



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

Processo nº 13657.000123/2005-91
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº **1802-00.893 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 24 de maio de 2011
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Recorrente INDÚSTRIA DE BEBIDAS SUL MINEIRA LTDA
Recorrida FAZENDA PÚBLICA

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

Data do fato gerador: 31/12/2000

SIMPLES. VEDAÇÃO DE OPÇÃO. PERDA DE CONDIÇÃO.

A partir de 01/01/2001 as empresas que exercem atividade de industrialização de bebidas, classificadas no Capítulo 22 da TIPI, estão proibidas de fazer opção pelo SIMPLES, e aquelas empresas que estavam enquadradas nesse regime de tributação até então perderam, automaticamente, tal condição, nessa data.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. ATO DECLARATÓRIO.

O ato declaratório de exclusão do Simples não tem caráter constitutivo de direito, mas sim natureza declaratória de situação jurídica previamente constituída; reporta-se à data de ocorrência da infração ou do implemento da condição, a partir da qual o contribuinte, de pleno direito, deixou de preencher as condições para figurar no regime simplificado de tributação, ficando sujeito às normas de apuração dos tributos aplicáveis às demais pessoas jurídicas. Como decorrência natural, o ato declaratório não tem efeito suspensivo e nem viola o princípio da irretroatividade, uma vez que é meramente declaratório, portador de informação, de situação jurídica já consumada.

SIMPLES. LEGISLAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 02).

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa (Presidente), André Almeida Blanco, José de Oliveira Ferraz, Nelso Kichel, Marcelo Assis Guerra e Marco Antônio Castilho.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário de fls. 41/68 interposto contra decisão da 2ª Turma da DRJ/Juiz de Fora (fls. 32/37) que indeferiu a solicitação de revisão da exclusão do SIMPLES por exercício de atividade econômica, cuja opção, pelo regime simplificado de apuração de tributos, seria vedada.

A decisão recorrida tem a seguinte ementa (fl. 32):

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

Data do fato gerador: 02/08/2000

EXCLUSÃO. SIMPLES.

O exercício de atividade impeditiva implica na exclusão do Simples.

Solicitação Indeferida

Quanto aos fatos, transcrevo o relatório da decisão recorrida que os resume com propriedade (fls. 32/33), *in verbis*:

Trata-se de impugnação apresentada pela contribuinte acima identificada, em razão da sua exclusão do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições - SIMPLES, efetuada através do ato declaratório de fl. 20, motivada pela seguinte situação excludente: Pessoa Jurídica industrializa bebida classificada no capítulo 22 da TIPI.

A autoridade preparadora, ao apreciar a SRS de fl. 26, manteve a exclusão.

A contribuinte apresentou impugnação, alegando, às fls. 01/18, em resumo:

- *É empresa de pequeno porte que industrializa refrigerantes;*
- *O regime tributário simplificado foi criado para atender disposição contida no artigo 179 da CF;*
- *Inconstitucionalidade da exclusão procedida. Disserta sobre o tema e menciona decisões judiciais nesse sentido;*
- *Irretroatividade dos efeitos da exclusão;*
- *O ato declaratório não define com clareza a razão exata do procedimento fiscal e o prazo concedido para recurso é exíguo;*
- *Quando optou pelo Simples, sujeitou-se a aprovação do órgão e sua exclusão deveria ocorrer a partir do mês subsequente ao ato declaratório. Discute nota divulgada pela Assessoria de Imprensa da RFB, de 24 de setembro de 2003;*
- *Não se pode esquecer o princípio legalidade, retroatividade, isonomia e capacidade contributiva.*

Irresignada com a decisão *a quo*, da qual tomou ciência em 17/10/2008 (fl. 40), a recorrente apresentou Recurso Voluntário em 06/11/2008 (fls.41/69), cujas razões – em síntese – são as seguintes:

1) – Quanto aos fatos:

- que o ato declaratório executivo de exclusão do Simples, de 02/08/2004, foi expedido com efeito jurídico retroativo a partir de 01/01/2001, por fabricação de refrigerante, bebida classificada no Capítulo 22 da TIPI (fl. 20);
- que a notificação de exclusão retroativa lhe causou o maior espanto;
- que a impugnação foi indeferida pela decisão recorrida;
- que é uma empresa de pequeno porte;
- que industrializa bebidas, especificamente refrigerante guaraná;

2) – Quanto ao direito:

- A Constituição Federal confere tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte;
- que aufera receita bruta anual muito abaixo do limite máximo permitido para figurar no SIMPLES;
- que faz jus, por conseguinte, à opção pelo SIMPLES (Lei nº 9.317/96, art. 2º, II);
- que a legislação do SIMPLES elegeu um critério objetivo para empresa de pequeno porte de que trata o art.179 da CF: “x” de receita bruta anual;

- que a legislação estabeleceu exceções para opção ou fruição do regime de tributação simplificado;

- Desenquadramento do SIMPLES por exercício de atividade vedada: Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006:

a) que no seu art. 17, X, consta vedação de opção pelo SIMPLES para empresas que produzem ou vendem no atacado bebidas alcoólicas;

b) que a recorrente industrializa e comercializa refrigerantes, com incentivo fiscal (redução de 50% nas alíquotas);

c) que, por conseguinte, a recorrente não se enquadra em situação de exclusão;

d) que o ADE incorreu em erro de fato ao excluir a recorrente do SIMPLES, pois não há possibilidade de interpretação que autorize tal procedimento.

- Inconstitucionalidade:

a) que o art. 150 da CF veda o tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente;

b) que a maioria das vedações de opção da Lei nº 9.317/96 é inconstitucional, pois fere o princípio da isonomia.

- Da Irretroatividade:

a) que, no caso, o fisco aprovou, num primeiro momento, a opção pelo Simples e, algum tempo depois, fez a exclusão do Simples até a data da opção;

b) que houve mudança de interpretação, quando da expedição do ADE;

c) que o parágrafo único do art. 100 c/c o art. 146, ambos do CTN, determinam que a simples mudança de critério jurídico só vale para o futuro.

Por fim, a recorrente, com base nessas razões, pediu:

- que seja rechaçada a exclusão retroativa;

- que seja feita a reinclusão no SIMPLES, a partir de 2001;

- que, se não for esse entendimento, que a empresa seja reintegrada no SIMPLES a partir da apresentação do recurso, em face da inexistência de situação excludente, pois a recorrente não fabrica, nem comercializa, bebidas alcoólicas.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator

O recurso é tempestivo e preenche as demais condições de admissibilidade. Portanto, dele conheço.

A lide versa acerca do ato declaratório executivo de exclusão do SIMPLES de 02/08/2004, com efeito jurídico a partir de 01/01/2001.

A recorrente, de forma veemente, rebela-se contra tal ato administrativo de exclusão do SIMPLES, alegando que não havia razão fática e jurídica para sua expedição e que, também, não poderia ter sido expedido com efeito jurídico retroativo.

Inexistindo preliminar a ser enfrentada, passo a analisar o mérito da lide.

De plano, as razões aduzidas pela recorrente não se sustentam.

Nas razões de seu recurso, a própria recorrente reconheceu que fabrica refrigerante, mormente guaraná, bebida classificada no Capítulo 22 da TIPI.

A contribuinte fez opção pelo regime de apuração de tributos no SIMPLES em 01/01/1997.

Entretanto, em 23 de agosto de 2001 foi publicada a Medida Provisória nº 2.189-49 que acrescentou o inciso XIX ao art. 9º da Lei nº 9.317/96, proibindo a opção e permanência no SIMPLES a partir de 01/01/2001 de empresas que fabricam ou industrializam bebidas.

Destarte, trata-se de matéria meramente de direito.

A propósito, transcrevo o art. 14 da MP nº 2.189-49, de 2001, que inseriu o inciso XIX no art. 9º da Lei nº 9.317/96, *in verbis*:

"Art. 9º.....

.....
XIX - que exerça a atividade de industrialização, por conta própria ou por encomenda, dos produtos classificados nos Capítulos 22 e 24 da Tabela de Incidência do IPI - TIPI, sujeitos ao regime de tributação de que trata a Lei nº 7.798, de 10 de julho de 1989, mantidas, até 31 de dezembro de 2000, as opções já exercidas." (NR)

Desse modo, desde 01/01/2001 as empresas que exercem atividade de industrialização de bebidas (alcoólicas ou não alcoólicas), desde que classificadas nos Capítulos 22 e 24 da TIPI, estão proibidas de fazer opção pelo Simples, e aquelas empresas que

estavam enquadradas nesse regime de tributação até então perderam, de pleno direito, tal condição, nessa data.

Porém, a recorrente não deixou o regime de tributação do SIMPLES espontaneamente, pelo só efeito da lei; persistiu, ilegalmente, no regime de tributação simplificado, ainda por vários anos, conforme declarações apresentadas ao fisco.

Em face disso, em 02/08/2004, RFB expediu o Ato Declaratório Executivo de exclusão do SIMPLES, com efeitos jurídicos a partir de 01/01/2001, para cumprimento do estatuído pela citada Medida Provisória.

O ato declaratório de exclusão do Simples não tem caráter constitutivo de direito, mas sim natureza declaratória de situação jurídica previamente constituída; reporta-se à data de ocorrência da infração ou do implemento da condição, a partir da qual o contribuinte deixou, de pleno direito, de preencher as condições para figurar no regime simplificado de tributação, ficando sujeito às normas de apuração dos tributos aplicáveis às demais pessoas jurídicas. Como decorrência natural, o ato declaratório não tem efeito suspensivo e nem viola o princípio da irretroatividade, uma vez que é meramente declaratório, portador de informação, de situação jurídica já consumada.

Reiterando: o ato declaratório de exclusão do Simples não tem efeito constitutivo, nem condenatório, apenas declaratório do momento em que a recorrente perdeu, por expressa disposição legal, a condição para figurar no Simples, ficando sujeita a apuração dos tributos pelos regimes de tributação aplicáveis aos demais contribuintes (lucro real, presumido ou arbitrado).

Em 2006, a Lei Complementar nº 123, que instituiu o Estatuto da Microempresa da Empresa de Pequeno Porte, manteve a vedação de opção pelo SIMPLES aos fabricantes de bebidas no seu art. 17, inciso X, nos seguintes termos:

Art.17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

X-que exerça atividade de produção ou venda no atacado de:

a) cigarros, cigarrilhas, charutos, filtros para cigarros, armas de fogo, munições e pólvoras, explosivos e detonantes;

b) bebidas a seguir descritas:

1-alcoólicas;

2-refrigerantes, inclusive águas saborizadas gaseificadas;

3-preparações compostas, não alcoólicas (extratos concentrados ou sabores concentrados), para elaboração de bebida refrigerante, com capacidade de diluição de até 10 (dez) partes da bebida para cada parte do concentrado;

4-cervejas sem álcool;

(Grifo meu)

Portanto, conforme demonstrado, todas as razões expendidas pela recorrente, contra a expedição do ato declaratório, não têm sustentação fática e nem jurídica.

A recorrente, ainda, alegou que as vedações de opção estatatuídas na legislação do SIMPLES estariam ferindo o princípio da isonomia entre os contribuintes.

Pelo contrário, se parte das empresas que industrializam bebidas (alcoólicas e não alcoólicas classificadas nos Capítulos 22 e 24 da TIPI) pudesse figurar no SIMPLES e outra parte não, aí sim haveria quebra do princípio da isonomia, para contribuintes do mesmo ramo ou do mesmo setor de atividade econômica. Trata-se de setor cuja produção e preços são acompanhados pelo Ministério da Fazenda e pela Receita Federal do Brasil. Por isso, todas as empresas que industrializam as bebidas classificadas nos Capítulos 22 e 24 da TIPI estão vedadas de opção pelo regime de apuração de tributos – SIMPLES justamente para evitar a quebra do princípio da isonomia neste setor econômico.

Como é cediço, no nosso ordenamento jurídico, não compete aos órgãos de julgamento administrativo conhecer, no mérito, de arguição de inconstitucionalidade de legislação em vigor, matéria reservada ao Poder Judiciário.

Neste Egrégio Conselho, a matéria, inclusive, já está sumulada, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2:

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

Por tudo que foi exposto, voto para NEGAR provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel