



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 10730.002517/2005-65
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9101-002.073 – 1ª Turma
Sessão de 13 de novembro de 2014
Matéria Inclusão retroativa ao Sistema Simples
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ENLATE RECICLADOS LTDA ME

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

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003

SOLICITAÇÃO DE INCLUSÃO RETROATIVA NO SIMPLES.

Defere-se a solicitação de inclusão na sistemática do Simples a partir de janeiro de 2004 (dois mil e quatro), em razão da ratificação da sua exclusão através de Ato Declaratório emanado de ofício pela Administração Tributária (abrangendo o período de 26/06/2000 a 31/12/2003), quando a interessada comprova sua intenção de optante pelo SIMPLES, prevista no Ato Declaratório Interpretativo SRF n° 16, de 02/10/2002, e não mais subsiste óbice que impeça a sua permanência em tal sistemática.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em DAR provimento ao recurso especial.

(documento assinado digitalmente)

CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

RAFAEL VIDAL DE ARAUJO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: OTACÍLIO DANTAS CARTAXO (Presidente à época do julgamento), MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO, VALMIR SANDRI, VALMAR FONSECA DE MENEZES, ANTÔNIO CARLOS GUIDONI FILHO (Suplente Convocado), JORGE CELSO FREIRE DA SILVA,

ANTONIO LISBOA CARDOSO (Suplente Convocado), RAFAEL VIDAL DE ARAÚJO, LEONARDO MENDONÇA MARQUES (Suplente Convocado) e PAULO ROBERTO CORTEZ (Suplente Convocado).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial (fls.89/94) contra decisão não-unânime de Câmara, quando for contrária à lei ou à evidência da prova, interposto pela Fazenda Nacional, em 01/04/2008, com fundamento no art. 7º, inciso I, c/c §1º, e art. 15 do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais (RICSRF), aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25/06/2007.

2. A Recorrente insurgiu-se contra o Acórdão nº 302-38.619, de 26/04/2007, por meio do qual a 2ª Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes (3ºCC), por maioria de votos, deu provimento parcial ao Recurso Voluntário, nos termos do voto do relator.

3. Por bem descrever os fatos, adoto, com algumas modificações para maior clareza, o Relatório do acórdão recorrido:

Trata-se de manifestação de inconformidade ao indeferimento à Solicitação de Inclusão no Simples (fl. 28), proferida pelo SECAT/DRF NITERÓI/RJ.

A solicitação efetuada pela interessada encontra-se acostada à fl. 01, instruindo seu pleito os documentos de fls. 02/23.

Assim se pronunciou a Autoridade quando do indeferimento à solicitação de inclusão na sistemática do SIMPLES:

"... verifica-se que o interessado foi excluído pelo Ato Declaratório de Exclusão nº 20, de 15 de junho de 2004, por PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, tendo tomado ciência da exclusão por AR em 14/09/2004, **sem interposição de recurso no prazo determinado** pelo artigo 15 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972...

...A vista do exposto, tendo em vista que os motivos que ocasionaram a exclusão do interessado do Simples permanecem, proponho o indeferimento do pleito de fls. 01."

A interessada, devidamente notificada do indeferimento de sua solicitação em 27/06/2005 (fl.30), apresentou manifestação de inconformidade em 15/07/2005, apontando vícios e defeitos no processo deflagrador da sua exclusão (nº 10768.003651/2004-75), como por exemplo que o respectivo ato de exclusão não se encontrava adstrito às normas legais; que teria havido cerceamento no seu direito de defesa, o que ensejaria a nulidade da referida decisão. Enfim, o interessado ao contestar o pleito de inclusão retroativa na sistemática do Simples efetuado em 31/05/2005, convergiu suas argumentações no sentido de contraditar o procedimento de exclusão constante no processo anteriormente citado.

Na decisão de primeira instância, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento do Rio de Janeiro/RJ deferiu parcialmente o pleito da recorrente, conforme Decisão DRJ/RJOI nº 8.299, de 29/08/2005, (fls. 42/50), assim ementada:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 07/05/2015 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 07/05/20

15 por RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 18/05/2015 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRET

O

Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2000

Ementa: SOLICITAÇÃO DE INCLUSÃO RETROATIVA NO SIMPLES. Defere-se parcialmente a solicitação de inclusão na sistemática do Simples, em razão da ratificação da sua exclusão através de Ato Declaratório emanado de ofício pela Administração Tributária, quando a interessada comprova sua intenção de optante pelo SIMPLES, prevista no Ato Declaratório nº 16 da SRF de 02 de outubro de 2002 e não mais subsiste óbice que impeça a sua permanência em tal sistemática.

Solicitação Deferida em Parte

Às fls. 53 o contribuinte foi intimado da decisão supra, motivo pelo qual apresenta Recurso Voluntário de fls. 54/62, tendo sido dado, então, seguimento ao mesmo. [No Recurso Voluntário são apenas reiterados os argumentos da manifestação de inconformidade].

4. Transcreve-se parte do voto condutor do Acórdão DRJ/RJOI nº 8.299/2005:

Nesse diapasão entendo viável o pedido alternativo da interessada de reinclusão no Simples, mas não retroativamente desde a sua opção, uma vez que não pode a respectiva exclusão ser objeto de apreciação pela ausência de manifestação de inconformidade acerca da questão.

Sobre a intenção de permanecer no Simples, disto não resta dúvida, como bem se pode observar dos documentos acostados ao presente, desde 2001 (fis. 06/22), eis que a interessada vem apurando seus impostos e contribuições de acordo com a sistemática do Simples, apresentando, ainda, as declarações na forma simplificada (ou como inativa).

Este o entendimento emanado pelo Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16, de 02 de outubro de 2002, o qual estabelece sobre a retificação de ofício pela autoridade fiscal da opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas e Pequeno Porte...

Isto posto, voto no sentido de deferir em parte a solicitação da interessada, admitindo a sua inclusão no Simples, não retroativa, mas sim apenas a partir do período subsequente à extinção dos efeitos em razão das infrações praticadas pela interessada à legislação tributária, infrações estas que serão objeto de análise nos autos do processo administrativo nº 10768.006468/2004-21, dependendo, ainda, da não constatação de nenhum outro óbice legal, eis que nossa análise restringiu-se ao motivo exposto nos presentes autos e em seu apenso (processo de exclusão do Simples nº 10768.003651/2004-75).

5. O Acórdão Recorrido, alvo do Recurso Especial, foi assim ementado:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2000

Ementa: SOLICITAÇÃO DE INCLUSÃO RETROATIVA NO SIMPLES.

Defere-se a solicitação de inclusão na sistemática do SIMPLES a partir de janeiro de 2001, quando a interessada comprova sua intenção de optante pelo SIMPLES, forte no Ato Declaratório nº 16/2002 da SRF, desde que não existam outros óbices legais que impeçam a sua permanência em tal sistemática.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

6. Extrai-se ainda do voto condutor do Acórdão nº 302-38.619, de 26/04/2007, os seguintes trechos:

...

Como se verifica deste processo, a recorrente se insurge tanto quanto à negativa de seu pedido de inclusão retroativa no SIMPLES, bem como, principalmente, da sua exclusão no SIMPLES nos autos do processo nº 10768.3651/2004-75...

Em que pese a irrisignação da recorrente quanto à violação da ampla defesa e do contraditório no que pertine ao processo nº 10768.3651/2004-75, ... não é possível realizar tal análise e julgamento neste processo, já que eventual irrisignação deveria ter sido levantada no processo supra mencionado.

Em julgamento deste processo, a inclusão retroativa da requerida não foi deferida porque esta não o teria requerido expressamente na sua Manifestação de Inconformidade.

...

Como o processo administrativo se pauta sobre a verdade material, bem como é o SIMPLES uma metodologia de tributação prevista na Constituição Federal para beneficiar as pequenas empresas, existe espaço para sopesar princípios e realizar um julgamento justo neste caso.

Mesmo não tendo havido pedido expresso de inclusão retroativa do SIMPLES neste processo até a apresentação do recurso voluntário, resta claro a intenção do contribuinte em permanecer naquele sistema, tanto que sempre apresentou documentos e efetuou pagamentos como tal.

...

Tendo os efeitos da exclusão da recorrente se operado no ano de 2000, nada impede, então, que essa possa ser incluída no SIMPLES a partir de janeiro de 2001, desde que inexistam óbices legais para tal.

