



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

Processo n° 10680.006994/2005-32
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1002-000.251 – Turma Extraordinária / 2ª Turma**
Sessão de 7 de junho de 2018
Matéria Simples - Exclusão.
Recorrente RARO EFEITO COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2004

APRECIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO CARF A RESPEITO.

A Súmula CARF n.º 2 impede este órgão de pronunciar-se sobre inconstitucionalidade de leis tributárias.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. CIRCUNSTÂNCIA IMPEDITIVA. LIMITE DE RECEITA BRUTA. INÍCIO DOS EFEITOS.

O ato da exclusão do SIMPLES contestado é declaratório da materialização de hipótese impeditiva preexistente fundada em limite de receita bruta ultrapassado, permitindo o reconhecimento de seus efeitos a partir de 01.01.2004, conforme previsão expressa em lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Aílton Neves da Silva - Presidente.

(assinado digitalmente)

Angelo Abrantes Nunes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ailton Neves da Silva, Leonam Rocha de Medeiros, Breno do Carmo Moreira Vieira e Angelo Abrantes Nunes.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo recorrente em face de decisão proferida pela 4.^a Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte (DRJ/BHE) mediante o Acórdão n.º 02-17.798, de 19/05/2008 (e-fls. 56 a 59).

O relatório elaborado por ocasião do julgamento em primeira instância sintetiza bem o ocorrido, pelo que peço licença para transcrevê-lo, a seguir, complementando-o ao final.

[...]

A optante pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/BHE nº 106, de 30 de agosto de 2006, fl. 32, com efeitos a partir de 01/01/2004, por ter auferido receita bruta superior ao limite legal previsto no inciso II do art. 9º da Lei nº9.317, de 5 de dezembro de 1996.

Cientificada em 06/09/2006, fl. 31-verso, a optante em 25/09/2006, fl. 33, apresentou manifestação de inconformidade, fls. 35/44, com as alegações abaixo sintetizadas.

Discorre sobre a exclusão retroativa efetuada de ofício contra a qual se insurge.

Suscita que houve ofensa ao ato jurídico perfeito, e à irretroatividade legal. Menciona que a exclusão não poderia surtir efeitos a partir de 01/01/2004.

Com o objetivo de fundamentar suas teses de defesa, interpreta a legislação de regência, indica os princípios constitucionais que entende que foram violados e ainda transcreve excertos jurisprudenciais.

Em face do exposto, requer a nulidade do ato de exclusão.

[...]

Inconformado com a decisão de primeira instância, o recorrente apresenta o recurso voluntário de e-fls. 65 a 69, basicamente reforçando a mesma argumentação usada na manifestação de inconformidade, acrescentando apenas o que descrevem os itens abaixo:

a) Que deverão ser acatados os recolhimentos dos meses antecedentes a 10/2006 e os recolhimentos efetuados sob o regime do lucro presumido, em outubro, novembro e dezembro de 2006, e, deve ser admitido seu retorno ao SIMPLES no ano seguinte, 2007, desde que atendidos os requisitos legais.

b) Que há inconstitucionalidade nos dispositivos que deram motivo à exclusão na forma do Ato Declaratório Executivo DRF/BHE n.º 106/2006, e, conforme jurisprudência administrativa que colaciona, o ato administrativo tem que ser revisto por inconstitucionalidade, conseqüentemente.

c) Traz no corpo do recurso jurisprudência — dois julgados — que consigna a irretroatividade do art. 15, inciso II, da Lei n.º 9.317/96, relativamente à hipótese de exclusão contida no art. 9.º, XIII, da mesma Lei.

d) Pede que o ADE tenha efeitos somente a partir de outubro de 2006, direito a nova inclusão no SIMPLES em 2007, ou efeitos apenas no ano 2004 e enquadramento no SIMPLES a partir do ano 2005.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Angelo Abrantes Nunes, Relator.

O recorrente discorda do efeito retroativo da exclusão.

É preciso registrar que em nenhum momento nos autos o recorrente contesta a origem e licitude da constatação de que sua receita bruta ultrapassou o limite para opção pelo SIMPLES, como determina o art. 9.º, II, da Lei n.º 9.317/96, e como consta do ADE de exclusão — hipótese definidora da aplicação do art. 15, IV, da mesma Lei, relativamente ao início dos efeitos da exclusão.

A partir daí, a leitura do contencioso se restringe à possibilidade ou não de retroação da Lei n.º 9.317/96, notadamente do comando legal que dispõe sobre o início dos efeitos da exclusão do SIMPLES (art. 15).

Antes de iniciar a exposição das razões deste voto, vale reproduzir os textos dos dispositivos citados acima, com a redação à época do ADE, para compreender o alcance e propósito legais:

(...)

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

(...)

II - na condição de empresa de pequeno porte que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais);

(...)

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

(...)

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

(...)

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

I - a partir do ano-calendário subsequente, na hipótese de que trata o inciso I do art. 13;

II - a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei;

(...)

IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;

(...)

Vale também a leitura da IN SRF n.º 608/2006, destacadamente do art. 24, inciso II, citado no recurso voluntário:

(...)

Art. 20. Não poderá optar pelo Simples, a pessoa jurídica:

(...)

II - na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais);

(...)

Da Exclusão do Simples

Art. 21. A exclusão do Simples será feita mediante comunicação da pessoa jurídica ou de ofício.

Exclusão por comunicação

Art. 22. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 20;

(...)

§ 1º A exclusão na forma deste artigo será formalizada pela pessoa jurídica, mediante alteração cadastral, firmada por seu representante legal e apresentada à unidade da SRF de sua jurisdição.

§ 3º No caso do inciso II do caput e do § 2º, a alteração cadastral deverá ser efetuada:

I - até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente àquele em que se deu o excesso de receita bruta, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 20;

(...)

Exclusão de ofício

Art. 23. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do art. 22, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

(...)

Parágrafo único. A exclusão de ofício dar-se-á mediante Ato Declaratório Executivo (ADE) 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 administrativo fiscal da União, de que trata o Decreto nº 70.235, de 1972.

Efeitos da exclusão

Art. 24. A exclusão do Simples nas condições de que tratam os arts. 22 e 23 surtirá efeito:

(...)

VI - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que foi ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 20;

(...)

(grifei).

Como se percebe na leitura dos fragmentos dos dispositivos normativos, o recorrente manobra hipóteses diferentes contidas na IN e na Lei para sugerir que houve entendimento diverso do legal pela SRF. Ora, a hipótese da IN SRF nº 608/2006 correlata às do inciso IV do art. 15, e art. 9.º, inciso II não é a indicada no recurso voluntário e ora transcrita. Seria a que se refere a comunicação obrigatória pelo sujeito passivo acerca da condição impeditiva de permanência no SIMPLES. O dispositivo da mencionada IN correspondente à da Lei nº 9.317/96, de que se valeu o ADE cujos efeitos são contestados, é o inciso VI do seu art. 24, e não o inciso IV do mesmo artigo.

As normas, tanto a Lei nº 9,317/96 quanto a IN SRF nº 608/2006, tratam o ato da exclusão do SIMPLES como declaratório de uma circunstância impeditiva preexistente fundada na ultrapassagem de limite de receita bruta, permitindo consagrar seus efeitos a partir dos momentos ali definidos, independentemente se o impedimento foi originado de comunicação da pessoa jurídica ou de ofício. Tendo em vista a falta do procedimento voluntário, a exclusão de ofício deve ser efetivada por ato declaratório da autoridade fiscal que jurisdicione o sujeito passivo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo administrativo fiscal. No caso da pessoa jurídica que era optante pelo SIMPLES em 2003, constatada a hipótese de exclusão com base na superação do limite de receita bruta ocorrida em 2003, os efeitos da exclusão inciam a partir de 01.01 2004. A partir da data dos efeitos do ato, a pessoa jurídica fica sujeita às demais normas de tributação. Este é o entendimento harmônico com a decisão definitiva de mérito proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial Repetitivo nº 1124507/MG¹ — trechos transcritos abaixo — cujo trânsito em julgado ocorreu em 16.06.2010, e que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF².

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 535 e 468 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. LEI 9.317/96. SIMPLES. EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 15, INCISO II, DA LEI 9.317/96. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Controvérsia envolvendo a averiguação acerca da data em que começam a ser produzidos os efeitos do ato de exclusão do contribuinte do regime tributário denominado SIMPLES. Discute-se se o ato de exclusão tem caráter meramente declaratório, de modo que seus efeitos retroagiriam à data da efetiva ocorrência da situação excludente; ou desconstitutivo, com efeitos gerados apenas após a notificação ao contribuinte a respeito da exclusão.

2 . Não merece conhecimento o apelo especial quanto às alegações de contrariedade aos artigos 458 e 535 do CPC, porquanto a recorrente apresentou argumentação de cunho

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Repetitivo nº 1124507/MG. Ministro Relator: Benedito Gonçalves, Primeira Seção, Brasília, DF, 28 de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=9771400&sReg=200900296277&sData=20100506&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 31 ago.2011.

² Fundamentação legal: art. 12, art. 13, art. 14, art. 15 e art. 16 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e Súmula CARF nº 56.

genérico, sem apontar quais seriam os vícios do acórdão recorrido, que justificariam sua anulação. Incidência da Súmula 284/STF.

3. No caso concreto, foi vedada a permanência da recorrida no SIMPLES ao fundamento de que um de seus sócios é titular de outra empresa, com mais de 10% de participação, cuja receita bruta global ultrapassou o limite legal no ano-calendário de 2002 (hipótese prevista no artigo 9º, inciso IX, da Lei 9.317/96), tendo o Ato Declaratório Executivo n. 505.126, de 2/4/2004, da Secretaria da Receita Federal, produzido efeitos a partir de 1º/1/2003.

4. Em se tratando de ato que impede a permanência da pessoa jurídica no SIMPLES em decorrência da superveniência de situação impeditiva prevista no artigo 9º, incisos III a XIV e XVII a XIX, da Lei 9.317/96, seus efeitos são produzidos a partir do mês subsequente à data da ocorrência da circunstância excludente, nos exatos termos do artigo 15, inciso II, da mesma lei. Precedentes.

5. O ato de exclusão de ofício, nas hipóteses previstas pela lei como impeditivas de ingresso ou permanência no sistema SIMPLES, em verdade, substitui obrigação do próprio contribuinte de comunicar ao fisco a superveniência de uma das situações excludentes.

6. Por se tratar de situação excludente, que já era ou deveria ser de conhecimento do contribuinte, é que a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, permitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão.

7. No momento em que opta pela adesão ao sistema de recolhimento de tributos diferenciado pressupõe-se que o contribuinte tenha conhecimento das situações que impedem sua adesão ou permanência nesse regime. Assim, admitir-se que o ato de exclusão em razão da ocorrência de uma das hipóteses que poderia ter sido comunicada ao fisco pelo próprio contribuinte apenas produza efeitos após a notificação da pessoa jurídica seria permitir que ela se beneficie da própria torpeza, mormente porque em nosso ordenamento jurídico não se admite descumprir o comando legal com base em alegação de seu desconhecimento.

8. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

Logo, a inferência denotada pela defesa do recorrente, nesse aspecto em que sugere a existência ou de conflito de normas ou de interpretação conflitante destas, e sob os argumentos de que a própria Lei n.º 9.317/96, em seu art. 15, veda os efeitos retroativos da

exclusão do SIMPLES, e de que a IN SRF n.º 608/2006 impõe que estes efeitos devem ocorrer só a partir do mês subsequente ao da ciência do ADE, não pode ser admitida como acertada.

Quanto às alegações no recurso voluntário que apontam que houve a retroação dos efeitos da exclusão a partir de 01/01/2004 e isso representa desvantagem e insegurança, desrespeitando o ato jurídico perfeito e acabado, é preciso operar as considerações seguintes.

De início é preciso que se diga que, na esteira do teor do trecho do julgado do STJ, já transcrito, não há "retroação dos efeitos" da exclusão, mas o ADE, com efeito, declara que num momento anterior o contribuinte deixou de se enquadrar sob as condições necessárias para pagar tributos pelo regime simplificado SIMPLES. É dizer, o ADE não estabelece que os requisitos para permanência no SIMPLES foram desatendidos no momento da sua publicação e devem ser considerados ocorridos no passado, retroativamente, mas, de forma muito diferente, reconhece e declara que a circunstância de descumprimento das exigências para permanência no SIMPLES ocorreu no passado, e a partir dali ou de momento posterior, modulado, devem ser conferidos os efeitos da exclusão. Tudo isso em convergência com a conjuntura legal reguladora da exclusão do SIMPLES contida na Lei n.º 9.317/96.

Então, seria o caso talvez de se falar em ato jurídico perfeito de abandono do regime de tributação pelo SIMPLES, celebrado pelo contribuinte, ao ultrapassar o limite legal para permanência e deixar de comunicar o fato à SRF. Não o caso de se entender convencionada eterna adesão ao referido regime, sem respeito às regras impostas aos demais contribuintes, o que representaria afronta aos princípios da legalidade e isonomia.

Ademais, não é desnecessário lembrar que a atividade administrativa é vinculada à lei. Eventual discricionariedade para afastar parcialmente ou interpretar o alcance de uma norma só pode ocorrer dentro das hipóteses permitidas na lei, o que não se verifica no contexto das disposições legais da Lei n.º 9.317/96 sob contestação no recurso voluntário.

Por fim, cabe comentar sobre a jurisprudência trazida aos autos no recurso voluntário: um acórdão do antigo Conselho de Contribuintes (CC), do ano 1997, e dois julgados do TRF - 1.ª Região, de 2004 e 2007.

Com respeito ao acórdão do CC, referenciado no recurso, que pugnava pela obrigatória análise de constitucionalidade das leis no julgamento administrativo do Conselho de Contribuintes, cumpre informar que a controvérsia relativa a esse tema já foi extinta via Súmula, pelo CARF:

Súmula CARF n.º 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Já quanto aos julgados do TRF, ao tempo em que se percebe que dirigidos à hipótese diversa, qual seja, a do inciso XIII do art. 9.º da Lei n.º 9.317/96, e não a do inciso II, considera-se que se aplicam exclusivamente aos contextos dos autos aos quais se referem, uma vez que não se revestem da condição de apreciação obrigatória de que trata o § 2.º do art. 62 do Anexo II da Portaria MF n.º 343/2015 (RICARF), a seguir reproduzido:

(...)

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo

internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil (CPC), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Por tudo analisado, nego provimento ao recurso voluntário, posicionando-me pela manutenção integral da decisão de 1.ª instância.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Angelo Abrantes Nunes - Relator.