



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10935.733390/2020-62
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-003.337 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 10 de novembro de 2022
Recorrente R. W. MADEIRAS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2020

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos.

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. DESPESAS SUPERIORES ÀS RECEITAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DO LIVRO-CAIXA.

Quando for constatado que, durante o ano-calendário, o valor das despesas pagas supera em 20% (vinte por cento) o valor de ingressos de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade, deve haver a exclusão da optante do Simples Nacional, nos termos do inciso IX, do artigo 29 da LC nº 123, de 14/12/2006. Ademais, também acarreta a dita exclusão o fato de a pessoa jurídica optante que incorrer em falta de escrituração do livro-caixa.

EXCLUSÃO. EFEITOS.

Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir de janeiro de 2016, conforme art. 29, § 1º da Lei Complementar nº 123/2006.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Márcio Avito Ribeiro Faria, Gustavo de Oliveira Machado, Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 1003-003.337 - 1ª Sejul/3ª Turma Extraordinária
Processo n.º 10935.733390/2020-62

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão de nº 101-007.026, de 26 de fevereiro de 2021, proferido pela 11ª Turma da DRJ01, que excluiu a Recorrente do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01 de janeiro de 2016, em razão da ocorrência da hipótese de exclusão obrigatória, previstas no artigo 29, incisos VIII e IX, da LC nº 123/2006, conforme ADE nº 014/2020, de 04 de setembro de 2020.

Por bem resumir os fatos, adoto trechos do relatório da decisão de piso complementando-o a seguir:

“A contribuinte, acima qualificada, foi excluída do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01 de janeiro de 2016, em razão da ocorrência da hipótese de exclusão obrigatória, previstas no artigo 29, incisos VIII e IX, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, conforme Ato Declaratório Executivo Executivo - ADE nº 014/2020, de 04 de setembro de 2020, fls. 62/63.

Cientificada, apresentou manifestação de inconformidade, fls. 69/79, alegando, em apertada síntese que:

1 - Não cabe ao autuado fazer prova negativa, provar que não fez, mas sim ao fisco provar que o contribuinte fez algo indevido e, dentro dos princípios norteadores do direito, principalmente no que se refere a penas (crime, contravenções e afetos), provar o nexo causal.

2 - É nulo o Termo de Exclusão do Simples Nacional, por ausência da materialidade e autoria do fato. A simples constatação da materialidade do fato não é suficiente para uma acusação de cometimento de ato ilícito, se este fato não for típico, antijurídico, culpável e punido, se a autoria não está determinada, se não houver provas suficientes para tanto, se não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração, o que cabe ao Fisco provar.

3 - A exclusão direta do Simples Nacional ofende diretamente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na medida em que o peticionário olvidou todos os esforços no sentido de prover o fisco de informações necessárias à identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, vez que espontaneamente apresentou extratos bancários, planilhas, cópias de notas fiscais e recibos, além de disponibilizar todos os arquivos solicitados pelo agente fiscal.

4 - A penalidade de exclusão do SIMPLES mostra-se abusiva e desnecessária, à medida que havia à disposição do agente fiscal os meios necessários para identificar os valores.

5 - As despesas superaram os ingressos de recursos em 19%; não em 67%, como consta no Termo de Verificação de Exclusão do Simples, não podendo, ao menos tal dispositivo ser aplicado em relação ao ano de 2016.

6 - A exclusão com efeito retroativo fere o direito adquirido uma vez que o contribuinte operou durante todo o período sem receber qualquer notificação da Receita Federal. Se a própria Receita Federal do Brasil permitiu que a empresa operasse todos estes anos no SIMPLES está configurada uma situação de fato, que não importa em ilícito.

7 - A exclusão com efeito retroativo desestrutura a contabilidade da empresa e, sem exagero, abocanha parte do patrimônio, ferindo mais uma garantia constitucional: a vedação ao confisco (art. 150, IV da Constituição).

8 - A exclusão do SIMPLES com a cobrança retroativa de impostos e contribuições federais é inconstitucional.

9 - A base legal que fundamenta a exclusão afronta o Código Tributário Nacional, Lei 5.172/66, recepcionado pela Constituição Federal como lei complementar.

10 - A exclusão surte efeito a partir da data em que notificado o contribuinte, ou 30 dias após a notificação. A menos que o Ato Declaratório Executivo de Exclusão situe-se num plano quintessencial, além do ordenamento tributário nacional.

11 - A exclusão do SIMPLES operada pelo Fisco tem como consequência, além do recolhimento das diferenças dos tributos pagos sob o regime de incentivo, a incidência de multa mensal, a contar do ano de 2016. Assim, além da punição decorrente da exclusão retroativa, o contribuinte há de arcar com a penalidade acessória das multas.

Sem exageros, essa política tributária muito aproxima-se daquela do "Quinto dos Infernos" sob a Coroa de D. Maria I, inspiradora da Receita Federal.

Ao final, requer:

...

Ad argumentandum, caso não seja o entendimento dos Ilustres Julgadores acerca da nulidade do ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/LON Nº 014/2020, requer a não retroatividade dos efeitos da exclusão do SIMPLES Nacional.

Ad argumentandum, caso não seja o entendimento dos Ilustres Julgadores acerca da nulidade total do ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/LON Nº 014/2020, requer a não retroatividade dos efeitos da exclusão do SIMPLES Nacional ao ano de 2016, ante a argumentação exposta de que as despesas não excederam ao montante de 20% das receitas conforme o D.R.E. apresentado."

Por sua vez, a 11ª Turma da DRJ01 julgou improcedente a manifestação de inconformidade da Recorrente, mantendo sua exclusão de ofício do Simples Nacional, bem como a retroatividade da decisão a 01/01/2016.

Inconformada, a Recorrente apresentou recurso voluntário ratificando os argumentos já aduzidos sem sede de manifestação de inconformidade, nos seguintes termos:

“(…)

II – DO DIREITO

As infrações a legislação tributária constatadas pelo Ilustre Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, e mantidas pela 2ª Turma de Julgamento na realidade não ocorreram.

Ficou comprovado durante a ação fiscal, que a ora recorrente cumpriu integralmente o disposto na legislação que regulamenta as obrigações de microempresas e empresas de pequeno porte, senão vejamos:

Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 26, § 4º

LIVROS FISCAIS E CONTÁBEIS

As ME e as EPP optantes pelo Simples Nacional deverão adotar para os registros e controles das operações e prestações por elas realizadas:

I - Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira e bancária;

Nota: a apresentação da escrituração contábil, em especial do Livro Diário e do Livro Razão, dispensa a apresentação do Livro Caixa.

II - Livro Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário, quando contribuinte do ICMS;

III - Livro Registro de Entradas, modelo 1 ou 1-A, destinado à escrituração dos documentos fiscais relativos às entradas de mercadorias ou bens e às aquisições de serviços de transporte e de comunicação efetuadas a qualquer título pelo estabelecimento, quando contribuinte do ICMS;

IV - Livro Registro dos Serviços Prestados, destinado ao registro dos documentos fiscais relativos aos serviços prestados sujeitos ao ISS, quando contribuinte do ISS;

V - Livro Registro de Serviços Tomados, destinado ao registro dos documentos fiscais relativos aos serviços tomados sujeitos ao ISS;

VI - Livro de Registro de Entrada e Saída de Selo de Controle, caso exigível pela legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI.

III – DA INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL

De pronto, causalidade, ou nexo causal, é o nexo material que liga o fato ao seu autor. Desta feita, arguiu o Douto fiscal que o motivo de sua autuação fiscal fora a impossibilidade de identificar a movimentação financeira, inclusive bancária, ademais não há qualquer relação entre o conteúdo fático descrito no auto de infração com o motivo da exclusão do regime simplificado de apuração de impostos.

Este é um elemento de prova do agente ativo e não do agente passivo, como quer concluir o D. Auditor em suas argumentações que levaram à conclusão pela exclusão do peticionário do SIMPLES nacional. Não cabe ao autuado fazer “prova negativa”, provar que não fez, mas sim ao fisco provar que o contribuinte fez algo indevido e, dentro dos princípios norteadores do direito, principalmente no que se refere a penas (crime, contravenções e afetos), provar o nexo causal. Desta forma, nenhuma prova neste sentido apresentou o agente fiscal, fazendo-o somente pela motivo excludente lançado no Ato Declaratório Executivo – ADE nº 014/2020.

A falta desta comprovação material a retira de imediato de qualquer intenção do fisco de fazê-la figurar como polo passivo de qualquer pretensão fiscal!

Mesmo porque, conforme se observa nos demais documentos acostados aos autos e também à esta petição, o contribuinte enviou TODOS os documentos solicitados pelo D. Agente fiscal.

IV – DA NULIDADE DO TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL POR AUSÊNCIA DA MATERIALIDADE E AUTORIA DO FATO

Materialidade do fato é a existência real do acontecimento, o fato efetivamente ocorrido. Entretanto, a simples constatação da materialidade do fato não é suficiente para uma acusação de cometimento de ato ilícito, se este fato não for típico, antijurídico, culpável e punido, se a autoria não está determinada, se não houver provas suficientes para tanto, se não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração.

Deve ser provado, entre outros fatos:

- a) que o réu cometeu o fato (autoria);
- b) que o fato constitui uma infração penal (antijuridicidade);
- c) que a conduta do réu se enquadra perfeitamente na descrição contida em um dos artigos da norma de punição (tipicidade);
- d) que esta conduta é punível (punibilidade);
- e) que o acusado agiu dolosa ou culposamente (culpabilidade).

Desta forma, temos que a materialidade do fato é o oposto da inexistência do fato, e que a materialidade é a prova da existência daquele fato, mas ainda não é prova da existência do ato antijurídico, do qual a obrigação de provar é do fisco e não do contribuinte, ora recorrente.

V – OFENSA AO POSTULADO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não se encontram expressos no texto constitucional. Porém, tais princípios são bastante utilizados pela jurisprudência, em especial pelo STF, nos casos de controle de constitucionalidade das leis e, principalmente, dos atos administrativos. São aplicados, sobretudo, no controle dos atos discricionários que impliquem restrição ou condicionamento aos direitos dos administrados. A ofensa a eles implica na nulidade dos atos, e não em mera revogação.

Assim, tais princípios têm assento no devido processo legal substantivo ou material, que, evidentemente, não se aplica somente a processos judiciais, mas também e, principalmente, em processos administrativos. (...)

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade representa uma vertente da razoabilidade, com ela se aproximando muito em relação ao aspecto necessidade. Ela impede que a Administração restrinja os direitos dos particulares além do que caberia, do necessário, pois impor medidas com intensidade ou extensão supérfluas induz à ilegalidade do ato, por abuso de poder. Visa a evitar o indevido uso da discricionariedade administrativa.

A Lei nº 9.784/99 traz em seu texto a individualidade desses princípios, deixando assim claro que o legislador não entende esses dois princípios como sinônimos, mas como independentes. (...)

Portanto, em tal julgado, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal argumentou que o princípio da proporcionalidade, em um Estado Democrático de Direito, deve atuar como meio de orientação para assegurar a manifestação e cumprimento dos direitos sociais, deixando-se bem claro que tal princípio é considerado autônomo e de regência muito importante. Destarte, o princípio da proporcionalidade é utilizado quando se coloca em ponderação dois princípios ou normas e suprime-se/afasta-se um em relação ao outro, no intuito de assegurar o cumprimento e o respeito aos direitos fundamentais

expressos na constituição da república. Já o princípio da razoabilidade é convocado quando as normas e atitudes fugirem ao senso comum.

Desta feita a exclusão direta do sistema SIMPLES ofende diretamente esses princípios na medida em que o ora recorrente olvidou todos os esforços no sentido de prover o fisco de informações necessárias à identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, vez que espontaneamente apresentou extratos bancários, planilhas, cópias de notas fiscais e recibos, além de disponibilizar todos os arquivos solicitados pelo agente fiscal.

A penalidade de exclusão do SIMPLES por esse motivo se mostra abusiva e desnecessária, à medida que havia à disposição do agente fiscal os meios necessários para identificar tais valores.

VI – DA NÃO OCORRÊNCIA DO PREVISTO NO INCISO IX DO ART. 19 DA LC 123/2006.

Afirmou o Auditor Fiscal no procedimento que ocasionou na exclusão de ofício que foi verificado que nos anos de 2016 a 2018 o valor das despesas pagas teria superado em 20% o valor dos ingressos de recursos no mesmo período, sujeitando a empresa a exclusão do SIMPLES com base no previsto no inciso IX do Art. 19 da LC 123/2006.

Ocorre que o fato relatado não ocorreu.

Conforme se verifica pelo balancete referente ao ano de 2016, o qual se anexa ao presente recurso para facilitar a análise, o faturamento foi no importe de R\$1.509,851,89 (um milhão quinhentos e nove mil, oitocentos e cinquenta e um reais e oitenta e nove centavos) enquanto as despesas foram no importe de R\$ 1.810.437,21 (um milhão oitocentos e dez mil quatrocentos e trinta e sete reais e vinte e um centavos), tendo as despesas superado os ingressos de recursos em 19%, e não 67% como consta no Termo de Verificação de Exclusão do Simples, e na decisão da 2ª Turma de Julgamento, que afirmou não ter avaliado o balancete, não podendo, ao menos tal dispositivo ser aplicado em relação ao ano de 2016.

O dispositivo legal é claro ao prever a exclusão apenas quando as despesas pagas superarem o ingresso de recursos em mais de 20%, portanto, não existe motivo para exclusão da impugnante com base no inciso IX do Art. 19 da LC 123/2006.

Se já não bastasse, é de conhecimento geral a pior recessão da história do país no ano de 2016, sendo a pior crise já registrada na economia brasileira.

Está afirmação pode ser comprovada em matérias publicadas na imprensa: (...)

Com tamanha recessão, é justificável que a ora recorrente acabe por fechar o ano com despesas superiores aos valores de ingressos de recursos, seria estranho pensar o contrário.

Ressalta-se que o abordado no presente tópico se repete em todo o período fiscalizado, motivo pelo qual não deve ser excluída do SIMPLES pelo disposto no inc. IX do Art. 29 da LC 123/2006.

VII - DA IRRETROATIVIDADE DO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO
Ad argumntandum, caso não seja entendido pela nulidade do Termo de Exclusão do SIMPLES, documentado no processo administrativo em epígrafe, deve ser reconhecida a não retroatividade dos efeitos da exclusão.

A redação do Art. 29, inciso VIII da Lei Complementar nº 123/2006, bem como do Art. 76, IV, da Resolução CGSN nº 94/2011 contraria o disposto no Art. 5º, incs, XXXVI e XL da Constituição (...)

Além disso, estabelece o parágrafo 1º do citado art. 5º:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Desta forma, a exclusão com efeito retroativo primeiramente fere o direito adquirido uma vez que o contribuinte operou durante todo o período sem receber qualquer notificação da Receita Federal.

Se a própria Receita Federal do Brasil permitiu que a empresa operasse todos estes anos no SIMPLES está configurada uma situação de fato, que não importa em ilícito. (...)

Atente-se que a exclusão com efeito retroativo desestrutura a contabilidade da empresa e, sem exagero, abocanha parte do patrimônio, ferindo mais uma garantia constitucional: a vedação ao confisco (art. 150, IV da Constituição).

É certo que o objetivo do legislador ao estabelecer as hipóteses de exclusão do SIMPLES foi o de dar efetividade ao princípio da isonomia. Uma vez que a empresa aumente a sua capacidade contributiva é razoável que ela deixe progressivamente o regime de incentivo. No caso em apreço, a exclusão ocorreu não porque a pequena empresa ascendeu economicamente, mas porque, aos olhos apenas do Douto Fiscal, *a escrituração do livro-caixa não permitiu a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária.*

A propósito, a exclusão do SIMPLES com a cobrança retroativa de impostos e contribuições federais são inconstitucionais, leia-se a notícia publicada inicialmente pela Gazeta Mercantil e republicada nas páginas cenofisco.com.br e consultorjuridico.com.br: (...)

Como se fosse pouco a ofensa direta à Constituição Federal de 1988, a base legal que fundamenta a exclusão afronta o Código Tributário Nacional, Lei 5.172/66, recepcionado pela Constituição Federal como lei complementar.

Assim estabelece o Art. 100 do Código Tributário Nacional: (...)

E sobre os incisos citados do Art. 100 do CTN, estabelece o Art. 103 do mesmo código: (...)

Portanto, o Ato Declaratório Executivo de Exclusão é ato normativo expedido pelo Exmo. Sr. Chefe da Seção de Fiscalização – SAFIS, concretizador do comando emanado na lei, cuja vigência ocorre na data de sua publicação. Destarte, afigura-se contrário ao CTN a exclusão do contribuinte do SIMPLES retroativamente, com fundamento no Art. 29, VIII da Lei Complementar nº 123/2006 e Resolução CGSN nº94/2011.

Nem se diga que o caput do art. 103 ("salvo disposição em contrário")

autoriza a exclusão ser feita de forma retroativa, uma vez que a disposição em contrário só é admissível em prol do contribuinte, para beneficiá-lo. Sendo assim, a exclusão ou surte efeito a partir da data em que notificado o contribuinte, ou 30 dias após a notificação. A menos que o Ato Declaratório Executivo de Exclusão situe-se num plano quintessencial, além do ordenamento tributário nacional. Além disso, o art. 106 do CTN elenca as hipóteses às quais a lei pode ser aplicada de forma retroativa: (...)

Pela primeira hipótese não pode ser a exclusão. Não é norma interpretativa aquela do Art. 29, VIII da Lei Complementar nº 123/2006 e Resolução CGSN nº94/2011. Também não se encarta nas hipóteses elencadas no inciso II do art. 106.

Colacionamos o RESP 196581 e Acórdão do TRF da 1ª Região, abaixo transcritos: (...)

Ademais, a exclusão do SIMPLES operada pelo Douto Fiscal tem como consequência, além do recolhimento das diferenças dos tributos pagos sob o regime de incentivo, a incidência de multa mensal, a contar do ano de 2016. Ou seja, além da punição surpresa (a exclusão retroativa), o contribuinte há de arcar com a penalidade acessória das multas. Sem exageros, essa política tributária muito aproxima-se daquela do "Quinto dos Infernos" sob a Coroa de D. Maria I, inspiradora da Receita Federal.

VIII – A CONCLUSÃO

À vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência do TERMO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL, espera e requer o contribuinte seja acolhido o presente recurso, para o fim de assim ser decidido, anulando-se o Processo Fiscal nº 10935.733.390/2020-62, que deu origem ao ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/LON Nº 014 DE 04 DE SETEMBRO DE 2020.

Ad argumentandum, caso não seja o entendimento dos Ilustres Julgadores acerca da nulidade do ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/LON Nº 014/2020, requer a não retroatividade dos efeitos da exclusão do SIMPLES Nacional.

Ad argumentandum, caso não seja o entendimento dos Ilustres Julgadores acerca da nulidade total do ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/LON Nº 014/2020, requer a não retroatividade dos efeitos da exclusão do SIMPLES Nacional ao ano de 2016, ante a argumentação exposta de que as despesas não excederam ao montante de 20% das receitas conforme o D.R.E. apresentado.”

É o relatório.

Voto

Conselheira Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça, Relatora.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III, do art. 151 do Código Tributário Nacional.

Conforme já relatado, trata-se de processo em que se discute a exclusão da Recorrente do Simples Nacional, por meio do ADE nº 014/2020, em razão da ocorrência da hipótese de exclusão obrigatória, previstas no artigo 29, incisos VIII e IX, da Lei Complementar nº 123/2006, com atribuição de efeitos a partir de 01 de janeiro de 2016.

A Recorrente, discordando do acórdão de piso, interpôs recurso voluntário reproduzindo em suas razões recusas os mesmos fundamentos já outrora elencados, tanto preliminarmente, quanto os de mérito. Porém, entendendo razão não assistir-lhe conforme explicado adiante.

PRELIMINARMENTE

A Recorrente, tal como feito em sua manifestação de inconformidade, alega a nulidade do ADE nº 014/2020 por ausência da materialidade e autoria do fato. Alega que a simples constatação da materialidade do fato não é suficiente para uma acusação de cometimento de ato ilícito, se este fato não for típico, antijurídico, culpável e punido, se a autoria não está determinada, se não houver provas suficientes para tanto, se não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração, o que cabe ao Fisco provar. Ademais, de acordo com a Recorrente, teria havido a apresentação de todos os documentos solicitados pelo Fisco.

Contudo, não é isso que se extrai dos autos, pois não há se falar em ausência de comprovação material ou autoria do fato.

Afinal, o Termo de Verificação de Exclusão do Simples Nacional, e-fls. 2/14, detalha a infração e é preciso quanto ao enquadramento da situação nos dispositivos legais referenciados. De fato, restou constatado pela fiscalização que os documentos contábeis apresentados pela Recorrente não comprovam sua efetiva movimentação financeira, caracterizando a hipótese inserta no inciso VIII do artigo 29 da LC nº 123/2006.

Ainda, verificou-se, durante o período de apuração (anos de 2016 a 2018), por meio do aludido Termo de Verificação de Exclusão do Simples Nacional (e-fls. 2/14), a superação das despesas pagas em mais de 20% (vinte por cento) em relação aos ingressos de recursos no mesmo período, infringindo o inciso IX do citado artigo 29.

Assim, não se confirma a alegação, suscitada pela Recorrente, de nulidade do ADE nº 014/2020, já que o aludido Ato Declaratório Executivo fundamentou-se em conjunto probatório robusto e não em meras presunções (como se comprova pela Termo de Verificação de Exclusão do Simples Nacional, e-fls. 2/14), tendo sido lavrado por servidor competente que, constatando a ocorrência da causa legal, emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal.

Logo, as garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos. Ademais os atos administrativos estão motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos decidam recursos administrativos.

O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício, que foi regularmente analisado pela autoridade de primeira instância (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 6º da Lei nº 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

As autoridades fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação às atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. A proposição afirmada pela Recorrente, desse modo, não pode ser ratificada.

Neste sentido, cito ementa de julgado exemplificando a posição deste Tribunal:

NULIDADE. DESCABIMENTO. Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Havendo nos autos prova de que o contribuinte foi devidamente cientificado do ato de exclusão do Simples Nacional e lhe foram entregues todos os relatórios, contendo os fundamentos para a exclusão e para a correta apuração do crédito tributário, bem como os dispositivos legais violados, não ocorre cerceamento de defesa.(...) – (Acórdão nº 1001-000.790, Relator: Lizandro Rodrigues de Sousa. Data da Sessão: 11/11/2018)

Logo, cabe rejeitar a preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente.

No Mérito

Quanto ao mérito, a Recorrente, em seu recuso voluntário, não apresentou nenhum argumento e os documentos apresentados tão somente corroboram com a conclusão a que chegou a fiscalização. Ou seja, de que, fato, os documentos contábeis apresentados pela Recorrente - conforme Termo de Verificação de Exclusão do Simples Nacional, e-fls. 2/14 - não evidenciam sua efetiva movimentação financeira e que, durante o período de apuração (anos de 2016 a 2018), ocorreu a superação das despesas em relação às receitas nos percentuais de 67% em 2016, de 134% em 2017 e de 35% em 2018, o que enquadra a pessoa jurídica na hipótese exclusão de ofício do Simples Nacional estabelecida nos incisos VIII e IX mencionado artigo 29 da LC nº 123/2006.

