



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.002107/2005-70
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-003.769 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de julho de 2019
Recorrente BILELO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2000

NULIDADE. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não comprovados os fatos alegados como ensejadores da violação ao direito de defesa, não há como reconhecer a nulidade do ato impugnado.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. VIOLAÇÃO ALEGADA. CONSTITUCIONALIDADE DE LEI. NÃO CONHECIMENTO.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (Súmula CARF nº 2)

SIMPLES. EXCLUSÃO. OMISSÃO DE RECEITAS. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. CARACTERIZAÇÃO.

A constatação de omissão de receitas caracteriza infração à legislação tributária e uma vez comprovada sua reiteração impõem a exclusão da pessoa jurídica do regime do Simples.

SIMPLES EXCLUSÃO. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. EFEITOS.

À míngua de definição de prática reiterada à infração tributária na própria Lei nº 9.317/1996, aplica-se, por analogia, o conceito dado pelo art. 29, § 9º da LC. 123/2009, que revogou a Lei do Simples Federal, que traz dispositivo de caráter expressamente interpretativo de idêntico hipótese de exclusão do Simples Nacional. A hipótese de exclusão resta caracterizada com a reiteração da conduta infratora. Tendo-se em conta que o Simples é apurado e devido mensalmente, os efeitos da exclusão somente podem se dar a partir do segundo mês do período anual em que se identificou tal conduta.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator. Votou pelas conclusões a conselheira Maria Lúcia Miceli.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Rogério Aparecido Gil, Maria Lúcia Miceli, Flávio Machado Vilhena Dias, Breno do Carmo Moreira Vieira (Suplente convocado) e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto em face do Acórdão n.º 07-18.045, proferido pela 5ª Turma da DRJ/Florianópolis/SC, em 06/11/2009, que rejeitou a manifestação de inconformidade apresentada pela interessada em face do Ato Declaratório de Exclusão do Simples, expedido pela DRF-Blumenau/SC, tendo em vista a constatação de prática reiterada de infração à legislação tributária, nos termos do inciso V do artigo 14 da Lei n.º 9.317/1996.

Em sua impugnação a recorrente limitou-se a arguir a nulidade do ato declaratório, por cerceamento ao direito de defesa, e a irretroatividade dos efeitos da exclusão do Simples, conforme relatado no acórdão recorrido, *verbis*:

[...]

Contrariada com o ato de exclusão, a Interessada apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 50 a 53, alegando, em síntese, o que se passa a expor.

Aduziu que o “ato declaratório em questão é absolutamente viciado”, porquanto não foi oportunizado acesso aos autos do processo administrativo. Disse que tal fato acarretou em cerceamento do seu direito de defesa, já que, devido a impossibilidade de tomar conhecimento das supostas infrações reiteradas à legislação tributária que teria praticado, não pode atacar o mérito do ato impugnado.

Asseverou que a infração às garantias da ampla defesa e do contraditório, configura “violação ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal de 1988, aos arts. 2º, caput, parágrafo único, VII e X, e 3º, II, da Lei n.º 9.784/99 e ao art. 10, V, do Decreto n.º 70.235/72”.

Alegou que a atribuição de efeitos retroativos à exclusão do SIMPLES contraria o artigo 156, inciso I, do Código Tributário Nacional, porquanto acarretaria no ressurgimento de créditos tributários que já foram extintos através de pagamentos efetuados nos termos da Lei n.º 9.317/1996.

Afirmou que “o pagamento regularmente efetuado, com a conseqüente extinção do crédito tributário (CTN, art. 156, I), representa ato jurídico perfeito”, que não pode ser ulteriormente modificado, inclusive pela legislação superveniente, conforme disposto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, e no artigo 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Tendo em vista estas alegações, a Interessada requer a declaração de nulidade do Ato Declaratório Executivo DRF/BLU n.º 44, de 26 de outubro de 2005. Sucessivamente, pede a declaração de ilegalidade da atribuição de efeitos retroativos ao referido ato declaratório, “por afronta ao art. 156, I, do Código Tributário Nacional e violação a ato jurídico perfeito, protegido pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição e pelo art. 6º da LICC”.

[...]

Cientificada em 08/12/2009 (fl. 108), a interessada apresentou recurso voluntário em 29/12/2009 (fls. 110/117), no qual reitera as alegações trazidas na impugnação e rebate as conclusões do acórdão recorrido, destacando-se as seguintes alegações:

a) que, no tocante à suposta ausência de provas quanto à negativa no fornecimento de fotocópias, olvidou-se o acórdão recorrido de que o processo administrativo é norteado pelos princípios da legalidade e da verdade material e que, *"no caso concreto, no contexto apresentado em primeira instância, é muito claro, data venia, que houve negativa ao fornecimento de fotocópias, contexto em que a premissa encampada pelo v. acórdão recorrido cai por terra"*;

b) melhor sorte não assiste ao acórdão recorrido quando afirma não ser possível a análise de argumentos que circundam a inconstitucionalidade/ilegalidade de normas, sendo certo, de acordo com a doutrina e jurisprudência que menciona, que a autoridade administrativa não pode declarar a inconstitucionalidade da norma, mas que "lícito será aos tribunais administrativos fiscais analisar a arguição de inconstitucionalidade de uma lei e deixar de aplicá-la por assim a considerar", pois os órgãos julgadores também devem obediência à Constituição;

c) que a "Administração não decreta a inconstitucionalidade, mas apenas exerce o poder-dever de examinar a validade da norma legal *"in casu"*. Entre simplesmente cumprir preceito legal inválido e obedecer ao primado da Constituição, ao Executivo cabe o poder-dever de optar pela prevalência da legitimidade";

d) que sua defesa deve ser analisada em todos os aspectos, pelo que reitera os argumentos formulados em primeira instância, que denotam a impossibilidade de o ato de exclusão retroagir;

Ao final, requer, *verbis*:

Em face do exposto, requer seja admitido e conhecido o presente recurso, para. reformando o r. *decisum* recorrido, manter a empresa no sistema simplificado, SIMPLES.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos pressupostos legais e regimentais. Assim, dele conheço.

A recorrente se insurgiu contra o ato declaratório de exclusão do Simples, alegando a nulidade do ato por cerceamento ao direito de defesa e a impossibilidade de retroação dos efeitos da exclusão por estar em contrariedade aos ditames do art. 156, inc. I do CTN.

A decisão recorrida rejeitou a alegação de nulidade pela ausência de apresentação de provas concretas de sua ocorrência e não conheceu do segundo argumento, por entender que a alegação implicaria na possibilidade de reconhecimento de ilegalidade/inconstitucionalidade de lei o que é vedado legalmente ao julgador administrativo.

No seu recurso, a interessada reitera as alegações, asseverando que "no tocante à suposta ausência de provas quanto à negativa no fornecimento de fotocópias, olvidou-se o acórdão recorrido de que o processo administrativo é norteado pelos princípios da legalidade e da verdade material e que, *no caso concreto, no contexto apresentado em primeira instância, é muito claro, data venia, que houve negativa ao fornecimento de fotocópias, contexto em que a premissa encampada pelo v. acórdão recorrido cai por terra*".

Ou seja, mais uma vez a recorrente não apresenta qualquer elemento concreto tendente a demonstrar a ocorrência do suposto cerceamento do seu direito de defesa.

Destarte, não há como acatar a alegação de nulidade.

No tocante à alegação de impossibilidade do ato produzir efeitos retroativos ao ano de 2000, registro de pronto que os efeitos da exclusão do Simples estão expressamente regulados na Lei nº 9.317/1996, que em seus arts. 14, inc. V e 15, inc. II dispõe, *verbis*:

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

[...]

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

[...]

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

[...]

V - a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.

Em que pese a argumentação, reforçada pelas citações doutrinárias e jurisprudenciais trazidas pela recorrente, é vedado aos órgãos julgadores, no âmbito administrativo, afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, ressalvada as hipóteses expressamente previstas, nos termos do art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972, citado pelo acórdão recorrido, disposição legal reiterada no art. 62 do Anexo II do Ricarf. Nesse mesmo sentido dispõe a Sumula CARF nº 2:

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

Não obstante, como já tive a oportunidade de me manifestar no processo nº 13971.002107/2005-70, quanto à caracterização do momento em que devem produzir os efeitos do ato de exclusão, na mesma hipótese discutida nestes autos, entendo que estes só podem se dar a partir da caracterização da reiteração da prática de infração à legislação tributária, o que pressupõe que a transgressão ocorra ao menos em dois períodos de apuração.

Peço vênica para transcrever o entendimento manifestado no voto proferido no mencionado processo:

[...]

Por fim, a recorrente alega que, ainda que se admitisse a exclusão, esta não poderia ocorrer de forma retroativa.

A exclusão do Simples se fundamentou no art. 14, inc V da Lei nº 9.317/1996, cuja produção de efeitos foi fixada pelo art. 15, inc. VI da mesma lei, *verbis*:

[...]¹

Pelo que se extrai do art. 15, inc. V, os efeitos da exclusão deve se dar a partir do mês em que se constatar a ocorrência do fato que autoriza a exclusão, no caso em apreço, da prática reiterada de infração à legislação tributária.

No presente caso, o Ato Declaratório de Exclusão apontou a ocorrência da infração de omissão de receitas e de não escrituração da movimentação bancária pela recorrente em todos os meses do ano-calendário 2003 e indicou que os efeitos da exclusão a partir do dia 01/01/2003.

Entendo que aqui há parcial razão à recorrente.

Se o fato ensejador da exclusão é a prática reiterada de infração à legislação tributária, esta deve se repetir ao menos em mais de um período de apuração para que possa ser caracterizada.

¹ dispositivos já citados no voto

A Lei nº 9.317/1996, não definiu o conceito de prática reiterada para fins de exclusão.

Não obstante a Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o Simples Nacional e revogou a Lei nº 9.317/1996, que estabeleceu a mesma hipótese de exclusão, trouxe em seu art. 29, § 9º uma definição do conceito de prática reiterada, *verbis*:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

[...]

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

[...]

§ 9º **Considera-se prática reiterada**, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - **a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória**, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

Assim, à míngua de definição na própria Lei nº 9.317/1996, entendo que o conceito dado pela LC. 123/2009 se adequa perfeitamente ao caso, mesmo porque se trata de lei complementar e traz dispositivo de caráter expressamente interpretativo do dispositivo, embora se refira ao texto dela própria. Senão como norma interpretativa, entendo aplicável a disposição por analogia, nos termos do art. 108 do CTN.²

Há precedente neste CARF, no sentido de aplicar a definição do art. 29, § 9º da LC. 123/2009 aos casos oriundos da lei do Simples Federal, como se extrai da ementa do Acórdão nº 1201-001.413, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara dessa 1ª Seção, sob a relatoria da I. Conselheira Ester Marques Lins de Sousa, *verbis*:

EXCLUSÃO DO SIMPLES. PRÁTICA REITERADA.

Após o advento da Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006 que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e revoga a Lei nº 9.317/96, e, em respeito ao princípio da isonomia, de acordo com o qual todos os indivíduos são iguais diante da lei, sem que haja distinção e/ou diferenciação entre eles, deve ser aplicada a noção de "prática reiterada de infração à legislação tributária" como definida no § 9º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006, nos casos não definitivamente julgados em que se discuta a exclusão do SIMPLES com base no inciso V do artigo 14 da Lei nº 9.317/96.

² Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

SIMPLES. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006.

O § 9º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006, denota sua natureza interpretativa, tornando clara quais as circunstâncias apuradas evidenciam a prática reiterada de infração à legislação tributária para fins de exclusão do Simples Nacional. Assim, em consonância com o artigo 106 do CTN o qual dispõe que a lei se aplica a ato ou fato pretérito, em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, o mencionado dispositivo legal deve ser invocado para que a mesma interpretação dada ao § 9º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006 seja aplicada nos casos não definitivamente julgados, em que se discute a exclusão do SIMPLES em virtude de prática reiterada de infração à legislação tributária o que se deve considerar como prática reiterada (sic) em quais condições a pessoa jurídica deve ser excluída do SIMPLES pela prática reiterada de infração à legislação tributária.

Tendo-se em conta que o Simples é apurado e devido mensalmente, a hipótese legal de exclusão (prática reiterada de infração à legislação tributária) somente poderia se caracterizar a partir do segundo mês do ano de 2003, objeto da fiscalização, ou seja, o efeito da exclusão somente pode se dar a partir de 01/02/2003.

Por todo o exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário, para reconhecer que os efeitos do ato declaratório de exclusão do Simples se dêem a partir de 01/02/2003.

Em linha com o entendimento retro transcrito, entendo que os efeitos da exclusão do Simples, no presente caso, devem retroagir ao segundo mês do ano-calendário 2000, momento em que restou caracterizada a prática reiterada de infração à legislação tributária.

Ante ao exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário para reconhecer que os efeitos do ato declaratório de exclusão do Simples se dêem a partir de 01/02/2000.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado