



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

Processo n° 11065.722945/2011-17
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1001-000.500 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 9 de maio de 2018
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL
Recorrente MURIA CALCADOS LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO PARTICIPAÇÃO DE SÓCIOS EM OUTRAS EMPRESAS.
EXCESSO DE RECEITA

FATO GERADOR 26/02/2009

A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em prática reiterada de infração à legislação tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa- Presidente.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edgar Bragança Bazhuni, Eduardo Morgado Rodrigues, Lizandro Rodrigues de Sousa e José Roberto Adelino da Silva

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão, número 10-58.472, da 7ª Turma da DRJ/POA, o qual indeferiu a Manifestação de Inconformidade contra a exclusão de ofício do Simples Nacional da pessoa jurídica acima identificada, por meio do Ato Declaratório

Executivo SEORT/DRF-NHO nº 01, de 16 de junho de 2016 (fls 198/199), com fundamento no art. 29, inciso VII, da Lei Complementar nº 123/2006, tendo em vista a situação relatada pela autoridade fiscal no Despacho Decisório nº 0273/2016 (fls. 195/197).

A ora recorrente apresentou uma impugnação ao referido termo. cujo acórdão da DRJ foi contrário à manifestação de inconformidade, a qual reproduzo, com a devida vênia, o voto:

Voto

Juízo de admissibilidade

A manifestação de inconformidade é tempestiva, atestado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil jurisdicionante à fl. 213, e dela se toma conhecimento.

Contencioso

Insurge-se, a manifestante, contra a sua exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) por meio do Ato Declaratório Executivo (ADE) SEORT/DRF-NHO nº 01, de 06 de junho de 2016 (fls. 198/199), que tem como fundamento de exclusão a constatação material da hipótese prevista no artigo 29, inciso V, da Lei Complementar nº 123/2006, tendo em vista a situação relatada pela autoridade fiscal no Despacho Decisório nº 0273/2016 (fls. 195/197).

Em apertada síntese, ressalta-se que a pretensão de cancelamento do Ato Declaratório de Exclusão do Contribuinte do Simples Nacional formulada pela interessada contém argumentos de nulidade e decadência.

Observa-se que as matérias não expressamente questionadas presumem-se legítimas e não deverão ser objeto de análise, vez que não se tornaram controvertidas, nos termos do art. 172 do Decreto no 70.235/72, na redação dada pela Lei nº 9.532/97.

Procedendo à análise dos elementos constantes nos autos e da legislação que rege a matéria, observa-se a improcedência dos argumentos apresentados pela defesa conforme se detalhará na seqüência.

Consideração inicial

Inicialmente, ressalta-se que nenhum documento probatório, em relação à quitação dos débitos que deram origem à exclusão do Simples Nacional da Tanaju Calçados Ltda sucedida de fato por Muriá Calçados Ltda, foi juntado pela defesa.

Ademais, compulsando o sistema informatizado, verifica-se que os referidos débitos se encontram inscritos em Dívida Ativa da União, em cobrança judicial ajuizada, conforme colaciona-se abaixo:

----- PENDENCIA NA PGFN (SIDA) -----

PROCESSO - 18208-082.572/2008-01 CNPJ - 02.512.279/0001-18

TRIBUTO - 8822 - SIMPLES

INSCRICAO - 0041200840000 DATA INSCRICAO - 18/05/2012

SITUACAO - ATIVA AJUIZADA

PFN RESPONSAVEL - NOVO HAMBURGO

PROCESSO - 11065-500.201/2012-16 CNPJ - 02.512.279/0001-18

TRIBUTO - 1507 - SIMPLES NACIONAL

INSCRICAO - 0041201707478 DATA INSCRICAO - 19/10/2012

SITUACAO - ATIVA AJUIZADA

DATA AJUIZAMENTO - 22/10/2012

PFN RESPONSAVEL - NOVO HAMBURGO

PROCESSO - 11065-500.256/2013-15 CNPJ - 02.512.279/0001-18

TRIBUTO - 1507 - SIMPLES NACIONAL

INSCRICAO - 0041300954899 DATA INSCRICAO - 25/01/2013

SITUACAO - ATIVA AJUIZADA

PFN RESPONSAVEL - NOVO HAMBURGO

Da argüição de nulidade

Não prosperam as nulidades argüidas pela contribuinte, eis que a exclusão do Simples Nacional preenche todos os requisitos formais e materiais estabelecidos pela legislação, constando no Despacho Decisório, fls. 195/197, a descrição clara e precisa dos fatos que deram origem à exclusão, bem como a fundamentação fática e legal que orientou tal procedimento.

Observe-se, também, que o Decreto nº 70.235/1972, em seu artigo 59 dispõe sobre os casos de nulidade, *in verbis*:

Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Vê-se que as questões apresentadas pela impugnante não se enquadram em nenhum dos itens do artigo acima transcrito. Não há a incompetência de que trata o inciso I e não ocorreu a hipótese de preterição do direito de defesa contida no inciso II.

Portanto, o Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF-NHO nº 01, de 06 de junho de 2016 (fls. 198/199), não está eivado de qualquer nulidade.

Da decadência

O procedimento tem por objeto a exclusão do Simples Nacional, com efeito retroativo a partir de 26/02/2009, data de abertura constante no CNPJ, tendo por fundamento sucessão empresarial fraudulenta de uma empresa pela outra, com vistas a dar continuidade aos benefícios decorrentes da sistemática simplificada da tributação (Simples Nacional). Não se destina, portanto, à constituição ou à cobrança de crédito, razão pela qual é de todo impertinente a alegação de decadência.

A decadência prevista no art. 1733 e no § 4º do art. 1504 do CTN extingue apenas o direito de lançar crédito tributário, não impedindo, porém, que a Administração verifique a regularidade do ingresso no Simples Nacional e proceda à respectiva exclusão, caso constate a existência de fato impeditivo, inclusive fazendo retroagir os efeitos da exclusão, o que, no caso concreto, obedeceu ao disposto no § 1º do art. 29 da LC 123/2006. Assim sendo, o lançamento de eventual crédito tributário, nascido ao longo do período, poderá ser feito, ressalvado o crédito já colhido pela decadência. Neste processo, todavia, não se cuida de exigência de crédito tributário, que deram origem à exclusão, bem como a fundamentação fática e legal que orientou tal procedimento.

Observe-se, também, que o Decreto nº 70.235/1972, em seu artigo 59 dispõe sobre os casos de nulidade, *in verbis*:

Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Vê-se que as questões apresentadas pela impugnante não se enquadram em nenhum dos itens do artigo acima transcrito. Não há a incompetência de que trata o inciso I e não ocorreu a hipótese de preterição do direito de defesa contida no inciso II.

Portanto, o Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF-NHO nº 01, de 06 de junho de 2016 (fls. 198/199), não está eivado de qualquer nulidade.

Da decadência

O procedimento tem por objeto a exclusão do Simples Nacional, com efeito retroativo a partir de 26/02/2009, data de abertura constante no CNPJ, tendo por fundamento sucessão empresarial fraudulenta de uma empresa pela outra, com vistas a dar continuidade aos benefícios decorrentes da sistemática simplificada da tributação (Simples Nacional). Não se destina, portanto, à constituição ou à cobrança de crédito, razão pela qual é de todo impertinente a alegação de decadência.

A decadência prevista no art. 1733 e no § 4º do art. 1504 do CTN extingue apenas o direito de lançar crédito tributário, não impedindo, porém, que a Administração verifique a regularidade do ingresso no Simples

Nacional e proceda à respectiva exclusão, caso constatare a existência de fato impeditivo, inclusive fazendo retroagir os efeitos da exclusão, o que, no caso concreto, obedeceu ao disposto no § 1º do art. 29 da LC 123/2006. Assim sendo, o lançamento de eventual crédito tributário, nascido ao longo do período, poderá ser feito, ressalvado o crédito já colhido pela decadência. Neste processo, todavia, não se cuida de exigência de crédito tributário.

A decadência, portanto, constitui óbice à autoridade fiscal para realizar o lançamento do tributo, eis que se refere à perda do direito de o fisco constituir o crédito tributário.

Não pode esse instituto, como quer a manifestante, ser suscitado para afastar a constatação de situações objetivas configuradoras de vedação à permanência no Simples Nacional.

O poder-dever do Fisco executar ato de ofício, no caso, a exclusão do Simples, não é renunciável, em vista do princípio da indisponibilidade e da legalidade que revestem os atos administrativos em geral.

Nesse sentido, colaciona-se jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

Microempresas e Empresas de Pequeno Porte SIMPLES

Ano-calendário: 2003 a 2007

(...)

EXCLUSÃO DO SIMPLES. DECADÊNCIA.

A alegação de que já teria ocorrido a preclusão do direito de a Fazenda Pública exigir eventuais créditos tributários, que poderiam ser lançados em razão da exclusão do SIMPLES, não tem o condão de invalidar o ato declaratório de exclusão, posto que tal instituto se aplica a questões probatórias. Eventuais alegações de decadência devem ser opostas no processo administrativo que tenha por objeto o lançamento destes créditos, caso tenham sido constituídos de ofício.

(...)

(AC nº 1802-001.101, de 18/01/2012)

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

Ano-calendário: 2000

(...)

DATA DA CONFIGURAÇÃO DA REITERAÇÃO E DECADÊNCIA.

A decadência diz respeito ao direito de efetuar o lançamento, não tendo relevância para reconhecimento da validade do ato declaratório de exclusão.

A questão deve ser oposta no processo administrativo que tenha por objeto o lançamento dos créditos porventura constituídos de ofício em razão da exclusão.

(Ac. 1301-000.730, de 20/10/2011)

Portanto, não cabe cogitar de decadência, cuja alegação deve ser rejeitada.

Conclusão

Dessa forma, VOTO no sentido de julgar improcedente a Manifestação de Inconformidade, mantendo-se, portanto, a exclusão do Contribuinte do Simples Nacional com efeitos a partir de 26/02/2009, nos exatos termos do Ato Declaratório Executivo (ADE) SEORT/DRF-NHO nº 01, de 06 de junho de 2016 (fls. 198/199).

Voto

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva - Relator

Inconformada, a recorrente apresentou o Recurso Voluntário, tempestivo que apresenta os demais pressupostos de admissibilidade, previstos no Decreto 70.235/72, e, portanto, dele eu conheço.

A recorrente, em seu recurso, faz uma breve descrição dos fatos, a qual reproduzo:

Ocorre que, em 06 de junho de 2016, por meio do Despacho Decisório nº 273/2016, o ADE viciado foi refeito, agora com fundamento legal no inciso V do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/06 (sucessão empresarial fraudulenta), ensejando a expedição do Ato Declaratório Executivo nº 1, de 06 de junho de 2016, para novamente excluir a contribuinte do Regime Simplificado.

Desta maneira, em 12 de julho de 2016, foi protocolada na Agência da Receita Federal do Brasil, no Município de Taquara/RS, Manifestação de Inconformidade em face do ADE.

Contudo, o acórdão 10-58.472 da 7ª Turma da DRJ/POA julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade, mantendo a contribuinte excluída do Simples Nacional, sendo os efeitos da decisão *ex tunc*, retroagindo a data de 26 de fevereiro de 2009.

Na análise do mérito, a recorrente alega:

III - MÉRITO

A decisão da 7ª Turma da DRJ/POA merece ser reformada, uma vez que a Representação Fiscal iniciou o presente processo administrativo e

motivou seus fundamentos com amparo no Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) n^o 10.07.00-2011-00806-7, encerrado em 2011, ou seja, o ADE que excluiu a contribuinte do Regime Simplificado não foi devidamente constituído em MPF válido e regular, pois não houve abertura de novo procedimento fiscal.

Aliado a isso o fato de que, uma vez reconhecida a nulidade do ADE originário (n^o 12/2011) pela DRJ/POA (Acórdão n^o 10-55.9797), tem-se por inexistente o ato administrativo maculado por vício insanável, de modo que o presente procedimento, originado de ato nulo, é conseqüentemente inexistente, pois perdeu sua validade.

A ressalva feita pela DRJ/POA no julgamento da ADE n^o 12/2011, permitindo que o ato pudesse ser refeito "na boa e devida forma, se for o caso", não permite o desrespeito ao devido processo legal, tampouco a ampla defesa e ao contraditório, princípios que norteiam e regulam o processo administrativo fiscal.

Havendo novo ato de exclusão, teria a oportunidade para a contribuinte apresentar nova impugnação, instaurando-se assim um novo processo administrativo, na forma do Decreto n^o 70.235/72.

Ocorre que assim não procedeu a autoridade administrativa, na medida em que o novo ADE de exclusão (n^o 01/2016) foi juntado nos autos do presente processo administrativo, o qual havia sido instaurado para análise do ADE originário (12/2011), dando-lhe indevido prosseguimento.

Ao assim agir, mesmo que superada a questão de validade do novo ato administrativo, o que se admite apenas para argumentar, maculou-se com vício de nulidade o próprio processo administrativo "continuado".

Para que ocorra a expedição de um novo ADE de exclusão do Simples Nacional é necessário a instauração de novo processo administrativo, devendo os pressupostos legais serem rigorosamente observados, bem como deve haver a abertura de novo procedimento fiscal, o que não foi realizado pela autoridade administrativa, razão pela qual os atos praticados são nulos.

Nesta senda, Hely Lopes Meirelles, de modo a corroborar a exposição acima possui o entendimento de que *"a revogação ou modificação do ato administrativo deve obedecer à mesma forma do ato originário, uma vez que o elemento formal é vinculado tanto para sua formação quanto para seu desfazimento ou alteração"*.

Sendo assim, o refazimento do ato administrativo, quando possível, o que não é no caso em análise, deve obedecer a forma prevista, o que, no presente caso, só teria sido devidamente cumprido pela autoridade administrativa se o novo ADE tivesse sido formalizado em novo processo administrativo fiscal. A inobservância de tal requisito causa a nulidade do ato, pois sua origem é viciosa.

De outra banda, cabe referir que, de acordo com o ADE n^o 01/2016, a exclusão do Simples Nacional baseia-se na mesma Representação Fiscal que

originou o ADE n^o 12/2011, isto é, possuindo os mesmos elementos probatórios colhidos por ocasião do primeiro ato de exclusão.

Por fim, verificando a documentação constante dos autos, mais especificamente o Termo de Início de Procedimento Fiscal (TIPF), acostado aos autos às folhas 23 e 24, nota-se claramente que os pressupostos fáticos do novo ADE, originado em 2016, ocorreram a mais de cinco anos, sendo causa de invalidação do ato administrativo praticado, ante ausência de materialidade.

EM VISTA DO EXPOSTO, requer seja conhecido e provido o presente recurso para, nos termos da fundamentação supra, reconhecer a nulidade/insubsistência do Ato Declaratório Executivo de exclusão do SIMPLES, mantendo o contribuinte no Regime Simplificado.

A lei 9.784/99, artigos 53 a 55, dispõe que:

DA ANULAÇÃO, REVOGAÇÃO E CONVALIDAÇÃO

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

Com base nas regras acima, entende-se que o referido ato declaratório poderia (e deveria) ser refeito, no meu entendimento, com base no art. 54, acima transcrito.

Entendo não haver a necessidade de se instaurar um novo processo fiscal para tanto, consoante arguição da recorrente, a lei lhe dá base para isso.

Assim, mantenho a decisão da DRJ *in verbis*:

Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Vê-se que as questões apresentadas pela impugnante não se enquadram em nenhum dos itens do artigo acima transcrito. Não há a

Processo nº 11065.722945/2011-17
Acórdão n.º **1001-000.500**

S1-C0T1
Fl. 6

incompetência de que trata o inciso I e não ocorreu a hipótese de preterição do direito de defesa contida no inciso II.

Portanto, o Ato Declaratório Executivo SEORT/DRF-NHO nº 01, de 06 de junho de 2016 (fls. 198/199), não está eivado de qualquer nulidade.

Como a recorrente nada mais alegou em seu recurso voluntário, voto por negar provimento aos presente recurso, sem crédito tributário em litígio.

É como voto.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva