



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

Processo nº 10865.003442/2007-76
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1001-000.804 – Turma Extraordinária / 1ª Turma
Sessão de 11 de setembro de 2018
Matéria SIMPLES
Recorrente HELOMAQ INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MAQUINAS AGRICOLAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2003

PRELIMINAR DE NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Tendo compreendido as matérias tributadas e o motivo da sua exclusão, a recorrente exerceu de forma plena o seu direito de defesa, motivo pelo qual não há que se falar em nulidade do Ato Declaratório de Exclusão do Simples

PRELIMINAR. EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL. EFEITO DECLARATÓRIO.

Consoante o que dispõe a legislação do Simples Federal, Lei 9.317, de 1996, é cabível a exclusão da pessoa jurídica quando incorrer em qualquer das situações excludentes.

O ato de exclusão do Simples possui natureza declaratória, que atesta que o contribuinte já não preenchia os requisitos de ingresso no regime desde data pretérita.

Os efeitos do ato de exclusão do Simples Federal devem observar o disposto na legislação de regência. *In casu*, surtirá efeito a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade do Ato Declaratório de Exclusão e de irretroatividade da exclusão do Simples suscitada no Recurso Voluntário. Não houve arguição de questões de mérito.

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Edgar Bragança Bazhuni - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Lizandro Rodrigues de Sousa (presidente), Edgar Bragança Bazhuni, Eduardo Morgado Rodrigues e Jose Roberto Adelino da Silva.

Relatório

A recorrente postula pela reforma da decisão proferida pela 5ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento em Ribeirão Preto (SP), mediante o Acórdão nº 14-49.289, de 20/03/2014 (e-fls. 135/143).

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento em primeira instância, a seguir transcrito: (grifos não constam do original)

Trata o presente processo de exclusão da contribuinte acima identificada do Sistema Integrado de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES (Federal), ocorrida mediante o Ato Declaratório Executivo (ADE) da Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) em Limeira-SP nº 026, de 27 de novembro de 2007 (fl. 05), tendo em vista que a contribuinte “ultrapassou os limites de receita bruta”, no ano calendário de 2003.

Em procedimento de fiscalização foi apurado que a contribuinte acima identificada omitiu receitas nos anos-calendário de 2003, 2004 e 2005, que deu origem a Representação Fiscal – Exclusão do Simples – fl. 8, a qual informa que a fiscalizada, enquadrada na condição de Empresa de Pequeno Porte, movimentou em suas contas correntes valores omitidos, cuja somatória das receitas declaradas e omitidas ultrapassou o limite de faturamento estabelecido pela Lei nº 9.317/96 no ano-calendário de 2003.

Acatando a Representação Fiscal foi emitido o Ato Declaratório Executivo DRF/LIM nº 026, de 27 de novembro de 2007, fundamentado na Lei nº 9.317/96, artigos 12, 13, inciso II, alínea “a”, 14, inciso I e 15, inciso IV; Instrução Normativa SRF nº 608, de 09/01/2006: art. 23, inciso I e 24, inciso VI.

Ciente do ADE, a contribuinte, inicialmente ingressou com manifestação de inconformidade de fls. 16/18, na qual alegou em suma:

- foram lançados autos de infração e por serem impugnados suspendem a exigência do tributo, e sem decisão final e irrecorrível não se tem certeza acerca do real faturamento e como a exclusão se deu por excesso de receita o Ato Declaratório não poderá surtir efeitos antes do desfecho final do PAF.

A DRF/Limeira no Despacho Decisório s/nº de 10/02/2010 (fls. 20/21) conheceu da manifestação de inconformidade, na qualidade de “Solicitação de

Revisão da Exclusão”, determinando a manutenção integral dos efeitos do ADE questionado.

Ciente disso, a contribuinte apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 24/26, trazendo os mesmos argumentos anteriormente apresentados às fls. 16/18, ressaltando que na impugnação aos autos de infração – proc. 10.865.003442/2007-76 foram juntados documentos comprobatórios e amparos legais e jurídicos a serem discutidos, e portanto o ADE não pode produzir efeitos até trânsito em julgado na esfera administrativa.

Referida manifestação de inconformidade foi encaminhada à esta Delegacia Regional de Julgamento.

Através do Despacho 08/2011, de 28 de novembro de 2011, a 5ª Turma desta DRJ verificou não constar nos autos qualquer documento ou mesmo informação da receita bruta da contribuinte referente ao ano-calendário de 2003, que levou à exclusão do Simples, devolvendo o processo ao órgão preparador para o devido saneamento, facultando ao contribuinte manifestação quanto aos novos documentos juntados.

A DRF Limeira, através de despacho assinado digitalmente em 13/09/2013, cumpriu a diligência, mediante juntada do Auto de Infração e planilhas de cálculo extraídos do processo 10865.003737/2007-42 demonstrando que o valor da receita bruta total apurado para o ano-calendário de 2003 foi de R\$ 1.321.961,44.

A contribuinte manifestou-se sobre a diligência em questão, alegando que ao contrário do informado, o valor referido acima, não corresponde ao ano de 2003, mas sim ano-calendário de 2004, conforme as planilhas apresentadas, sendo que o total levantado pela fiscalização para 2003, foi na ordem de R\$ 1.019.304,41. Aduz, novamente que deve ser aguardado o trâmite administrativo até o final, agora perante o CARF.

A DRJ considerou improcedente a manifestação de inconformidade, cujo voto condutor do acórdão recorrido transcrevo a seguir, *in verbis*:

De princípio, importante delimitarmos o objeto de análise e julgamento do presente processo, qual seja, trata-se exclusivamente de exclusão da Empresa em referência do Regime simplificado do Simples Federal.

A empresa foi excluída do SIMPLES, por intermédio do Ato Declaratório Executivo (ADE) da Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) em Limeira-SP nº 026, de 27 de novembro de 2007 (fl. 05), em razão de ter incorrido na causa excludente prevista no art. 9º, inc. II, da Lei nº 9.317/1996 – receita bruta superior ao limite estabelecido, conforme o relato da Auditoria Fiscal contido na Representação Fiscal - fl. 8.

Preceitua a Lei nº 9.317/1996, que dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte e institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte –SIMPLES, na vigência do ano-calendário de 2003:

“Art. 9º 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\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais);

...”.

Alega a empresa que o valor no ano de 2003 é na ordem de R\$ 1.019.304,41, e que o valor referido pela autoridade autuante, no valor de R\$ 1.321.961,44 compete ao ano-calendário de 2004. Alega ainda, que uma vez que o valor da receita bruta apurado pela fiscalização ainda está “sob judice” administrativa, o ADE não pode gerar efeitos.

Quanto ao valor em questão, os valores apresentados decorrem do lançamento no Auto de Infração acima referido, relativos ao ano de 2003, cuja cópia está presente às fls. 39, e demonstra Receita Bruta Acumulada de R\$ 1.321.961,44, que compõe-se da Receita Declarada + as Diferenças Apuradas pela fiscalização, conforme abaixo:

Mês/Ano	Receita Bruta Mensal (Decl.) (R\$)	Difer. Apuradas (R\$)	Receita Bruta Acumulada (R\$)
01/2003	45.810,00	57.128,26	102.938,26
02/2003	91.777,84	0,00	194.716,10
03/2003	98.684,00	0,00	293.400,10
04/2003	150.157,00	0,00	443.557,10
05/2003	134.592,00	0,00	578.149,10
06/2003	101.765,00	7.337,49	687.251,59
07/2003	136.019,40	0,00	823.270,99
08/2003	184.162,00	0,00	1.007.432,99
09/2003	90.661,00	11.532,97	1.109.626,96
10/2003	44.048,00	0,00	1.153.674,96
11/2003	46.325,04	0,00	
11/2003	4.447,74	31.269,12	
			1.235.716,86
12/2003	67.984,00	18.260,58	1.321.961,44

Portanto não procede a alegação do contribuinte, já que deve-se considerar a Receita Bruta Acumulada na sua totalidade Foram juntados ainda, planilhas de cálculo que demonstram o “Levantamento de depósitos efetuados nas contas-correntes da Contribuinte” – fl. 93, bem como “Receitas Declaradas x Depósitos Bancários” – fl. 100.

O processo que deu origem aos autos de infração, notadamente o referente ao ano-calendário de 2003, o qual deu origem a receita bruta considerada para exclusão do Simples, recebeu o número 10865.003737/2007-42, no qual foi proporcionado, o direito à empresa ao contraditório e ampla defesa.

Naqueles autos, a Auditoria Fiscal apresentou os fatos e documentos que os levaram a apurar a receita bruta e a Autuada contra argumentou e teve a oportunidade de exhibir documentos comprobatórios que derrubassem a motivação exposta pelo Fisco.

Assim, os créditos tributários lançados, relativo às infrações apontadas, formalizados naquele processo, foram mantidos na primeira instância pela 5ª Turma de Julgamento desta DRJ, no Acórdão nº 14-27.213 de 15/01/2010, sendo proferidos a seguinte ementa e acórdão:

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

Ano-calendário: 2003

*OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.
COMPROVAÇÃO DA ORIGEM.*

Por presunção legal contida na Lei 9.430, de 27/12/1996, art. 42, os depósitos efetuados em conta bancária, cuja origem dos recursos depositados não tenha sido comprovada pelo contribuinte mediante apresentação de documentação hábil e idônea, caracterizam omissão de receita.

IMPUGNAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE

CRÉDITO TRIBUTÁRIO MANTIDO EM PARTE ACÓRDÃO:

*Acordam os membros da 5ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar **parcialmente procedente a impugnação** para excluir da tributação o valor de R\$ 50,00 relativamente ao mês de novembro de 2003, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.*

Intime-se para pagamento do crédito mantido no prazo de 30 dias da ciência, salvo interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em igual prazo, conforme facultado pelo art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, alterado pelo art. 1º da Lei n.º 8.748, de 9 de dezembro de 1993, e pelo art. 32 da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002.

Sala de Sessões, em 20 de março de 2014.

Assim, constatado que a contribuinte auferiu Receita Bruta no referido anos-calendário, superior ao limite estipulado pela legislação tributária no art. 9º, II da Lei nº 9.317, de 1996, cabe a exclusão da contribuinte do sistema, a partir de 01/01/2004, em obediência ao disposto nos art. 12, 13, 14 da lei nº 9.317, de 1996, que dispõem:

***Art. 12.** A exclusão do SIMPLES será feita mediante comunicação pela pessoa jurídica ou de ofício.*

***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;

E quanto aos efeitos do ato, o mesmo é regido pelo art. 15 da Lei nº 9.317/96:

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

.....

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.

Superada a divergência quanto a receita considerada, passa-se a analisar quanto ao efeito suspensivo da manifestação de Inconformidade até o trâmite final no âmbito administrativo.

Os créditos tributários que decorreram dos autos de infração lavrados, quando impugnados pelo sujeito passivo e instaurado o contencioso administrativo, caso da contribuinte, e enquanto não houver decisão definitiva neste âmbito, o próprio Código Tributário Nacional, em seu artigo 151, abaixo transcrito, reconhece tal efeito para suspender a exigibilidade do crédito tributário, in verbis:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

.....
III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo (Grifou-se);

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

No entanto, o efeito requerido não incide nas inconformidades contra o ato de exclusão do Simples, uma vez que esses procedimentos não envolvem cobrança de crédito tributário, mas sim o regime de tributação do sujeito passivo.

É entendimento predominante na doutrina que os recursos administrativos, possuem em regra apenas efeito devolutivo, enquanto o efeito suspensivo é a exceção, aplicável somente quando expressamente previsto no preceito jurídico.

Dada a sua pertinência, transcrevem-se a seguir excertos do voto proferido pelo Relator Roberto Massao Chinen no Acórdão nº 06-23.301, de 5 de agosto de 2009, da 2ª Turma da DRJ de Curitiba/PR:

“Como ponto de partida, apesar da idéia intuitiva do significado do termo, convém firmar alguns pressupostos. O efeito suspensivo é um atributo do recurso e tem aplicação sobre a decisão recorrida. A decisão, objeto da contestação, no âmbito do direito tributário, manifesta-se, em regra, através de um ato administrativo, que pode ser de espécies variadas (auto de infração, exclusão do Simples, cassação de benefício, indeferimento de compensação etc). Qualquer que seja a natureza desse ato, ele produz uma série de efeitos, que são simples conseqüências advindas da produção daquele ato. Quando se diz que determinado recurso tem efeito suspensivo, quer-se dizer que a decisão que está sendo contestada tem seus efeitos suspensos, ou seja, qualquer que seja a natureza do ato administrativo em litígio, ele deixa de produzir qualquer efeito, até a superveniência da decisão final. É importante frisar esse aspecto. O efeito paralisante não atinge somente os atos executórios da decisão, até porque esta pode ser de natureza declaratória ou constitutiva; no entanto, mesmo os atos declaratórios ou constitutivos não podem

produzir efeitos, diante do efeito suspensivo do recurso. Confirmam-se, nesse sentido, a lição de José Carlos BARBOSA MOREIRA, em sua obra “O Novo Processo Civil Brasileiro”, Rio de Janeiro: Forense, 23ª ed., 2005, p. 123:

O impedimento atinge toda a eficácia da decisão, e não apenas o efeito executivo que ela possa ter. Impróprio, destarte, conceituar a suspensividade em termos restritos, alusivos unicamente à impossibilidade de executar-se a decisão, que, aliás, por sua própria natureza, nem sempre comporta execução em sentido técnico: assim, as decisões meramente declaratórias e as constitutivas.

Para efeitos práticos, portanto, é como se a decisão não tivesse sido proferida, já que nenhum efeito pode surtir. No caso específico do ato de exclusão do Simples, o eventual efeito suspensivo da respectiva manifestação de inconformidade deve provocar a suspensão de todas as consequências que naturalmente adviriam da exclusão, até a decisão administrativa final. Isso inclui: a apuração do lucro por outro regime (que exigiria a escrituração de livros contábeis, caso a opção fosse pelo lucro real), o envio de declaração por outro regime, o pagamento de tributos por outro regime, etc. Nada disso poderia ser exigido do contribuinte, caso estivesse ele protegido pelo efeito suspensivo.

Um segundo aspecto que também merece ser destacado no instituto do efeito suspensivo é a necessidade de previsão expressa na lei que criou o recurso; em outros termos, o efeito suspensivo não se presume, ele só existe quando o legislador manifesta a intenção de conferir esse efeito. É o que leciona Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, em seu “Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 19ª ed., 2006, p. 697:

O efeito suspensivo, como o próprio nome diz, suspende os efeitos do ato até a decisão do recurso; ele só existe quando a lei o preveja expressamente. Por outras palavras, no silêncio da lei, o recurso tem apenas efeito devolutivo.

Esse princípio foi positivado na legislação do processo administrativo federal, através da Lei nº 9.784, de 29/01/1999, que assim dispõe em seu artigo 61:

Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.

(Grifou-se)

Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.

Isso sugere, como próximo passo, verificar se o legislador pretendeu dar efeito suspensivo no recurso cabível contra o ato de exclusão do Simples. A pesquisa deve ser iniciada pelo CTN, que é norma de hierarquia superior às leis ordinárias. Nessa lei complementar, a única hipótese de suspensão é a prevista no artigo 151, que, no entanto, é restrita à exigibilidade do crédito tributário.

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

.....

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo (Grifou-se);

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

O dispositivo é claro, e autoriza à conclusão de que ele não incide nas impugnações contra o ato de exclusão do Simples, uma vez que esses procedimentos não envolvem cobrança de crédito tributário, mas sim o regime de tributação do contribuinte. Assim, pode-se afirmar que, pelo menos no CTN, o legislador não pretendeu conferir efeito suspensivo nos processos de exclusão do Simples.

Continuemos a pesquisa. Em se tratando do Simples, parece evidente que, caso o legislador pretendesse beneficiar o contribuinte com o efeito suspensivo em seu recurso contra a exclusão, tê-lo-ia previsto na própria Lei nº 9.317/96, que disciplina todo o referido regime. No entanto, se alguma conclusão for possível quanto à intenção do legislador quanto ao efeito suspensivo do recurso contra a exclusão, prevalece a tese negativa. Na realidade, na Lei do Simples, não se faz menção ao recurso administrativo contra o ato declaratório de exclusão. Ao tratar da matéria atinente aos efeitos da exclusão, o legislador estipulou apenas o marco temporal inicial, ou seja, o termo de início dos efeitos da exclusão, a partir do qual o contribuinte passaria a submeter-se às regras dos demais regimes tributários. Segundo o artigo 16, o contribuinte passa a sujeitar-se às regras do lucro real ou lucro presumido, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão:

Art. 16º A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Por sua vez, o período em que se processam os efeitos da exclusão encontra-se definido no artigo 15, que disciplina uma série de regras, dependendo da hipótese de exclusão. No caso de atividade vedada, por exemplo, os efeitos da exclusão processam-se a partir do mês subsequente ao da situação excludente:

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

.....

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; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

Um possível argumento favorável à tese de existência de efeito suspensivo para o recurso no Simples seria o art. 33 do Decreto nº 70.235/72, que confere o efeito suspensivo, de forma genérica, para todos os recursos voluntários interpostos pelo contribuinte, contra a decisão de primeira instância, endereçado ao Conselho de Contribuintes.

SEÇÃO VI Do Julgamento em Primeira Instância

.....

Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

No entanto, não há como aplicar tal norma aos casos de exclusão do Simples.

Primeiramente, porque a redação do citado dispositivo é a mesma desde a publicação do PAF, que ocorreu em 06/03/1972, quando sequer existia o regime simplificado, que somente viria a ser implementado em 1996. Esse dispositivo foi implementado em cumprimento ao disposto no já citado art. 151, III do CTN, que determina a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, e portanto, deve ser compreendido no âmbito dos processos de autos de infração. Além disso, é relevante observar que o art. 33 do PAF somente diz respeito ao recurso voluntário endereçado ao Conselho de Contribuintes, não havendo norma semelhante para os recursos interpostos contra atos da DRF e dirigidos à primeira instância julgadora.

Isso revela que o legislador foi silente no que tange aos efeitos do recurso contra o ADE. Logo, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.784/99, a manifestação de inconformidade contra a exclusão do Simples não tem efeito suspensivo. Poderia parar por aqui; no entanto, vou um pouco além, para elucubrar acerca dos motivos que teriam levado o legislador a pretender deixar de conferir esse efeito suspensivo. O motivo pode ter ligação com a seguinte situação, que aliás, é bastante corriqueira na fiscalização de pessoas jurídicas optantes do Simples.

Imagine a hipótese de ação fiscal em empresa do Simples, que redunde na lavratura de autos de infração para vários anos calendários seguidos. Na hipótese de omissão de receitas, ocorre com frequência que o contribuinte deva ser excluído do regime simplificado, por excesso de receitas. O que se faz, normalmente, é emitir o ADE e lavrar o auto de infração referente ao período em que houve o excesso, dando ciência de ambos no mesmo dia. Para os demais períodos, a autoridade lançadora deve intimar a empresa para que opte pelo regime de apuração de lucro, se real ou presumido. Caso opte pelo lucro real, o contribuinte deve ser intimado para apresentar sua contabilidade, a fim de que, com base nela, o autuante possa efetuar os lançamentos. Por menor que seja o prazo dado pela fiscalização, nesse ínterim, a empresa pode impetrar manifestação de inconformidade contra o ato de exclusão do Simples. Caso esse recurso tivesse efeito suspensivo, a empresa estaria desobrigada de qualquer ato produzido pelo fisco que fosse decorrência da exclusão, como por exemplo, apresentar livros contábeis, entregar declaração, ou até mesmo receber auto de infração por outro regime, seja lucro real, presumido ou arbitrado. Assim, a lavratura de auto de infração somente poderia ser autorizada se fosse pelo regime do Simples; no entanto, o auditor fiscal, obviamente, assim não procederá, pois acabou de excluir a empresa. Conclusão: o fisco estaria de mãos atadas diante dessa situação, já que não poderia constituir nenhum crédito tributário para os períodos posteriores ao da exclusão. Tomando em consideração que o trâmite processual, desde a ciência do ato até decisão final administrativa, leva, em média, mais do que cinco anos, então é óbvio que tal situação é intolerável, já que tornaria alguns contribuintes simplesmente imunes à constituição do crédito tributário para períodos imediatamente posteriores ao do termo inicial da exclusão.

Em síntese, há fortes motivos para que o legislador não pretendesse facultar o efeito suspensivo para recursos contra o ato de exclusão do Simples, o que explica a ausência de expressa previsão desse efeito na legislação tributária. E não havia necessidade de o legislador manifestar-se, dizendo que o recurso não tem efeito suspensivo – o que esparcaria todas as eventuais dúvidas – justamente porque a

omissão implica a não-concessão do efeito suspensivo ao recurso, conforme art. 61 da Lei nº 9.784/99.”

Vê-se, portanto, que o legislador foi silente quanto a aplicação do efeito suspensivo em recursos contra o ADE. Logo, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.784/99, a manifestação de inconformidade contra a exclusão do Simples não tem efeito suspensivo.

Diante de todo o exposto e considerando tudo o mais que dos autos consta, voto pela IMPROCEDÊNCIA DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE e EXCLUSÃO da Empresa do SIMPLES FEDERAL, com efeitos a partir de 01/2004.

O acórdão da DRJ teve a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2003

SIMPLES. RECEITA BRUTA SUPERIOR AO LIMITE. SITUAÇÃO EXCLUDENTE.

Cabe a exclusão do Simples da empresa de pequeno porte que tenha auferido receita bruta superior ao valor legalmente estipulado no ano-calendário imediatamente anterior.

EXCLUSÃO. EFEITOS. RECEITA BRUTA. ADE. EFEITO SUSPENSIVO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. INEXISTÊNCIA DE EXPRESSA PREVISÃO LEGAL.

Os efeitos da exclusão do SIMPLES, de empresa que apura receita bruta superior ao limite estipulado, ocorrem a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido em lei.

No âmbito do processo administrativo, o efeito suspensivo não se presume e deve estar expresso em lei, o que impede ao Órgão Julgador receber a manifestação de inconformidade contra ato de exclusão do Simples com efeito suspensivo.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio.

Ciente da decisão de primeira instância em 08/04/2014, conforme Aviso de Recebimento à e-fl. 145, a recorrente apresentou recurso voluntário em 06/05/2014, (e-fls. 147/149), conforme Termo de Solicitação de Juntada à e-fl. 146.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Edgar Bragança Bazhuni, Relator

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que regula o processo administrativo-fiscal (PAF). Dele conheço.

Antes de relatar sobre o recurso voluntário apresentado, importante ressaltar que nas duas manifestações anteriores, ou seja, no pedido de revisão da exclusão perante a DRF e na manifestação de inconformidade perante a DRJ, a interessada aduz que como "o **lançamento fiscal** foi impugnado e, por não estar **definitivamente constituído**, não poderia ensejar a exclusão do SIMPLES, pelo qual o Ato Declaratório de Exclusão não pode produzir efeitos até trânsito em julgado na esfera administrativa. **Ou seja, não houve arguição de questões de mérito.**

O mesmo se repete no presente recurso.

Apesar de constarem alegações que a recorrente as chamou de mérito, como "DA SUSPENSÃO DO JULGAMENTO POR PREJUDICIALIDADE EXTERNA", entendo que se trata de questão preliminar e assim será tratado.

Outrossim, nos termos dos arts. 16, III e 17, ambos do Decreto nº 70.235/72, que regula o processo administrativo-fiscal, todos os motivos de fato e de direito em que se fundamenta a defesa deverão ser mencionados na impugnação, considerando-se não impugnadas as matérias não expressamente contestadas.

Na lição de Fredie Didier Júnior (Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 11ª edição, revista, ampliada e atualizada. Ed. JusPodium, Salvador: 2009. Pág. 283.), a preclusão consumativa consiste na perda da faculdade processual, por já haver sido exercida, pouco importando se bem ou mal. Uma vez praticado o ato processual, não mais é possível corrigi-lo, melhorá-lo ou repeti-lo, eis que já consumado.

No caso dos autos, a discussão administrativa foi delineada pela manifestação de inconformidade, restando rechaçadas quaisquer outras teses defensivas eventualmente não expostas, por aplicação do princípio eventualidade, ressalva feita ao direito ou fato supervenientes, o que não é a hipótese.

Portanto, uma vez que a recorrente jamais suscitou qualquer questão de mérito anteriormente, tem-se para estes a ocorrência da preclusão.

Porém, a recorrente apresenta as seguintes alegações em sede de **preliminar**:

1) Requer a "*nulidade do Ato Declaratório Executivo (...), diante da flagrante ausência de indicação pormenorizada, das razões, origem e limites ultrapassados pela Recorrente, que impediam seu ingresso no SIMPLES FEDERAL no exercício de 2005*", causando, segundo alega, o **cerceamento do seu direito de defesa**;

2) Requer a "*irretroatividade da decisão administrativa com eficácia normativa, posto que publicada no Diário Oficial da União depois de mais de 02 (dois) anos do deferimento da adesão de ingresso no SIMPLES FEDERAL promovido pela contribuinte*";
e

3) Pugna a "suspensão do presente processo, até solução final e definitiva a ser proferida nos autos do PAF de nº 10865.003737/2007-42, também em análise diante deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais".

Quanto a este último, em consulta ao citado processo, de nº 10865.003737/2007-42, constata-se à e-fl. 684 que a recorrente postulou a desistência do recurso voluntário interposto, tendo em vista o seu pedido de parcelamento dos valores lançados mediante o auto de infração.

Conforme preleciona o § 2º do art. 78 do Regimento Interno deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), o pedido de parcelamento configura a confissão irretratável de dívida e importa a desistência do recurso.

Art. 78. Em qualquer fase processual o recorrente poderá desistir do recurso em tramitação.

*[...]§ 2º **O pedido de parcelamento, a confissão irretratável de dívida, a extinção sem ressalva do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.***

[...] (destacou-se)

Tendo em vista o lançamento definitivo do crédito, importa falar apenas sobre duas questões preliminares alegadas, da ocorrência do cerceamento do direito de defesa e da irretroatividade da decisão administrativa.

Quanto ao alegado cerceamento do direito de defesa, não há que se falar em falta em "*ausência de indicação pormenorizada, das razões, origem e limites (de Receita bruta) ultrapassados pela Recorrente*", pois a interessada teve ciência do auto de infração e do respectivo processo de autuação, com todas as informações necessárias para contrapor as sua defesa, assegurando-se, assim, a ampla defesa e contraditório.

