



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11516.002503/2006-20
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-004.937 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de outubro de 2020
Recorrente GIGAWATT SISTEMAS E MATERIAIS ELETROMECHANICOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004

NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não se configura o cerceamento de direito de defesa alegado, pela não apreciação da prova apresentada, quando o colegiado recorrido se manifesta expressamente sobre a matéria impugnada e os elementos juntados aos autos.

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

Ano-calendário: 2004

SIMPLES. EXCLUSÃO RETROATIVA. EFEITOS. LIMITAÇÃO.

Uma vez que o motivo da exclusão do Simples deixe de existir, havendo a exclusão retroativa de ofício, o efeito desta dar-se-á a partir do mês seguinte ao da ocorrência da situação impeditiva, limitado ao último dia do ano-calendário em que a referida situação deixou de existir. Aplicação analógica de disposições da LC. 123/2009 e em atenção aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da segurança jurídica às situações idênticas, que não foram reguladas pela lei do Simples Federal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, por maioria, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator, vencidos os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Ricardo Marozzi Gregório e Flávio Machado Vilhena Dias, que negavam provimento ao recurso. O conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca votou pelas conclusões do relator.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lucia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Fabiana Okchstein Kelbert, Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto em face do Acórdão n.º 07-30.062, proferido pela 4ª Turma da DRJ/Florianópolis/SC, em sessão de 26 de outubro de 2012, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada contra o Ato Declaratório Executivo – ADE que excluiu a empresa do Simples a partir de 01/01/2004, nos termos sintetizados na seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2003

SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO. RECEITA BRUTA SUPERIOR AO LIMITE.

A percepção de receita bruta superior ao limite permitido para a opção pelo Simples Federal é causa de exclusão deste regime, com efeitos a partir do ano-calendário subsequente.

Cientificada do acórdão da DRJ/FNS em 25/03/2013 (AR, fl. 277), a recorrente apresentou recurso voluntário em 22/04/2013 (fls. 279/289), no qual alega, em síntese:

- a) Preliminarmente, a nulidade do acórdão recorrido por cerceamento ao direito de defesa, uma vez que ao contrário do que foi sustentado na decisão, foi apresentada junto com a manifestação de inconformidade a documentação que comprovaria suas alegações de defesa, que não foi analisada pelo colegiado de primeiro grau;
- b) Que a Receita Federal não poderia emitir o Ato Declaratório excluindo a Recorrente do Simples Federal com efeitos retroativos a 01/01/2004, quando já teria efetivado tal ato, com base no art. 13 da Lei n.º 9.317/1996;
- c) Que no ano de 2006, após ser notificada pela Receita Federal do lançamento relativo ao ano-calendário 2003, que fez com que o limite anual de opção pelo Simples fosse ultrapassado, realizou os ajustes na tributação referente ao ano calendário de 2004, recalculando os tributos com base no Lucro Presumido e encaminhando as obrigações acessórias, além de requerer a compensação dos valores pagos dentro do ano-calendário de 2004 como Simples Federal;
- d) Que caso seja ultrapassada a alegação acima, postula a manutenção da empresa no Simples nos anos subsequentes, pois, se realizou a exclusão do ano calendário (2004) e não excedeu ao limite desse ano, é seu direito a manutenção do Simples Federal a partir do ano de 2005, não possuindo qualquer fundamento legal a exigência de tributos sob a forma do lucro presumido e a imposição de entrega de declarações nos anos calendários de 2005, 2006 e 2007;

- e) Que inexistente previsão legal que determine que a exclusão seja para sempre, e que esta deve se manter pelo ano calendário em que o contribuinte não se atenda aos requisitos que possibilitem sua manutenção no regramento da forma de tributação diferenciada;
- f) Que sendo cancelado o Ato Declaratório de exclusão, fica sem efeito a exigência para os anos calendários de 2005, 2006 e 2007, sendo imprescindível que seja reincluída no sistema simplificado a partir do ano subsequente a inocorrência de possível situação impeditiva;
- g) Que não merece acolhida a alegação dos julgadores de primeiro grau no sentido de que o pedido de reinclusão no Simples Federal a partir do ano-calendário de 2005, não poderia ser apreciado, pois não se encontra em litígio;
- h) Que no despacho que acompanhou o Ato Declaratório está descrito que a Recorrente está sendo intimada para recolher PIS, COFINS, IRPJ, CSLL e Contribuições previdenciárias e ainda para apresentar DCTF, DIPJ e GFIP, sendo óbvio que tal situação encontra-se em litígio e deve ser analisada pelo Fisco, pois tal situação é consequência da manutenção ou cancelamento do Ato Declaratório.

Ao final requer o provimento do recurso voluntário para:

- a) acolher a preliminar tendo em vista o nítido cerceamento de defesa, para que os autos retornem à DRJ para análise da documentação já juntada que comprova que a Recorrente em 2006 corrigiu a forma de tributação do ano-calendário de 2004;
- b) alternadamente, acaso não entenda pelo acatamento da preliminar, requer-se a análise dos documentos por essa Colenda Câmara, com a reforma integral do Acórdão n. 07-30-062, no sentido de decretar a nulidade absoluta do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS n. 87 e consequentemente reconhecer o direito de reinclusão da Recorrente como optante do Simples nos anos de 2005, 2006 e parte de 2007;
- c) se acaso não entender pelo cancelamento do Ato Declaratório, requer-se que a exclusão do Simples mantenha seus efeitos somente para o ano-calendário de 2004.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos pressupostos legais e regimentais. Assim, deve ser conhecido.

1. Preliminar de nulidade do acórdão recorrido

A recorrente suscita a preliminar de cerceamento do direito de defesa pelo colegiado recorrido, na medida em que este teria desconsiderado a documentação comprobatória apresentada junto com a sua manifestação de que teria ela própria providenciado sua exclusão do Simples relativamente ao ano-calendário 2004, para rejeitar esta alegação.

Entendo que não ocorreu a violação ao direito de defesa suscitada pela recorrente.

A decisão recorrida assim analisou o argumento da defesa:

Quanto aos fundamentos que ensejaram a exclusão do Simples Federal, a própria contribuinte confirma ter incorrido em situação impeditiva de manutenção neste regime, mostrando-se correta a sua exclusão do Simples Federal.

A contribuinte afirma ter comunicado à Receita Federal do Brasil sua exclusão a partir do ano-calendário 2004, todavia não trouxe aos autos nenhum documento comprovando a alegação.

Os documentos constantes dos autos, pelo contrário, demonstram que a contribuinte durante o ano-calendário 2004 procedeu com o recolhimento de seus tributos federais segundo o regime do Simples, configurando hipótese prevista para exclusão de ofício.

Com efeito, o colegiado recorrido não ignorou a documentação apresentada e se manifestou sobre a mesma.

Primeiro ao constatar que a contribuinte não havia trazido prova da alegação de que teria procedido espontaneamente à sua exclusão do Simples no ano-calendário 2004. De fato, não encontrei tal prova nos autos.

Na sequência o colegiado recorrido afirma que a contribuinte procedeu à apuração dos seus tributos federais pelos Simples em 2004.

Neste ponto, observo que, de fato, a recorrente apresentou cópias de DCTF's do ano-calendário 2004, na qual confessa débitos de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins apurados no regime do lucro presumido, indicando sua quitação mediante compensação com DARF's pagos pelo regime do Simples.

Embora se equivoque o colegiado recorrido quanto a esta última documentação mencionada, entendo que não houve cerceamento ao direito de defesa, mesmo porque, de fato, a

recorrente não comprovou que realizou a alteração cadastral de exclusão do Simples que alega ter efetuado.

Ante ao exposto, rejeito a alegação.

2. Mérito

Consta dos autos a Representação Fiscal – Exclusão do Simples (fls. 3/4) que relata que a contribuinte foi autuada, em agosto de 2006, em face de omissão de receitas apurada pela fiscalização no ano-calendário 2003 que, somada à receita declarada, excedeu ao limite de enquadramento no Simples, na condição de empresa de pequeno porte, infringindo assim o art. 9º, inc. II da Lei nº 9.317/1996, sendo proposta sua exclusão do Simples a partir do ano-calendário 2004.

