



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

Processo nº 13894.000418/2005-64
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **1301-000.739 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 21 de outubro de 2011
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Recorrente ITAQUA COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA SOLDA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2003

Ementa: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE.

A Administração Pública tem o poder/dever de indeferir as opções exercidas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sempre que entender presentes as hipóteses legais restritivas, que vedam a permanência no SIMPLES.

ATIVIDADE ADMINISTRATIVA. A atividade administrativa constitui procedimento vinculado e obrigatório, sob pena de responsabilidade funcional

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRECLUSÃO.

Questão não provocada a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo, e somente demandada em grau de recurso, constitui matéria preclusa da qual não se toma conhecimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente.

(assinado digitalmente)

Jaci de Assis Junior - Relator.

EDITADO EM: 27/10/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Junior, Valmir Sandri, Waldir Veiga Rocha, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior, Jaci de Assis Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir.

“Trata o processo de exclusão da sistemática do Simples, por meio do Ato Declaratório Executivo nº 563.311 (fl. 92), de 2 de agosto de 2004, fundamentado no fato de que a contribuinte exerceria atividade econômica não permitida (ultrapassou o limite legal de receita bruta no ano-calendário de 2002).

Cientificada do indeferimento de sua Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples, em 29/04/2005 (fl. 138), a interessada apresentou manifestação de inconformidade, em 25/05/2005 (fls. 1/8), na qual alega:

- por problemas internos, não observou que sua receita bruta referente ao ano-calendário de 2002 havia ultrapassado o limite que permitia a opção pelo Simples, tendo, por essa razão, continuado a recolher os tributos devidos no ano-calendário de 2003 ainda pela sistemática simplificada;*
- como sua receita bruta foi inferior ao limite legal no ano-calendário de 2003, permaneceu também em 2004 a recolher como optante do Simples, bem como a apresentar declaração por essa sistemática;*
- o programa da SRF de entrega da declaração não recusou o recebimento dessa declaração, como igualmente não o havia feito com relação à declaração referente ao ano-calendário de 2003. Tal procedimento do Fisco contribuiu para que a interessada, induzida a erro, continuasse a entender e a adotar os procedimentos inerentes às empresas optantes do Simples, o que a levou a efetuar recolhimentos a menor, cabendo aqui aplicar as disposições do art. 100, parágrafo único da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 — Código Tributário Nacional (CTN), permitindo-lhe que recolha a diferença de tributos do ano de 2003 sem incidência de multa, juros e correção monetária;*
- em relação ao ano-calendário de 2004, atendia as condições legais para optar pelo Simples. Apenas não fez tal opção formalmente porque entendia que se encontrava inserida nesse sistema. Logo, e considerando que não há dúvidas quanto a sua intenção em optar pela sistemática simplificada, já que efetuou os recolhimentos e entregou a declaração como se fosse optante do Simples, subsume-se à hipótese prevista no Ato Declaratório Interpretativo no 16, de 2 de outubro de 2002.*

Ao final a contribuinte requer que o desenquadramento do Simples tenha efeitos apenas a partir da edição do ato declaratório executivo, ou seja, 02/08/2004, ou, na impossibilidade, apenas em relação ao ano-calendário de 2003.”

Mediante Acórdão nº 05-18.037, de 22 de junho de 2007, fls. 146 a 147, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas/SP – DRJ/CPS, por maioria de votos, indeferiu a solicitação da contribuinte, cujas razões de decidir foram consubstanciadas na ementa abaixo transcrita:

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

Ano-calendário: 2003

RECEITA BRUTA. EXCLUSÃO.

Pessoa jurídica que tenha auferido receita bruta superior ao limite permitido pela legislação não pode permanecer no Simples a partir do primeiro dia do ano-calendário seguinte.

Solicitação Indeferida”

Cientificada desta decisão em 17/11/2009, fls. 150, e inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme petição de fls. 151 a 154, apresentada em 15/12/2009, na qual reitera os seguintes argumentos:

- é certo que o faturamento declarado pelo contribuinte no ano calendário de 2002 foi ligeiramente superior ao limite para ele estabelecido. Contudo, pouco tempo depois foi editada a Medida Provisória nº 275, elevando os limites máximos de faturamento para as microempresas e empresas de pequeno porte de R\$120.000,00 para R\$240.000,00 e de R\$1.200.000,00 para R\$2.400.000,00, respectivamente, beneficiando diretamente cerca de 155.000 empresas em todo o Brasil;
- o fisco tem responsabilidade solidária sobre os erros que eventualmente venha cometer, até por equívocos, como foi o caso. Se assim não fosse, naturalmente, não teriam ocorrido os avanços implementados na verificação automatizada que somente HOJE é realizada pelo Agente Receptor SERPRO, impedindo, AGORA SIM, que se incorra ou que seja induzido em erro o contribuinte declarante;
- Reconhece o acerto da decisão proferida pela DRJ sob a análise fria do texto legal que fundamentou a decisão, cuja reconsideração suplica. Lembra, contudo, que manifestou inequívoco desejo de nele permanecer; uma vez que o Fisco acolheu não só a declaração simplificada do contribuinte, como também se silenciou ao receber as suas contribuições como se enquadrado ainda fosse no regime simplificado.
- diante dos novos limites de faturamento para as microempresas e empresas de pequeno porte estabelecidos pela Medida Provisória 275, seria de

absoluto bom senso a aplicação retroativa da legislação mais branda, considerando que, em se tratando de "novatio legis in melius", isso pode ocorrer.

Requer, ao final, o uso do bom senso humanitário, reconsiderando votos deste Colegiado, para decidir, finalmente, pelo deferimento do pedido de cancelamento do Ato Declaratório de Exclusão, ora combatido.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Jaci de Assis Junior

O recurso preenche as condições de admissibilidade e, portanto, deve ser conhecido.

A Recorrente não contesta o fato que motivou a sua exclusão do regime de tributação simplificado aplicável às microempresas e as empresas de pequeno porte, nos termos descritos no Ato Declaratório Executivo nº 563.311 (fl. 92) – ADE. Pelo contrário, ela própria reconhece que a receita bruta auferida no ano-calendário de 2002 realmente ultrapassou o limite legal previsto para sua permanência no SIMPLES a partir do ano-calendário seguinte. Além do mais, também de forma expressa, reconhece que a análise do texto legal que fundamentou a exclusão foi realizada de forma acertada pelo Acórdão proferido pela DRJ em Campinas/SP.

A despeito disto, requer que seja cancelado o mencionado ADE, ao argumento da ocorrência de suposta responsabilidade solidária do Fisco perante os erros que eventualmente o contribuinte venha cometer. Segundo a Recorrente, isto se deve ao fato de a Administração Tributária ter recepcionado as demais declarações subseqüentes, por ela apresentadas de acordo com a sistemática do Simples, bem como ter silenciado quanto aos recolhimentos realizados como se ainda estivesse sob o pálio de tal sistemática.

Nesse sentido, é de se ressaltar que, a Administração Pública tem o poder/dever de indeferir as opções exercidas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sempre que entender presentes as hipóteses legais restritivas que vedam a permanência no SIMPLES. Ademais, caberia à Interessada, antes de apresentar as subseqüentes declarações anuais simplificadas e efetuar os recolhimentos dentro da sistemática do SIMPLES, verificar se a legislação tributária albergava seu procedimento, conforme muito bem ressaltou o relator do voto da decisão recorrida:

“Ressalte-se que o fato de a contribuinte ter permanecido no Simples no ano-. calendário de 2003 sem que houvesse manifestação do Fisco já naquele momento, não impede a apreciação posterior da legalidade dos atos da interessada, haja vista que era dever da contribuinte, nos termos do art. 13, inciso II, alínea a, ter comunicado sua exclusão da sistemática simplificada. Logo, como não cumpriu esse dever, a contribuinte ficou sujeita à fiscalização posterior da Receita Federal, tendente a verificar a regularidade de sua permanência no Simples. Quando o Fisco apura que a empresa permaneceu

indevidamente no regime simplificado pode e deve excluí-la. Assim, apenas nesse momento, e não antes, a Receita Federal praticará ato comunicando o contribuinte da irregularidade que cometeu, que é exatamente o ato de exclusão de que trata este processo.”

Ademais, observe-se que à luz do disposto no parágrafo único, do art. 142, do CTN, a atividade administrativa constitui procedimento vinculado e obrigatório, sob pena de responsabilidade funcional.

Diante do comando expresso por este mesmo dispositivo legal, há que se esclarecer à Recorrente a impossibilidade de se utilizar como razões de decidir o suplicado “*bom senso humanitário*”, por falta de previsão legal.

Argumenta a Recorrente que, diante dos novos limites de faturamento das microempresas e empresas de pequeno porte estabelecidos pela Medida Provisória nº 275, de 2005 (convertida na Lei nº 11.307, de 2006), seja esta aplicada retroativamente ao caso, por ser mais benigna. Fundamenta este seu entendimento na hipótese denominada pela doutrina como “*novatio legis in melius*” para fins de solução de conflitos de leis penais no tempo.

Todavia esse argumento foi apresentado extemporaneamente, pois, consoante os arts. 16, III, § 4º, e 17 do Decreto nº 70.235, de 1972, a prova documental, assim como a matéria a ser contestada, deverão ser apresentadas no momento da impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual.

Sobre o assunto a ementa do Acórdão nº CSRF / 01-03351/01, prolatado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais apresenta o seguinte entendimento

*“MATÉRIA PRECLUSA. O julgamento administrativo inicia-se com o exame do lançamento sobre o qual pode falar o julgador independentemente de argumentação por parte do sujeito passivo. Admitida a legalidade do ato, **questões não provocadas a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo, com a apresentação da petição impugnativa inicial, constituem matérias preclusas das quais não pode o Conselho tomar conhecimento, por afrontar o princípio do duplo grau de jurisdição a que está submetido o Processo Administrativo Fiscal. O não enfrentamento da matéria na inicial implica em concordância tácita do contribuinte com a tributação do valor omitido, sendo “extra petita” a decisão que afasta a exigência. Recurso de ofício provido.**” (negrito não consta do original).*

Diante do exposto, VOTO por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

Sala de Sessões, em 21 de outubro de 2011.

(assinado digitalmente)

Jaci de Assis Junior – Relator

CÓPIA