



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10840.003001/2004-18
Recurso nº : 136.625
Sessão de : 06 de dezembro de 2007
Recorrente : SERV TEC LOCAÇÃO, COMÉRCIO E SERVIÇOS DE
EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA.
Recorrida : DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP

R E S O L U Ç Ã O Nº 303-01.394

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência nos termos do voto do relator.



ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente



SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Nanci Gama, Nilton Luiz Bartoli, Marciel Eder Costa, Luis Marcelo Guerra de Castro, Tarásio Campelo Borges e Zenaldo Loibman.

Processo nº : 10840.003001/2004-18
Resolução nº : 303-01.394

RELATÓRIO

O contribuinte ora recorrente, mediante Ato Declaratório Executivo DRF/RPO nº 580.462, de 02 de agosto de 2004, de fl. 35, de emissão do Delegado da Receita Federal em Ribeirão Preto, foi excluída a partir de 01/01/2003 do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), ao qual havia anteriormente optado, na forma da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e alterações posteriores.

Consta do ato declaratório como motivo da exclusão: *“sócio ou titular participa de outra empresa com mais de 10% e a receita bruta global no ano-calendário de 2002 ultrapassou o limite legal”*.

Cientificada da exclusão, a interessada ingressou com a manifestação de inconformidade de fls. 01/19, firmada por advogados constituídos pela procuração de fl. 20, onde, alega em síntese o seguinte:

Argüi ofensa ao art. 179 da Constituição Federal, combinado com o art. 47, § 1º do ADCT, cujo tratamento jurídico-tributário, admite como critério de discriminação o econômico, e que em momento algum o legislador constituinte permitiu, implícita ou explicitamente a discriminação de tais categorias pelo critério da atividade, percentual de capital social dentre outras, que não traz nenhum elemento de identificação do “porte” empresarial.

Questiona, também, a retroatividade da data de exclusão, em obediência aos princípios da irretroatividade, da segurança jurídica e dos princípios norteadores da administração pública.

Finalmente, assevera que o contribuinte preenche todos os requisitos para opção pela Sistemática, ou seja, cumpre a finalidade da norma que instituiu o SIMPLES.

A DRF de Julgamento de Ribeirão Preto – SP, através do Acórdão nº 14-12.428 de 24/04/2006 julgou indeferida a solicitação da requerente, de conformidade com o a seguir transcrito, omitindo-se apenas algumas transcrições de alguns textos legais:

“A manifestação de inconformidade atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. Dela conheço.

No tocante as argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade necessário delimitar a competência deste julgador administrativo.

O julgador administrativo deve observar o disposto no art. 116, III, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, bem assim o

entendimento da Secretaria da Receita Federal (SRF) expresso em atos tributários e aduaneiros, conforme dispõe a Portaria MF nº 258, de 24 de agosto de 2001. Não lhe cabe questionar a legalidade ou constitucionalidade do comando legal.

Nesse contexto, a autoridade administrativa, por força de sua vinculação ao texto da norma legal, e ao entendimento que a ele dá o Poder Executivo, deve limitar-se a aplicá-la, sem emitir qualquer juízo de valor acerca da sua constitucionalidade ou outros aspectos de sua validade. Essa vinculação somente deixa de prevalecer quando a norma em discussão já tiver sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, ou no difuso, neste caso a partir do momento e na hipótese de produzir efeitos *erga omnes* (na ocorrência de qualquer das situações previstas no ordenamento jurídico).

Assim, antes de qualquer exame, deve-se rejeitar, em sede administrativa, as alegações trazidas pelo impugnante de inconstitucionalidades de leis, pelas razões já explicitadas.

À luz desse disciplinamento apreciarei a impugnação interposta pela contribuinte.

O sistema integrado de pagamentos de tributos e contribuições das microempresas e das empresas de pequeno porte foi instituído pela Lei nº 9.317 de 1996. No art. 2º da citada lei, com a redação dada pela Lei nº 9.732 de 11 de dezembro de 1998, art. 3º, determina as condições para enquadramento na condição de micro empresa ou empresa de pequeno porte.

O art. 13 também da Lei nº 9.317 de 1996, abaixo transcrito, determina que a pessoa jurídica deve efetuar a comunicação de sua exclusão sempre que estiver dentro de uma das situações previstas no art. 9º. (Transcreveu).

No art. 14, abaixo transcrito, esta prevista a exclusão de ofício quando a pessoa jurídica não procede à comunicação prevista no art. 13.

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

I – exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

Conforme se depreende do relatório, a exclusão da empresa do Simples se deu de ofício em virtude de um dos sócios (Ademir Benedito Domingues), ter participação do capital social de uma outra empresa(CNPJ 00.238.837/0001-73) e a receita bruta global ter superado, em 2002, o limite estabelecido pelo art. 2º, II, da Lei nº 9.317, de 1996.

Processo nº : 10840.003001/2004-18
Resolução nº : 303-01.394

Ultrapassado o limite da receita global, nas condições estabelecidas no art. 9º, IX, da Lei nº 9.317 de 1996, ocorre hipótese legal de vedação ao Simples, não importando em que mês do ano ocorreu a violação, uma vez que, o limite é anual.

Assim, estando provado que o sócio tinha participação em duas empresas, no ano-calendário de 2002, tendo o limite global de receita ultrapassado, resta caracterizada a hipótese de exclusão prevista no art. 9º, IX, da lei nº 9.317 de 1996.

Quanto ao momento (efeito) em que se considera a empresa excluída do Simples, a Lei nº 9317 de 1996 já determinava o seguinte (transcreveu).

Diante do exposto, voto pelo indeferimento da solicitação, ficando mantida a exclusão procedida de ofício. Sala das Sessões, em 24 de abril de 2006.”

Irresignada, com essa decisão, a empresa intentou Recurso Voluntário a este Egrégio Conselho de Contribuintes, com a guarda do prazo legal, reiterando praticamente, na íntegra, todo o arrazoadado apresentado em primeira instância, pugnando principalmente pelo fato de que a sua “exclusão do SIMPLES está calcada na premissa de que o titular participa de outra empresa com mais de 10% e a receita bruta global no ano calendário de 2002 ultrapassou o limite legal”, e que parte dessa “premissa é equivocada”, assim, a requerente “possui o direito de permanecer na sistemática do Simples”.

Em sede de preliminar, insiste quanto aos aspectos de ofensa ao Art. 179 da Constituição Federal, ao que seria “Ofensa ao Princípio da Isonomia”, e quanto a “Impossibilidade de Retroação dos Efeitos da Opção ao SIMPLES”.

Por fim, solicita o reconhecimento da ilegalidade do ato de exclusão, reformando a decisão para julgar improcedente o ato de sua exclusão.

É o relatório.



VOTO

Conselheiro SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA, Relator

O Recurso é tempestivo pois cientificada, através da Comunicação SACAT /765/2006, a tomar conhecimento da decisão de primeira instância via AR ECT onde foi oficializado em 18 de julho de 2006, doc. às fls. 45 e 46, apresentou suas razões recursais em arrazoado postado na ECT, com AR em 08 de agosto de 2006, fls. 47 a 68, estando revestido das formalidades legais para sua admissibilidade, bem como, é matéria de apreciação no âmbito deste Terceiro Conselho de Contribuintes, portanto, dele tomo conhecimento.

A controvérsia trazida aos autos cinge-se, preliminarmente, às questões de ordem constitucional e de legalidade das normas jurídicas incidentes.

Tal aduzir não deve prosperar uma vez que as matérias argüidas pela recorrente não cabem ser apreciado nesta instância administrativa, por não ser este o foro adequado para enfrentar inconstitucionalidades ou ilegalidades das leis em pleno vigor no mundo jurídico, pois o controle da constitucionalidade das leis é de competência exclusiva do poder judiciário, e no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

Outrossim, quanto a pretensa “IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO DOS EFEITOS DA OPÇÃO DO SIMPLES”, não assiste qualquer razão a recorrente, primeiramente por que, se a legislação vigente permite que o contribuinte faça a opção sem a prévia manifestação do Fisco, não impede a sua apreciação posterior, quanto a legalidade daquele ato, por parte da Receita Federal, com vistas a verificação da regularidade da opção. Portanto, quando o Fisco apura que a empresa optou indevidamente pelo regime do SIMPLES, não somente pode, como é dever excluí-la de tal sistemática, isto no momento de sua apreciação, a partir da data do ato ilegal, quando comunicará o fato ao contribuinte da irregularidade cometida, que é exatamente o ato de exclusão. A legislação competente em vigor, concede autorização legislativa para que a exclusão se possa dar com efeitos retroativos à data da situação excludente. No tocante à alegação da contribuinte de que sua exclusão não poderia ser retroativa, é de se registrar que o fato de a contribuinte ter efetuado opção, sem que houvesse manifestação do Fisco já naquele momento, não impede a apreciação posterior da legalidade daquele ato, haja vista que essa opção é faculdade da própria contribuinte, que a exerce se e quando o quiser, sujeitando-se, apenas, à fiscalização posterior da Receita Federal, tendente a verificar a regularidade da opção, uma vez que somente os contribuintes que atendam às condições previstas na lei podem exercer esse direito. Portanto, quando o Fisco apura que a empresa optou indevidamente pelo regime simplificado pode, e deve, excluí-lo de tal sistemática. 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.

Processo nº : 10840.003001/2004-18
Resolução nº : 303-01.394

A legislação compete, corrobora os efeitos da exclusão da sistemática do Simples, com data retroativa já que o art. 73, da Medida Provisória nº 2158-34, de 27/07/2001, convalidada pela MP 2.158/35, de 24/08/2001, ainda vigente por força da Emenda Constitucional nº 32, alterou a redação do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, passando a haver autorização legislativa para que a exclusão se dê com efeitos retroativos à data da situação excludente.

Dessa forma, calcado nesse dispositivo legal, o art. 24 da Instrução Normativa SRF nº 250, de 2002, repetido pelo art. 24 da Instrução Normativa nº 355, de 2003, dispôs igualmente sobre os efeitos retroativos da exclusão do SIMPLES.

No mérito, verifica-se, que em todo o processo ora vergastado, não se contém qualquer documento e / ou informação, nem mesmo um mero extrato dos sistemas utilizados pela SRF, que pudesse demonstrar qual seria o faturamento das duas empresas (a recorrente e a outra de CNPJ 00 238 837/0001-73), que teriam ensejado a situação excludente.

Ora pois, um mero comunicado ao contribuinte no respectivo ADE de Exclusão, se limitando apenas a consignar que o CPF do sócio objeto da pretensa irregularidade e o CNPJ da empresa que teria ensejado ultrapassar o limite previsto em lei, sem qualquer comprovação, jamais poderá por si só, constituir o motivo para que haja infringência do art. 9º, IX, da Lei 9.317/96. É necessário demonstrar que “receitas globais” teriam sido auferidas, qual foram esses valores que possibilitaram ultrapassar o limite previsto no inciso II do art. 2º. Sem isso, inexistente infringência à pretensa legislação argüida como tendo sido incurso o recorrente em situação excludente.

Diante do exposto, dirijo meu Voto, no sentido de baixar o presente processo em diligência à repartição de origem para que a mesma efetue as seguintes providências a seu cargo:

1. Anexar ao processo ora em debate, a documentação oficial comprobatória das “receitas globais” que teriam sido auferidas pelas empresas no período referenciado e que possibilitaram ultrapassar o limite previsto no inciso II do art. 2º da Lei 9.317/96;

2. Facultar à recorrente oportunidade de manifestação, no prazo legal, quanto ao resultado da diligência e dar-lhe ciência da documentação anexada.

Após o que, providenciar o retorno dos autos para esta Câmara, a fim de ser dado prosseguimento, conforme o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

É como Voto.

Sala das Sessões, em 06 de dezembro de 2007.


SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA - Relator