



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10840.720084/2015-58
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1302-005.819 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 18 de outubro de 2021
Recorrente LUMA MATERIAIS PARA CONSTRUÇÕES LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

EXCESSO DE RECEITAS. EXCLUSÃO.

Constatado excesso de receita em um exercício, opera-se a exclusão do Simples Nacional a partir do exercício seguinte, podendo a contribuinte voltar a optar, se preenchidos os requisitos legais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregorio - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ricardo Marozzi Gregorio, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Andreia Lucia Machado Mourão, Flavio Machado Vilhena Dias, Cleucio Santos Nunes, Marcelo Cuba Netto, Fabiana Okchstein Kelbert e Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por LUMA MATERIAIS PARA CONSTRUÇÕES LTDA - ME contra acórdão que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada diante de sua exclusão do regime do SIMPLES NACIONAL promovida pela DRF/Ribeirão Preto-SP.

Em seu relatório, a decisão recorrida assim descreveu o caso:

A contribuinte acima qualificada foi excluída do Simples Nacional, com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 2011, conforme Ato Declaratório Executivo nº 004, de 30/01/2015 da DRF/Ribeirão Preto/SP (fls. 09), tendo em vista a Representação Fiscal - Exclusão do Simples Nacional de fls. 02-03, em face da constatação de que excedeu o limite de Receita Bruta estabelecida para a opção ou manutenção no Simples Nacional no ano-calendário 2010, conforme a Lei Complementar nº 123/2006, art. 30, inciso IV, e o disposto no § 1º do artigo 4º da Resolução CGSN nº 15, de 23/07/2007.

Cientificada em 18/02/2015 (fls. 11), apresentou manifestação de inconformidade em 10/03/2015 (fls. 13-26), alegando, em síntese:

a) que foi excluída do Simples Nacional em razão de ter ultrapassado o limite da receita bruta no ano-calendário de 2010, conforme apurado no processo nº 10840.723813/2014-47 por suposta omissão de receitas decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada, totalmente improcedente;

b) o ADE é nulo em razão de cerceamento de defesa, não tendo sido observado o devido procedimento legal, nos termos do art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal, uma vez que está pendente de julgamento o processo nº 10840.723813/2014-47 onde foi lavrado o Auto de Infração por suposta omissão de receitas decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada, tendo apresentado impugnação.

Assim, o ADE só poderia ser lavrado após julgamento definitivo da impugnação interposta no citado processo, já tendo o STF editado a Súmula Vinculante nº 24 no sentido de que a constituição do crédito somente se torna definitiva após o esaurimento da via administrativa, que transcreveu;

c) O Ato Declaratório ainda é nulo porque a fiscalização obteve os dados das contas bancárias da requerente diretamente das instituições financeiras, com fundamento na Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724/2001, porém tais informações são protegidas pela garantia constitucional do sigilo de dados, nos termos do art. 5º, inciso XII da CF, o qual só pode ser quebrado por determinação judicial, consoante decidiu o STF no RE nº 389.808, publicado em 10/05/2011, cuja ementa transcreveu;

d) há ilegalidade na exclusão porque a fiscalização não cumpriu as disposições do art. 6º da LC nº 105/2001, que exige ato administrativo da Delegacia da Receita Federal justificando as razões para sua quebra, mais do que isso, é fundamento para sua quebra, devendo demonstrar a indispensabilidade de tal ato quando houver fiscalização em curso, conforme o Decreto nº 3.724/2001, tendo o STJ decidido nesse sentido no Edcl no Agravo em Recurso Especial nº 285.894 – SP, cuja ementa transcreveu;

e) se superados os argumentos acima, é preciso deixar claro que é impossível o efeito da exclusão do Simples Nacional retroagir à data de 01/01/2011 nos termos propostos na representação, pois o ordenamento jurídico não contempla tal hipótese, só podendo valer a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão, ou seja, no caso só poderia ocorrer a partir de janeiro de 2015 e não janeiro de 2011, sob pena de infringir-se o princípio da irretroatividade da norma, previsto no artigo 150, II, da CF, lições da doutrina e acórdão do TRF, cuja ementa transcreveu.

Por fim, requereu o provimento da manifestação de inconformidade especialmente para reconhecer a ilegalidade e inconstitucionalidade do ato de exclusão do Simples Nacional.

Juntou os documentos de fls. 27 e seguintes.

A DRJ/Campo Grande proferiu, então, acórdão cuja ementa assim figurou:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

EXCESSO DE RECEITAS. EXCLUSÃO.

Constatado excesso de receita em um exercício, opera-se a exclusão do Simples Nacional a partir do exercício seguinte, podendo a contribuinte voltar a optar, se preenchidos os requisitos legais.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Inconformada, a empresa apresentou recurso voluntário onde repete literalmente as alegações contidas na manifestação de inconformidade. Apenas, ao final, solicita que o recurso só seja julgado após o julgamento definitivo do processo nº 10840.723813/2014-47 acaso não se acolha a nulidade do feito.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Como relatado, a interessada não apresentou qualquer argumento para contestar os fundamentos da decisão recorrida. Apenas repetiu as razões já expostas na manifestação de inconformidade.

Em situações como esta, nas quais a parte não apresenta novas razões de defesa, o § 3º, do art. 57, do Anexo II, do RICARF, autoriza a transcrição da decisão recorrida quando o relator do julgamento nesta Casa confirma e adota os seus fundamentos. É o que se propõe:

A contribuinte argüiu, inicialmente, violação de vários princípios legais e constitucionais tais como o da legalidade, ampla defesa, obtenção de prova por meio ilícito, quebra do sigilo bancário etc.

É de se anotar, preliminarmente, que não cabe discussão da constitucionalidade ou ilegalidade de lei em sede administrativa, consoante estabelece o *caput* do art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972 na redação dada pelo art. 25 da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009:

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 inconstitucionalidade.

Acresce, como ensina Seabra Fagundes, que “administrar é aplicar a lei de ofício”, e dispondo a Lei Complementar nº 123, de 2006, no art. 3º e demais dispositivos abaixo reproduzidos, que está impedida de optar ou permanecer no Simples Nacional quem excede o limite legalmente previsto, não há como acolher suas alegações.

Desta forma, é de se rejeitar todas as alegações a esse título aduzidas ao longo da peça impugnatória.

Cumpre, ainda, balizar que aqui se está apreciando tão somente a manifestação de inconformidade da contribuinte contra sua exclusão do Simples Nacional.

Logo, é de se salientar que não serão apreciadas as alegações e argumentações da impugnante com relação à omissão de receitas, lançamento do imposto de renda com base em depósitos bancários etc., impertinentes ao objeto deste processo.

Quanto à nulidade em razão deste processo depender da decisão no processo de Auto de Infração n.º 10840.723813/2014-47, é de se rejeitar de plano, vez que eles podem ser reunidos oportunamente, consoante consta nota neste processo, contudo, podem processar-se independentemente, por falta de disposição legal específica, sendo julgados separadamente, não se aplicando à espécie o disposto na Súmula Vinculada n.º 24 do STF.

Nesse sentido, aliás, é o argumento decorrente da própria Súmula CARF n.º 77, que diz: *A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.*

Quanto à obtenção de prova ilícita no processo de lançamento, bem como a quebra do sigilo bancário, são matérias discutidas no outro processo, não cabendo sua discussão nestes autos, como vimos acima.

Inexiste, ainda, qualquer nulidade decorrente da retroação do Ato Declaratório, ocorrida em razão de expressa disposição legal. Com efeito, em que pese as arguições efetivadas pela defendente com esteio jurídico em abalizadas doutrinas e jurisprudência, como vimos acima não há como examiná-las nesta sede.

Ademais, o art. 31, inciso II, da LC n.º 123/2006 e o art. 6.º da Resolução CGSN n.º 15/2007 (fls. 04), dispõem que a exclusão ocorrerá retroativamente a partir do exercício seguinte à ocorrência do excesso de receitas:

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

(...)

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou

(...)

Resolução n.º15 do Comitê Gestor do Simples Nacional(CGSN), de 23 de julho 2007:

Art. 6.º A exclusão das ME e das EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

II – na hipótese da alínea ‘a’ do inciso II do caput do art. 3.º, a partir de 1.º de janeiro do ano-calendário subsequente ao do que tiver ocorrido o excesso;

Desta forma, existindo norma expressa dispendo sobre a retroação da norma que exclui a empresa do Simples Nacional, tendo em vista o motivo da exclusão, não há como acolher o pleito da contribuinte.

Logo, inoocorreu qualquer nulidade que maculasse o Ato Declaratório impugnado, sendo de rejeitar-se as preliminares arguidas.

No mérito, a manifestante nada questionou, limitando-se às alegações em sede de preliminar, já respondidas acima, ou pertinentes ao objeto do processo de Auto de Infração citado, impertinentes a estes autos.

Por fim, ainda que tal tivesse ocorrido (apuração por presunções), o que se declara apenas para argumentar, não estaria vedado à fiscalização tributária tal procedimento.

Isso porque os indícios e presunções (prova indiciária) são elementos de prova (ALIMAR BALEIRO, *Direito Tributário Brasileiro*, Forense, 1976, 8ª ed., pp. 468/469).

Portanto, a apuração de dados tributários com base em presunções no processo administrativo fiscal, como em qualquer ramo processual, é perfeitamente legítima, aduzindo ANTONIO DA SILVA CABRAL:

Vale para o processo fiscal a mesma regra do art. 332 do CPC: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funde a ação ou a defesa”. (Processo Administrativo Fiscal, Saraiva, 1993, p. 305).

Até mesmo no processo criminal é admitida a prova por presunção para alicerçar decreto condenatório e, saliente-se, ali se cuida do bem maior que o cidadão possui: a liberdade (v. art. 239 do C.PP; ADALBERTO DE CAMARGO ARANHA, *Da Prova no Processo Penal*, 3ª ed., pp. 173/175).

Logo, improcedem as alegações da contribuinte.

Conclusão.

Em face do exposto e considerando tudo mais que dos autos consta, rejeito as preliminares argüidas e, no mérito, julgo improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo o Ato Declaratório Executivo impugnado, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Acrescente-se que os questionamentos acerca da inconstitucionalidade dos comandos legais que envolveram a exclusão do regime não podem ser apreciados por este colegiado também porque a competência desta Casa está circunscrita a verificar os aspectos legais da atuação administrativa. Quanto a isto, vale a pena transcrever o que dispõem o artigo 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343/15, e a Súmula CARF nº 2:

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. (grifei)

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

Ademais, cumpre enfatizar a exigência regimental para que os julgados desta Casa observem os entendimentos sumulados. É o que está determinado no artigo 72 do Anexo II do RICARF:

Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

Não se pode, assim, dar guarida à pretensão recursal.

Por oportuno, registre-se que, na mesma sessão de julgamentos, a Turma negou provimento ao recurso voluntário interposto no supramencionado processo nº 10840.723813/2014-47.

Pelo exposto, oriento o meu voto no sentido de afastar as preliminares de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregorio