



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

Processo nº 10935.720837/2011-42
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-004.508 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de janeiro de 2015
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NULIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL
Recorrente ROCAMP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2008

ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL. EFEITO TEMPORAL. REINGRESSO NO SIMPLES FEDERAL. NECESSIDADE DE NOVA OPÇÃO.

A exclusão do SIMPLES FEDERAL embasada no excesso do limite da receita bruta anual previsto no art. 2º da Lei 9.317/96 tem efeitos a partir do ano-calendário subsequente àquele em que ultrapassado o limite, período a partir do qual a pessoa jurídica excluída passa a ser tributada na mesma forma das demais pessoas jurídicas.

O reingresso no SIMPLES FEDERAL depende de expressa opção, feita por alteração cadastral, conforme previsão do art 8º da Lei 9.317/96.

PESSOA JURÍDICA EXCLUÍDA DO SIMPLES FEDERAL. OPÇÃO TÁCITA AO SIMPLES NACIONAL. VALIDADE.

A exclusão do SIMPLES FEDERAL processada a partir de 1º de julho de 2007 não implica a anulação da opção tácita pelo Simples Nacional. Inteligência da Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por voto de qualidade, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para exclusão do lançamento de parte do período, vencidos o relator e os conselheiros Lourenço Ferreira do Prado e Nereu Miguel Ribeiro Domingues que davam provimento ao recurso. Apresentará voto vencedor a conselheira Luciana de Souza Espindola Reis.

Júlio César Vieira Gomes – Presidente

Thiago Taborda Simões – Relator

Luciana de Souza Espindola Reis – Redatora Designada

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Luciana de Souza Espindola Reis, Nereu Miguel Ribeiro Domingues, Thiago Taborda Simões, Ronaldo de Lima Macedo e Lourenço Ferreira do Prado.

Relatório

Trata-se de autuação decorrente de descumprimento da obrigação de recolher as contribuições previdenciárias incidentes sobre os valores creditados aos segurados empregados e contribuintes individuais.

Nos termos do relatório fiscal, às fls. 65/83, a Recorrente prestou declarações falsas à Receita Federal do Brasil de forma dolosa, vez que excluída do SIMPLES NACIONAL e FEDERAL, continuou a declarar nas GFIPs como tal.

Ainda de acordo com o REFISC, a empresa demonstrou planejamento tributário evasivo, pois informada da exclusão do SIMPLES optou pela tributação pelo lucro real e transferiu a LOGIC Comércio e Confecção Ltda., integrante de seu grupo econômico e aderida ao SIMPLES, quase a totalidade de seus empregados segurados.

A Fiscalização, portanto, entendeu tratar-se de “simulação na contratação de mão de obra, alocada na LOGIC, porém realizando atividades da ROCAMP”.

Intimada da autuação, a Recorrente apresentou impugnação às fls. 87 a 109, que restou improcedente às fls. 112 a 119 sob os seguintes fundamentos:

- 1) A exclusão da empresa dos regimes SIMPLES não suspende a exigibilidade de nenhum crédito tributário. A Fiscalização aplica a legislação tributária e, constatando a ocorrência de fatos geradores das contribuições previdenciárias, constitui os créditos por meio do lançamento;
- 2) O fato de não haver registro da exclusão da empresa no portal do SIMPLES não justifica as “falsas declarações” em GFIP, pois a Recorrente foi devidamente cientificada do indeferimento de seu pedido, que consta no portal “Histórico de Solicitações”
- 3) A multa qualificada (150%) foi aplicada apenas nos lançamentos oriundos da LOGIC, já julgada nos autos de nº 10935.720969/2011-74.

Intimada do resultado do julgamento, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls. 137 a 154, no qual alegou, em síntese, que:

- 1) O acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal é nulo, vez que posterior à sentença ditada pela Justiça Federal do Paraná, nos autos do Mandado de Segurança nº 5005248-58.2011.404.7005, que concedeu efeito suspensivo para manifestação de inconformismo apresentada pela Recorrente em relação a sua exclusão do SIMPLES FEDERAL;
- 2) Por conta da afirmação de que a Recorrente, em conluio com a empresa LOGIC, teria implementado simulação para evadir-se da carga tributária, tal empresa foi também desenquadrada do regime SIMPLES, sem direito

de defesa, ferindo o princípio do devido processo legal e, portanto, eivado nulidade insanável;

- 3) Nem ao menos foi lavrado termo de sujeição passiva solidária da empresa LOGIC, atribuindo responsabilidade tributária exclusivamente a Recorrente. Sendo assim, fere-se o princípio da verdade real, padecendo este processo de vício insanável;
- 4) A Recorrente foi excluída do SIMPLES FEDERAL, mas nunca foi excluída do SIMPLES NACIONAL.
- 5) A decisão de primeira instância deixa de apreciar todos os argumentos da Recorrente, em desrespeito ao princípio da motivação, que obriga a autoridade a apreciar todas as alegações feitas na impugnação;
- 6) As conclusões da autoridade fiscal são contrariadas pelas provas documentais apresentadas na Impugnação;
- 7) Ao ser obrigada a migrar para o regime de tributação pelo lucro real, a Recorrente focou sua experiência na captação de clientes, desenvolvimento de produtos e coleções, compra de matéria prima e logística. Foi feito acordo comercial com a LOGIC e com outras empresas, para que estas procedessem a industrialização dos produtos. A empresa LOGIC também industrializa produtos para outros clientes, o que demonstra a autonomia de ambas as empresas.
- 8) A facção/terceirização é uma atividade lícita, devidamente contabilizada pelas empresas e respeitando os ditames legais. Penalizar a Recorrente apenas porque seus sócios e os da LOGIC são parentes entre si é criar proibição não prevista em lei;
- 9) A elisão fiscal constitui-se recurso legítimo, reconhecido por todos os ordenamentos jurídicos civilizados;
- 10) Ninguém é obrigado a escolher condutas tributadas, ou mais severamente tributadas, quando há possibilidade de organizar seus negócios de forma menos onerosa, dentro dos limites da lei;
- 11) A Recorrente e a LOGIC não compartilham o mesmo espaço físico. Funcionam no mesmo prédio, mas em partes separadas e independentes do imóvel. E mesmo que compartilhassem a mesma estrutura física, não há que se presumir a presença de uma só empresa;
- 12) Tanto o contrato de acordo, quanto o de locação comercial são lícitos;

Os autos foram remetidos ao CARF para julgamento do Recurso Voluntário.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Thiago Taborda Simões, Relator

Inicialmente, o recurso voluntário atende a todos os requisitos de admissibilidade, dentre eles o da tempestividade, razão pela qual dele conheço.

O processo em epígrafe tem por objeto a impugnação ao lançamento dos DEBCADs nº 37.271.317-3, nº 37.328.1153 e nº 37.328.1161, relativo às competências de 2006, 2007 e 2008 (fls. 02/58).

O lançamento é decorrente da exclusão da recorrente do SIMPLES FEDERAL, por meio do ADE nº 006/2008, datado de 03/03/2008 cujos efeitos surtiriam a partir de 2005. Segundo o termo de verificação fiscal (fls. 65/82), a ciência da recorrente teria se dado em 11/03/2008 (fls. 69).

Em seu recurso voluntário (fls. 137/154), a recorrente defende que havia sido excluída apenas do SIMPLES FEDERAL (regulado pela Lei nº 9.317/96), e não do SIMPLES NACIONAL (regulado pela Lei Complementar 123/2006). Que embora o acórdão recorrido registre que a recorrente teria sido cientificada do indeferimento de seu pedido de ingresso no sistema, esse fato não corresponde à realidade, pois ela nunca foi cientificada de tal ato e não há prova nos autos deste fato (fls. 142/143).

Segundo consignado no voto condutor do acórdão recorrido (fls. 118):

Quanto ao fato de não haver registro da exclusão no portal do SIMPLES Nacional, cabe apenas esclarecer que tal incorreção em nada socorre a impugnante, pois a empresa foi devidamente cientificada do indeferimento de seu pedido de ingresso e este indeferimento consta no portal Histórico de Solicitações. Ressalte-se, ainda, que a autoridade fiscal lançadora juntou aos autos cópia do indeferimento de ingresso de 01/10/2007, não impugnado pela autuada.

No termo de verificação fiscal, igualmente restou registrado que (fls. 70):

3.27. A Auditoria-Fiscal observou que, mesmo após a notificação da exclusão do sistema tributário simplificado com efeitos a partir de janeiro de 2005, e após o indeferimento do SIMPLES NACIONAL de 01.10.2007 às 10h29min45seg (cópia em anexo), a Autuada permaneceu declarando as GFIPs como optante, respectivamente, pelos sistemas do SIMPLES FEDERAL e NACIONAL.

Cumpre observar da análise minuciosa dos autos, que não foi possível localizar o aludido ato declaratório executivo - ADE nº 006/2008, de 03/03/2008, que excluiu a recorrente do SIMPLES FEDERAL, tampouco o suposto indeferimento de ingresso no SIMPLES NACIONAL, datado de 01/10/2007.

Somente é possível verificar que a recorrente foi efetivamente excluída do SIMPLES FEDERAL pela apresentação nos Memoriais trazidos pela recorrente, onde traz parte dos autos de processo administrativo fiscal nº 10935.001431/2008-61 (fls. 44/45 dos citados autos), em que a recorrente questionou a legalidade do ADE nº 06, de 03/03/2008.

Ainda que trazido o referido ADE nº. 06, de 03/03/2008, pela própria recorrente, já que não consta no presente processo administrativo fiscal, não é possível localizar o suposto indeferimento do ingresso da recorrente no SIMPLES NACIONAL, datado de 01/10/2007.

Também não há nos autos a comprovação de que a autoridade fiscal teria intimado a recorrente do suposto indeferimento do pedido de ingresso no SIMPLES NACIONAL.

Partindo do pressuposto de que a recorrente foi excluída do SIMPLES (FEDERAL) somente em 11/03/2008, já que esta é a única circunstância comprovada nos autos (por meio dos documentos trazidos pela própria recorrente, extraídos dos autos de processo administrativo fiscal nº 10935.001431/2008-61, fls. 44/45), é impossível exigir dela a comprovação de adesão ao referido regime nos anos subsequentes ora objeto do lançamento em análise (2006 a 2008).

O art. 18, § 1º da Resolução CGSN nº 04, de 30/05/2007, dispõe que:

Art. 18. Serão consideradas inscritas no Simples Nacional as ME e EPP regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma das vedações previstas nesta Resolução.

§ 1º Para fins da opção tácita de que trata o caput, consideram-se regularmente optantes as ME e as EPP inscritas no CNPJ como optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, que até 30 de junho de 2007 não tenham sido excluídas dessa sistemática de tributação ou, se excluídas, que até essa data não tenham obtido decisão definitiva na esfera administrativa ou judicial com relação a recurso interposto. (grifo não original)

Deste modo, é de se considerar que a recorrente permanecia no regime do SIMPLES NACIONAL, por continuidade jurídica de sua inscrição no SIMPLES FEDERAL desde outrora, já que não existe nos autos, em que pese alegado no termo de verificação fiscal, o despacho de indeferimento de adesão da recorrente no SIMPLES NACIONAL.

Neste sentido:

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

Ano-calendário: 2000

SIMPLES. AUSÊNCIA DO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. NULIDADE DO PROCESSO. A SOLICITAÇÃO DE REVISÃO DA VEDAÇÃO/EXCLUSÃO À OPÇÃO PELO SIMPLES - SRS NÃO CONSTITUI DOCUMENTO ADEQUADO, POR SI SÓ, PARA GARANTIR A EXCLUSÃO DO CONTRIBUINTE. ASSIM, FAZ-SE NECESSÁRIA A JUNTADA DO COMPETENTE ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO -

ADE. Desta feita, não juntada aos autos a 1ª Via do ADE e sendo impossível a emissão de sua 2ª Via, o ato administrativo deixa de existir, juntamente com todos os seus efeitos, não havendo mais que se falar em exclusão ou impedimento ao regime simplificado. RECURSO ANULADO. (3º Conselho de Contribuintes. 1ª Turma Especial. Acórdão nº 391-00.060, Rel. Priscila Taveira Crisóstomo. Sessão de 22/10/2008).

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

Ano-Calendário: 2000

Ementa: SIMPLES. EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. Ausência de prova do motivo que ensejou a exclusão. Inexistência nos autos do Ato Declaratório de Exclusão do contribuinte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições – Simples. Não há que ser mantida a exclusão, sob pena da mesma ser fundada em presunção de fato. Carência Material. (3º Conselho de Contribuintes. 3ª Câmara. Acórdão nº 303-34.359, Rel. Nilton Luz Bartoli. Sessão de 24/05/2007).

SIMPLES - ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO - O ato declaratório que determinou a exclusão do contribuinte do SIMPLES é peça fundamental do processo administrativo, com o fim de se verificar a regularidade do ato praticado. Não sendo possível sua juntada nos autos, o ato é inexistente por ausência de conteúdo e forma. PROCESSO ANULADO AB INITIO. (3º Conselho de Contribuintes. 1ª Câmara. Acórdão nº 01-32.616, Rel. Irene Souza da Trindade Torres. Sessão de 22/03/2006).

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

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/1999

SIMPLES. AUSÊNCIA DE ATO DECLARATÓRIO E DESCUMPRIMENTO DE REQUISITO LEGAL. NULIDADE. É nulo ab initio o processo de exclusão do SIMPLES lastreado em Ato Declaratório que não foi anexado aos autos e que, de acordo com as informações e documentos ali contidos, não atende aos requisitos legais de validade do ato administrativo. PROCESSO ANULADO AB INITIO. (3º Conselho de Contribuintes. 1ª Turma Especial. Acórdão nº 391-00.045, Rel. Hélcio Lafetá Reis. Sessão de 21/10/2008).

Deste modo, é patente concluir pela absoluta nulidade da exigência em relação à suposta exclusão da recorrente do SIMPLES NACIONAL, tendo em vista a absoluta ausência de comprovação do indeferimento do pedido de ingresso dela neste regime.

Cumpra também observar que segundo o ADE nº 006/2008, de 03/03/2008 a recorrente foi excluída do SIMPLES FEDERAL tendo em vista ter excedido o limite de faturamento previsto na legislação então vigente (art. 2º, II, da Lei nº 9.317). Assim, este ato declaratório executivo somente pode produzir efeitos em relação ao ano calendário 2005, já que não foram fiscalizados o próprio ano de 2005 e os anos de 2006, 2007, 2008, a opção da Recorrente pelo Simples Federal manteve-se com validade jurídica.

É impossível exigir que a recorrente comprove ter aderido ao regime do SIMPLES FEDERAL a partir de 2006. Se ela foi excluída somente em 11/03/2008, por ter excedido o limite de faturamento relativo à competência de 2004, é evidente que este ato de exclusão somente produz efeitos em relação a competência de 2005, já que no ano seguinte não havia qualquer impedimento para ela pertencer ao regime privilegiado.

Conclusão

Por todo o exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário para anular o lançamento do crédito tributário relativo às contribuições exigidas das competências de 2006, 2007 e 2008.

É como voto.

Thiago Taborda Simões.

Voto Vencedor

Conselheira Luciana de Souza Espíndola Reis, Redatora Designada.

De acordo com o relatório fiscal de fl. 65-83, o lançamento trata dos seguintes Autos de Infração de Obrigação Principal (AIOP):

1. AIOP nº 37.271.317-3, referente à exigência de contribuições a cargo das empresas, destinadas à Seguridade Social, inclusive a destinada ao custeio dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT), no período de 01/2006 a 12/2008, e diferenças de acréscimos legais devidos e não recolhidos quando do pagamento em atraso das Guias da Previdência Social (GPS) das competências 01/2006 e 02/2006, conforme Relatório de Diferença de Acréscimos Legais (DAL), fl. 29.

2. AIOP nº 37.228.115-3, referente à exigência de contribuições destinadas à Seguridade Social, a cargos dos segurados empregados, nas competências 04/2007 e 12/2008.

3. AIOP nº 37.328.116-1, referente à exigência de contribuições a cargos das empresas, devidas a outras entidades e fundos (terceiros), relativas à contribuição do salário educação e as destinadas ao INCRA, SENAI, Sesi e SEBRAE, no período de 01/2006 a 12/2008.

Os fatos geradores do lançamento são as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados e contribuintes individuais, consignadas em folhas de pagamento.

De acordo com o relatório fiscal, o lançamento das contribuições patronais decorre do fato de a autuada ter sido excluída do sistema de tributação de acordo com o SIMPLES FEDERAL, nos termos do Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 6, de 03/03/2008, e também por ter sido indeferida sua opção pelo SIMPLES NACIONAL.

Efeito Temporal da Exclusão do SIMPLES FEDERAL e Reingresso ao SIMPLES FEDERAL.

A recorrente foi excluída do SIMPLES FEDERAL por ter excedido, no ano-calendário de 2004, o limite de receita previsto no art. 2º, inciso II, da Lei 9.317/96.

De acordo com a legislação vigente à época, a empresa de pequeno porte que ultrapassasse o limite de receitas para permanência no SIMPLES FEDERAL estava obrigada a comunicar esse fato, do que resultava sua exclusão desse sistema a partir do ano-calendário seguinte, sem necessidade de atuação da Administração Tributária, conforme arts. 13 e 15 da Lei nº 9.317 de 1996:

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

I - por opção;

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

Autenticado digitalmente em 20/02/2015 por SELMA RIBEIRO COUTINHO, Assinado digitalmente em 23/02/2015

15 por THIAGO TABORDA SIMOES, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por LUCIANA DE SOUZA ESPINDOLA REI

S, Assinado digitalmente em 27/04/2015 por JULIO CESAR VIEIRA GOMES

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

II - obrigatoriamente, quando:

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

...

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;

Quando essa comunicação obrigatória não era feita, cabia à Administração Tributária proceder à exclusão de ofício, nos termos do art 14 da mesma lei.

Note-se que os efeitos da exclusão de ofício ocorriam a partir do ano-calendário subsequente àquele em que ultrapassado o limite, conforme disposto no inciso IV do art. 15 acima transcrito, sendo que, a partir desse ano-calendário, a empresa sujeitar-se-ia à tributação na mesma forma das demais pessoas jurídicas, conforme art. 16 da Lei 9.317 de 1996:

Art. 16 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.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se no mesmo sentido:

SIMPLES. LEI 9.317/96. EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO. EFEITOS INCIDENTES NOS TERMOS DO ART. 15 DA LEI 9.317/96. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. INOCORRÊNCIA.

A questão central do presente recurso é descobrir se os efeitos tributários da exclusão do SIMPLES se dão a partir da notificação da exclusão ou nos termos do art. 15 da Lei 9.317/96, a partir da data da ocorrência da situação que originou a exclusão.

Conforme relatado no v. acórdão, foi constatada pela autoridade impetrada a ocorrência de situação excludente, na forma da lei, configurada pela participação de um dos sócios com mais de 10% do capital de outra empresa e extrapolação da receita bruta global no ano-calendário 2002, promoveu-se, acertadamente a exclusão da impetrante do SIMPLES a partir de 1/01/2003. Assim, a Receita Federal, em 02/08/2004, identificando situação excludente ocorrida em 31/12/2002, declarou a exclusão do contribuinte do SIMPLES, determinando os efeitos deveriam ter como termo a quo a data da ocorrência da situação que originou a exclusão, ou seja, 1º/03/2003, for força do disposto no art. 15, II, da Lei 9.317/96, sendo que a notificação só ocorreu em 26/08/2004.

Considerando que os recolhimentos por este Sistema são feitos sob lançamento por homologação, deveria a recorrente, sabendo que não era considerada empresa de pequeno porte, adimplir seus tributos de acordo com a legislação aplicável às demais empresas, e não pela Lei 9.317/96.

Ademais, o ato de exclusão do SIMPLES é apenas declaratório, pois a empresa-recorrida já não era beneficiária do Sistema desde 1º de janeiro de 2003, conforme preceitua o art. 15, IV, da Lei 9.317/96. Precedente: REsp nº 1.039.973/RS, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe de 27/08/2008.

V - Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp nº 1.085.392 - MG (2008/0194732-7), Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJE 16/03/2009)

Não há de se cogitar que a exclusão do SIMPLES FEDERAL tem o efeito apenas de suspender a opção, de tal modo que, após um ano-calendário com receitas dentro do limite, seja possível o retorno automático ao sistema, pois a disposição legal acima é clara no sentido de que a tributação se dará nos moldes das demais pessoas jurídicas “a partir” da exclusão e não “enquanto” houver vedações.

Além disso, as terminologias adotadas - “opção” e “exclusão” - mostram que havia uma sistemática de entrada e saída, sem previsão para suspensão.

Prova disso é a forma como era tratada a microempresa que tivesse ultrapassado o limite de receitas, mas que poderia se enquadrar como empresa de pequeno porte. Mesmo nesse caso a lei exigia que ela comunicasse sua opção pelo SIMPLES FEDERAL, não se cogitando um enquadramento “automático” pelo fato de já ter feito uma opção em momento anterior. Era sempre necessária uma opção explícita, conforme estabeleceu o § 2º, do art. 13, da Lei 9.317, de 1996:

§ 2º A microempresa que ultrapassar, no ano-calendário imediatamente anterior, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) estará excluída do Simples nessa condição, podendo, mediante alteração cadastral, inscrever-se na condição de empresa de pequeno porte.

O STJ já se pronunciou no mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. SIMPLES. ENQUADRAMENTO. MICROEMPRESA. EXTRAPOLAÇÃO DO TETO. FALTA DE MODIFICAÇÃO DO CADASTRO PARA FIGURAR COMO EMPRESA DE PEQUENO PORTE. INCIDÊNCIA DO ART. 9º, I C/C 13, § 2º A LEI 9.317/96, ANTES DA REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.307/06. EXCLUSÃO DO SIMPLES. ART. 21 DA MESMA NORMA. IMPOSIÇÃO DE MULTA PARA EMPRESAS QUE DEIXAREM DE COMUNICAR SUA EXCLUSÃO DO SIMPLES RETROATIVA. MANUTENÇÃO DE TODOS OS REQUISITOS PARA A PERPETUAÇÃO DA CONTRIBUINTE NO PROGRAMA DE RECOLHIMENTO SIMPLIFICADO DE TRIBUTOS. MEDIDA DESPROPORCIONAL DA FAZENDA NACIONAL. ART. 21 DA MESMA LEI. OFENSA AO ART. 535. INOCORRÊNCIA.

A exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte -SIMPLES é medida que se impõe quando o contribuinte não preenche, ainda que supervenientemente, quaisquer dos requisitos estabelecidos na Lei 9.317/96.

O contribuinte deve comunicar ao Fisco a superação do teto limite de sua categoria de classificação no Simples, sob pena de ser excluída do programa. Inteligência dos arts. 9º e 13 da Lei 9.317/96, in verbis:

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

I-na condição de microempresa, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais); (...)

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

§ 2º A microempresa que ultrapassar, no ano-calendário imediatamente anterior, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), estará excluída do SIMPLES nessa condição, podendo mediante alteração cadastral, inscrever-se na condição de empresa de pequeno porte."

3. O contribuinte que aderiu ao Simples na qualidade de Microempresa, quando ultrapassa o limite da renda bruta, deve comunicar à Administração Tributária seu novo enquadramento, sob pena de ser excluída do Programa. Precedente: REsp. 1.039.973/RS, 1ª Turma, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJU 27.08.08.

In casu, o contribuinte deixou de comunicar que superara o teto de receita bruta da Microempresa e tampouco informou sua reclassificação como Empresa de Pequeno Porte, motivo pelo qual deve ser reconhecida a legitimidade de sua exclusão do referido Programa de Tributação simplificada.

O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

Recurso especial parcialmente provido.

(REsp nº 1.051.159 - PE (2008/0088682-0), Relator Min. LUIZ FUX, DJE 29/06/2009).

A opção pelo SIMPLES FEDERAL era feita por alteração cadastral, art 8º da Lei 9.317, de 1996:

Art. 8º A opção pelo SIMPLES dar-se-á mediante a inscrição da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda-CGC/MF, quando o contribuinte prestará todas as informações necessárias, inclusive quanto:

No âmbito normativo foi claramente estabelecido que o retorno a este regime simplificado de tributação dependia de nova opção por ingresso no sistema, como dispôs a Instrução Normativa SRF nº 355, de 29 de agosto de 2003:

Art. 11. A empresa de pequeno porte cuja receita bruta, no decurso do ano-calendário, exceder ao limite de receita bruta acumulada de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), sujeitar-se-á, em relação aos valores excedentes, a partir, inclusive, do mês em for que verificado o excesso, aos seguintes percentuais:

(...)

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, a pessoa jurídica estará automaticamente excluída do Simples no ano-calendário subsequente, podendo retornar ao sistema, formalizando sua opção no ano-calendário subsequente àquele em que a receita bruta anual tenha ficado dentro dos limites a que se refere o inciso I ou II do art. 20, observadas as demais condições.

Disposição análoga consta da Instrução Normativa SRF nº 608, de 9 de janeiro de 2006. O CARF também já se posicionou no mesmo sentido:

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

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

Autenticado digitalmente em 20/02/2015 por SELMA RIBEIRO COUTINHO, Assinado digitalmente em 23/02/20

15 por THIAGO TABORDA SIMOES, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por LUCIANA DE SOUZA ESPINDOLA REI

S, Assinado digitalmente em 27/04/2015 por JULIO CESAR VIEIRA GOMES

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

Ano-calendário: 2003, 2004

EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SISTEMA. TRANSPOSIÇÃO DO LIMITE DE RECEITA BRUTA ANUAL. MARCO TEMPORAL DOS EFEITOS. MIGRAÇÃO AO TRATAMENTO DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE.

É vedada a permanência no regime do SIMPLES à pessoa jurídica que, na condição de microempresa, ultrapassou o limite de receita bruta correspondente a R\$ 120.000,00 no ano-calendário. Os efeitos da exclusão do regime simplificado, quando ultrapassado o limite da receita bruta anual, operam-se a partir do ano-calendário subsequente àquele em que se deu a causa. A migração para empresa de pequeno porte, dentro do regime do SIMPLES, requisita inscrição mediante alteração cadastral que, não exercitada, implica na impossibilidade da exigência tributária lançada de ofício ter por base esse sistema de pagamento de impostos e contribuições.

(Acórdão nº 1102-00.353 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária/ 1ª Seção de Julgamento, rel. JOSÉ SÉRGIO GOMES, sessão de 15/12/2010).

No caso em comento, a empresa ultrapassou o limite de receita estabelecida para as empresas de pequeno porte e disso tinha conhecimento, pois as receitas foram contabilizadas, embora não declaradas com o evidente objetivo de permanecer indevidamente no SIMPLES FEDERAL.

O ato declaratório posterior a excluiu do SIMPLES FEDERAL, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2005, que é o ano-calendário seguinte ao do excesso de receitas, de acordo com as disposições legais aplicáveis, de modo que não há como defender que tenha permanecido neste regime no período abrangido pelo lançamento correspondente a 01/2006 a 06/2007.

Com relação às demais competências do lançamento, correspondentes ao período de 07/2007 a 12/2008, não há prova nos autos, nem no processo nº 10935720969/2011-74, de que a recorrente não era optante pelo SIMPLES NACIONAL em razão de indeferimento da opção tácita, ao contrário, conforme consulta ao portal do SIMPLES NACIONAL, a empresa permaneceu neste sistema no período de 01/07/2007 a 31/12/2008.

E a exclusão do SIMPLES FEDERAL processada após 1º de julho de 2007 não implica anulação da opção tácita ao SIMPLES NACIONAL, conforme disposição expressa da Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007:

§ 9º Ulterior exclusão do regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, não implicará anulação da opção tácita pelo Simples Nacional.

Deste modo, é devido o lançamento relativo ao período de 01/2006 a 06/2007, pois a recorrente estava sujeita ao regime de tributação das demais pessoas jurídicas, não subsistindo, todavia, o lançamento da parte patronal do período de 07/2007 a 12/2008, uma vez que os recolhimentos deste período eram feitos de acordo com o regime do SIMPLES NACIONAL.

Processo Administrativo referente ao Ato Declaratório de Exclusão do SIMPLES FEDERAL

O processo administrativo nº 10935.001431/2008-61 cuida do recurso interposto pela recorrente em face do ADE nº 06, de 03/03/2008.

Em consulta ao sistema e-processo, verifica-se que o referido processo administrativo está atualmente no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

A relação jurídica discutida neste processo é a obrigação tributária das empresas em geral, e, naquele processo, o direito ao recolhimento de tributos federais pela sistemática do SIMPLES.

As relações jurídicas discutidas nos dois processos são distintas, mas, sem dúvida, vinculadas por prejudicialidade, pois a solução quanto ao direito da empresa ao regime diferenciado refletirá no crédito tributário lançado de acordo com o regime de tributação das empresas em geral.

Nesses casos, é salutar que se evite decisões contraditórias, motivo pelo qual a melhor solução seria a reunião dos processos (art. 105 do CPC). Ocorre que essa solução é inaplicável ao caso porque não há identidade de competência entre os órgãos julgadores dessas matérias.

No Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) o processamento e julgamento dos recursos que envolvam as matérias tratadas nos dois processos competem a Seções de Julgamento diferentes, conforme arts. 2º e 3º do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que estabelecem as atribuições (competências) específicas de cada órgão dessa Corte Administrativa:

Art. 2º. À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

...

V - exclusão, inclusão e exigência de tributos decorrentes da aplicação da legislação referente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES) e ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação (SIMPLES-Nacional);

Art. 3º. À Segunda Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

...

IV - Contribuições Previdenciárias, inclusive as instituídas a título de substituição e as devidas a terceiros, definidas no art. 3º da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007;

Diante disso, convém ressaltar que a decisão deste processo ficará sobrestada até a decisão definitiva sobre o direito da recorrente ao regime do SIMPLES FEDERAL, uma vez que o recurso interposto naquele processo tem o efeito de suspender a exigibilidade dos créditos tributários dele decorrentes, nos termos do art. 15 § 3º da Lei 9.317/96.

Processo nº 10935.720837/2011-42
Acórdão n.º **2402-004.508**

S2-C4T2
Fl. 9

Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso, excluindo as contribuições patronais e as devidas aos terceiros, lançadas no período de 07/2007 a 12/2008, período em que a recorrente era optante pelo regime tributário diferenciado do SIMPLES NACIONAL.

É como voto.

Luciana de Souza Espíndola Reis.