se observa na redação da Lei que rege o processo administrativo federal, é dever da Administração motivar o ato administrativo, indicando, para tanto, os pressuposto de fato e de direito que o embasa, sob pena de NULIDADE por acarretar cerceamento de defesa ante a ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.
- Com base no artigo 15, §3º, da Lei 9.317/96, o processo administrativo de exclusão do simples observará a legislação do processo administrativo fiscal, razão pela qual além de obedecer os ditames da Lei 9.784/99 deve também seguir os preceitos do Decreto 70.235/1972. Segundo o Decreto, o lançamento (ATO de EXCLUSÃO) deve conter o fundamento legal e o fundamento fático relativo à infração.
- **II - C) DA INEXISTÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR MOTORISTAS À NEVE - INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL:**
 - Quanto aos argumentos constante no Acórdão, em que pese somente agora ter sido apresentada a motivação, cumpre aduzir que a Neve firmou contrato com a Sabão Rey com vistas a executar todo o trabalho de logística quanto à entrega dos produtos da Neve, inclusive quanto ao transporte das mercadorias, mediante utilização de motoristas contratados pela própria SABÃO REY.
 - Não caberia afirmar a existência de confusão patrimonial, pois a NEVE se localiza em sede distinta da SABÃO REY, bem como possui escrituração contábil diversa e administração autônoma. Ou seja, não formam as empresas uma espécie de grupo econômico, pois não há qualquer relação de dominação, de controle ou de administração única.
- **II - D) DA IRRETROATIVIDADE DO ATO DE EXCLUSÃO - EFEITO A PARTIR DA CIÊNCIA DO ATO:**
- **II - E) DA LIMITAÇÃO DOS EFEITOS DO ATO DE EXCLUSÃO ATÉ A ENTRADA EM VIGOR DA LEI COMPLEMENTAR 123 DE 2006 QUE REVOGOU A LEI 9.317/96:**
- **III- CONCLUSÃO:**
- *Ex positis*, a recorrente requer que essa Colenda Corte se digne de **DAR TOTAL PROVIMENTO** ao presente recurso, determinando a reforma do acórdão recorrido para que seja reconhecida decretada a ineficácia/nulidade/improcedência do Ato Declaratório Executivo DRF/SDR nº 08/2009.

Entendo não assistir razão à recorrente. O PAF contém diversos indícios que levam a conclusão chegada pela DRJ.

Todos os argumentos da recorrente foram devidamente analisados pela DRJ e, portanto, peço a devida vénia para adotar o relatório para fins de economia processual.

De acordo com o Ato Declaratório nº 08, de 2009, a exclusão da empresa SABÃO REY – CORTE E EMBALAGEM LTDA. se deu por ofensa ao inciso IV do art. 14 da Lei nº 9.317, de 1996. De acordo com o referido dispositivo legal, a pessoa jurídica será excluída de ofício do SIMPLES quando for verificado que a sua constituição se deu por interpostas pessoas, que não sejam os seus verdadeiros sócios ou acionistas.

A representação fiscal relaciona os fatos que levaram a fiscalização à conclusão acima. Inicialmente, demonstra que os sócios Adriano José Araújo Oliveira e Carlos Alberto Franco dos Santos são ex-empregados da NEVE INDÚSTRIA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. O sócio Carlos Alberto Franco dos Santos ainda era empregado da NEVE INDÚSTRIA quando da constituição da SABÃO REY.

Em seguida, a representação fiscal menciona que todos os empregados da NEVE INDÚSTRIA foram transferidos para a SABÃO REY. Tanto assim, que a NEVE INDÚSTRIA apresentou à fiscalização uma declaração afirmando que não possuía empregados, pois todos os seus serviços eram terceirizados.

Verificou-se também que os motoristas, embora tenham sido transferidos para a SABÃO REY, continuaram prestando serviços à NEVE INDÚSTRIA. Além disso, foram encontrados na contabilidade da NEVE INDÚSTRIA, na conta 421.02.0008, o registro de valores referentes a acordo judicial firmado perante a Justiça do Trabalho decorrente de ação judicial movida por Mario Vivas de Souza Barreto contra a SABÃO REY, no montante de R\$ 16.000,00. Como afirmado na petição inicial, este fato representa ofensa ao princípio contábil da entidade. Mais do que isso, a confusão patrimonial evidencia que, de fato, não existiam duas empresas, mas apenas uma.

