



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

Processo nº 13855.721574/2011-77
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1201-002.161 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de maio de 2018
Matéria Simples Federal
Recorrente ESPERANÇA ARTIGOS PARA ESCRITÓRIO LTDA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007

ACÓRDÃO DRJ. AUTORIDADE COMPETENTE. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos dos artigos 10 e 59, ambos do Decreto nº 70.235/72. *In casu*, o acórdão foi proferido por autoridade competente.

EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS.

A Representação para Fins de Exclusão do Simples Nacional e o Ato Declaratório foram devidamente fundamentados nos termos dos artigos 9º, inciso II e 14º, inciso I, da Lei nº 9.317/96. Não há que se falar em nulidade dos atos administrativos.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

As normas que regulamentam a emissão de Mandado de Procedimento Fiscal dizem respeito ao controle interno das atividades da Secretaria da Receita Federal, portanto, eventuais vícios na sua emissão e execução não afetam a validade do lançamento, desde que não tragam prejuízo às defesas dos contribuintes.

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

Ano-calendário: 2006, 2007

SIMPLES. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. EFEITOS.

A pessoa jurídica excluída do Simples Federal sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Para se determinar o início dos efeitos da exclusão, nos termos do artigo 15, inciso II, da Lei nº 9.317/96, devemos considerar a situação excludente prevista no artigo 9º, inciso XIII, do mesmo diploma legal.

ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE. LEGISLAÇÃO VIGENTE. IMPOSSIBILIDADE.

Não pode a autoridade lançadora e julgadora administrativa, invocando o princípio do não-confisco, afastar a aplicação da lei tributária. Isso ocorrendo, significaria declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da lei tributária que funcionou como base legal do lançamento (imposto e multa de ofício). Aplicável o teor da Súmula CARF nº 2: “*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*”.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da relatora.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Gisele Barra Bossa - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eva Maria Los, Gisele Barra Bossa, José Carlos de Assis Guimarães, Leonam Rocha de Medeiros (suplente convocado em substituição à ausência do conselheiro Luis Fabiano Alves Penteadado), Breno do Carmo Moreira Vieira (suplente convocado em substituição à ausência do conselheiro Rafael Gasparello Lima), Eduardo Morgado Rodrigues (suplente convocado em substituição à ausência do conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli), Paulo Cezar Fernandes de Aguiar e Ester Marques Lins de Sousa (Presidente). Ausentes, justificadamente, os conselheiros Luis Fabiano Alves Penteadado, Rafael Gasparello Lima e Luis Henrique Marotti Toselli.

Relatório

1. Por economia processual e por bem descrever os fatos, adoto como parte deste, o relatório constante da decisão de primeira instância:

“Trata-se de Representação Fiscal para Exclusão do Simples elaborada com amparo nos artigos 9º, XIII, 12, 13, II, “a” e 14, I da Lei 9.317/96, e nos seguintes fatos:

- Consta do contrato social e alterações da empresa como objeto social o “COMÉRCIO VAREJISTA DE ARTIGOS PARA

ESCRITÓRIO EM GERAL, OBJETOS ESCOLARES E PAPELARIA.”

- No entanto, de fato, constatou-se que a atividade da empresa corresponde à de escritório de contabilidade. Tal conclusão baseou-se: (a) em declaração fornecida pelo sócio da empresa de que não possuía atividade mercantil, atuando como escritório de contabilidade; (b) recibos de pagamentos aos empregados e Fichas de Registro de Empregados (FRE) que demonstram o exercício de funções exclusivamente de prestação de serviços para escritório de contabilidade (contador, encarregado de departamento pessoal, auxiliar de departamento fiscal, etc.); (c) o Livro de Registro de Entradas (LRE) demonstra que a empresa não praticou atividade comercial, não havendo movimento registrado nesse livro; (d) constatação mediante análise dos bancos de dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) que não existe receita oriunda da atividade comercial para o período fiscalizado.

A representante legal da empresa foi pessoalmente cientificada em 16/09/2011 para apresentar suas razões contra a Representação Fiscal, tendo se mantido inerte.

Com base nas informações constantes da Representação Fiscal, a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Franca emitiu o Ato Declaratório Executivo 25, de 27/07/2011, excluindo a empresa do Simples no período de 01/01/2006 a 30/07/2007.

Regularmente cientificada, a empresa apresentou Manifestação de Inconformidade em relação ao ato declaratório em questão. A manifestação de inconformidade também foi interposta pela Sra. Vanessa Marília Vieira, sócia da empresa. Foi alegando, em síntese, que:

- Inicialmente, requer a suspensão de qualquer medida judicial e todos os atos posteriores ao presente auto até o julgamento definitivo do processo administrativo, com fundamento no artigo 151, III do Código Tributário Nacional (CTN).

- A suposta conduta da interessada é descrita pela fiscalização de forma indeterminada e imprecisa. Não foram especificados os atos que vicejaram a aplicação das penalidades administrativas, não se demonstrando qual a participação ou envolvimento da empresa com os supostos fatos. Não houve indicação da norma ou lei infringida e da penalidade aplicável. Assim, verificasse ofensa à ampla defesa e contraditório. Discorre longa e repetidamente acerca de tais argumentos.

- A interessada, sem qualquer ato que caracterizasse sua permissão, foi excluída do Simples com fundamento no artigo 9º, XIII da Lei 9.317/96. Tudo foi realizado sem respeito aos direitos da interessada e sem a ciência da empresa, a qual somente depois da notificação dos AI é que tomou conhecimento do ato declaratório, não tendo sido informados os motivos que poderiam justificar esta conduta tomada de forma abrupta.

- *Discorre a respeito do Simples Nacional, invocando a Lei Complementar 123/2006. Ressaltando sua condição de microempresa, alega a inconstitucionalidade dos impedimentos à opção previstos nessa lei. Cita o artigo 179 da Constituição Federal e discorre a respeito da importância do tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, mencionando que a pequena empresa não precisa se organizar como um empreendimento de vulto, tendo apresentado à fiscalização em tempo hábil, todos os documentos que possuía, não podendo ser descredenciada do Simples pela mera suposta falta de documentos.*

- *A fiscalização não apurou qualquer fato contábil não contabilizado, assim, a interessada está sendo punida não por não contabilizar determinado fato (o que seria correto), mas por efetuar de forma incorreta os lançamentos e não localizar algum documento para apresentar à fiscalização. Ressalta que “NINGUÉM LANÇA VALORES CONTÁBEIS SEM ORIGEM, NINGUÉM DESEJA PAGAR MAIS DO QUE DEVE”. No máximo poderia ser aplicada a multa correspondente pela não apresentação do documento.*

- *A exclusão promovida pelo ato declaratório não pode retroceder, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica. Uma vez sendo pago o valor constante do lançamento e o mesmo sendo convalidado, incide a regra da imutabilidade do lançamento, que não pode ser alterado por mudança do critério interpretativo.*

- *Aduz que houve ofensa ao disposto no artigo 150, III, “a” da CF (princípio da irretroatividade da lei tributária) e menciona, ainda, o disposto no artigo 15, II da Lei 9.317/96, afirmando que o mês no qual ocorreu a situação excludente é aquele em que o contribuinte foi notificado de sua exclusão, não cabendo ao contribuinte ser penalizado pela omissão da RFB, a quem compete fiscalizar as opções no Simples. Ademais, o contribuinte é parte hipossuficiente na relação com o fisco e afasta-se, desde o início, qualquer tentativa de utilização de má-fé por parte do contribuinte, eis que esta tem que ser provada.*

- *Invoca a ocorrência da decadência, mencionando o que dispõe o artigo 173 do CTN.*

- *Não havia vedação para que a empresa pudesse optar pelo Simples e a Lei Complementar 128 estendeu esta possibilidade ao contador (alegação a título meramente argumentativo já que a empresa nunca exerceu ou realizou função de contador). Tendo sido revogada a Lei 9.317/96, não pode ser mantida medida sancionatória fiscal com amparo em lei que não se encontra mais em vigência.*

- *A empresa não possui débito e seus empregados estão todos registrados, com seus direitos assegurados, não existindo qualquer irregularidade.*

- *Requer por economia processual, a aplicação do disposto no artigo 9º, § 1º. do Decreto 70.235/72, bem como, os demais documentos do AI e do processo administrativo como parte integrante desta defesa.*

- *A empresa jamais agiu de forma inidônea, sendo sua atividade – digitação e ou processamento de dados – totalmente abrigada pelo Simples. Também, jamais deixou de cumprir com suas obrigações sociais.*

- *Questiona (a) onde se encontra a prova cabal do ato irregular da empresa? (b) quando foram ouvidos seus representantes? (c) quando foi dada ciência aos mesmos dos atos relativos às oitavas unilaterais de “testemunhas” pelo fisco? (d) quando foi apurada a utilização irregular da pessoa jurídica? (e) qual dispositivo legal permite a cobrança retroativa do Simples se a vigência da LC 123/2006 é a partir de 07/2007 e (f) onde estão as provas de intimação da impugnante de todos os atos procedimentais.*

- *Impugna os documentos apreendidos e constantes da relação anexada ao Termo de Verificação Fiscal, pugna pelo acolhimento de suas razões e pela produção de todas as provas e diligências que se fizerem necessárias.”*

2. Em sessão de 21 de dezembro de 2011, a 9ª Turma da DRJ/RBP, por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade, nos termos do voto relator, Acórdão nº 14-36.213 (fls. 158/167), cuja ementa recebeu o seguinte descritivo, *verbis*:

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

Ano-calendário: 2006, 2007

MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. SUSPENSÃO DA EXCLUSÃO DO SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE.

A manifestação de inconformidade não tem o condão de suspender o ato de exclusão do Simples.

PRODUÇÃO DE PROVAS. NECESSIDADE.

A produção de provas desenvolver-se-á de acordo com a necessidade à formação da convicção da autoridade julgadora, a quem cabe indeferi-las quando se mostrarem desnecessárias.

EXCLUSÃO. EFEITOS.

Constatado pela autoridade fiscal que a empresa informou o exercício de atividade que permitia a opção pelo simples mas, de fato, exercia atividade vedada à opção, deverá ser feita sua exclusão do regime tributário simplificado a partir da ocorrência da situação excludente, entendendo-se como tal o exercício da atividade vedada.

*INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. ARGÜIÇÃO.
AFASTAMENTO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE. INSTÂNCIA
ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA.*

A instância administrativa é incompetente para afastar a aplicação da legislação vigente em decorrência da arguição de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio.”

3. A DRJ/RPO não acatou os argumentos da Recorrente, em síntese, sob os seguintes fundamentos: (i) a contribuinte não logrou êxito em comprovar que ao tempo da fiscalização exercia atividade não vedada pela Lei nº 9.317/96; (ii) a autoridade fiscal fundamentou devidamente o ato de exclusão do Simples com documentos comprobatórios e nos termos da lei vigente à época dos fatos fiscalizados; (iii) diferentemente do alegado pela contribuinte, a Lei do Simples Federal prevê que os efeitos da exclusão terão início a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente e não da intimação da contribuinte da exclusão; e (iv) não é de competência do julgador administrativo declarar inconstitucionalidade de norma, devendo aplicar o disposto da lei vigente.

4. Cientificada da decisão (AR de 19/03/2012, de fls. 170), a Recorrente interpôs Recurso Voluntário (fls. 174/226) em 10/04/2012, reiterando parcialmente as razões já expostas em sua Manifestação de Inconformidade contra o Ato de Exclusão do Simples Federal (fls. 117/149), para reafirmar que (i) a suposta conduta irregular da empresa foi descrita de forma imprecisa; (ii) o ato de exclusão é nulo e inconstitucional; e (iii) o efeito retroativo da exclusão do Simples é ilegal.

5. Em especial, requerer a declaração de nulidade: (i) do acórdão da DRJ/RPO de fls. 158/167 em razão da inobservância de requisito formal de subscrição por autoridade competente e por não enfrentar alegações da Recorrente; (ii) do Ato de Exclusão do Simples Federal de fl. 14; (iii) do procedimento fiscal; e (iv) do processo administrativo fiscal.

É o relatório.

Voto

Conselheira Gisele Barra Bossa, Relatora

6. O recurso é tempestivo e cumpre os demais requisitos legais de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento e passo a apreciar.

Questões Preliminares

I. Da Validade do acórdão proferido pela DRJ/RPO

7. Inicialmente, é relevante pontuar que o presente processo tem como objeto a exclusão da Recorrente do Simples Federal e não eventuais inconsistências nos autos de infração lavrados em virtude da exclusão.

8. Em que pese a Recorrente alegue ser nula a r. decisão de piso (fls. 158/167) por não ter apreciado integralmente seus argumentos de defesa, verifico que o referido acórdão enfrentou as alegações preliminares e de mérito constantes do presente processo administrativo fiscal, com observância dos ditames legais e processuais inerentes. Nesse sentido, não vislumbro quaisquer vícios formais e materiais no Ato de Exclusão, tampouco óbices ao pleno exercício do direito de defesa pela contribuinte.

9. No mais, a Recorrente alega ser a autoridade fiscal que subscreveu o acórdão incompetente para prolatar decisões de primeira instância por não ser Delegada da Secretaria da Receita Federal, o que leva a nulidade do acórdão.

10. Contudo, a Recorrente se limitou a apontar falta do requisito formal e não apresentou quaisquer provas que fundamentem a alegação de incompetência.

11. Vejam que, a decisão de piso foi proferida pela 9ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto (SP) e, portanto, em conformidade com teor do artigo 25, do Decreto nº 70.235/72, que determina a competência da Delegacias da Receita Federal de Julgamento para julgar os processos administrativos fiscais em primeira instância, *verbis*:

Art. 25. O julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal compete:

I - em primeira instância, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento, órgãos de deliberação interna e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal;

12. Logo, o acórdão foi proferido por autoridade competente.

13. Não é demais lembrar que, somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos dos artigos 10 e 59, ambos do Decreto nº 70.235/72:

“Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.”

“ 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.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

14. No presente caso, não verifico qualquer nulidade formal ou material ocasionada pela inobservância do disposto nos artigos 10 e 59, tampouco dos requisitos constantes do artigo 5º, incisos V e XXXIII, da Constituição Federal e artigo 142 do Código Tributário Nacional.

15. Portanto, afasto a caracterização de nulidade alegada pela Recorrente.

II. Da Validade do Ato de Exclusão do Simples Federal

16. A Recorrente afirma ser nulo o ato administrativo de exclusão do Simples Federal porque a autoridade fiscal teria deixado de motivar sua decisão.

17. No entanto, a autoridade fiscal concluiu, a partir das circunstâncias fáticas, que a empresa, ora Recorrente, exercia atividade não permitida pela legislação do Simples e fundamentou o Ato de Exclusão nos artigos 9º, 12º, 13 e 14º da Lei nº 9.317/96.

18. Nesse mesmo sentido, foi a r. decisão de piso, *verbis*:

“Dos Fundamentos do Ato Declaratório Executivo de Exclusão:

(...)

Embora a interessada tenha afirmado genericamente que não exercia a atividade de escritório de contabilidade, inclusive asseverando que atuava com digitação e ou processamento de dados (atividade que também divergem do objetivo social), não enfrentou os motivos que levaram a autoridade fiscal a esta conclusão. Assim, nada argumentou a respeito da declaração própria de que apenas atuava como escritório de contabilidade e não forneceu qualquer justificativa para fatos apurados pela autoridade lançadora, tais como: empregados registrados com funções típicas de um escritório de contabilidade, LRE e outras informações comprobatórias de que a empresa não exerceu atividade comercial.

Todos estes fatos constam da Representação Fiscal lavrada, da qual foi dada a devida ciência à interessada em 16/09/2011, conforme consta nos autos. Sendo assim, restam claros os

fundamentos de fato e de direito que ensejaram a exclusão da empresa do Simples, não havendo que se falar em cerceamento ao seu direito de defesa ou ao contraditório.

Com tais esclarecimentos, responde-se aos questionamentos da interessada referentes à prova do ato irregular da empresa, da ciência dos atos praticados, não se verificando qualquer vício de natureza formal ou material no procedimento realizado”.

19. De fato, a alegação de nulidade por ausência de fundamentação/motivação não se sustenta, pois examinando a Representação Fiscal para Exclusão do Simples (fls. 8/12) é possível verificar que a autoridade fiscalizadora analisou cuidadosamente os documentos entregues pela Recorrente e outros que compõe o processo de nº 13855.002341/2010-92 para, somente após, concluir que a contribuinte exercia atividade cuja opção pelo Simples Federal é vedada.

20. O Ato Declaratório Executivo foi devidamente fundamentado no artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96. Confira-se:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;

21. Diante do exposto, não acolho o pedido da Recorrente de nulidade do Ato Declaratório Executivo SIMPLES Nacional nº 25, de Julho de 2011. Também aqui, não verifico qualquer causa de nulidade pela inobservância do disposto nos artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72.

III. Da Validade do Procedimento e do Processo Administrativo Fiscal

22. Por fim, a Recorrente afirma que não foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa ao longo do procedimento e do processo administrativo fiscal.

23. Entretanto, conforme já consignado, a autoridade fiscal analisou cuidadosamente documentação entregue pela contribuinte. De outra parte, a Recorrente, mesmo tendo sido regularmente intimada, foi incapaz de trazer, em seus instrumentos de defesa, elementos capazes de comprovar suas alegações.

24. Dentre as matérias supostamente não enfrentadas pela decisão de piso, a Recorrente afirma que não há nos autos prova da “necessária prorrogação da MPP”, visto que a averiguação e investigação teriam extrapolado o prazo de 120 dias.

25. O Mandado de Procedimento Fiscal nº 0812300.2011.00396 foi lavrado no dia 27/05/2011 (fl. 2), a Recorrente foi intimada por meio do Termo de Início de Procedimento Fiscal em 01/06/2011 e novamente em 12/07/2011 do Termo de Intimação Fiscal nº 01/2011 (fls. 6/7) e então, em 27/07/2011 foi lavrada a Representação Fiscal para exclusão (fls. 8/12). Verifica-se que o prazo de 120 dias não foi excedido, logo não há que se falar em vício do procedimento fiscal.

26. Ademais, as normas que regulamentam a emissão de Mandado de Procedimento Fiscal - MPF dizem respeito ao controle interno das atividades da Secretaria da Receita Federal, portanto, eventuais vícios na sua emissão e execução não afetam a validade do lançamento, desde que não tragam prejuízo às defesas dos contribuintes. Isso porque, a data do termo final do MPF tem implicações para fins de resgate da espontaneidade do contribuinte (artigo 7º, § 2º do Decreto nº 70.235/72) e para a configuração da decadência do crédito tributário, mas não para a sua validade formal.

27. Nesse sentido, são os julgados desse E. Conselho, *verbis*:

"VÍCIOS DO MPF NÃO GERAM NULIDADE DO LANÇAMENTO.

As normas que regulamentam a emissão de mandado de procedimento fiscal MPF, dizem respeito ao controle interno das atividades da Secretaria da Receita Federal, portanto, eventuais vícios na sua emissão e execução não afetam a validade do lançamento." (Processo nº 13839.004872/2007-11, Acórdão nº 1201001.630, 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária/ 1ª Seção, Sessão de 10 de abril de 2017, Relator Luis Henrique Marotti Toselli).

"MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL MPF. CIÊNCIA. TERMOS EMITIDOS PELA FISCALIZAÇÃO. VALIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL.

O Mandado de Procedimento Fiscal MPF é instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos fiscais efetuados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Mesmo se houver equívocos na formalização do MPF, tendo sido emitidos os termos previstos no art. 196 do Código Tributário Nacional e no art. 8º do Decreto nº 70.235/1972 nos moldes legais, não há que se falar em nulidade do procedimento fiscal." (Processo nº 10875.722953/2014-09, Acórdão nº 2201003.859, 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária/ 2ª Seção, Sessão de 12 de setembro de 2017, Relator Marcelo Milton da Silva Risso).

"MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA.

A suposta imprecisão do MPF, ainda que impedisse a precisa identificação temporal para o seu encerramento, não implicaria a sua nulidade e do correlato lançamento, uma vez que não trouxe prejuízo às defesas dos contribuintes e, ainda, porque a data do termo final do MPF tem implicações para fins de resgate da espontaneidade do contribuinte (art. 7º, § 2º do Decreto nº 70.235/72) e para a configuração da decadência do crédito tributário, mas não para a sua validade formal." (Processo nº 10314.723792/2014-18, Acórdão nº 3402-004.365, 4ª Câmara /

*2ª Turma Ordinária/ 3ª Seção, Sessão de 30 de agosto de 2017,
Relator Diego Diniz Ribeiro).*

28. O MPF em questão foi emitido nos termos no art. 196 do Código Tributário Nacional (CTN) e no art. 8º do Decreto nº 70.235/72¹, não constato qualquer prejuízo a Recorrente que justifique sua invalidação formal, tampouco a nulidade dos lançamentos em exame. Dessa forma, rejeito a presente preliminar.

Mérito

I. Da Exclusão do Simples Federal

29. Verificou-se durante o procedimento fiscal que a Recorrente prestava serviços de contabilidade, conduta esta vedada pelo artigo 9º, inciso XIII, da Lei 9.317/96. A Recorrente não trouxe provas ou argumentos capazes de demonstrar que realizava atividade diversa da prevista em seu objeto social quando da sua constituição. Também não foi capaz de refutar declaração assinada pela representante legal da empresa, na qual afirma que a ora Recorrente desempenhava a atividade de contabilidade desde o início do seu funcionamento.

30. Como a Recorrente não trouxe elementos para refutar os fatos que levaram à sua exclusão do Simples, tampouco argumentos específicos em seus instrumentos de defesa (Manifestação de Inconformidade (fls. 117/149) e Recurso Voluntário (fls. 174/ 226)), considero a questão incontroversa.

II. Da Vigência da Legislação do Simples Federal

31. A Recorrente reitera em seu recurso voluntário de que as autoridades fiscais e julgadoras utilizaram legislação revogada (Lei nº 9.317/96) para fundamentar o ato de exclusão.

32. Entretanto, o fato que motivou a exclusão da Recorrente do Simples Federal se referente ao ano-calendário de 2006, especificamente o período de 01/01/2006 a 30/06/2006. Nesse período, a norma vigente a ser aplicada é justamente a Lei nº 9.317/96.

33. Portanto, alinho-me a r. decisão de piso e afasto a alegação da Recorrente por considerar adequada a aplicação da Lei nº 9.317/96 ao caso concreto.

III. Dos Efeitos Retroativos do Ato Declaratório Executivo de Exclusão

34. A Recorrente afirma ser nulo o ato administrativo de exclusão do Simples Federal porque teria a autoridade fiscal atribuído ilegítimo efeito retroativo.

¹ CTN, "Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo."

Decreto nº 70.235/1972, "Art. 8º. Os termos decorrentes de atividade fiscalizadora serão lavrados, sempre que possível, em livro fiscal, extraindo-se cópia para anexação ao processo; quando não lavrados em livro, entregar-se-á cópia autenticada à pessoa sob fiscalização."

35. A par das alegações de nulidade já terem sido superadas à luz das disposições do legislação Decreto nº 70.235/72, insta salientar que, para se determinar o início dos efeitos da exclusão, nos termos do artigo 15, inciso II, da Lei nº 9.317/96, devemos considerar a situação excludente prevista no artigo 9º, inciso XIII, do mesmo diploma legal.

36. No caso em questão, a situação excludente consiste no exercício da atividade do serviço de contadoria.

Lei nº 9.317/96

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

(...)

II – a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIX do art. 9º;

37. Não se trata aqui de violação a irretroatividade da lei tributária, pois a lei é clara ao determinar o momento no qual surtirão os efeitos da exclusão para este caso. Não é cabível admitir que os efeitos devam ter início a partir da notificação da empresa do ato declaratório que a excluiu do Simples. Essa condicionante não consta da norma e mais, neste caso, a Recorrente sequer poderia ter optado pelo regime de tributação do Simples Federal.

38. Nesta linha, considero que a r. decisão de piso aplicou corretamente o dispositivo legal, *verbis*:

“Dos Efeitos do Ato Declaratório Executivo de Exclusão:

(...)

Labora em equívoco a interessada ao defender que a situação excludente corresponde à sua notificação de exclusão. Na verdade, deve se ter em mente que a exclusão foi motivada pelo exercício da atividade vedada, esta sim, a situação excludente a ser considerada.

(...)

Portanto, em que pese a interessada – que mostra veemência na defesa das garantias e princípios constitucionais entender que aquele que faz a opção indevida deve colher, às custas de toda a sociedade, os benefícios dessa opção enquanto não notificada de sua exclusão, o único entendimento em harmonia com o Estado Democrático de Direito e o ordenamento jurídico vigente é no sentido de que a exclusão do regime tributário simplificado daquele que exerceu atividade vedada deve produzir efeitos desde o início do exercício dessa atividade.

Ainda quanto a este tema, é equivocado afirmar que a exclusão com efeitos retroativos importa em adotar retroativamente a alteração de critério interpretativo ou jurídico, ou ainda implica em ofensa aos princípios tributários da irretroatividade e da segurança jurídica.

Não houve alteração de critério jurídico nem alteração legislativa com efeitos retroativos e não representa mudança de critério interpretativo a constatação de que a empresa exercia atividade diversa da que informava ao órgão fazendário.

Nos termos da Lei 9.317/96, sempre esteve prevista a exclusão da empresa que exercesse atividade vedada a partir do mês subsequente à prática dessa atividade. Quando a interessada, de fato, exerceu atividade vedada, já havia previsão legal nesse sentido e o entendimento do órgão fiscal também era este, não tendo sido alterado posteriormente.

O que se verificou foi apenas a aplicação dos efeitos da exclusão à partir de quando se praticou a atividade vedada, tudo conforme previsto em lei a respeito do qual já se discorreu.”

39. Do exposto, considero correta a determinação da exclusão da Recorrente do Simples Federal a partir de 01/2006 até 06/2007.

IV. Da Ausência de Ilegalidades e Inconstitucionalidades

40. A Recorrente reitera em seu Recurso Voluntário que a mera falta de apresentação dos documentos probatórios não concede “o poder de descredenciar e retirar a recorrente do SIMPLES NACIONAL”, por clara violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

41. Na prática, tal alegação é infundada, pois na medida em que a Recorrente não consegue demonstrar que exercia atividade não vedada pelo artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, a exclusão é consequência inafastável.

42. Como se não bastasse, a Recorrente considera que os dispositivos que impõe limites e restrições às empresas que pleiteiem o direito de opção do Simples Federal são inconstitucionais, pois não se atentam ao tratamento especial de proteção que a Carta Magna ofereceu às empresas de pequeno porte e microempresas.

43. Contudo, não pode a autoridade lançadora e julgadora administrativa afastar a aplicação da lei tributária por considerá-la inconstitucional.

44. Isso ocorrendo, significaria declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da lei tributária que funcionou como base legal do lançamento (imposto e multa de ofício). Aplicável o teor da Súmula CARF nº 2: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

45. A própria decisão de piso também desconsiderou tal alegação, pois não compete à DRJ afastar legislação vigente em razão de alegação de inconstitucionalidade, *verbis*:

“Da Alegação de Inconstitucionalidade

A interessada alega que a lei não pode impor restrições ao direito da microempresa optar pelo Simples, pois, o direito ao regime tributário simplificado é assegurado pela Constituição.

Tais alegações caracterizam a arguição da inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.317/96 e a respeito, não cabe à Administração Pública deixar de aplicar a legislação vigente à época em que se passaram os fatos (que conforme já dito, só foi revogada posteriormente pela LC 123/2006), pois, toda atividade administrativa passa-se na esfera infra-legal e as normas jurídicas, quando emanadas do órgão legislador competente, gozam de presunção de constitucionalidade e legalidade, bastando sua mera existência para inferir a sua validade.

É oportuno registrar que a atribuição dos julgadores da esfera administrativa está limitada a afastar a aplicação apenas de leis e atos normativos excluídos do ordenamento jurídico, nos termos dispostos na Portaria RFB 10.875, de 16 de agosto de 2007 (publicada no DOU 24/08/2007) em seu artigo 18 e no Decreto 70.235/72, artigo 26-A, introduzido pela Medida Provisória 449/2008.

Assim, considerando-se que a atuação encontra-se respaldada na legislação vigente à época, a análise de sua inconstitucionalidade esbarra na impossibilidade deste órgão julgador administrativo apreciar questões desta índole.”

46. Portanto, não há outra alternativa senão afastar a alegação da Recorrente.

Conclusão

47. Diante do exposto, VOTO no sentido de CONHECER do presente RECURSO VOLUNTÁRIO, e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO para manter a exclusão da contribuinte do Simples Federal.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Gisele Barra Bossa