Entendo desta forma porque o processo que a está obstando de ingressar no SIMPLES desde logo, de nº 10768.006468/2004-21, conforme bem determinado pela DRJ, ainda não está julgado, ...

Não havendo qualquer decisão transitada em julgado administrativamente que impeça a recorrente de ser incluída no SIMPLES a partir de 2001, descabe manter a condicionante imposta pela decisão recorrida.

Neste sentido, inclusive, bem aduz o CTN em seu art. 112:

Como não há até o presente momento qualquer certeza frente à infração cometida pela recorrente, já que ainda não há decisão proferida pelo 1º Conselho de Contribuintes, inexistente qualquer vedação da recorrente em ser incluída no SIMPLES desde 2001.

...

Some-se isso ao fato de que a Carta Maior de 1988 estabeleceu explicitamente um tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, nos moldes do previsto na Carta Maior de 1988.

Esta é a maior consideração que se deve fazer sobre o SIMPLES, que é um incentivo constitucionalmente concedido às microempresas e empresas de pequeno porte, notórias geradoras de empregos, devendo sempre prevalecer àquele frente aos interesses meramente arrecadatários.

O SIMPLES foi editado como mecanismo de defesa e auxílio contra o abuso do poder econômico, de retirar as empresas da informalidade e de capacitá-las ao desenvolvimento do próprio negócio de acordo com a respectiva capacidade econômica e técnica, gerando, desse modo, maior número de empregos.

Diante do exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso voluntário interposto, determinado o ingresso retroativo da recorrente no SIMPLES desde janeiro de 2001, desde que inexistam outros impedimentos legais para a sua inclusão.

7. A Recorrente defendeu o cabimento do Recurso Especial e apresentou razões para a reforma do acórdão recorrido, nos seguintes termos:

II - DO CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

...

8. ... a questão posta nos autos reside na correta interpretação do Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16/2002, do art. 112, do Código Tributário Nacional, que dispõe sobre a interpretação da legislação tributária, e dos artigos 14 e 15 da Lei nº 9.317/96.

...

III - IMPOSSIBILIDADE DE INCLUSÃO RETROATIVA

10. O art. 14, inciso V, da Lei nº 9.317/96 dispõe que a exclusão do SIMPLES dar-se-á de ofício nos casos em que a pessoa jurídica incorrer na prática reiterada de infrações tributárias. Por sua vez, o art. 15, inciso V, e §3º, do mesmo diploma

prescreve os efeitos da exclusão se darão a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior. ...

...

11. Assim, comprovada a prática reiterada de infrações à legislação tributária deverá ser expedido o competente Ato Declaratório de Exclusão, o que ocorreu no presente caso, posto terem sido verificadas infrações, de forma reiterada, nos anos-calendário de 2000 a 2003.

12. Ressalte-se que o contribuinte sequer insurgiu-se contra o referido ato e, sendo assim, não há cogitar-se de qualquer nulidade ou de sua revogação, posto ser ato administrativo legalmente constituído, plenamente válido e definitivo.

13. Neste diapasão, há que se analisar os alcances do referido ADE e a partir de qual momento devem ser considerados os efeitos da exclusão.

14. Como muito bem asseverou a decisão de primeira instância, considerando que não foi devidamente instaurado o contraditório, não há que se falar em sobrestamento dos efeitos do mencionado ato excludente ou considerar suspenso o seu caráter de definitividade, até o deslinde do processo administrativo em que se discutem as citadas infrações. É dizer, o ato de exclusão é definitivo e não pode ser objeto de apreciação por este colegiado.

15. Em que pese tal assertiva, a e. Câmara *a quo* determinou a inclusão retroativa do contribuinte no SIMPLES a partir de 2001, ou seja, em período em que havia sido apurada uma das infrações à legislação tributária que ensejaram a sua exclusão e que estava abarcado pelos efeitos do Ato Declaratório de Exclusão.

16. Decidir de tal forma é, sem dúvida, manifestar-se sobre a validade do referido ato, o que se apresenta como inviável no presente caso, haja vista que, repita-se, nem sequer o próprio contribuinte assim o fez.

17. Ademais, o fato do processo administrativo nº 10768.006468/2004-21 não ter sido definitivamente julgado, não implica dizer que as infrações apuradas até o ano-calendário de 2003 devam ser ignoradas, sobretudo quando existe um ADE, não impugnado, corroborando sua existência. E, ainda que se verifiquem que as irregularidades foram sanadas, tal fato somente poderá repercutir em exercício subseqüentes, para nova opção pelo sistema.

...

19. Por conseguinte, a decisão de primeira instância não merece reparos, posto ter admitido a inclusão do contribuinte no SIMPLES, de forma não retroativa, a partir do período subseqüente à extinção dos efeitos do ADE, em razão das infrações à legislação tributárias perpetradas pela contribuinte, condicionando, ainda, à não constatação de outro óbice legal.

8. O pedido do Recurso Especial (fl.94) é *"que seja reconhecida a inclusão do contribuinte somente a partir do período posterior à extinção dos efeitos do ato excludente, reformando integralmente a decisão recorrida e restaurando o inteiro teor da r. decisão de primeira instância"*.

9. Quando do Exame de Admissibilidade do Recurso Especial, a Presidenta da 2ª Câmara do 3ºCC deu seguimento ao recurso, por meio do Despacho nº 302.105 (fls.95/97), de 13/05/2008, afirmando que:

A Procuradora da Fazenda Nacional requer a reforma do acórdão recorrido, alegando contrariedade à legislação tributária, com base no art. 14, inciso V, no art. 15, inciso V, e § 3º, da Lei nº 9.317/96, pedindo que seja reconhecida a inclusão do contribuinte somente a partir do período posterior à extinção dos efeitos do ato excludente.

Analisando o recurso especial, sob o ponto de vista dos pressupostos de admissibilidade, verifica-se:

1. quanto ao prazo legal, o recurso goza de tempestividade, visto que a Representante da Fazenda Nacional foi cientificada do aresto em 31/03/2008 (fl. 86) e interpôs Recurso Especial 01/04/2008 (fl. 88).

2. quanto à contrariedade à lei tributária, o recurso merece acolhimento, haja vista que a decisão foi prolatada por maioria de votos.

10. Conforme Despacho de Encaminhamento (fl.101) da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Niterói (RJ) e Aviso de Recebimento dos Correios (fl.100), o Contribuinte deixou de apresentar no prazo devido tanto Contrarrazões ao Recurso Especial da Fazenda Nacional como Recurso Especial da parte que lhe foi desfavorável.

11. É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Relator.

2. Início expondo meu entendimento de que o ato de exclusão do Sistema SIMPLES, qual seja o Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 20, de 15/06/2004 (publicado no D.O.U. de 28/06/2004, Seção 1, fl.39, e retificado no D.O.U. de 06/07/2004, Seção 1, fl.21), da DRF em Niterói, veiculado pelo processo nº 10768.003651/2004-75 (apenso a este processo), está definitivamente constituído.

2.1. O fato de o contribuinte não ter apresentado manifestação de inconformidade **por ter perdido o prazo de fazê-lo** (como se observa da ciência por AR à fl.70 e do encaminhamento após findo o prazo à fl. 71, ambas do referido processo) **não** implica: a) que não foi observado o processo tributário fiscal - PAF (previsto no §3º do art. 15 da Lei nº 9.317, de 05/12/1996); e b) que houve cerceamento do direito de defesa.

2.2. A existência de prazos para manifestação é uma realidade tanto no processo administrativo tributário como no processo judicial (de natureza civil, tributária, penal, etc), não se podendo taxar a preclusão ou a revelia como preterição do direito de defesa.

3. O ato de exclusão exclui o contribuinte do Sistema SIMPLES no período compreendido entre 26/06/2000 a 31/12/2003; os autos deixam claro que este foi o período em

que ficou configurada *a prática reiterada de infração à legislação tributária*. Ou seja, **está provado nos autos que a exclusão abrange**, além do segundo semestre de 2000, **os anos-calendário de 2001, 2002 e 2003**. As infrações à legislação tributária, praticadas reiteradamente nos anos-calendário de 2000 a 2003, foram assim descritas na Representação Fiscal para Fins de Exclusão do Sistema SIMPLES:

- Não apresentação do Livro-caixa, de escrituração obrigatória (Art. 190, parágrafo único, I, do RIR/99);
- Não apresentação do Livro Registro de Inventário, de escrituração obrigatória (Art. 190, parágrafo único, II, do RIR/99);
- Falta de emissão de notas fiscais nas operações de venda (Art. 190, parágrafo único, III, do RIR 99);
- Omissão de receitas (Art. 199, do RIR/99).

4. A decisão recorrida afirmou que: "*Tendo os efeitos da exclusão da recorrente se operado no ano de 2000, nada impede, então, que essa possa ser incluída no SIMPLES a partir de janeiro de 2001, desde que inexistam óbices legais para tal.*".

4.1. Dessa afirmação, percebe-se que a decisão recorrida seguramente contrariou evidência de prova: enquanto as provas demonstram que os efeitos da exclusão se operaram de 26/06/2000 a 31/12/2003, incluindo os anos-calendário de 2001, 2002 e 2003; como visto na citação, consta no voto do relator que os efeitos da exclusão se operaram apenas em 2000, o que não corresponde à verdade.

4.2. Daí se conclui que não é possível a inclusão retroativa do contribuinte no Sistema SIMPLES nos anos-calendário 2001, 2002 e 2003, como fez a decisão recorrida.

5. Ademais, há que se esclarecer que a exclusão do Sistema SIMPLES é anterior a lavratura dos Autos de Infração, e estes são decorrência desta, não o contrário. Os fatos que caracterizam a prática reiterada de infração à legislação tributária, que deu ensejo à exclusão nos termos do inciso V do art. 14 da Lei nº 9.317/1996, são objeto do processo de exclusão (processo nº 10768.003651/2004-75) e não do processo dos Autos de Infração (processo nº 10768.006468/2004-21).

6. Portanto, uma vez confirmado o Ato Declaratório Executivo nº 20, de 15/06/2004; ainda que por não estabelecimento, na forma do PAF, do contencioso administrativo por perda do prazo, pelo contribuinte, de apresentação de manifestação de inconformidade, deve-se:

- a) considerar definitiva a prática reiterada de infração à legislação tributária nos anos-calendário 2001, 2002 e 2003;
- b) negar a inclusão retroativa no Sistema SIMPLES no anos-calendário 2001, 2002 e 2003, em observância ao que dispõe o inciso V do art. 15 da Lei nº 9.317, de 05/12/1996; e**
- c) julgar o processo dos Autos de Infração (processo nº 10768.006468/2004-21), quanto a propriedade dos lançamentos.

7. A decisão recorrida também fez uma construção de seqüências condicionantes que não corresponde ao que prevê a legislação.

7.1. Ali se entendeu que o trânsito em julgado administrativo do processo dos Autos de Infração é necessário para caracterização da prática reiterada de infração à legislação tributária e validade do Ato Declaratório Executivo nº 20, de 15/06/2004; e se deduziu que: como ainda não há decisão administrativa final do processo dos Autos de Infração, então não haveria certeza (haveria dúvida), o que autorizaria a aplicação do art. 112 do CTN; e, conseqüentemente, não estaria caracterizada a citada prática reiterada e estariam sobrestados os efeitos do mencionado ADE, o que abriria possibilidade para a inclusão retroativa nos anos-calendário de 2001 a 2003, abrangidos pelo referido ADE.

7.2. Ora, como se viu no item 6, a ordem é: o processo que julga a caracterização da prática reiterada de infração à legislação tributária e a validade do ADE é que é necessário para o julgamento dos Autos de Infração e não o contrário (como inverteu a decisão recorrida), **é o que bem estabelece o §3º do art. 15 e o art. 16 da Lei nº 9.317, de 05/12/1996.**

7.3. Estando, portanto, confirmada a improcedência da premissa, as deduções daí decorrentes não podem chegar a uma conclusão válida. Ademais, tampouco o art. 112 do CTN pode ser suscitado, pois não se está frente a situação de dúvida (não há dúvida quanto à prática reiterada de infração à legislação tributária nos anos-calendário 2001, 2002 e 2003 ou quanto à definitividade do ADE em questão, estas estão sacramentadas no processo nº 10768.003651/2004-75), ainda menos dúvida em relação: *i) à capitulação legal do fato; ii) à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; iii) à autoria, imputabilidade, ou punibilidade; e iv) à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.*

8. Por todo o exposto, o meu voto é por DAR provimento ao Recurso Especial.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araujo - Relator