A confusão entre as duas empresas se reforça pelo fato de que ambas funcionam no mesmo endereço. A SABÃO REY, entretanto, não tem nenhum custo ou despesa de aluguel. Também as contas de energia e telefone são pagas e contabilizadas na NEVE INDÚSTRIA.

Para desenvolver as suas atividades, a SABÃO REY não comprou sequer uma máquina, uma vez que todo o parque fabril da NEVE INDÚSTRIA lhe foi transferido por meio de contrato de comodato, datado de 03 de junho de 2002, sem que tenha sido estipulado um prazo para a concessão de uso. Tendo em vista que as empresas funcionam no mesmo endereço, as máquinas sequer foram transferidas fisicamente. Além disso, como verificado pela fiscalização, as despesas de manutenção do maquinário encontram-se registradas na contabilidade da NEVE INDÚSTRIA.

Ou seja, a criação da empresa SABÃO REY não representou nenhuma mudança no processo produtivo, pois as mesmas pessoas continuaram realizando a produção dos mesmos produtos, utilizando-se das mesmas máquinas.

Os sócios da SABÃO REY, para assumirem a titularidade do processo produtivo não precisaram fazer investimento algum. As máquinas, como visto, foram cedidas sem custo, por meio de contrato de comodato. Até mesmo as despesas de manutenção do maquinário eram bancadas pela NEVE INDÚSTRIA. O Capital Social da SABÃO REY, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), é incompatível com o risco por ela assumido na sua atividade econômica. Apenas com o pagamento de salários, ela desembolsa mensalmente uma média de R\$ 32.265,97.

Verificou-se ainda que a atividade de prestação de serviços da SABÃO REY é prestada exclusivamente para a NEVE INDÚSTRIA, que é a sua única cliente. Além disso, a fiscalização constatou que, do ponto de vista financeiro, a SABÃO REY somente consegue produzir mediante antecipação de recursos feita pela NEVE INDÚSTRIA, por meio de empréstimos diários, cujos valores totalizam a receita bruta mensal auferida pela SABÃO REY.

De acordo com a fiscalização, a NEVE INDÚSTRIA envia a matéria-prima pelo valor de custo, como remessa para industrialização, e a recebe de volta pelo mesmo valor, como mercadoria industrializada. O custo do serviço prestado pela SABÃO REY é rateado entre as notas fiscais emitidas, que totalizam a receita de vendas da SABÃO REY e que são registradas, na NEVE INDÚSTRIA, como despesas na conta Serviços de Terceiros – 912.01.001.

Os fatos acima narrados demonstram que a SABÃO REY não existe de modo independente. Em todos os aspectos, o seu funcionamento se subordina à NEVE INDÚSTRIA. Em verdade, a SABÃO REY é apenas uma parte do todo, funcionando como um departamento da NEVE INDÚSTRIA. Neste sentido, os fatos verificados autorizam a conclusão de que a empresa SABÃO REY foi constituída por interpostas pessoas.

A manifestação de inconformidade não questiona os fatos apontados na representação fiscal. Limita-se a afirmar que não houve ofensa ao inciso IV do art. 14 da Lei nº 9.317, de 1996, e a alegar que não foram apontados os fundamentos fáticos da decisão. Como já demonstrado nesta decisão, a representação fiscal apresenta rico conteúdo probatório, demonstrando os fatos que levaram à conclusão de que houve ofensa ao referido dispositivo legal. Também se encontram nos autos elementos comprobatórios dos fatos alegados. Não há que se falar, portanto, em cerceamento ao direito de defesa.

Em seguida, alega o manifestante a impossibilidade de se retroagirem os efeitos do ato de exclusão. Sobre o tema, o inciso V do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, assim dispõe:

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

...

V a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.

§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)

Como se vê, o Ato Declaratório cumpriu rigorosamente a disposição legal, uma vez que a exclusão se deu por ofensa ao inciso IV do art. 14 da Lei nº 9.317, de 1996. O fato que originou a exclusão, portanto, foi a própria forma como se deu a constituição da sociedade, razão pela qual os efeitos da exclusão a ela retroagem.

A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. Não se pode, em sede administrativa, declarar

ilegalidade ou constitucionalidade de lei ou ato normativo em vigor, uma vez que à Administração Pública cabe tão-somente dar aplicação aos comandos legais. A instância administrativa está adstrita a verificar se os dispositivos legais foram corretamente aplicados ao caso. Ou seja, importa verificar se os fatos verificados amoldam-se à previsão legal. O Poder Judiciário é o órgão competente para afastar a aplicação de lei ou ato normativo. Exatamente neste sentido é a disposição contida no art. 26A do Decreto nº 70.235, de 1972, inserida pela MP nº 449, de 2008, que assim determina:

Art. 26 A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de constitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I que já tenha sido declarado constitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

II que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou.

c) pareceres do Advogado Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (NR)

Assim, deixo de examinar as alegações de constitucionalidade da retroação dos efeitos da exclusão do SIMPLES, por extrapolarem os limites da competência do julgador administrativo.

A Lei nº 9.317, de 1996, foi expressamente revogada pela Lei Complementar nº 123, de 2006. A referida Lei Complementar instituiu novo regime diferenciado de tributação para as microempresas e empresas de pequeno porte, conhecido como SIMPLES Nacional, cuja vigência teve início, nos termos do art. 88 da referida lei complementar, em 01/07/2007. O SIMPLES Nacional, portanto, substituiu o SIMPLES Federal, previsto na Lei nº 9.317, de 1996, a partir de 01/07/2007. Os efeitos da exclusão do SIMPLES Federal, portanto, valem até 30/06/2007.

A empresa Sabão Rey Ltda., entretanto, teve indeferido o seu pedido de opção pelo SIMPLES Nacional, por conta de pendências referentes a débitos não previdenciários com a Receita Federal do Brasil. Posteriormente, as pendências foram solucionadas por meio de parcelamentos (processos nº 10530.401916/200995 e 10530.501034/200929, este último junto à Procuradoria da Fazenda Nacional). Uma vez solucionadas as pendências, a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Feira de Santana emitiu o Despacho decisório DRF/FSA nº 1.463, de 27 de outubro de 2011, por meio do qual foi deferido o pedido de inclusão no Simples Nacional com efeitos a partir de janeiro de 2008.

No que toca ao ano calendário 2007, em consulta aos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil, verificou-se que a empresa apresentou declaração simplificada em 19/05/2008. Logo em seguida, no dia 10/07/2008, apresentou nova declaração, na qual informa a tributação pelo Lucro Real. Portanto, no ano

calendário 2007 a empresa reconheceu a sua não inclusão no SIMPLES Nacional e efetuou a tributação com base no lucro real.

Por todo o exposto, voto por considerar a manifestação de inconformidade improcedente, mantendo a exclusão do Simples nos termos do Ato Declaratório Executivo DRF/SDR nº 08, de 11 de maio de 2009.

Além do disposto no artigo 26 A, do Decreto 70.235/72, já transcrito acima, acrescento o fato de que, a este CARF, não cabe julgar constitucionalidade de normas, por força da súmula CARF nº 2:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Pelos motivos já expostos na decisão da DRJ, quais sejam:

A manifestação de inconformidade não questiona os fatos apontados na representação fiscal. Limita-se a afirmar que não houve ofensa ao inciso IV do art. 14 da Lei nº 9.317, de 1996, e a alegar que não foram apontados os fundamentos fáticos da decisão. Como já demonstrado nesta decisão, a representação fiscal apresenta rico conteúdo probatório, demonstrando os fatos que levaram à conclusão de que houve ofensa ao referido dispositivo legal. Também se encontram nos autos elementos comprobatórios dos fatos alegados. Não há que se falar, portanto, em cerceamento ao direito de defesa.

Estes argumentos foram mantidos no Recurso voluntário, portanto, nada há acrescentar neste tópico.

Consequentemente, rejeito a preliminar de cerceamento do direito de defesa para, no mérito, negar provimento ao presente recurso mantendo-se a exclusão do Simples, consoante o Ato Declaratório Executivo DRF/SDR nº 08, de 11 de maio de 2009.

É como voto.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva