



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13864.720082/2013-17
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-004.069 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de setembro de 2020
Recorrente SANDRO ALBERTO ROCHA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

RECEITA BRUTA SUPERIOR AO LIMITE. EXCLUSÃO.

Constatado excesso de receita em um exercício, opera-se a exclusão do Simples Nacional a partir do exercício seguinte.

ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

Não pode a autoridade lançadora e julgadora administrativa discutir a constitucionalidade de lei em sede administrativa, consoante estabelece o *caput* do artigo 26-A do Decreto nº 70.235/1972 e a própria Súmula CARF nº 2.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gisele Barra Bossa - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Gisele Barra Bossa, Allan Marcel Warwar Teixeira, Alexandre Evaristo Pinto, Efigênio de Freitas Júnior, Jeferson Teodorovicz, André Severo Chaves (Suplente Convocado) e Ricardo Antonio Carvalho Barbosa (Presidente).

Relatório

1. A ora Recorrente foi excluída do Simples Nacional, com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 2009, conforme ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO / DRF / SJC– ADE nº 24, de

06 de junho de 2013 (e-fls. 145/146), tendo em vista a representação de fl. 2, em face da constatação de que a empresa excedeu o limite de Receita Bruta estabelecido para a opção.

2. Cientificada em 10/07/2013 e em 11/07/2013 (e-fls. 149/150), apresentou manifestação de inconformidade em 30/07/2013 (e-fls. 154/164), alegando, em síntese, que:

- (i) a decisão proferida pelo ADE não deve produzir efeitos para a Recorrente, posto que os débitos indicados como em excesso estão com a exigibilidade suspensa, nos termos do artigo 151, III, do CTN, dada a existência de recurso administrativo - Processo n.º 13864.720160/2012-01, auto de infração para exigência de crédito tributário referente ao ano-calendário de 2008, abrangidos pelo Simples Nacional, relativo ao PIS, Contribuição Patronal Previdenciária, IRPJ, CSLL e a COFINS;
- (ii) apesar de a intimação (e-fls. 147/148) constar como anexo cópia do Diário Oficial da União (fl. 19), nenhuma das publicações ali contidas fazem referência ao Ato Declaratório Executivo n.º 24, de 06 de junho de 2013, prejudicando sobremaneira o exercício do direito de defesa da contribuinte;
- (iii) como a acusação fiscal veiculada no processo administrativo supracitado é objeto de litígio em trâmite perante a esfera administrativa e que a legitimidade do ADE DRF/SJC 24, de 06 de junho de 2013, depende do seu resultado, é de rigor a decretação de suspensão dos seus efeitos e sobrestamento do presente processo até o encerramento da discussão travada nos autos já aludidos, especialmente porque as atuações padecem de inconstitucionalidade, uma vez que as informações foram obtidas com base na quebra de seu sigilo bancário, prática repelida por nosso ordenamento jurídico;
- (iv) ofensa aos princípios constitucionais relativos ao livre exercício da atividade profissional e da preservação da empresa. Cita violação aos artigos 5º, inciso XIII, 170, inciso IX e § único.

3. Em sessão de 28 de junho de 2014, a 2ª Turma da DRJ/BEL, por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade, nos termos do voto do relator, Acórdão n.º 01-29.699 (e-fls. 329/331), cuja ementa recebeu o seguinte descritivo, *verbis*:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

EXCLUSÃO DO SIMPLES

O comando da art. 17 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, é imperativo no sentido de que a exclusão dar-se-á de ofício quando constatada a situação de impedimento de opção pelo sistema favorecido.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

4. Cientificada da decisão em 19/08/2014 (e-fls. 336/337), a Recorrente interpôs Recurso Voluntário (e-fls. 339/352) em 12/09/2014, onde reitera seus pontos de defesa apresentados em sede de Manifestação de Inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheira Gisele Barra Bossa, Relatora.

5. O Recurso Voluntário interposto é tempestivo e cumpre os demais requisitos legais de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento e passo a apreciar.

6. A contribuinte foi excluída do Simples Nacional a partir de 01/01/2009, uma vez que ultrapassou em mais de 20% (vinte por cento) do limite de receita bruta previsto no inciso II do art. 3º da Lei Complementar n.º 123/2006 ao atingir em 30/06/2008 receita bruta acumulada no valor de R\$ 4.436.973,96, conforme Representação Fiscal (e-fls. 2) e ao respectivo ADE (e-fls. 145/146). Confira-se:

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

Sr. Delegado da Receita Federal do Brasil em São José dos Campos.

No curso do procedimento fiscal instaurado contra o contribuinte acima identificado, foram constatados os seguintes fatos:

Foi apurada omissão de receitas no montante de R\$ 16.686.914,20 (Jan a Dez/2008 - Simples Nacional), no ano calendário de 2008, conforme cópia do Auto de Infração – Simples Nacional.

Adicionando-se a receita omitida no ano-calendário de 2008 de R\$ 16.686.914,20 à receita declarada pela empresa na Declaração Anual do Simples Nacional – DASN de R\$ 241.342,46 declarada pela empresa nesse ano, conforme DASN anexa, obtém-se o total de R\$ 18.154.754,64. Assim a empresa optante pelo SIMPLES, na condição de empresa de pequeno porte (EPP), auferiu receita bruta, no AC 2008, em montante acumulado excedente ao limite anual estabelecido para permanência no regime tributário simplificado (R\$ 2.400.000,00, conforme artigo 3º, inciso II, da Lei Complementar n.º 123/2006).

Releva informar ainda que a empresa ficou no regime do Simples Federal a partir de 26/10/2006 até 30/06/2006. Em 01/07/2007 optou pelo Simples Nacional.

Diante do exposto, no ano-calendário de 2008, a empresa infringiu o artigo 3º, II da Lei Complementar n.º 123/2006 ao permanecer no SIMPLES NACIONAL no referido ano-calendário, excedendo os limites estabelecidos para micro-empresas, proponho fundamentado nos artigos 29, I e 30, II da Lei Complementar n.º 123/2006 que a mesma seja excluída de ofício do SIMPLES NACIONAL, com efeitos a partir de 01/01/2009, nos termos dos arts. 3º, inciso II, alínea "a" e 6º, II da Resolução CGSN n.º 15/2007 c/c art. 12, I da Resolução CGSN n.º 4/2007, competência especificada pelo art. 3º, VII da Portaria DRF/SJC n.º 75/2011, uma vez que ultrapassou em mais de 20% (vinte por cento) do limite de receita bruta previsto no inciso II do art. 3º da Lei Complementar n.º 123/2006 ao atingir em 30/06/2008 receita bruta acumulada no valor de R\$ 4.436.973,96.

São José dos Campos, 15/04/2013

**DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL
EM SÃO JOSÉ DOS CAMPOS
SERVIÇO DE CONTROLE E ACOMPANHAMENTO
TRIBUTÁRIO**

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 24, DE 6 DE JUNHO DE 2013

Declara a exclusão da empresa que menciona do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL, por infringir o inciso I, Art. 29 e alínea "b", inciso V, Art. 31 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, combinados com o inciso I, Art. 75; inciso I, Art. 76 e item 2, alínea "a", inciso II, Art. 73 da Resolução CGSN n.º 94, de 29 de novembro de 2011 - EXCESSO DA RECEITA BRUTA NO ANO CALENDÁRIO DE 2008.

O CHEFE DO SERVIÇO DE CONTROLE E ACOMPANHAMENTO TRIBUTÁRIO, DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP, no uso da competência delegada e especificada pelo inciso VII, Art. 3º da Portaria DRF/SJC n.º 75, de 12 de maio de 2011, com fundamento no inciso I, Art. 29 e alínea "b", inciso V, Art. 31 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, combinados com o inciso I, Art. 75; inciso I, Art. 76 e item 2, alínea "a", inciso II, Art. 73 da Resolução CGSN n.º 94, de 29 de novembro de 2011, declara:

Art. 1º. Fica excluída do "Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES NACIONAL)" - artigo 12 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, a empresa SANDRÓ ALBERTO ROCHA - EPP - CNPJ n.º 08.420.065/0001-06, situada à Rua Gustavo Rico Toro, n.º 999 - Lote 01 - Quadra 17 - Bairro Cidade Vista Verde, São José dos Campos - SP, face ao disposto no § 9º-A, Art. 3º da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, conforme consta no Processo Administrativo n.º 13864.720082/2013-17.

Art. 2º. A exclusão surtirá efeitos a partir de 1º de janeiro de 2009 de conformidade com o § 9º-A, Art. 3º da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006.

Art. 3º. Fica a empresa cientificada do prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência do presente Ato Declaratório Executivo, para, se julgar de seu interesse, manifestar inconformidade relativamente aos procedimentos previstos nos Arts. 1º e 2º deste Ato, junto a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas/SP, via Delegacia da Receita Federal do Brasil em São José dos Campos/SP, assegurando-se, assim, o contraditório e a ampla defesa.

Art. 4º. Não havendo manifestação do contribuinte, conforme o disposto no artigo 3º deste Ato, a exclusão tornar-se-á definitiva na esfera administrativa.

Art. 5º. Este Ato entrará em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.

CARLOS SEIJI MATUBARA

7. Da simples análise dos atos administrativos supra, evidencia-se que não houve quaisquer vícios procedimentais, tampouco processuais e/ou de ordem material. A contribuinte foi devidamente intimada e teve plenas condições de exercer o seu direito de defesa e, inclusive, apresentou tempestivamente sua Manifestação de Inconformidade. Assim sendo, deixo de acolher as alegações da ora Recorrente nesse sentido.

8. De igual modo, não prospera a alegação da contribuinte quanto à suposta violação ao artigo 151, III, do CTN, dada a existência de recurso administrativo nos autos do processo n.º 13864.720160/2012-01 - auto de infração para exigência de crédito tributário referente ao ano-calendário de 2008, abrangidos pelo Simples Nacional, relativo ao PIS, Contribuição Patronal Previdenciária, IRPJ, CSLL e a COFINS. Isso porque, tratam-se de discussões autônomas.

9. Esse raciocínio, alias, está de acordo com a inteligência da Súmula CARF n.º 77:

Súmula CARF nº 77: A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.

10. Vejam que, o objeto do presente processo se restringe à análise da legitimidade da exclusão do simples em razão da ora Recorrente ter ultrapassado o limite de receita bruta permitido para este. De outra parte, a discussão travada no processo n.º 13864.720160/2012-01, embora decorra da exclusão da ora Recorrente do Simples Nacional, tem por objeto análise da legitimidade e cálculos dos valores exigidos à título de PIS, Contribuição Patronal Previdenciária, IRPJ, CSLL e a COFINS, em virtude da omissão de receitas por depósitos bancários não escriturados e insuficiência de recolhimentos.

11. Assim sendo, a discussão relativa à potencial quebra do sigilo bancário pela autoridade fiscal, ainda que o tema tenha sido superado por esse E. Tribunal e pelo próprio STF, é questão a ser debatida no âmbito do processo n.º 13864.720160/2012-01 e, da mesma forma, potencial apuração indevida de tributo omitido e/ou a pagar, com o respectivo abatimento dos valores recolhidos no regime do Simples à luz da Súmula CARF nº 86¹.

12. No mais, vale consignar que não cabe a essa relatoria discutir a constitucionalidade de lei em sede administrativa, consoante estabelece o *caput* do artigo 26-A do Decreto nº 70.235/1972 e a própria Súmula CARF nº 2:

Decreto nº 70.235/1972

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Súmula CARF nº 2

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

13. E, nesse sentido, rejeito as alegações trazidas pela ora Recorrente relativas à potencial inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 123/2006 por afrontar os princípios constitucionais relativos ao livre exercício da atividade profissional e da preservação da empresa.

14. No mérito, a contribuinte nada aduz para fins demonstrar seu desenquadramento à hipótese de exclusão do Simples Nacional, constante da Representação Fiscal e do ADE.

¹ Súmula CARF nº 76: "Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada".

15. A legislação do Simples Nacional é clara ao dispor que a exclusão do regime ocorrerá de ofício ou por comunicação da própria contribuinte, conforme estatui a Lei Complementar n.º 123/2006 nos seguintes dispositivos:

Da Exclusão do Simples Nacional

Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados pelo Comitê Gestor.

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. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou

III - obrigatoriamente, quando ultrapassado, no ano-calendário de início de atividade, o limite proporcional de receita bruta de que trata o § 2º do art. 3º;

IV - obrigatoriamente, quando ultrapassado, no ano-calendário, o limite de receita bruta previsto no inciso II do caput do art. 3º, quando não estiver no ano-calendário de início de atividade.

§ 1º A exclusão deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal:

I - na hipótese do inciso I do caput deste artigo, até o último dia útil do mês de janeiro;

II - na hipótese do inciso II do caput deste artigo, até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorrida a situação de vedação;

III - na hipótese do inciso III do caput:

a) até o último dia útil do mês seguinte àquele em que tiver ultrapassado em mais de 20% (vinte por cento) o limite proporcional de que trata o § 10 do art. 3º; ou

b) até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente ao de início de atividades, caso o excesso seja inferior a 20% (vinte por cento) do respectivo limite;

IV - na hipótese do inciso IV do caput:

a) até o último dia útil do mês subsequente à ultrapassagem em mais de 20% (vinte por cento) do limite de receita bruta previsto no inciso II do caput do art. 3º; ou

b) até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente, na hipótese de não ter ultrapassado em mais de 20% (vinte por cento) o limite de receita bruta previsto no inciso II do caput do art. 3º.

§ 2º A comunicação de que trata o caput deste artigo dar-se-á na forma a ser estabelecida pelo Comitê Gestor.

16. Pelo que se observa da legislação acima citada, deveria a empresa ter comunicado a Receita Federal que excedera o limite de receita, requerendo sua voluntária exclusão. Não o fazendo, coube a exclusão de ofício pela Receita Federal, nos termos da legislação de regência.

Conclusão

17. Diante do exposto, VOTO no sentido de CONHECER do RECURSO VOLUNTÁRIO interposto e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Gisele Barra Bossa