Embora a mencionada representação tenha sido lavrada em 10/08/2006, o Ato Declaratório Executivo nº 87, que determinou a exclusão de ofício da contribuinte do regime do Simples, somente foi exarado em 10 de junho de 2011 (fl. 147).

No presente caso, o contribuinte comprova que apresentou regularmente suas declarações nas quais apurou e confessou os débitos relativos ao ano-calendário 2004, primeiramente pelo Simples e, posteriormente, pelo lucro presumido, conforme DCTFs apresentadas em 14/09/2006 (fls. 219/265). Com relação aos anos-calendário 2005 a 2007 a recorrente apurou e recolheu seus tributos pelo Simples, conforme declarações simplificadas (fls. 266/268).

A recorrente sustentou inicialmente que já havia providenciado espontaneamente sua exclusão do Simples em 2004 (inclusive promovendo modificação na sua forma de apuração naquele ano para o lucro presumido), o que por si só invalidaria o ADE expedido, mas tal providência não restou caracterizada, conforme assentado na decisão recorrida, tanto que a própria autoridade administrativa veio a praticar o ato de exclusão de ofício, posteriormente, o que não seria necessário se ela já tivesse sido feita espontaneamente.

Com efeito, de acordo com os elementos dos autos, o contribuinte realizou tão somente uma reapuração com base no lucro presumido, com a apresentação de DCTF's confessando os novos valores apurados.

Assim, o ato de ofício da autoridade administrativa seria imprescindível para efeito de caracterizar a exclusão de ofício do regime.

Destarte, não procede a alegação.

A recorrente propugna, ainda, que, caso seja ultrapassada a alegação acima, seja mantida a empresa no Simples nos anos subsequentes, pois, se realizou a exclusão do ano calendário (2004) e não excedeu ao limite desse ano, é seu direito a manutenção do Simples Federal a partir do ano de 2005, não possuindo qualquer fundamento legal a exigência de tributos sob a forma do lucro presumido e a imposição de entrega de declarações nos anos calendários de 2005, 2006 e 2007.

Aduz que inexistente previsão legal que determine que a exclusão seja para sempre, e que esta deve se manter pelo ano calendário em que o contribuinte não se atenda aos requisitos que possibilitem sua manutenção no regramento da forma de tributação diferenciada.

Com efeito, a lei nº 9.317/1996 demarca apenas o início dos efeitos da exclusão do regime, uma vez configurada a hipótese de exclusão de ofício, ou mesmo mediante solicitação.

Não existe vedação para a opção em períodos subsequentes, uma vez superada situação que ensejou a exclusão do regime, exigindo-se tão somente a realização de alteração cadastral pleiteando a (re)inclusão no regime até o último dia do ano-calendário anterior, nos termos do art. 8º, § 2º, *verbis*:

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:

I - especificação dos impostos, dos quais é contribuinte (IPI, ICMS ou ISS);

II - ao porte da pessoa jurídica (microempresa ou empresa de pequeno porte).

§ 1º As pessoas jurídicas já devidamente cadastradas no CGC/MF exercerão sua opção pelo SIMPLES mediante alteração cadastral.

§ 2º A opção exercida de conformidade com este artigo submeterá a pessoa jurídica à sistemática do SIMPLES a partir do primeiro dia do ano-calendário subsequente, sendo definitiva para todo o período.

[...]

O problema é que no caso de exclusões realizadas de ofício pela autoridade administrativa esta se dá, na maioria dos casos, de forma retroativa e acaba atingindo, além do período inicial de exclusão, outros períodos de apuração em que o contribuinte se manteve no regime simplificado, nos quais não incorria em qualquer vedação legal.

Veja-se no presente caso que, por algum descuido ocorrido na unidade preparadora o ADE de exclusão somente foi expedido após ultrapassados quase sete anos do período de apuração em que estaria sujeito à exclusão, em que pese a representação tenha sido feita em agosto de 2006.

Ocorre que, uma vez excluído de ofício a partir de determinado ano-calendário, nos termos da lei o contribuinte, superada a causa da exclusão, deveria realizar alteração cadastral para solicitar sua reinclusão, o que seria, obviamente, inviável neste caso.

Isto gera um descompasso entre a apuração realizada pelo contribuinte, sob a premissa de que era optante pelo Simples e aquela que passaria a estar obrigado em face da exclusão, o que exigiria o refazimento de toda a apuração com observância das normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas, ainda que aquela situação impeditiva não mais subsistisse nos períodos subsequentes.

O fato enseja a apresentação de novas declarações de rendimentos, DCTF, etc e a quitação em atraso dos tributos apurados no novo regime, com incidência de multas e juros de mora, além de penalidades por cumprimento em atraso de obrigações acessórias.

A pretensão do contribuinte é que seja validada sua apuração pelo Simples, nos anos-calendário posteriores ao ano de 2004, posto que a situação impeditiva (extrapolar o limite de receita bruta anual), somente se caracterizou em relação ao ano-calendário 2003, afetando a opção apenas quanto ao calendário 2004.

Penso que a solução pedida pela recorrente, ante ao silêncio da lei, atende aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da segurança jurídica, mormente se considerarmos o tempo decorrido entre o evento motivador da exclusão e a data da emissão do ato declaratório, verificado no presente caso.

Aliás, esta é a fórmula adotada na Lei Complementar nº 123/2005, que instituiu o Simples Nacional e substituiu o Simples Federal, conforme se extrai dos dispositivos abaixo transcritos:

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

I - verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória

[...]

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

I - na hipótese do inciso I do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, ressalvado o disposto no § 4º deste artigo;

II - na hipótese do inciso II do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva;

III - na hipótese do inciso III do caput do art. 30 desta Lei Complementar:

[...]

§ 5º Na hipótese do **inciso II do caput** deste artigo, **uma vez que o motivo da exclusão deixe de existir, havendo a exclusão retroativa de ofício no caso do inciso I do caput do art. 29** desta Lei Complementar, **o efeito desta dar-se-á a partir do mês seguinte ao da ocorrência da situação impeditiva, limitado, porém, ao último dia do ano-calendário em que a referida situação deixou de existir.**

Desta feita, à míngua de disposição específica na Lei nº 9.317/1996, entendo que o tratamento dado pela LC. 123/2009, embora esta regule relações jurídicas de períodos posteriores, se amolda perfeitamente ao caso, sendo passível de aplicação por analogia, associada aos princípios já mencionados (razoabilidade, proporcionalidade e segurança jurídica), nos termos do art. 108 do CTN¹.

¹ Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

Por outro ângulo, entendo que restou comprovada a intenção inequívoca da interessada em manter a adesão ao Simples relativamente ao ano-calendário 2005, nos termos definidos no Ato Declaratório Interpretativo nº 16, de 02/10/2002, que dispõe sobre a retificação de ofício, por parte da autoridade fiscal, da opção pelo Simples, nos casos de erros de fato, *verbis*:

“Artigo único. O Delegado ou o Inspetor da Receita Federal, comprovada a ocorrência de erro de fato, pode retificar de ofício tanto o Termo de Opção (TO) quanto a Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica (FCPJ) para a inclusão no Simples de pessoas jurídicas inscritas no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ), desde que seja possível identificar a intenção inequívoca de o contribuinte aderir ao Simples.

Parágrafo único. São instrumentos hábeis para se comprovar a intenção de aderir ao Simples os pagamentos mensais por intermédio do Documento de Arrecadação do Simples (Darf Simples) e a apresentação da Declaração Anual Simplificada. ”

Em que pese não exista, no caso concreto, um pedido de (re)inclusão no Simples a partir do ano-calendário 2005, mesmo porque a empresa ainda permanecia formalmente no regime, é certo que a mesma preenchia todos os requisitos para usufruir do regime simplificado, nos moldes do parágrafo único do ADI citado acima.

Neste diapasão, deve ser reconhecida a limitação da exclusão da recorrente do Simples ao ano-calendário 2004.

Por todo o exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, por dar provimento parcial ao recurso para limitar os efeitos da exclusão do Simples ao ano-calendário 2004.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;

IV - a equidade.

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.