Neste contexto, como a Recorrente, em suas razões recursais tão somente reproduziu as alegações já elencadas em sua manifestação de inconformidade, valho-me da prerrogativa estatuída no art. 57, § 3º do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, adotando como minhas as razões já expendidas no acórdão recorrido, que manteve sua do Simples Nacional deu-se com efeitos retroativos a 01/01/2016, abaixo reproduzido:

“DA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

A contribuinte foi excluída do Simples Nacional com base no artigo 29, incisos VIII e IX, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, *in verbis*:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

VIII - houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;

IX - for constatado que durante o ano-calendário o valor das despesas pagas supera em 20% (vinte por cento) o valor de ingressos de recursos no mesmo período, excluído o ano de início de atividade;

(...)

O Termo de Verificação de Exclusão do Simples Nacional, fls. 2/14, apresenta a descrição dos fatos, com riqueza de detalhes, não deixando dúvidas quanto ao enquadramento da situação nos dispositivos legais referenciados.

Constatou a fiscalização que os documentos contábeis apresentados não comprovam a real movimentação financeira da empresa, restando a situação, descrita de forma cristalina, enquadrada no inciso VIII do artigo 29 supra citado.

Ainda, verificou que durante o período de apuração (anos de 2016 a 2018) o valor das despesas pagas superou em mais de 20% (vinte por cento) os ingressos de recursos no mesmo período, o que enquadra a empresa na hipótese exclusão de ofício do Simples Nacional estabelecida no inciso IX do artigo 29, também, supra citado.

Conforme demonstrado, por meio do aludido Termo de Verificação de Exclusão do Simples Nacional, a superação das despesas em relação às receitas deu-se nos percentuais de 67% em 2016, de 134% em 2017 e de 35% em 2018. *In verbis*:

ANO	DESPESAS	INGRESSOS	DIFERENÇA	PERCENTUAL QUE DESPESAS ULTRAPASSAM INGRESSOS
2016	2.757.710,01	1.654.086,19	1.103.623,82	67%
2017	3.550.966,39	1.516.747,95	2.034.218,44	134%
2018	3.751.531,40	2.774.501,66	977.029,74	35%

Por meio de sua manifestação de inconformidade, a Impugnante afirma que as despesas superaram os ingressos de recursos em 19%; não em 67%, no ano de 2016, como consta do Termo de Verificação de Exclusão do Simples, nos seguintes termos:

Conforme se verifica pelo balancete referente ao ano de 2016, o qual se anexa a presente para facilitar a análise, o faturamento foi no importe de R\$1.509,851,89 (um milhão quinhentos e nove mil, oitocentos e cinquenta e um reais e oitenta e nove centavos) enquanto as despesas foram no importe de R\$ 1.810.437,21 (um milhão oitocentos e dez mil quatrocentos e trinta e sete reais e vinte e um centavos), tendo as despesas superado os ingressos de recursos em 19%, e não 67% como consta no Termo de Verificação de Exclusão do Simples, não podendo, ao menos tal dispositivo ser aplicado em relação ao ano de 2016.(grifamos)

Verifica-se que a Impugnante informa que estaria anexando à sua manifestação de inconformidade o balancete referente ao ano de 2016.

No entanto, tal anexação não ocorreu. Portanto, não restou confirmada a afirmação da contribuinte.

De outro lado, a fiscalização demonstra os valores por ela apurados, mostrando o balanço do ano de 2016, conforme tabela de fls. 11.

RETROATIVIDADE

A exclusão da empresa do Simples Nacional deu-se com efeitos retroativos a 01/01/2016, consoante dispõe o § 1º do artigo 29 da Lei Complementar 123/2006. *In verbis*:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

(...)

A Impugnante questiona o efeito retroativo da exclusão do Simples Nacional, sob o argumento de sofrer prejuízos.

Entretanto, por força do exercício de atividade vinculada, cabe-nos aplicar a lei, não nos restando competência para juízo de constitucionalidade.

Desta forma, não se pode acolher o pleito da Impugnante.

DAS QUESTÕES DE CONSTITUCIONALIDADE

A Impugnante questiona a constitucionalidade da sua exclusão do Simples Nacional, levantando as seguintes questões:

- Ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, por ser a penalidade de exclusão do Simples abusiva e desnecessária. A exclusão retroativa do Simples Nacional tem como consequência, além do recolhimento das diferenças dos tributos pagos sob o regime de incentivo, a incidência de multa mensal, a contar do ano de 2016. Assim, além da punição decorrente da exclusão retroativa, o contribuinte há de arcar com a penalidade acessória das multas.
- Exclusão do Simples Nacional com efeito retroativo fere o direito adquirido, desestrutura a contabilidade da empresa e abocanha parte do patrimônio, ferindo o princípio da vedação ao confisco.
- A base legal que fundamenta a exclusão afronta o Código Tributário Nacional, Lei 5.172/66, recepcionado pela Constituição Federal como lei complementar.

Entretanto, os questionamentos que implicam juízo de constitucionalidade são de competência privativa do Poder Judiciário, nos termos dos artigos 97 e 102 da Constituição Federal.

Portanto, escapa à esfera de competência do julgador administrativo a análise acerca de constitucionalidade de dispositivos legais em vigor no ordenamento jurídico pátrio, por ser exclusividade do Poder Judiciário.

Os órgãos administrativos de julgamento não podem negar vigência à lei ordinária sob alegação de inconstitucionalidade.

As leis regularmente incorporadas ao sistema jurídico pátrio gozam de uma presunção de constitucionalidade que só pode ser afastada após a incidência do mecanismo constitucional de controle de constitucionalidade.

Além do que, é incabível a apreciação originária de inconstitucionalidade na esfera administrativa, por expressa disposição legal, na forma prevista no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, acrescido pela Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009.

DO ALCANCE DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

A Impugnante cita doutrinas e jurisprudências dos tribunais, com o intuito de embasar o seu entendimento.

No entanto, a esse respeito, resta-nos esclarecer que os julgados, mesmo quando administrativos, somente vinculam os julgadores de 1ª instância nas situações expressamente previstas na legislação.

Assim dispõe o Decreto nº 73.529, de 21 de janeiro de 1974, relativamente às decisões judiciais:

“Art. 1º É vedada a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais contrárias à orientação estabelecida para a administração direta e autárquica em atos de caráter normativo ordinário.

Art. 2º Observados os requisitos legais e regulamentares, as decisões judiciais a que se refere o art. 1º produzirão efeitos apenas em relação às partes que integram o processo judicial e com estrita observância do conteúdo dos julgados.”

Portanto, a Administração Pública está pautada pelo princípio da legalidade. Assim, o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, não podendo deles se afastar ou se desviar, sob pena de praticar ato inválido e se expor a responsabilidade disciplinar.

Cumpre-nos acrescentar que as decisões judiciais ou administrativas, sem uma lei que lhes atribua eficácia, não constituem normas complementares do Direito Tributário. Destarte, não podem ser estendidas, genericamente, a outros casos, sendo aplicadas, somente, à questão em análise, vinculando as partes envolvidas naquele litígio.

Conclusão.

Diante de todo o exposto e considerando tudo o mais que dos autos consta, voto no sentido de indeferir os pedidos formulados e considerar IMPROCEDENTE a Manifestação de Inconformidade, mantendo a exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional”.

Em tempo, quanto à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais juntados ao processo pela Recorrente para dar suporte à sua tese, cabe esclarecer que podem servir apenas para reflexão do julgador, eis que a lei não lhes atribui eficácia normativa, nos termos do art. 100 do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, no âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, nos termos do art. 26A e parágrafo único, do Decreto n. 70.235/72, bem como, art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de recursos Fiscais - CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 256, de 22 de junho de 2009. No mesmo sentido é o que discorre a Súmula nº 2 do CARF:

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

Desta forma, comprovado está que a Recorrente incorreu em vedação à fruição do regime tributário simplificado do Simples Nacional. Ressalte-se que todos os documentos constantes nos autos foram regularmente examinados com minudência, conforme a legislação de regência da matéria. Diferente do entendimento da Recorrente, os supostos fatos indicados na peça recursal não podem ser corroborados. Ademais, o procedimento fiscal decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade tributária, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional).

Ante o exposto, conduzo meu voto no sentido de rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, para negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a decisão de origem, por seus próprios fundamentos.

(documento assinado digitalmente)

Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça