



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13502.000879/2010-61
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-004.775 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de setembro de 2020
Recorrente SEPROD SERVIÇO DE PROCESSAMENTO DE DADOS
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA. SÚMULA CARF Nº 02.

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

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

EXCLUSÃO. EFEITO RETROATIVO.

No caso em tela, considerando que o contribuinte exercia desde o início atividade vedada às empresas optantes pelo Simples Nacional, a exclusão deve produzir efeitos a partir do ingresso no regime simplificado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Carlos André Soares Nogueira - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Carlos André Soares Nogueira, Luciana Yoshihara Arcangelo

Zanin, Nelso Kichel, Letícia Domingues Costa Braga, Eduardo Morgado Rodrigues e Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente).

Relatório

Trata o presente processo do Ato Declaratório Executivo DRF/CCI nº 0005/2011, por meio do qual a autoridade administrativa excluiu o contribuinte em epígrafe do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) com efeitos a partir de 01/07/2007.

A razão para a exclusão foi o exercício de atividade vedada conforme listagem abaixo:

Situação Excludente: Atividades econômicas constantes do Anexo I da Resolução CGSN nº 6, de 18 de junho de 2007 - Códigos previstos na CNAE impeditivos ao Simples Nacional:

- Código 7490-1-99: Outras atividades profissionais, científicas e técnicas não especificadas anteriormente;
- Código 8550-3-02: Atividades de apoio à educação, exceto caixas escolares.

Irresignado com a decisão administrativa, o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade. Peço licença para reproduzir a parte do relatório da autoridade julgadora de piso que trata das alegações lançadas na manifestação de inconformidade:

DO RECURSO

A interessada, tendo conhecido do ADE/DRF/CCI Nº 0005, de 31 de março de 2011 (fl.18), supradito, em 15/04/2011 (cfr. cópias da COMUNICAÇÃO DRF/CCI/Saort Nº 0198/2011 de fl.21 e do AR de fl.22), e restando, todavia, irresignada com o feito fiscal, protocolizou na DRF/CCI/BA, em 09/05/2011, sua manifestação de inconformidade de fls.23/39, instruída com a documentação de fls.40/116, onde declara que:

DOS FATOS

- Foi constituída em 12/01/2005 tendo como atividade o comércio varejista de máquinas, equipamentos materiais de informática e produtos artesanais; atividade de intermediação, agenciamento de serviços, desenhos artísticos e projetos arquitetônicos; prestação de serviços de processamento de dados a empresas privadas e/ou órgãos públicos e locação de mão de obra;
- Em 01/03/2005 foi redefinido seu objeto social através da primeira alteração de seu Contrato Social passando suas atividades para comércio varejista de máquinas; equipamentos e materiais de informática; processamento de dados; serviços de microfilmagem; filmagem de festas e eventos; pesquisa de mercado e opinião pública; serviços administrativos para terceiros; processos seletivos e concursos públicos; atividade de intermediação e agenciamento de serviços e, atividade de assessoria em gestão empresarial, cópias em anexo;
- Em julho de 2007 pediu sua entrada no Simples Nacional e foi aceito pela SRFB, passando, assim a ser regida pelo mencionado regime tributário e recolhendo todos seus impostos com ênfase nas atividades de comercialização de produtos de informática, organização de eventos e apoio educacional às Prefeituras, notas fiscais em anexo;

- É necessário esclarecer que entrou para o Simples Nacional tendo em vista ampla divulgação do Governo Federal que estimulou as micro e pequenas empresas no sentido de uma maior geração de emprego bem assim renda para o País;
- Desde sua adesão a este regime tributário a Receita Federal não apresentou qualquer impedimento ou inconformismo quanto à sua adesão ao Simples Nacional, embora já tivesse consignado no seu Contrato Social algumas das atividades que agora foram consideradas como impeditivas, no entanto foi surpreendida com o DESPACHO DECISÓRIO DRF/CCI nº 0038 que a excluiu do dito regime, e de forma retroativa a 01/07/2007, por exercer atividades impeditivas.

DO SEU INCONFORMISMO

- O seu maior inconformismo é o de ter sido excluída do Simples Nacional com data e efeito a partir de 1º de julho de 2007, tendo em vista não ter aderido ao dito sistema de má fé;
- A retroatividade é um princípio previsto na Constituição que zela pela segurança jurídica do direito, ou seja, a lei não retroage para atingir fatos passados, salvo no direito penal, assevera, para beneficiar o réu; e assim, seria um caos a punição de todos aqueles que infringiram a lei antes mesmo que ela existisse;
- O ato administrativo consubstanciado na decisão, da qual ora se recorre, desrespeitou os princípios constitucionais garantidores da segurança jurídica, acrescenta ainda, que o tal ato desrespeitou, além do mais, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, trazendo, outrossim, como exemplos, decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema enfocado, no sentido de reforçar sua tese.

DO INCONFORMISMO QUANTO À EXCLUSÃO DO SIMPLES

- Por meio de cópias das notas fiscais, em anexo, faz prova de que executa serviços de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritório e de informática, venda de computadores e periféricos, apoio educacional às Prefeituras Municipais e a prestação de outros serviços que não foram objeto de vedação expressa nas leis do Simples Nacional, assim, Leis Complementares nºs 123/2006 e 127/2007, razão porque não aceita ter sido excluída desta sistemática de tributação;
- É necessário assegurar-lhe o direito de fazer prova de que pode permanecer no Simples Nacional, sendo assim importante que os argumentos trazidos nesta manifestação sejam analisados com imparcialidade.

DA IMPORTÂNCIA DA SUA MANUTENÇÃO NO SIMPLES NACIONAL

- As Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte do Brasil vêm passando por sérios problemas, especialmente financeiros, gerados inicialmente pelo colapso do sistema financeiro americano, que logo contaminou todos os continentes, chegando ao Brasil em forma de "marolinha" e posteriormente assumindo proporções de "tsunami";
- Nossas micros e pequenas empresas, além de passarem pelo sufoco que o mercado já vem lhes dando, ainda tem que sofrer pelas maldades legislativas a elas direcionadas, como por exemplo, sua exclusão do Simples Nacional pela interpretação equivocada do Agente Tributário de que atividade empresarial exercida não se adequa aos fundamentos da lei geral da pequena empresa;
- Prevendo as possíveis dificuldades que às micros e pequenas empresas pudessem passar, a Constituição Federal do Brasil de 1988 estabeleceu princípios que devem ser seguidos pelos legisladores de todos os níveis da federação, especialmente quanto ao

tratamento favorecido, diferenciado e simplificado destinado às microempresas e empresas de pequeno porte, conforme podemos extrair dos artigos 170, inciso IX, e 179, aproveita, pois, o ensejo, e os transcreve, à guisa de robustecer sua explanação; (grifo da interessada)

- Em síntese, assevera, o legislador tem obrigação de proteger as empresas de pequeno porte, pois, é **princípio constitucional conceder tratamento favorecido, diferenciado e simplificado** para elas; (grifo da interessada)

- O ensejo de manifestar o seu inconformismo igualmente lhe deu oportunidade de postular que, além do que foi dito, outro princípio constitucional está sendo violado, o **da hierarquia das leis** para tanto transcreve o art. 59, incisos I a VII, e parágrafo único da C. F. B./1988; (grifo da interessada)

- Menciona, outrossim, que o art. 17, inciso V, da Lei Complementar 123/2006, que como expõe, “institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte” é **inconstitucional**, pois determina que o empresário que se encontrar em débito com o Instituto do Seguro Social (INSS) ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, e cuja exigibilidade não esteja suspensa, não poderá **ingressar ou permanecer** nesta condição favorecida, diferenciada e simplificada que a Constituição Federal reservou às empresas de pequeno porte, acrescenta, ainda, que na mesma senda vão os art.3º, inciso II, alínea “d” e o art. 5º, inciso I, ambos da Resolução CGSN nº15/2007; (grifo da interessada)

- Ora, considerando a complexidade do ambiente econômico que as empresas de pequeno porte estão inseridas, é inconcebível achar que as micros e pequenas empresas não pudessem sofrer de problemas financeiros como quaisquer outras empresas, isso seria utópico, acrescenta, e além da razão, assim, as microempresas e as empresas de pequeno porte, com certeza, sofrem ainda mais as consequências de qualquer crise do que as demais;

- Além da inconstitucionalidade da exclusão do Simples Nacional das micro e pequenas empresas por falta de pagamento de tributos, a LC 123/06 trouxe consigo outro artigo inconstitucional, trata-se do art. 29, incisos IX e X, transcreve, pois, o dispositivo legal invocado, que trata da exclusão do Simples Nacional (Capítulo IV, Seção VIII Da Exclusão do Simples Nacional);

- Assim, em poucas palavras, tal qual exigir que o microempresário ou o empresário de pequeno porte não possa estar inadimplente com seus tributos junto ao INSS, às Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal, é exigir dele sempre uma saúde financeira dentro dos padrões estabelecidos pelo art. 29, incisos IX e X;

- A L.C. nº 123/2006, bem como a sua antecessora, a Lei 9.317/1996, não foram criadas para resolver os problemas de fluxo de caixa das microempresas e das empresas de pequeno porte, mas sim, foram criadas para regulamentar o que estava disposto na Constituição Federal de 1988;

- A exclusão das micro e pequenas empresas da sistemática do Simples Nacional, impondolhe a obrigatoriedade de optar por outra sistemática de tributação, Lucro Presumido ou Real, viola outro princípio constitucional, o da **capacidade contributiva**, pois, estas sistemáticas são muito mais onerosas que o Simples Nacional; (grifo da interessada)

- Caso as micro e pequenas empresas sejam realmente excluídas do Simples Nacional pelos motivos já mencionados, causará um problema social enorme a nível Brasil, pois, como é sabido, as referidas empresas movimentam valores significativos do PIB brasileiro, bem como são grandes empregadoras de mão-de-obra, e só conseguem coexistir com as médias e grandes empresas, tendo um tratamento tributário favorecido, como é o caso do regime tributário, em tela;

- Caso essas empresas deixem de ter o referido benefício, não mais existirão, ou pior, migrarão para a informalidade, pois, não conseguirão competir (ainda de forma desigual) com as médias e grandes empresas, traz, então, à colação, no intuito de reforçar o seu entendimento, trecho de recente jurisprudência firmada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul;
- Então, a nossa exclusão do Simples Nacional, já que nossa atividade econômica é impeditiva ao ingresso ou mesmo permanência neste regime tributário, constitui flagrante injustiça porque uma atividade proibida ao sistema não pode ser determinante para sua exclusão em face de outras atividades por nós exercidas estarem inseridas dentre as 28 atividades incluídas no Super Simples, como os serviços de instalação, manutenção e reparação de máquinas de escritórios e de informática, etc;
- Por todos os motivos alegados supra, é de se frisar, que é inconstitucional excluir as microempresas e empresas de pequeno porte do Simples Nacional pela falta de pagamento de tributos ou pelo exercício de uma atividade impeditiva, como dito, quando outras são permissíveis, constitui uma grande injustiça, pois, não era este o espírito constitucional destinado para esse tipo de empreendimento, mas sim, dar a ele condições de se **desenvolver e crescer**, cumprindo com sua função social; (grifo da interessada)

DOS ANTECEDENTES PRETORIANOS

- Constata-se, desta forma, que o ADE exarado pela DRF é ilegal, ao pretender nos proibir em participar do Simples Nacional na qualidade de pequena empresa, e principalmente ao retroagir a exclusão ilegal a partir de 1º de julho de 2007, violando princípios constitucionais da segurança jurídica, da lealdade e da boa fé.

DO PEDIDO PRINCIPAL

- Ante o exposto espera seja acatada a manifestação de inconformidade ao mesmo tempo em que aguarda seja declarado nulo, de pleno direito, o feito fiscal, na forma da legislação supracitada.

Termos em que

Pede deferimento.

Em primeira instância, a manifestação de inconformidade foi julgada improcedente. O Acórdão nº 12-64.730 da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I – DRJ/RJI recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGUIÇÃO EM ESFERA ADMINISTRATIVA.

Falta competência à autoridade administrativa para se pronunciar a respeito da conformidade de lei, validamente editada pelo Poder Legislativo, com os preceitos da Constituição, que atribui esta função ao Poder Judiciário.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

EXCLUSÃO. ATIVIDADE ECONÔMICA VEDADA.

Mantém-se a exclusão do Simples Nacional, quando a empresa faz constar na sua CNAE, integrante da ficha cadastral de seu CNPJ, qualquer atividade econômica impeditiva a esta modalidade de tributação, ainda que de forma secundária.

EXCLUSÃO. EFEITOS. IRRETROATIVIDADE. ATO DECLARATÓRIO.

O ato de exclusão do Simples possui natureza declaratória, onde atesta que o contribuinte já não preenchia os requisitos de ingresso no regime desde determinada data passada, efeito esse que não guarda nenhuma relação com o princípio da irretroatividade, que se aplica a litígios envolvendo confrontos entre vigência da lei e data dos fatos.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

A razão essencial apontada pela autoridade julgadora *a quo* para a decisão de improcedência foi a manutenção de atividade vedada no cadastro CNPJ, conforme se pode verificar no seguinte excerto:

A interessada alega, em sua manifestação de inconformidade de fls.23/29, preliminarmente, que em 01/03/2005 foi redefinido seu objeto social através da primeira alteração de seu Contrato Social passando suas atividades para comércio varejista de máquinas; equipamentos e materiais de informática; processamento de dados; serviços de microfilmagem; filmagem de festas e eventos; pesquisa de mercado e opinião pública; serviços administrativos para terceiros; processos seletivos e concursos públicos; atividade de intermediação e agenciamento de serviços e, atividade de assessoria em gestão empresarial, e para tanto, anexou cópias aos autos.

No entanto, como se verifica mediante pesquisa, previamente levada a efeito às fls.12/14, e constante do DESPACHO DECISÓRIO DRF/CCI nº 0038, de 31 de março de 2011(fl.15/17), vê-se de forma clara, no **CADASTRO SINCRONIZADO NACIONAL**, que houve, realmente, alteração das atividades Principal e Secundária, para;

Código CNAE Principal, 47.512/ 00, CNAE não encontrado, e CNAE Secundária:

- 1- 62.015/ 00 Desenvolvimento de programas de computador sob encomenda;
- 2- 74.901/ 99 Outras atividades profissionais, científicas técnicas não especificadas anteriormente;
- 3 – 85.503/ 02 Atividades de apoio à educação, exceto caixas escolares.

[...]

É de se acrescentar, ademais, que na alteração contratual registrada na JUCEB em 25/05/2007 (fl 54) constam, também as seguintes atividades como partes do seu objeto social, que são igualmente impeditivas ao Simples Nacional (classificações na CNAE 2.0 – 74901/ 04 e 85503/ 02) :

Atividade de intermediação e agenciamento de serviços ;

e Atividades de assessoria em gestão empresarial .

[...]

Do supradito e demonstrado, resta bem esclarecida e ratificada a questão quanto ao impedimento com o qual a interessada se deparou, para recolher os seus impostos e contribuições por este regime tributário, e estendendo a situação exposta, se tornam,

igualmente improfícuas, sendo, assim, incapazes de socorrê-la, no caso presente, todas as notas fiscais de serviços prestados, por ela juntadas aos autos (fls.99/116)

Inconformado com a decisão primeva, o contribuinte interpôs recurso voluntário. Na peça recursal, a contribuinte insurgiu-se tão somente contra a retroação dos efeitos da exclusão para a data de 01/07/2007, conforme se pode verificar no seguinte trecho:

O descumprimento de uma obrigação acessória pelo sujeito passivo - *de informar ao Fisco que não preenche mais as condições para permanência no Simples* - não pode trazer como consequência o pagamento retroativo de diferenças de tributos, decorrente da alteração da modalidade de tributação, porque o sujeito ativo recebeu os valores e, apesar de ter as informações quanto aos fatos que implicariam a exclusão, permaneceu silente até o ato de exclusão.

In casu, a Recorrente encontra-se em situação de vedação à permanência no Simples desde 01.07.2007, no entanto, continuou efetuando recolhimentos pela sistemática do Simples, sem que a Receita Federal tomasse qualquer providência até março de 2011.

É cediço que o ato declaratório de afastamento do Simples gera efeito desde a ocorrência da situação excludente somente na hipótese de mudança da atividade após o ingresso no regime simplificado, fato este não observado no caso em tela.

Segundo a recorrente, considerando que não houve alteração das atividades que eram exercidas, a exclusão *a posteriori* implicaria mudança do critério jurídico da administração tributária e, desta forma, somente poderia gerar efeitos prospectivos a teor do disposto no artigo 146 do Código Tributário Nacional.

Os efeitos retroativos da exclusão do Simples Nacional feririam a irretroatividade das normas, o direito adquirido, a capacidade contributiva e a vedação ao confisco.

Ao final, o recorrente pugnou pela insubsistência da ação fiscal e pelo cancelamento do débito fiscal reclamado.

Em essência, era o que havia a relatar.

Voto

Conselheiro Carlos André Soares Nogueira, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Conforme visto na relatório acima, trata-se da exclusão do contribuinte do Simples Nacional, desde 01/07/2007, ou seja, desde a instituição do regime simplificado nacional, em razão do exercício de atividades vedadas pela Lei Complementar nº 123/2006.

Na manifestação de inconformidade, o contribuinte chegou a contestar o exercício de atividade vedada. Para dar suporte às suas alegações chegou a juntar algumas poucas notas fiscais (não sequenciais, emitidas sem respeito à ordem cronológica).

Contudo, no recurso voluntário, o contribuinte aquiesceu expressamente com o exercício de atividade vedada que lhe havia sido imputado pela RFB. Cito novamente suas palavras:

*In casu, **a Recorrente encontra-se em situação de vedação à permanência no Simples desde 01.07.2007***, no entanto, continuou efetuando recolhimentos pela sistemática do Simples, sem que a Receita Federal tomasse qualquer providência até março de 2011. (grifei)

Como consequência, a única matéria posta para exame no presente julgamento de segunda instância é a irresignação do contribuinte com a aplicação retroativa dos efeitos da exclusão de ofício.

Inicialmente, diante das alegações de cunho principiológico esgrimidas na peça recursal, impende salientar que as autoridades fiscais, bem como as autoridades julgadoras administrativas, não podem deixar de aplicar a norma legal em razão de considerações atinentes a inconstitucionalidade da lei tributária. É o que preconiza a Súmula CARF nº 02:

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

E, no mérito, tenho que a tese da contribuinte não deve prosperar.

De fato, segundo disposto nos artigos 5º e 6º da Resolução CGSN nº 15/2007, a exclusão de contribuinte que exerça atividade vedada quando do ingresso no Simples Nacional deve produzir efeitos desde o momento da opção por este regime tributário simplificado:

Art. 5º A exclusão de ofício da ME ou da EPP optante pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

[...]

XI - for constatado, quando do ingresso no Regime do Simples Nacional, que a ME ou a EPP incorria em alguma das hipóteses de vedação previstas no art. 12 da Resolução CGSN nº 4, de 2007.

[...]

Art. 6º A exclusão das ME e das EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

[...]

VII - a partir da data dos efeitos da opção pelo Simples Nacional, nas hipóteses previstas nos incisos XI e XII do art. 5º.

Portanto, de acordo com a legislação de regência, a exclusão deveria produzir efeitos desde o ingresso no Simples Nacional, ou seja, no caso, desde 01/07/2007.

Em relação aos efeitos retroativos do Ato Declaratório Executivo, não é demais ressaltar que a apuração tributária simplificada que caracteriza o Simples Nacional insere-se no

contexto da sistemática do lançamento por homologação de que cuida o artigo 150 do Código Tributário Nacional:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

De acordo com a sistemática do lançamento por homologação, deve o sujeito passivo fazer a opção pelo Simples Nacional, apurar os débitos devidos de acordo com o regime escolhido e antecipar os pagamentos sem prévio exame da administração tributária. Tais atos ficam sujeitos à revisão por parte da fiscalização pelo prazo decadencial.

Neste diapasão, a norma que trata da exclusão de ofício – no caso de exercício de atividade vedada desde o início – determina que a exclusão produza efeitos a partir do momento do ingresso no Simples Nacional, conforme citado acima.

Assim, no mérito, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carlos André Soares Nogueira