



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

Processo nº 19515.001795/2005-14
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº **1802-00.897 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 25 de maio de 2011
Matéria SIMPLES
Recorrente LAICÃO COMÉRCIO DE ARTIGOS PARA ANIMAIS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano - calendário: 2004

Ementa: OPÇÃO PELO SIMPLES. COMPROVAÇÃO DO IMPEDIMENTO LEGAL.

Havendo nos autos prova de que a pessoa jurídica tenha ultrapassado o limite legal da receita bruta em 31/12/2003 torna-se cabível a sua exclusão do Simples a partir do o ano calendário subsequente, ou seja, 01/01/2004, por restar configurado o impedimento legal de que trata o inciso II do artigo 9º da Lei nº 9.317/96.

EXAME DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI - MATÉRIA SUMULADA. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (*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, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins De Sousa – Presidente e Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José De Oliveira Ferraz Corrêa, Marco Antonio Nunes Castilho, Nelso Kichel, André Almeida Blanco e Marcelo de Assis Guerra.

Relatório

Por economia processual e bem descrever a lide adoto o Relatório da decisão recorrida (fls.57/60) que a seguir transcrevo:

Trata o presente processo, formalizado em 10/06/2005 pela Delegacia da Receita Federal de Fiscalização em São Paulo, de exclusão da contribuinte do Simples.

2. Relata o Auditor Fiscal da Receita Federal autor do procedimento, em despacho exarado em 09/06/2005, que no curso do procedimento fiscal instaurado contra a contribuinte foi constatado, conforme "Demonstrativo de Apuração da Receita Bruta" (fl. 2), que a fiscalizada, enquadrada na condição de empresa de pequeno porte no Simples, auferiu, no ano-calendário 2003, receita bruta excedente ao limite estabelecido para permanecer no regime em questão, no valor de R\$ 1.988.927,71, sendo cabível sua exclusão da sistemática simplificada com efeitos retroativos a partir de 01/01/2004, com fulcro no art. 14, inciso I, e 15, inciso IV, da Lei nº 9.317, de 05/12/1996 (fls. 2 e 3).

3. A Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo emitiu o Ato Declaratório Executivo Dicat/Derat/SPO nº 26, em 06/07/2005, para excluir a autuada do Simples com efeitos retroativos a partir de 01/01/2004 (fl. 5).

*4. A exclusão foi fundamentada nos artigos 9º, inciso II, 12, 14, inciso I, e 15, inciso IV, da Lei nº 9.317, de 05/12/1996; art. 6º da Lei nº 9.779, de 19/01/1999; artigos 20, inciso II, 21, 23, inciso I, **24, inciso IV e parágrafo único, da Instrução Normativa SRF nº 355, de 29/08/2003.***

5. Consignou-se, ainda, no art. 2º do ADE em, comento, que a exclusão surtirá os efeitos previstos nos artigos 15 e 16 da , Lei nº 9.317/1996, e suas alterações posteriores.

6. Cientificada do ADE em 21/07/2005 (fl. 5- verso), a interessada apresentou manifestação de inconformidade, com razões á fls. 6 a 18 e anexos às fls.

19 a 31. Alega, em síntese, que:

6.1. Preliminarmente, registre-se a tempestividade do presente contraditório.

6.2. A defendente não concorda com os efeitos retroativos do ato de exclusão tendo em vista que o ano-calendário 2004 já havia se encerrado quando da emissão do ADE, o mesmo tendo ocorrido com o prazo para entrega da Declaração' de Imposto de Renda Pessoa Jurídica para aquele ano-calendário. Assim,, os efeitos da exclusão devem se materializar a partir da ciência do ADE em comento.

Violação ao direito adquirido e ao princípio da irretroatividade.

6.3. De acordo com os artigos 5º, inciso XXXVI, e 150, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal de 1988, "os efeitos da legislação só poderão surtir após sua vigência, devendo ser respaldados os direitos já adquiridos dos cidadãos, de tal sorte que quaisquer outros atos também devem observar essa restrição constitucional".

6.4. Portanto, o direito pátrio veda que a legislação, assim como demais atos administrativos, dentre eles o ADE, tenham efeitos retroativos à data de sua emissão, em afronta aos direitos e fatos perfeitamente concluídos, como demonstra o caso que se discute.

6.5. O Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/1966), prevê em seu art. 103, inciso I, que os atos administrativos só entram em vigor e, por consequência surtem seus efeitos, após a data de sua publicidade.

6.6. O art. 146 do CTN determina que a modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução

6.17. O art. 105 do CTN registra que a legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início, mas não esteja completa nos termos do artigo 116.

Entretanto, necessário ressaltar que o ano-calendário 2004, atingido retroativamente pelo ADE emitido em julho de 2005, encontra-se encerrado, de modo a não se encontrar na esteira dos fatos pendentes.

6.8. Este é o entendimento de nossos tribunais em casos análogos, nos quais foi reconhecida a impossibilidade de retroação dos efeitos da exclusão da Simples (transcreve ementas de julgados do Tribunal Regional Federal da/ Primeira Região à fl.10).

Violação ao princípio da hierarquia das normas.

6.9. Os efeitos retroativos do ADE foram determinados pela autoridade fiscal com base no art. 15, inciso IV, da Lei nº 9.317/1996, e no art. 24, inciso IV da IN SRF nº 355/2003, em total afronta a dispositivos de Lei de categoria normativa superiores, desrespeitando, assim, o princípio da hierarquia das normas, ainda mais porque o Código Tributário Nacional tem caráter de Lei Complementar, ante sua recepção pela CF/1988.

6.10. Assim, é de se imaginar que se as Leis emanadas do Poder Legislativo devem obedecer a uma hierarquia, não há que prevalecer uma Instrução Normativa editada pelo Secretário da Receita Federal, que visa apenas interpretar uma Lei, patentemente violadora das normas hierarquicamente superiores, quais sejam a CF/1988 e o CTN, este último com

eficácia de Lei Complementar (transcreve doutrina e ementas de julgados do Superior Tribunal de Justiça às fls. 13 e 14, em apoio à sua tese de que o CTN, aprovado pela Lei nº 5.172/1966, tem natureza de Lei Complementar).

i 6.11. Desta forma, é inegável o caráter de Lei Complementar do CTN, de modo que a Lei nº 9.317/1996 e a IN SRF nº 355/2003 não podem contrariar a irretroatividade nele prevista.

6.12. Assevere-se que se extraiu direitos intocáveis da defendente, eis que no ano-calendário de 2004 a empresa . estava inscrita no Simples e procedeu ao recolhimento dos tributos devidos em conformidade com a legislação pertinente.

Violação ao princípio da isonomia.

6.13. A Lei nº 9.317/1996 viola por completo o princípio da isonomia tributária abrigado no art. 150, inciso II, da CF/1988, que proíbe o legislador tributário de instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

6.14. Isto porque o art. 15 da Lei nº 9.317/1996 estabelece "formas alternativas" para os efeitos da exclusão de contribuintes do Simples.

6.15. No caso que se discute, como a exclusão da contribuinte ocorreu por suposta extrapolação do limite de receita bruta permitido para permanência no Simples, o comando da legislação prevê que a exclusão surta efeito a partir do ano-calendário subsequente à ocorrência deste fato.

*6.16. Por outro lado, acaso a recorrente tivesse sido excluída do regime simplificado nas hipóteses previstas no art. 9º, incisos XV e XVI, da Lei nº 9.317/1996, a exclusão surtiria efeitos a partir do ano-calendário subsequente ao, ciência do ADE, nos termos do art. 15, inciso VI, da **mesma Lei, com a redação dada pela Medida Provisória nº 252, de 15/06/2005.***

6.17. Nesta seara, visando averiguar afronta ao princípio constitucional da isonomia, devemos indagar se os diferentes motivos ensejadores da exclusão são fatores capazes de efetivamente diferenciar as pessoas, o que de fato, ocorreu no caso em comento.

6.18. Também deve-se analisar se os referidos critérios eleitos pelo legislador possuem correlação lógica e justificável com o tratamento jurídico diverso entre tais pessoas, dispostas pela mesma norma que, neste caso, confere a um contribuinte o direito de se beneficiar do Simples até o ano-calendário subsequente ao da ciência do ADE, e a outro, como a defendente, suprime todo o seu direito em relação a um fato jurídico perfeito e acabado, ao retroagir seus efeitos para um ano-calendário "completamente encerrado".

6.19. A Lei nº 9.317/1996 não poderia, jamais, veicular normas diferentes para cada contribuinte, tendo em vista que as microempresas e empresas de pequeno porte são iguais entre si, não podendo ser tratadas de forma desigual:

Conclusão.

6.20. À vista de todo exposto, demonstrada a abusividade do ADE no tocante aos seus efeitos, em razão de estar pautado em Lei e Instrução Normativa que contradizem normas hierarquicamente superiores e violam os princípios da irretroatividade e da isonomia, requer que seja acolhida a presente defesa, para o fim de determinar que a exclusão da recorrente do Simples se opere tão somente a partir da ciência do ato de exclusão em comento, a qual ocorreu em 20/07/2005, afastando-se por completo sua retroatividade para o ano-calendário de 2004.

A 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ/São Paulo/SPOI), decidiu pelo indeferimento da solicitação do Contribuinte mediante o Acórdão nº 16-20.714, de 12/03/2009 (fls.56/64), assim ementado:

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

Ano-calendário: 2004

RECEITA BRUTA. ULTRAPASSAGEM DO LIMITE LEGAL. EXCLUSÃO. - Constatado que a receita bruta, no ano-calendário de 2003, ultrapassou o limite legal, é cabível a exclusão da sistemática do Simples, com efeitos a partir de 01/01/2004.

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN) - APLICAÇÃO DA LEI A ATO OU FATO PRETÉRITO. DISCUSSÃO IMPERTINENTE.

Incabível a discussão acerca da data de vigência do ato administrativo, da aplicação da legislação a fatos geradores futuros ou pendentes e da alteração em critério jurídico adotado na atividade de lançamento, nos termos dos artigos 103, 105 e 146 do CTN, posto que os termos retroativos da exclusão discutida nos autos estão fundamentados em Lei que autoriza a sua aplicação.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS OU JUDICIAIS.

A eficácia de decisões administrativas ou judiciais alcança apenas aqueles que originalmente figuraram na contenda

PRINCÍPIO DA ISONOMIA. APLICABILIDADE.

O princípio da isonomia tributária tem como finalidade assegurar a igualdade entre os sujeitos passivos da obrigação tributária que se encontrem em situações equivalentes, vedando distinção de qualquer natureza. Não há que se exigir a sua aplicação para empresas que se encontram em situação distinta.

A empresa foi cientificada da decisão acima, conforme o Aviso de Recebimento (AR, fl.68), de 28/01/2010 (5ª.feira), e, interpôs o recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes

atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, em 01/03/2010 (2ª feira), fls.69/82, com os mesmos argumentos apresentados na manifestação de inconformidade em sede de primeira instância, acima relatados, portanto, desnecessário repeti-los.

Finalmente requer que a exclusão do **SIMPLES** se opere tão somente a partir da ciência do **ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DICAT/DERAT/SPO Nº 26, de 06 de julho de 2005**, a qual se deu no dia 20 de julho e 2005, afastando-se por completo sua retroatividade para o ano calendário de 2004.

É o relatório.

Voto

Conselheira Relatora Ester Marques Lins De Sousa

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72, dele conheço.

Verifica-se da Representação Fiscal, fl.02, que foi constatado, conforme o "Demonstrativo de Apuração da Receita Bruta Total" (receita declarada e/ou adicional apurada pela fiscalização), que a recorrente enquadrada na condição de empresa de pequeno porte, auferiu, no decorrer do ano calendário de 2003, receita bruta excedente ao limite estabelecido para ingressar no Simples no valor de R\$ 1.988.927,71.

Conforme relatado, tanto na manifestação de inconformidade apresentada em sede de primeira instância, quanto na peça recursal, o contribuinte se insurge contra a retroatividade dos efeitos do Ato Declaratório Executivo nº 26, de 06, de 2005, para o ano calendário de 2004.

A Recorrente não nega que tenha auferido, no ano-calendário 2003, receita bruta excedente ao limite estabelecido para permanecer no regime do Simples, no valor de R\$ 1.988.927,71, portanto, ultrapassado o limite legal de R\$ 1.200.000,00, e que, incorreu na vedação à opção pelo Simples, disposta no inciso II do artigo 9º da Lei nº 9.317/96. No entanto, discorda que os efeitos da exclusão possam retroagir ao ano calendário de 2004 mas, tão somente a partir, da ciência do **ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DICAT/DERAT/SPO Nº 26, de 06 de julho de 2005**, a qual se deu no dia 20 de julho de 2005, no que afastaria por completo sua retroatividade para o ano calendário de 2004.

É inegável que a recorrente auferiu, no ano calendário 2003, receita bruta excedente ao limite estabelecido em lei para permanecer no regime em questão, no valor de R\$ 1.200.000,00 sendo cabível sua exclusão da sistemática simplificada com efeitos retroativos a partir de 01/01/2004, com fulcro na Lei nº 9.317, de 05/12/1996, que assim dispõe:

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

(...)

~~*II — na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$720.000,00 (setecentos e vinte mil reais);*~~

~~*II — na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais); (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.189-49, de 2001) (Vide Medida Provisória nº 275, de 2005)*~~

II - na condição de empresa de pequeno porte que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006)

(...)

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

I - a partir do ano-calendário subsequente, na hipótese de que trata o inciso I do art. 13;

~~*II - a partir do mês subsequente ao em que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XVIII do art. 9º;*~~

~~*II - a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão, ainda que de ofício, em virtude de constatação de situação excludente prevista nos incisos III a XVIII do art. 9º; (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998) (Vide Lei nº 10.925, de 2004)*~~

II - a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - a partir do início de atividade da pessoa jurídica, sujeitando-a ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos impostos e contribuições, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência, acrescidos, apenas, de juros de mora quando efetuado antes do início de procedimento de ofício, na hipótese do inciso II, "b", do art. 13;

IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;

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

VI - a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência do ato declaratório de exclusão, nos casos dos incisos XV e XVI do caput do art. 9º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

(Destaquei)

Desse modo, ainda, que constatada a situação excludente, prevista no inciso IV do artigo 9º, referente ao ano calendário de 2003, e, expedido o Ato Declaratório somente em 2005, os efeitos da exclusão retroagem ao tempo em que incorrida tal situação excludente, surtindo os efeitos a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido na Lei 9.317/96, vigente à época do fato gerador da exclusão.

Aduz a Recorrente que o procedimento de exclusão fere o direito adquirido e o princípio da anterioridade, na medida em que se determinou fossem os efeitos do ADE de exclusão do **SIMPLES** retroativos ao ano calendário já encerrado de 2004.

Trata-se pois, de respeito ao princípio da legalidade, pois, de acordo com o inciso IV do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, a exclusão do SIMPLES na condição de que trata o presente processo (**inciso II do caput do art. 9º da Lei 9.317/96**) tem efeito retroativo a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, ou seja, a partir

de 01/01/2004, e, não a partir de 20 de julho e 2005, data da ciência do Ato Declaratório como pretende a recorrente.

Assim, ultrapassado o limite em 2003, indubitavelmente a exclusão dar-se-á em 01/01/2004.

Insiste a Recorrente que o art. 15 da Lei 9.317/96 padece de inconstitucionalidade, pois, retroagindo o Ato Declaratório de exclusão do Simples, cientificado ao contribuinte em 2005, fere o princípio da irretroatividade da lei tributária, previsto no art. 150, inciso III, alínea "a", bem como contradiz normas, hierarquicamente superiores e viola o princípio da isonomia.

No que tange a alegada ofensa da lei à carta constitucional, não cabe aos órgãos do Poder Executivo deixar de aplicar a lei dita ofensiva, encontrando óbice, inclusive, na Súmula nº 2 deste E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, consolidada no Anexo III da Portaria nº 106 de 21/12/2009, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 22/12/2009, *verbis*:

Súmula CARF N.º 2 O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Diante do exposto, voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins De Sousa