Assim, tendo compreendido as matérias tributadas e o motivo da sua exclusão, a recorrente exerceu de forma plena o seu direito de defesa, motivo pelo qual não há que se falar em nulidade do Ato Declaratório de Exclusão do Simples.

Sobre os efeitos da exclusão da sistemática do Simples, sobreleva lembrar que o art. 73, da Medida Provisória nº 2.158-34, de 27 de julho de 2001, convalidada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, ainda vigente por força da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, alterou a redação do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, passando a haver autorização legislativa para que a exclusão se dê com efeitos retroativos à data da situação excludente, conforme se constata de seus termos:

Art. 73 - O inciso II do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

II - a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIX do art. 9º;

Estribado nesse dispositivo legal, o art. 24 da Instrução Normativa SRF nº 250, de 2002, repetido pelo art. 24 da Instrução Normativa nº 355, de 2003, dispôs que:

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

I - a partir do ano-calendário subsequente, na hipótese de que trata o inciso I do art. 22; (destaque acrescido).

II - a partir do mês subsequente àquele em que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XVIII do art. 20;

III - a partir do início de atividade da pessoa jurídica, na hipótese prevista no parágrafo 2º do art. 3º;

VI(...)

Parágrafo único. Para as pessoas jurídicas enquadradas nas hipóteses dos incisos III a XVII do art. 20, que tenham optado pelo Simples até 27 de julho de 2001, o efeito da exclusão dar-se-á a partir:

I - do mês seguinte àquele em que se proceder a exclusão, quando efetuada em 2001;

II - de 1º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002.

Constata-se, portanto, que as aludidas instruções normativas, ao fixarem a data de início dos efeitos da exclusão, bem conjugaram as disposições da Medida Provisória nº 2.158-34, de 2001, que passou a autorizar a exclusão com efeitos retroativos, com a previsão do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1.999, que determina à Administração a observância do princípio da segurança jurídica.

Nem se diga que estaria ocorrendo aplicação retroativa de nova interpretação, o que também é vedado à Administração, pelo inciso XIII do citado art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, haja vista que as atividades do Contribuinte o impediam (como se verá) de ingressar/permanecer na sistemática do Simples, tendo ele, Contribuinte, efetuado a opção por sua conta e risco e, portanto, sujeito à fiscalização posterior.

Particularmente com respeito à regra de descrímen anunciada no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, tal se encaixa, ao lado dos demais comandos ali contidos, como norma infraconstitucional que vem ofertar, justamente, eficácia jurídica ao que consignado no art. 179, *in fine*, da Constituição - que é norma constitucional de eficácia limitada, isto é, sem eficácia jurídica alguma no momento de sua positivação. De fato, o texto constitucional condicionou a simplificação, redução ou eliminação de "*obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias*", para as microempresas e empresas de pequeno porte, à atuação vindoura do legislador infraconstitucional. E este, assim o fez, na porção atinente às obrigações tributárias, por meio da Lei nº 9.317/96. Em outras palavras, indigitada Lei, ao contrário da inteligência do Contribuinte (que, aí, veria um desprestígio à promoção do tratamento favorecido sob discussão), atua no espaço que a própria Constituição lhe reservou.

Processo nº 10865.003442/2007-76
Acórdão n.º **1001-000.804**

S1-C0T1
Fl. 178

Adicione-se a isto e de passagem, que a Lei nº 9.841/99 cuida de outros aspectos - que não tributários, estes sob o pálio da Lei nº 9.317/96 - a serem levados em linha de conta no trato de microempresas e empresas de pequeno porte.

De mais a mais, os efeitos da exclusão são declaratórios e, por conseguinte, retroagem, que atesta que o contribuinte já não preenchia os requisitos de ingresso no regime desde data pretérita.

Por todo o exposto, voto por REJEITAR as PRELIMINARES de nulidade do Ato Declaratório de Exclusão e de irretroatividade da exclusão do Simples.

(assinado digitalmente)

Edgar Bragança Bazhuni