



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15563.720251/2013-39
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1003-003.079 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 12 de julho de 2022
Recorrente CANAÃ COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. EXCESSO DE RECEITA BRUTA.

Deve ser excluída de ofício da sistemática do Simples Nacional, a pessoa jurídica optante que tenha auferido receita bruta superior a R\$3.600.000,00.

EFEITOS DA EXCLUSÃO.

A exclusão produz efeitos a partir do partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente da ocorrência do fato impeditivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva– Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Márcio Avito Ribeiro Faria, Mauritânia Elvira de Sousa Mendonça e Carmen Ferreira Saraiva.

Relatório

Ato Declaratório Executivo

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/Nova Iguaçu/RJ nº 44, de 27.09.2013, com efeitos a partir de 01.01.2011, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados, e-fl. 04:

O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM NOVA IGUAÇU, de acordo com o disposto nos art. 28, art. 29, § 5º e art. 33 da Lei Complementar nº 123, de 14 de Dezembro de 2006 e no art. 75, inciso I da Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) nº 94, de 29 de Novembro de 2011, DECLARA:

Art. 1º - O contribuinte acima identificado fica EXCLUÍDO da sistemática, denominada SIMPLES NACIONAL, de pagamento dos impostos e contribuições de que trata o artigo 12º da Lei Complementar supracitada, pelo motivo infraposto:

I - No curso dos trabalhos de fiscalização, amparados pelo Mandado de Procedimento Fiscal no 0710300-2012-01093-5 foi verificado que a receita bruta escriturada, para o período de janeiro a dezembro de 2010, foi superior ao limite previsto no art. 2º, inciso II, da Resolução CGSN nº 4 de 30 de maio de 2007.

Art. 2º - Consoante o disposto no art. 6º, inciso II, da Resolução CGSN nº 15 de 23 de julho de 2007, a exclusão produzirá efeitos a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, ou seja, 1º de janeiro de 2011.

Art. 3º - O contribuinte, caso não se conforme, poderá no prazo de 30 (trinta) dias da ciência deste ato, manifestar-se, por escrito, contra o presente procedimento, nos termos dos artigos 15, 16 e 17 do Decreto nº 70.235/72.

Art. 4º - Não havendo pronunciamento no prazo acima, a exclusão tomar-se-á definitiva.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado no Acórdão da 2ª Turma DRJ/CGE/MS nº 04-40.389, de 23.03.2016, e-fls. 52-56:

Acordam os membros da 2ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar arguida e, no mérito, julgar improcedente a manifestação de inconformidade, nos termos do voto do relator.

Recurso Voluntário

Notificada em 13.01.2021, e-fl. 64, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 10.02.2021, e-fls. 66-73, esclarecendo que a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

II — O Direito

II.1 — PRELIMINAR

O STJ vem orientando a sua jurisprudência no sentido da aplicabilidade da garantia constitucional da retroatividade da norma punitiva mais benéfica ao Direito Administrativo, também no aspecto da gradação da sanção.

É de sabença que a norma sancionadora vige para o futuro, entretanto, a Carta Política prevê uma exceção, permitindo que a norma sancionadora retroaja quando for para beneficiar o administrado (arts. 52, inciso XL da CR/88).

Nesse diapasão, impõe-se como dever de a administração pública rever a gradação da sanção imposta, observando a legislação mais benéfica, porquanto o princípio da retroatividade da lei mais benéfica deve também alcançar as leis que disciplinam o processo administrativo. Foi nesse sentido a decisão do STJ no início de 2018 no RMS 37.031-SP, julgado em 8/2/18.

Naquele julgamento, ao caçar a decisão oriunda da instância inferior, o STJ reconheceu a aplicabilidade do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica também ao Direito Administrativo.

, A interpretação dada por aquela corte de justiça nada mais é do que um reflexo lógico da garantia constitucional insculpida no inciso XL do art. 59 da Constituição da República, de maneira que a retroatividade da lei mais benigna é um princípio constitucional implícito que vale para todo o exercício do jus puniendi estatal, aí incluído Os procedimentos administrativos.

É de notar que não se poderia de maneira algum negar aplicação desse princípio constitucional à seara administrativa, visto que, na maioria, a doutrina penalista clássica estabelece em regra que a única diferença entre ilícito penal e ilícito administrativo é o grau de reprovabilidade, ou seja, a intensidade que cada um viola um determinado valor moral protegido pelo Estado.

Na esteira da lógica adotada no julgamento do STJ, ao expressamente estatuir que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu", partindo da própria "lei penal" qualquer outra norma de caráter punitivo ou sancionador, desde que benéfica ao administrado, também retroage.

Desse jeito, há uma extensão da garantia constitucional da retroatividade a todos os casos em que há o exercício punitivo pelo Estado, garantia que não se reserva apenas ao campo do direito penal ou do processo penal.

Versando a matéria, o ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto vista, no julgamento do RE 600.817, assim asseverou: "em sede de interpretação do encarecido comando que se lê no inciso XL do seu art. 59, a Constituição não se refere à lei penal como um todo unitário de normas jurídicas, mas se reporta, isto sim, a cada norma que se veicule embutido em qualquer diploma legal" (STF. RE 600817, relator min. Ricardo Lewandowski; Tribunal Pleno, DJe 30/10/14).

A retroatividade da norma mais benéfica é, portanto, aplicável sempre quando há o exercício do jus puniendi pela administração pública, direta ou indireta, incluindo-se as agências reguladoras, e inclusive no tocante à dosimetria punitiva. Nesse mister, tendo alguma norma jurídica posterior abrandado alguma situação de restrição imposta em norma anterior, o Estado deve aplicá-la integralmente.

A Constituição da República conclama, assim, a retroatividade de qualquer situação jurídica que, abrangida por norma sancionadora mais recente, se revele mais benéfica ao administrado. Caso contrário, todavia, se da norma punitiva mais recente advier maior severidade, o que observa é a vedação da retroatividade.

Inclusive, é por esse caminho que se a norma superveniente for mais favorável ao administrado, não pode o Estado exigir ou punir o administrado com base na norma anterior mais severa, nem mesmo valer-se do argumento de que "o tempo rege o ato" (*tempus regit actum*).

É dizer do ministro Luiz Fux, em voto proferido no julgamento do RE 600.817, que o "princípio da isonomia impede que dois sujeitos sejam apenados de forma distinta apenas em razão do tempo em que o fato foi praticado, porquanto a valoração das condutas deve ser idêntica antes e depois da promulgação da lei, exceto nos casos em que a legislação superveniente seja mais gravosa".

A garantia de retroatividade da lei sancionadora mais benéfica assume um imperativo a ser observado pelo Estado sempre quando exerce a função punitiva. A decisão do STJ, proferida no RMS 37.031-SP, veio a consolidar ainda mais a linha jurisprudencial estabelecida naquela Corte Superior, que em outra oportunidade já consignara que "considerando os princípios do Direito Sancionador, a *novatio legis in*

mellius deve retroagir para favorecer o apenado" (STI. REsp 1.153.083/MT, rel. min. Sérgio Kukina. Die 19/11/14).

O que avulta dessa exposição é o efeito irradiante do princípio da retroatividade da norma punitiva mais benéfica que, para além da esfera penal, adentra a todas as situações em que há o exercício do jus puniendi pelo Estado. Logo, o abrandamento do rigor de determinada norma sancionadora, tornando-a menos repressiva, deve ser considerado pelo Estado, inclusive nos processos administrativos, à luz da Constituição e da jurisprudência consolidada nos Tribunais Superiores.

Assim é que ao presente caso, aqui versado, deverá ser aplicada a seguinte legislação: [...].

Ante as precedentes considerações, tendo-se em vista a novel regulamentação que modificou a legislação anterior aplicada ao caso concreto, impõe-se o acolhimento dessa preliminar, em ordem de revisar o julgado recorrido, para anular o auto de infração, por manifesta injustiça, ' com o consequente cancelamento do débito fiscal reclamado.

II. 2 — MÉRITO

Não paira dúvida de que manutenção da decisão ora vergastada, leva a perda do levantamento dos créditos decorrentes do regime de substituição tributária. Tudo de acordo com a alteração da Lei 123/2006 republicada no DOU de 31/01/2009, acentuada a parte das alíquotas e base de cálculo.

Consta dos autos a planilha de receitas decorrentes da revenda de mercadorias sujeitas a substituição tributária, exceto as receitas decorrentes da revenda de mercadorias para exportação, demonstrando que as receitas sujeitas à substituição tributária, lançadas na planilha/tabela, não contemplam o percentual referente ao ICMS.

Desse modo, para que se faça justiça fiscal, e espantar o fenômeno da bitributação, há que se levantar os valores da Receita de Revenda de Mercadorias que dizem respeito aos produtos sujeitos a substituição tributária, pois sobre as mesmas não poderão recair quaisquer percentuais a título de ICMS, pois os mesmos já foram pagos no momento de aquisição.

Nesse passo, ressalta-se que, acolhido o presente recurso, cabe à Fiscalização mencionar os valores levantados a título de diferenças e também especificar as diferenças dos valores sujeitos a substituição tributária.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referências a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

No que concerne ao pedido conclui que:

III — A CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, e forte nas razões expendidas, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer a recorrente que seja dado provimento ao presente recurso para o fim de reformar a decisão recorrida, de modo a cancelando-se o débito fiscal reclamado; e que seja concedido à contribuinte a oportunidade de fazer as demonstrações escriturais-fiscais pertinentes ao enquadramento contábil previsto na legislação.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Tempestividade

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

Nulidade do Ato Declaratório Executivo e da Decisão de Primeira Instância

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos por violação de preceitos constitucionais.

O Ato Declaratório Executivo foi lavrado por servidor competente que verificando a ocorrência da causa legal emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente, inclusive com base no princípio da persuasão racional previsto no art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. A Recorrente foi regularmente cientificada. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa para caracterizar a nulidade dos atos administrativos. Ademais os atos administrativos estão motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos decidam recursos administrativos.

O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício, que foi regularmente analisado pela autoridade de primeira instância (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 6º da Lei nº 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

As autoridades fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição Federal).

Ainda sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão em Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791292/PE, que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, de acordo com o art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015:

O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame

pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Neste sentido, devem ser enfrentados “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489 do Código de Processo Civil). Por conseguinte, o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. Assim, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado.

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. A proposição afirmada pela Recorrente, desse modo, não pode ser ratificada.

Exclusão do Simples Nacional – Excesso de Receita Bruta

A Recorrente discorda do procedimento fiscal.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória é aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte. Elevado à condição de princípio constitucional da atividade econômica orienta os entes federados visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações tributárias (art. 170 e art. 179 da Constituição Federal).

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, que é gerido pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irretratável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. Na hipótese do início de atividade a opção é exercida nos termos legais. A optante deve efetivar o pagamento do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida.

A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade. Para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente (art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 e Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

A exclusão é feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes. Verificada a falta de comunicação de exclusão obrigatória no caso de incorrer em qualquer das situações de vedação ou em condutas incompatíveis o procedimento é efetivado de ofício

mediante emissão de ato próprio pela autoridade competente. A pessoa jurídica excluída do Simples Nacional sujeita-se, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas (art. 3º, art. 30, art. 31 e art. 32 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, prevê:

Art.3º—Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$360.000,00(trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016) Produção de efeito [01.01.2018] [...]

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

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.

Está registrado na Representação Fiscal, e-fls. 02-03:

Sr. Supervisor No curso dos trabalhos de fiscalização promovidos em face do contribuinte acima qualificado e albergados pelo MPF-F em referência, este AFRFB deparou-se com fatos que implicam na exclusão da empresa do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, pelo que formaliza a presente REPRESENTAÇÃO ao Sr. Delegado da Receita Federal do Brasil em Nova Iguaçu, pelas razões abaixo:

DOS FATOS

1º - A ação fiscal, decorrente do Mandado de Procedimento Fiscal em epígrafe, teve início com o Termo próprio lavrado em 31/10/2012, onde o contribuinte foi intimado a apresentar, em relação ao ano-calendário de 2010, os livros de escrituração obrigatória e a documentação contábil.

2º - Para este ano a empresa apresentou Declaração Anual do Simples Nacional (DASN), sob o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, receita bruta total de R\$2.387.450,13 (dois milhões, trezentos e oitenta e sete mil, quatrocentos e cinquenta reais e treze centavos).

3º - No entanto, no Livro Caixa, constatamos a escrituração de receita brutal total no valor de R\$24.022.312,35 (vinte e quatro milhões, vinte e dois mil, trezentos e doze reais e trinta e cinco centavos).

4º - Como consequência da diferença apurada entre a receita de declarada e a escriturada, será lavrado Auto de Infração, para exigência do crédito tributário devido, cujo processo administrativo tem o número 10735.722987/2013-39.

DA LEGISLAÇÃO

Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, art. 29, inciso I.

Resolução CGSN nº 4 de 30 de maio de 2007, art. 2º, inciso II.

Resolução CGSN nº 15 de 23 de julho de 2007, art. 6º, inciso II.

Assim sendo, formalizo a presente REPRESENTAÇÃO para que seja expedido, pelo Titular desta DRF-Nova Iguaçu, Ato Declaratório que promova a exclusão de ofício do SIMPLES NACIONAL da empresa ELEDUQUE MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA-ME, a partir de 01/01/2011.

Ressalte-se que todos os documentos constantes nos autos foram regularmente examinados com minudência, conforme a legislação de regência da matéria. Diferente do entendimento da Recorrente, os supostos fatos indicados na peça recursal não podem ser corroborados, nos termos do art. 145 e art. 147 do Código Tributário Nacional, bem como art. 15, art. 16 e art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, que estabelecem critérios de adoção do princípio da verdade material. O procedimento fiscal decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade tributária, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional).

Por conseguinte, o Ato Declaratório Executivo DRF/Nova Iguaçu/RJ nº 44, de 27.09.2013, com efeitos a partir de 01.01.2011, e-fl. 04, deve ser considerado correto, já que o ato está perfeito e contém todos os elementos que lhe conferem existência, validade e eficácia. Verifica-se que a matéria tratada no presente procedimento está afeta ao Direito Tributário e não ao Direito Penal. A exclusão do Simples Nacional dá-se de ofício mediante ato administrativo quando a pessoa jurídica optante ultrapassar o limite da receita bruta, circunstância esta evidenciada pelo acervo fático-probatório produzido no presente processo, e-fls. 02-37. A contestação aduzida pela Recorrente, por isso, não pode ser sancionada.

Efeito da Exclusão do Simples Nacional

A Recorrente discorda do efeito do procedimento fiscal.

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, prevê:

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos: [...]

V - na hipótese do inciso IV do **caput** do art. 30:

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

b) a partir de 1º 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 art. 3º. [...]

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

A exclusão do Simples Nacional produz efeito a partir 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, ou seja, 01.01.2011, quando a Recorrente fica sujeita às normas de

tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, nos termos expressamente contidos na legislação tributária. Esta consequência decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional).

Para fins argumentativos, cabe trazer a inteligência do Recurso Especial Repetitivo STJ nº 1124507/MG, que em relação ao Simples Federal assim se pronuncia:

O ato de exclusão de ofício, nas circunstâncias previstas pela lei como impeditivas de ingresso no sistema SIMPLES, em verdade, substitui obrigação do próprio contribuinte de comunicar ao fisco a superveniência de umas das situações excludentes.

De forma que, não o fazendo a pessoa jurídica contribuinte, é dado ao fisco o direito de proceder à exclusão por iniciativa própria, no momento em que detectar a ocorrência da situação excludente.

Por isso mesmo, por se tratar de situação excludente que já era de conhecimento do contribuinte, é que a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, permitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão.

De fato, no momento em que opta pela adesão ao sistema de recolhimento de tributos diferenciado, pressupõe-se que o contribuinte tenha conhecimento das situações que impedem sua adesão ou permanência nesse regime.

Assim, admitir-se que o ato de exclusão em razão da ocorrência de uma situação que poderia ter sido comunicada ao fisco pelo próprio contribuinte apenas produza efeitos após a notificação da pessoa jurídica seria permitir que ela se beneficie da própria torpeza, mormente porque em nosso ordenamento jurídico não se admite descumprir o comando legal com base em alegação de seu desconhecimento.

É nesse sentido, admitindo a possibilidade de conferir efeitos retroativos ao ato de exclusão do regime tributário SIMPLES, caso a Administração constate que a empresa optante não preenche os requisitos legais para a permanência no sistema, a reiterada jurisprudência desta Corte, conforme se depreende dos precedentes [...].

Logo, o Ato Declaratório Executivo DRF/Nova Iguaçu/RJ nº 44, de 27.09.2013, com efeitos a partir de 01.01.2011, e-fl. 04, deve ser mantido, em virtude de lei.

Declaração de Concordância

Consta no Acórdão da 2ª Turma DRJ/CGE/MS nº 04-40.389, de 23.03.2016, e-fls. 52-56, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015):

A contribuinte foi excluída do Simples Nacional com efeitos retroativos a 1º de janeiro de 2011, nos termos do Ato Declaratório Executivo nº 44, de 27/09/2013 da DRF/Nova Iguaçu/RJ (fls. 04). [...]

A contribuinte foi excluída do Simples Nacional porque foi apurado excesso de receitas no ano-calendário 2010, cujo montante foi de R\$ 24.022.312,35, conforme constatado no livro Caixa (v. Representação Fiscal, fls. 02).

A interessada argumentou, inicialmente, que já estava excluída automaticamente desde o mês seguinte à apuração do excesso em fevereiro de 2010 e acusou o Fisco de ter-lhe causado sérios prejuízos em considerar a exclusão retroativamente e não naquela época.

Ora, a legislação citada acima demonstra com clareza meridiana que naquela ocasião vigorava a Lei Complementar nº 123, de 2006, na redação original, que previa a exclusão da empresa de pequeno porte a partir do ano-calendário seguinte ao da constatação do excesso de receitas.

O § 9º foi alterado e acrescentado o § 9º-A por meio da Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011, conforme constou de sua impugnação (v. fls. 14).

Por outro lado, tendo ocorrido o excesso cabia à própria empresa promover a sua exclusão do sistema, vez que é ela que tem ciência dos fatos (excesso de receitas) no exato momento em que ocorrido. Só posteriormente, com a apresentação de declaração é que o Fisco toma conhecimento do total das receitas e promove a exclusão de ofício, consoante está claro na legislação acima citada.

Acresce, ainda, que se a própria achava que já estava automaticamente excluída do Simples Nacional a partir de março de 2010, deveria então ter adotado outro regime de tributação e não, agora, acusar o fisco de ter-lhe causado eventual prejuízo que, se houve, foi fruto de sua omissão.

Por essas razões, não houve qualquer cerceamento de defesa, pois a própria empresa sabia do excesso de suas receitas e, conhecedora da lei, vez que ninguém se escusa de cumpri-la alegando desconhecê-la, deveria ter adotado outro regime de tributação no ano subsequente.

Logo, não procede a argumentação da contribuinte a esse respeito e rejeito a preliminar arguida.

Quanto ao mérito propriamente dito, a defendente questionou a alocação das receitas pelo regime de substituição tributária, o que tem a ver com a tributação da omissão de receitas em outro processo, impertinente ao objeto deste processo de exclusão.

Na verdade, a contribuinte não contestou expressamente a ocorrência do excesso de receitas em relação ao limite legal [...].

Tanto assim, que no petítório final de sua impugnação limitou-se a pedir a anulação do auto de infração e cancelamento do débito lançado, que tem a ver com o processo de autuação, tendo englobado suas parcas razões em peça única.

Assim sendo, o Acórdão da 2ª Turma DRJ/CGE/MS nº 04-40.389, de 23.03.2016, e-fls. 52-56, está perfeitamente motivado de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária.

Responsabilidade por Infrações

Tem-se que “a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato” (art. 136 do Código Tributário Nacional). Ressalte-se que a “atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional” (art. 142 do Código Tributário Nacional). Ademais, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (art. 3º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942).

Jurisprudência e Doutrina

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso (art. 100 do Código Tributário Nacional).

Inconstitucionalidade de Lei

Atinente aos princípios constitucionais, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que 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 (art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF nº 2).

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este procedimento está de acordo com o princípio da legalidade ao qual o agente público está vinculado em razão da obrigatoriedade da aplicação da lei de ofício. Trata-se de poder-dever funcional irrenunciável vinculado à norma jurídica, cuja atuação está direcionada ao cumprimentos das determinações constantes no ordenamento jurídico. Como corolário encontra-se o princípio da indisponibilidade que decorre da supremacia do interesse público no que tange aos direitos fundamentais (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015).

Dispositivo

Em assim sucedendo, voto em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva