



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

Processo nº 11516.001158/2005-26
Recurso nº 143.485 Voluntário
Acórdão nº **1801-00.536 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 30 de março de 2011
Matéria SIMPLES
Recorrente SETUP ASSISTÊNCIA TÉCNICA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 1999

NULIDADE.

No caso de o enfrentamento das questões na peça de defesa denotar perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento não há que se falar em nulidade do ato em litígio.

REPRESENTAÇÃO ADMINISTRATIVA. INSS.

Os órgãos de fiscalização do Instituto Nacional do Seguro Social ou de qualquer entidade conveniente devem representar à Secretaria da Receita Federal se, no exercício de suas atividades fiscalizadoras, constatarem hipótese de exclusão obrigatória do Simples.

INEXATIDÕES MATERIAIS.

As meras alegações desprovidas de comprovação efetiva de sua materialidade não são suficientes para ilidir a motivação fiscal do procedimento.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS.

A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica for constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. EFEITOS

No caso de contribuintes que fizeram a opção pelo SIMPLES Federal até 27 de julho de 2001, constatada uma das hipóteses de que tratam os incisos III a XIV, XVII e XVIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em preliminar, em afastar as nulidades suscitadas, e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora.

(documento assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Relatora

Composição do Colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carmen Ferreira Saraiva, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Maria de Lourdes Ramirez, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo, Diniz Raposo e Silva e Ana de Barros Fernandes.

Relatório

Exclusão do Simples

A partir da Representação Administrativa INSS, fls. 01/08, a Recorrente optante pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/FNS/SC nº 27, de 16 de maio de 2005, fl. 118, com efeitos a partir de 01/01/1998, fundamentada na constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas (inciso IV do art. 14 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996).

Cientificada em 13/06/2005, fl. 121, ela apresentou a manifestação de inconformidade em 13/07/2005, fls. 132/150, com as alegações abaixo resumidas.

Argumenta que houve cerceamento do direito de defesa por não ter sido intimada do procedimento do INSS para se defender.

Expõe que optou pelo Simples de forma regular, uma vez que cumpre suas obrigações tributárias. Tendo em vista o princípio da eventualidade, solicita que, somente após sua exclusão definitiva, lhe seja imposto o adimplemento nos moldes aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Alega que as constatações presentes nos autos são semelhantes àquelas questionadas no processo nº 11516.002163/2004-75. Explica que o fato de que supostamente houve interposição de pessoas em relação à Seprol Computadores e Sistemas Ltda não está caracterizado nos autos e por esta razão deve ser beneficiada com tratamento tributário menos

oneroso. Diz que não há evidência de que seus empregados são originários daquela pessoa jurídica, tampouco que os valores auferidos a título de receita bruta sejam dali provenientes. Defende que o sócio Andrei Garcia participa de ambas as empresas.

Indica a legislação que rege a matéria, princípios que alega foram violados ainda entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui

Por todo o exposto, requer-se:

a) seja concedido, à Recorrente, prazo para apresentação de defesa, perante o Instituto Nacional da Seguridade Social - INSS, como medida de obediência aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, requerendo, ainda, que esta Autarquia seja oficiada para que informe a data da diligência, na qual foram efetuadas as constatações que motivaram a expedição do Ato Declaratório nº 27, de 16 de maio 2005 expedido pelo Fisco Federal;

b) sejam anulados todos os atos praticados contra à Recorrente, desde a data da diligência procedida pelos Auditores Fiscais do Instituto Nacional da Seguridade Social - INSS, em especial a Representação Administrativa nº 13963.001158/2005-26, apresentada a esta Delegacia da Receita Federal, em decorrência da não observação dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa;

c) SEJA SUBMETIDA À REVISÃO A MEDIDA DE EXCLUSÃO DA RECORRENTE DO SIMPLES, haja vista que o Ato Declaratório da Exclusão, emitido por esta Delegacia, foi motivado pela Representação Administrativa apresentada pelo INSS, sem que fossem observados os princípios do contraditório e ampla defesa, corroborado com a ausência de prova acerca de fraude fiscal, simulação ou irregularidade, bem como de que sua constituição da empresa Recorrente deu-se através de interpostas pessoas que não correspondem aos seus verdadeiros sócios;

d) seja a empresa Recorrente reincluída no SIMPLES, pelo fato de não existir qualquer prova de fraude, simulação ou irregularidade, bem como de que sua constituição deu-se através de interpostas pessoas que não correspondem aos seus verdadeiros sócios;

e) sucessivamente, caso não seja procedida a reinclusão no SIMPLES, que não seja compelida ao recolhimento de tributos, juros e multas, além das exigências do sistema SIMPLES, anteriormente à data de sua exclusão;

f) sucessivamente, ainda, caso sejam indeferidos os requerimentos anteriores, seja a Recorrente considerada reincluída no SIMPLES a partir 1º de janeiro de 2006.

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

Inclusão Retroativa – Processo nº 11516.002163/2004-75 – Juntado por Anexação, fls. 153/296

A Recorrente formalizou o Pedido de Inclusão Retroativa no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples ao argumento de que preenche os requisitos legais.

Em conformidade com o Despacho Decisório, fls. 274/275, as informações relativas à opção pelo Simples foram analisadas das quais se concluiu pelo indeferimento do pedido de inclusão retroativa concluindo:

Trata-se de pedido de reinclusão no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES.

O contribuinte foi indicado para exclusão do SIMPLES por possuir sócio com participação superior a 10% no capital de outra empresa, cujos os faturamentos globais ultrapassaram o limite legal permitido, conforme estabelecido no inciso IX, do artigo 9º da Lei 9317/1996.

Remetido o Ato Declaratório, nº 462.352, para ciência, por via postal com Aviso de Recebimento — AR, sem ter sido entregue ao destinatário, com a alegação, "MUDOU-SE". Tendo em vista que na data em que foi expedido, o endereço da empresa constava, como ainda consta, incorreto em nossos cadastros. A divergência entre os endereços foi constatada comparando-se o endereço que constava na data de expedição do Ato Declaratório [fl. 272], e o endereço que consta na 13ª alteração contratual, registrada na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina em 17/07/2002 [fl. 190].

Afixado edital [fl. 273] a empresa somente foi excluída após o prazo para apresentação de manifestação de inconformidade.

Ainda que intempestiva a presente petição, a argumentação da empresa refere-se a ocorrência de erro de fato, cabendo a apreciação por parte desta SACAT.

O contribuinte alega que, anteriormente a data considerada como ocorrência da infração, o sócio Andrei Garcia já havia reduzido sua participação na Empresa Seprol Computadores e Sistemas Ltda de 17,47% para 9,00%, conforme demonstrado através da alteração contratual registrada na Junta comercial do estado de Santa Catarina em 08/05/2001 [fls. 252/255].

A argumentação do contribuinte é procedente, entretanto, conforme consta em seu contrato social [fl. 157] e em nossos cadastros [fl. 271] a empresa exerce atividade de Assistência Técnica e consertos de máquinas e equipamentos de informática, sob código CNAE - 7250-8-00, atividade econômica vedada ao Simples em virtude de estar inserida na vedação que trata o inciso XII, do artigo 20 da IN 355, de 29 de agosto de 2003.

Proponho, assim, que se indefira o pedido do contribuinte à opção retroativa ao SIMPLES, por falta de previsão na legislação pertinente.

Cientificada em 21/10/2004, fl. 275, ela apresentou a manifestação de inconformidade em 10/11/2004, fls. 278/292, com as alegações abaixo resumidas.

Defende que cumpre com suas obrigações tributárias de forma regular. Suscita que para o exercício de sua atividade não depende de profissional com habilitação legal de engenheiro ou analista de sistema.

Conclui

Por todo o exposto, e a presente para requerer a essa Delegacia da Receita Federal de julgamento:

a) seja determinada a realização de diligência junto à empresa recorrente, para constatar a inexistência em seu quadro funcional de engenheiros, programadores ou analistas de sistemas;

b) seja a empresa recorrente reincluída no SIMPLES, por motivo de não desempenhar qualquer atividade vedada na legislação do sistema;

c) sucessivamente, caso seja mantida a exclusão da recorrente, que não seja compelida ao recolhimento de tributos, juros ou multas além das exigências do sistema SIMPLES, anteriormente à data de sua exclusão, nos termos do art. 459 do RIP supra transcrito;

d) sucessivamente, ainda, caso sejam indeferidos os requerimentos contidos nos itens "b" e "c" supra, seja a recorrente considerada reincluída no SIMPLES a partir de 1º de janeiro de 2004.

Nestes termos,

P. Deferimento.

Fase Litigiosa dos Procedimentos

Está registrado como resultado do Acórdão da 3ª TURMA/DRJ/FNS/SC nº 09.10.418, de 10/08/2007, fls. 299/304: "Solicitação Indeferida", pelas razões indicadas abaixo.

Inclusão Retroativa

Em relação à primeira exclusão, colhe-se do despacho de fl. 274 o reconhecimento da autoridade de que "A argumentação do contribuinte é procedente [...]", o que implica declaração da improcedência da exclusão a título de sócio com participação superior a dez por cento em outra empresa que, em combinação com a requerente, tiveram faturamento superior ao limite legal de EPP.

Já a manutenção da exclusão, no mesmo despacho, sob outra motivação legal, não pode ser acatada, por vício de forma e por cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo, eis que deveria ser objeto de outro Ato Declaratório Executivo da autoridade administrativa, em que a nova motivação e a data de produção de seus efeitos fossem explicitadas, e após cuja ciência a contribuinte dispusesse do prazo de trinta dias para apresentar sua Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão à Opção pelo Simples ou manifestação de inconformidade.

Assim, conclui-se ter a autoridade local decidido pela improcedência da primeira exclusão, no processo nº 11516.002163/2004-75, ao passo que, em razão da manifestação de inconformidade interposta pela contribuinte, nesta primeira instância administrativa de julgamento, é de ser julgada nula a nova exclusão no processo 11516.002163/2004-75 relacionada com o ADE nº 462.352, de 17 de

agosto de 2003 (sob nova motivação, relacionada à atividade da empresa: "atividade não-permitida para opção pelo Simples"), pelas razões acima elencadas.

Exclusão do Simples

Passa-se, agora, à análise da manifestação de inconformidade com a exclusão do Simples motivada pela "IV — Constituição de pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas, ou o titular, no caso de firma individual;", conforme previsão contida no art. 14 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

[...]

No caso que se aprecia, ocorreu um desvirtuamento das finalidades do Simples, que não foi desenhado com o fim de reduzir os custos com tributos de pessoas jurídicas cujo porte econômico-financeiro ou atividade as colocam fora do campo de abrangência desse sistema. Destarte, a constituição de micro (ME) ou pequena empresa (EPP) com a finalidade precípua de reduzir os custos tributários da Seprol não pode ser entendida nem aceita pelo Estado como obra de legítimo planejamento tributário, visto que constitui hipótese configurativa de ilícito, assim tipificada no art. 14, inciso IV da Lei nº 9.317, de 1996, já transcrito neste voto.

[...]

As provas documentais e os levantamentos carreados aos autos junto com a representação oferecida pela auditoria-fiscal da então Secretaria da Receita Previdenciária INSS não foram de modo algum elididos pela interessada e assim permanecem válidos como motivação bastante para a exclusão de ofício, conforme ADE nº 27, de 16 de maio de 2005, nos termos e com as consequências legais e regulamentares decorrentes.

Notificada em 29/07/2008, fl. 306, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 28/08/2008, fls. 312/327, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge. Reitera os argumentos apresentados na manifestação de inconformidade relativos à exclusão do Simples. Acrescenta que os efeitos da exclusão não podem retroagir à data da opção pelo Simples, uma vez que esta foi convalidada e homologada pela RFB (art. 104 e art. 106 do Código Tributário Nacional – CTN).

Conclui

a) A revisão da decisão prolatada pela Egrégia 3ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Florianópolis, a qual julgou procedente o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS n. 27 de 16 de maio de 2005, com efeitos retroativos a partir de 1º de Janeiro de 1998; por conseguinte, que a empresa recorrente seja reincluída no regime do SIMPLES retroativamente à data da exclusão, anulando os atos de efeitos diversos do pedido;

b) Sucessivamente, caso não seja concedida a revisão da decisão proferida pela 3ª Turma de Julgamento, que a decisão tenha efeitos a partir da notificação da decisão;

c) Ratificamos os pedidos anteriormente formulados na defesa administrativa protocolada em 13 de julho de 2005.

Pede Deferimento.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência. Assim, dele tomo conhecimento.

O litígio nos presentes autos se restringe à exclusão de ofício formalizada mediante o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS/SC nº 27, de 16 de maio de 2005, fl. 118, com efeitos a partir de 01/01/1998, fundamentada na constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas (inciso IV do art. 14 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996).

A Recorrente alega que o ato administrativo é nulo. No exercício da função pública, a autoridade administrativa, de forma vinculada e obrigatória, editou o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS/SC nº 27, de 16 de maio de 2005, fl. 118, com observância de todos os requisitos legais que lhe confere existência, validade e eficácia. Este ato foi lavrado por servidor competente que regularmente intimou a Recorrente para cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal, de modo a assegurar as garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal e art. 14 e art. 15 do Decreto nº 70.235, de 1972). As formas instrumentais adequadas foram respeitadas e os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. Foi oferecida à Recorrente a oportunidade de apresentar, no prazo legal, a peça de defesa acompanhada de todos os meios de prova a ela inerentes. O enfrentamento das questões na impugnação e no recurso voluntário denota perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento e a indicação dos enquadramentos legais não propiciam a nulidade do ato em litígio. Logo, não lhe cabe razão.

A Recorrente afirma que teria que ser previamente intimada do procedimento fiscal.

A Lei nº 9.317, de 1996, prevê:

Art. 15.

§ 4º Os órgãos de fiscalização do Instituto Nacional do Seguro Social ou de qualquer entidade conveniente deverão representar à Secretaria da Receita Federal se, no exercício de suas atividades fiscalizadoras, constatarem hipótese de exclusão obrigatória do SIMPLES, em conformidade com o disposto no inciso II do art. 13. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)

Cabe transcrever o enunciado da Súmula CARF nº 46, que é de adoção obrigatória (art. 72 do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF), cuja a

divulgação foi feita pela Portaria CARF nº 52, de 21 de dezembro de 2010 e que assim determina:

O lançamento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário.

Mediante o Ofício nº 403/20.401.2 – FISC/GEXFLO de 08/11/2008, foi formalizada a Representação Administrativa do INSS, fls. 01/08, pelos agentes públicos em cumprimento do dever legal. Nesta fase do procedimento de auditoria fiscal, por falta de previsão legal, não é facultado à Recorrente apresentar peça de defesa nem a autoridade fiscal está obrigada a notificá-la previamente. Somente com a ciência válida do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS/SC nº 27, de 16 de maio de 2005, fl. 118, e a apresentação regular da peça de defesa a fase litigiosa no procedimento está instaurada, quando devem ser asseguradas as garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal e art. 14 e art. 15 Decreto nº 70.235, de 1972). Desta forma, a sua alegação não tem fundamento.

A Recorrente solicita a realização de todos os meios de prova. Sobre a matéria, vale esclarecer que no presente caso se aplicam as disposições do Decreto nº 70.235, de 1972. A legislação pertinente ao processo administrativo fiscal estabelece que a peça de defesa deve ser formalizada por escrito incluindo todas as teses de defesa e instruída com os todos documentos em que se fundamentar (art. 15 e inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972), precluindo o direito de a Recorrente praticar este ato e apresentar novas razões em outro momento processual, salvo a ocorrência de quaisquer das circunstâncias ali previstas. Ela não apresentou a comprovação inequívoca de quaisquer fatos que tenham correlação com as situações excepcionadas pela legislação de regência. Neste sentido, a realização desses meios probantes é prescindível, uma vez que os elementos probatórios produzidos por meios lícitos constantes nos autos são suficientes para a solução do litígio (art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972). Assim, seu pleito deve ser indeferido.

A Recorrente discorda do procedimento de ofício.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte relativo aos impostos e às contribuições estabelecido em cumprimento ao que determina o disposto no art. 179 da Constituição Federal de 1988 pode ser usufruído desde que as condições legais sejam preenchidas.

A Lei nº 9.317, de 1996, fixa:

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

[...]

IV - constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual;

No Dicionário Jurídico da autora Maria Helena Diniz consta o seguinte conceito:

Interposta pessoa seria aquele que comparece num dado negócio jurídico em nome próprio mas no interesse de outrem, substituindo-o e encobrindo-o. Tratar-se-ia do presta-nome ou testa de ferro. Age em lugar do verdadeiro interessado que, por motivos não de todo lícitos, deseja ocultar sua participação num ato negocial.

Com a finalidade da busca de prova, adota-se a presunção relativa, que é um processo racional, em que se utiliza o conhecimento de um fato para inferir a existência de outro com razoável probabilidade. A presunção relativa, sendo prova indireta, pode ser desfeita pela prova em contrário.

Nos autos foram comprovados os fatos descritos na Representação Administrativa INSS, fls. 01/113, dos quais se pode deduzir que, embora a SEPROL Computadores e Sistemas Ltda, CNPJ 76.366.285/0001-40, não participa do capital social da Recorrente, há preponderância na gerência desta por parte daquela como forma de se beneficiar indevidamente do tratamento tributário diferenciado, simplificado e favorecido, o que evidencia, por presunção relativa, a interposição de pessoa. As provas constantes nos autos foram exaustivamente analisadas e a partir das quais se infere que a Recorrente tem empregados que exercem a prestação de serviços na SEPROL Computadores e Sistemas Ltda, que em novembro de 1997 tinha quarenta e cinco empregados, em outubro de 1998 tinha apenas dezesseis e desses, seis constam no contrato social da Recorrente como sócios, fls. 23/30. Dos empregados cujos contratos foram rescindidos, treze foram transferidos para a Recorrente, de acordo com o quadro de fls. 31. Também nos registros internos do INSS não há informação de que a Recorrente tenha contratado empregados até 31/12/1997. Examinando o Livro Razão da conta 94-1.1.1.02.001 da Recorrente referente ao ano-calendário de 2002, fls. 32/55, constata-se que os valores se referem tão-somente despesas com pessoal, ao recolhimento de tributos. Confrontando os registros efetuados no Livro Razão e no Livro Caixa verifica-se a cada previsão de desembolsos, a Recorrente emite nota fiscal para SEPROL Computadores e Sistemas Ltda no valor aproximado, de modo que se pode deduzir que as receitas são auferidas de acordo com as despesas incorridas, fls. 102/103. Como se pode observar, o total das despesas com pessoal e os recolhimentos de tributos no ano-calendário de 2002 atingiu aproximadamente R\$778.000,00 e a receita bruta auferida foi no valor aproximado de R\$800.000,00. Situações semelhantes aconteceram também anos-calendário de 1998, 1999, 2000 e 2001. Também o endereço Recorrente destacado no extrato bancário, nas notas fiscais nºs 005293 e 005295 e na rescisão de contrato de trabalho da empregada Jeanine Fernanda Nyznyk consta o endereço da Recorrente como sendo Rua Delamar José da Silva nº 432, bairro Kobrasol, CEP 88.102-100 São José/SC, que aliás é o mesmo da SEPROL Computadores e Sistemas Ltda, fls. 34, 64, 65 e 89. Partindo do pressuposto legal de que a defesa deve comprovar todas as suas alegações na oportunidade própria (art. 15 do Decreto nº 70.235, de 1996), a Recorrente não juntou novas provas aos autos mediante documentos hábeis e idôneos que demonstrem sua afirmativa de que há incorreção no procedimento fiscal. As suas meras alegações desprovidas de comprovação efetiva de sua materialidade mediante a análise de todos os documentos que embasaram a escrituração não são suficientes para ilidir a motivação fiscal do exame da matéria, tendo em vista que as provas produzidas no processo constituem um conjunto probatório robusto de que o procedimento de ofício está correto. Logo, não lhe cabe razão.

A Recorrente defende que não pode prevalecer o efeito retroativo da exclusão.

Novamente a Lei nº 9.317, de 1996, fixa:

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

[...]

V - a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.

[...]

§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)

[...]

Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão,

Cabe esclarecer que a opção pelo Simples é um direito da pessoa jurídica que preenche todos os requisitos legais. No presente caso a Recorrente incorreu em situação excludente e por esta razão estava obrigada a proceder à exclusão mediante comunicação à RFB. Como este procedimento não foi adotado voluntariamente, foi efetuada de forma regular a exclusão de ofício pelo DRF que jurisdiciona a Recorrente, no estrito cumprimento do dever legal (art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990). Além disso, a partir dos efeitos da exclusão, ou seja, 01/01/1998, a requerente fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, inclusive às obrigações tributárias principais e acessórias.

Consta no Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, alterada pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543- B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Assim, têm aplicação os entendimentos do STJ e do STJ em decisões definitivas de mérito proferidas em repercussão geral e em recurso repetitivo, respectivamente.

Em relação à matéria, cabe mencionar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ proferida em recurso especial representativo da controvérsia, cujo trânsito em julgado ocorreu em 16/06/2010 (https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=9771400&sReg=200900296277&sData=20100506&sTipo=5&formato=PDF, acesso em 01/02/2011):

RECURSO ESPECIAL Nº 1.124.507 - MG (2009/0029627-7)

*RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL PROCURADOR :
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : MADEPLACAS LTDA ADVOGADO : HÉLCIO
GERALDO DE OLIVEIRA CORRÊA E OUTRO(S)*

*EMENTA DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO.
RECURSO ESPECIAL.VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 535 e 468
DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. LEI
9.317/96. SIMPLES. EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO.
EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA
DO ART. 15, INCISO II, DA LEI 9.317/96. RECURSO
SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO
CPC.*

1. Controvérsia envolvendo a averiguação acerca da data em que começam a ser produzidos os efeitos do ato de exclusão do contribuinte do regime tributário denominado SIMPLES. Discute-se se o ato de exclusão tem caráter meramente declaratório, de modo que seus efeitos retroagiriam à data da efetiva ocorrência da situação excludente; ou desconstitutivo, com efeitos gerados apenas após a notificação ao contribuinte a respeito da exclusão.

[...]

5. O ato de exclusão de ofício, nas hipóteses previstas pela lei como impeditivas de ingresso ou permanência no sistema SIMPLES, em verdade, substitui obrigação do próprio contribuinte de comunicar ao fisco a superveniência de uma das situações excludentes.

6. Por se tratar de situação excludente, que já era ou deveria ser de conhecimento do contribuinte, é que a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, permitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão.

7. No momento em que opta pela adesão ao sistema de recolhimento de tributos diferenciado pressupõe-se que o contribuinte tenha conhecimento das situações que impedem sua adesão ou permanência nesse regime. Assim, admitir-se que o ato de exclusão em razão da ocorrência de uma das hipóteses que poderia ter sido comunicada ao fisco pelo próprio contribuinte apenas produza efeitos após a notificação da pessoa jurídica seria permitir que ela se beneficie da própria torpeza, mormente porque em nosso ordenamento jurídico não se admite descumprir o comando legal com base em alegação de seu desconhecimento.

8. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

Por conseguinte, o efeito retroativo da exclusão de ofício do Simples não pode ser alterado, uma vez foi aplicada regularmente a legislação de regência.

No que se refere à interpretação da legislação, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais indicados na peça recursal, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos aos quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso (art. 100 do Código Tributário Nacional).

Em relação aos princípios constitucionais que a Recorrente aduz que supostamente foram violados, cabe transcrever o enunciado da Súmula CARF nº 2, que é de adoção obrigatória (art. 72 do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF), e que assim determina:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Logo, este argumento não pode prosperar.

Em face do exposto voto, em preliminar, por afastar as nulidades suscitadas, e, no mérito, por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva