

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

Processo nº 11070.002188/2004-55
Recurso nº 138.614 Voluntário
Acórdão nº 1103-00.059 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 3 de novembro de 2009
Matéria SIMPLES FEDERAL
Recorrente GRANJA AGRO SUINA CERROLARGUENSE LTDA.
Recorrida 2ª TURMA DA DRJ/SANTA MARIA

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

Ano-calendário: 2001

Ementa:

EXCLUSÃO DO SIMPLES – INÍCIO DOS EFEITOS

A tipificação da hipótese vedatória ao Simples se aperfeiçoou em 31/12/2001. A norma legal que prevê o aspecto temporal dos efeitos da exclusão é consectária e vinculada à norma vedatória ao Simples: é aplicável aquela norma legal (efeitos da exclusão) vigente ao tempo da incidência da norma vedatória ao Simples. Na conformidade da norma aplicável a esse tempo, a exclusão do Simples gera efeitos a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação vedatória ou excludente, ou seja, 1º/01/2002, e não a partir do mês subsequente ao ato que declara a exclusão – hipótese prevista em norma legal que fora revogada.

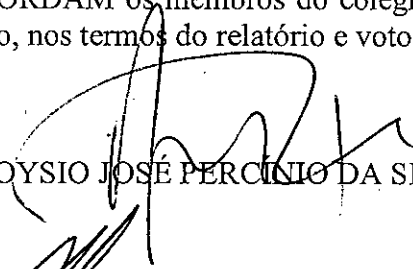
A este órgão julgador é defeso o reconhecimento de inconstitucionalidade de norma legal, mesmo *incidenter tantum*, ou deixar de aplicar a norma legal, conforme o Regimento Interno do CARF e a Súmula do 1º Conselho de Contribuintes nº 2.

REINCLUSÃO – ANOS-CALENDÁRIO DE 2004, 2005 E 2006

A inclusão ou reinclusão da contribuinte no Simples a partir do ano-calendário de 2004 representa interesse jurídico que não se põe como litigioso no presente feito. Enfrentar essa questão desbordaria os limites objetivos da lide, vale dizer, seria versar sobre fato ou questão não controversa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA - Presidente



MARCOS TAKATA – Relator

Editado em: 11 DEZ 2009

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Aloysio José Percínio da Silva (Presidente), Hugo Correia Sotero, Decio Lima Jardim, Marcos Shigueo Takata (Relator), José Sergio Gomes. Ausente, momentaneamente, o Conselheiro Eric Moraes de Castro e Silva.

Relatório

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

A recorrente foi excluída do Sistema Integrado de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES conforme Ato Declaratório Executivo DRF/SAO nº 543.388, de 2/08/2004, com efeitos a partir de 1º/01/2002, por possuir sócio ou titular que participa de outra empresa com mais de 10% e a receita bruta global no ano-calendário de 2001 ultrapassou o limite legal.

A recorrente tomou ciência da exclusão, em 14/09/2004, conforme consulta ao sistema eletrônico (fl. 11), apresentando sua manifestação de inconformidade em 11/10/2004 (fls. 01 e 02), argumentando, em síntese que:

a) a Lei 9.317/96 determina que os faturamentos das empresas devem ser somados para cálculo no enquadramento do SIMPLES quando os sócios participarem em duas empresas com mais de 10% em cada uma;

b) o sócio participa da empresa recorrente com apenas 4% das quotas, recebidas em doação, não possuindo nenhum cargo ou função dentro da empresa;

c) a exclusão do Simples estaria penalizando a empresa que tem o menor faturamento no período e da qual o sócio possui menor participação, em favorecimento de outra, com faturamento bem maior e responsável pelo excesso de faturamento, inclusive, por esse fato excluída do Simples já a partir do ano de 2002;

d) os efeitos retroativos da exclusão tornariam inviável a empresa e se concretizada sua exclusão pode determinar o encerramento de suas atividades; declara, ainda, que nunca tiveram a intenção de contrariar a legislação.

DA DECISÃO DA DRJ E DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Em 23/03/2007, acordaram a 2ª Turma de Julgamento da DRJ/STM, por unanimidade de votos, em indeferir a solicitação, com base nos argumentos abaixo sintetizados:

a) com fulcro nos arts. 2º, II, 3º e, IX, todos na IN SRF 355/03, não poderá optar pelo Simples a pessoa jurídica cujo titular ou sócio participe com mais de 10% do capital de outra empresa, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite estabelecido para as empresas de pequeno porte. Está claro que a pessoa jurídica a que se refere é aquela que tem o titular ou sócio, no presente caso a manifestante, que participa de outra empresa. Em nenhum momento está definido que o titular ou sócio deve ter uma participação no capital social da pessoa jurídica que pretende optar pelo Simples, acima de 10% (dez por cento);



b) Não merece reparos o despacho excluiu a manifestante do regime do Simples, com fundamento no art. 22, II, com os efeitos previstos no inciso II do parágrafo único do artigo 24, ambos da IN SRF 355/03;

Devidamente notificada em 16/04/2007, irresignada com a r. decisão, a recorrente interpôs recurso voluntário (fls. 25 a 36), em 16/05/2007, no qual argumenta, em síntese, que:

a) a Constituição Federal estatuiu tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte e que este deveria ser o norte seguido pela Lei 9.317/96, que instituiu o SIMPLES. Entretanto tal lei inseriu outras exigências que violariam a norma constitucional;

b) o faturamento global das empresas Móveis Schuster e Granja Agro Suína Cerrolarguense, de cujos quadros societários participa o sócio da recorrente, Afonso Wilson Schuster, somente ultrapassou o limite para enquadramento no Simples nos anos-calendário de 2001, 2002 e 2003;

c) o Ato Declaratório Executivo, que determinou a exclusão da recorrente no Simples foi prolatado em 2/08/2004 e dele se tomou ciência em 14/09/2004. No entanto, a autoridade administrativa pretende conferir efeitos ao ato, a partir de 1º/01/2002. O ato de exclusão da recorrente do Simples só pode irradiar efeitos a partir de sua prolação, ou seja, a partir de 2/08/2004, sob pena de manifesta ofensa ao princípio da irretroatividade;

d) Como no ano-calendário de 2004, 2005 e 2006 o valor global da receita bruta das duas pessoas jurídicas não ultrapassa o limite legal, a recorrente deve ser mantida no sistema.

DA DILIGÊNCIA

Em 16/10/2008, resolveu a 3ª Câmara do 3º Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, sob os argumentos abaixo sintetizados:

a) a recorrente alega que não incorreu na situação vedatória do Simples em discussão nos anos-calendário de 2004, 2005 e 2006. Se assim for, poderia a recorrente postular sua inclusão retroativa no Simples por procedimento próprio;

b) por motivo de economia processual, votou-se pela conversão do julgamento em diligência para que a unidade de origem proceda à juntada de documentos que comprovem as receitas brutas, nos anos-calendário de 2004 a 2006, das empresas Móveis Schuster Ltda. e Granja Agro Suína Cerrolarguense Ltda.

Cumprida a diligência com a juntada dos documentos solicitados (fls. 69 a 85), foi lavrado termo de ciência (fl. 86), sendo a recorrente cientificada em 20/02/2009. Em 23/03/2009, tendo em vista que não houve por parte da recorrente manifestação quanto aos documentos juntados aos autos, a diligência foi devidamente encaminhada à instância competente (fl. 98).

É o relatório.

Voto

Conselheiro MARCOS TAKATA, Relator

Como acentuado no relatório, o presente feito havia sido baixado em diligência, pela 3ª Câmara do 3º Conselho de Contribuintes, para que fossem juntados aos autos documentos que comprovassem as receitas brutas, nos anos-calendário de 2004, 2005 e 2006, da Móveis Schuster Ltda. e da recorrente, conforme o então nobre relator Conselheiro Celso Lopes Pereira Neto.

Com a criação e instalação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), a competência para julgamento da matéria foi deslocada para a 1ª Seção de Julgamento, recaindo para esta Turma da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF a apreciação do feito. Outrossim, após o relatório de diligência, os autos do presente processo me foram distribuídos como novo relator.

Emerge dos autos o reconhecimento pela própria recorrente de que ela tinha como sócio, no ano-calendário de 2001, pessoa natural (sr. Afonso Wilson Schuster) titular de participação societária em outra pessoa jurídica (Móveis Schuster Ltda.) em percentual superior a 10%, e que a receita bruta global (faturamento considerando ambas as pessoas jurídicas) no referido ano-calendário superara o limite legal então vigente, de R\$ 1.200.000,00¹ (fl. 33).

Reconhece a recorrente, inclusive, que o limite legal em questão fora superado, também, nos anos-calendários de 2002 e 2003. Acentua, contudo, que aquele limite não fora extravasado nos anos-calendários de 2004, 2005 e 2006 (neste último ano, já em vigor o novo limite legal de R\$ 2.400.000,00).

Como se viu no relatório, controverte a recorrente sobre o início dos efeitos da exclusão do Simples, cuja hipótese fora concretizada no ano-calendário de 2001: o ato de exclusão dispõe que se esta opera a partir de 1º/01/02, ao passo que a recorrente entende que tal efeito só se pode dar a partir da data da prolação do ato, que foi em 2/08/04.

Preceitua o art. 9º, IX, da Lei 9.317/96:

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

(...)

IX - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art. 2º;

O art. 15, II, da Lei 9.317/96, em sua redação original dispunha:

¹ Art. 2º, II, da Lei 9.317/96 com a redação dada pela Lei 9.732/98.



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;

O art. 15, II, da Lei 9.317/96 foi alterado pela Lei 9.732/98, passando a ostentar a seguinte dicção:

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 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)

Posteriormente, o art. 15, II, da Lei 9.317/96 sofreu nova alteração em 28/07/01 (data da publicação no DOU), mediante a Medida Provisória 2.158-34/01 (atual Medida Provisória 2.158-35/01), e passou a prever:

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 que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIX do art. 9º; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-34, de 27.07.2001)

Mais uma vez o art. 15, II, da Lei 9.317/96 teve sua redação alterada, agora pela Lei 11.196/05:

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 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)

Note-se que a situação de exclusão foi incorrida em 31/12/01, ou seja, o suporte fático da hipótese prevista no art. 9º, IX, da Lei 9.317/96 se aperfeiçoou, tornando-se fato jurídico-tributário, em 31/12/01.

Qual é a norma legal aplicável, quanto à regulação dos efeitos da exclusão?

É a norma legal vigente à época da incidência da norma legal de vedação (à opção). Sucede que a norma legal que prevê o aspecto temporal dos efeitos da exclusão por concreção da hipótese vedatória (à opção) é *consectária* a essa norma vedatória, ou seja, é *vinculada e consequente* à incidência da norma de vedação.

Pois bem. A norma legal que regula o aspecto temporal dos efeitos da exclusão vigente *ao tempo da concreção da hipótese vedatória* à opção (art. 9º, IX, da Lei 9.317/96) é o art. 15, II, da Lei 9.317/96 com a redação dada pela Medida Provisória 2.158-34/01:

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 que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIX do art. 9º; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-34, de 27.07.2001)

A recorrente invoca, em abono à sua interpretação, provimento de cautelar pela 4ª Turma do TRF da 1ª Região Fiscal, em sede de apelação e remessa oficial, com arrimo na irretroatividade.

Não nego que a interpretação pretendida possa merecer acolhida, em face dos princípios da confiança e da segurança jurídica. Particularmente, não entrevejo, na questão em jogo, ofensa ao princípio da irretroatividade², em face da incidência da norma vedatória à opção, que não se confunde com o momento em que se tem por declarada a tipificação daquela sucedendo os efeitos daí emergentes.

Por outro lado, importa lembrar que, neste foro judicante administrativo, é defesa a interpretação que afaste a aplicação de preceito legal ou com reconhecimento da inconstitucionalidade de preceito legal, ainda que de forma incidental. Isso, por força do art. 62, *caput*, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 256/09, que veda tal espécie de juízo ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, e conforme a Súmula do 1º CC nº 2:

Enunciado. *O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Noutro passo, insta ponderar que, para se extrair exegese contra a literalidade da norma legal, é forçoso admitir o reconhecimento da inconstitucionalidade de preceito legal, mesmo que *incidenter tantum* (de forma incidental), que, como já dito, é vedado a este órgão julgador.

² Que se presta para garantir o ato jurídico perfeito, e não o direito adquirido: a proteção deste se dá mediante o efeito pós-ativo de norma anterior, ou de sua ultratividade ou efeito diferido da norma anterior no dizer do mestre Orlando Gomes (cf. seu "Escritos Menores", pp. 97 a 111).

Nesse sentido, para se sufragar o entendimento da recorrente seria necessário exegese contra a literalidade da norma legal, o que é vedado a este órgão julgador. É nítida a expressão do preceito legal aplicável, ao dizer que os efeitos da exclusão se operam a partir do mês subsequente ao da concreção da situação excludente, máxime comparativamente à dicção do preceito legal em sua redação anterior, dada pela Lei 9.732/98, retrotranscrito.

Dáí que, pela aplicação do art. 15, II, da Lei 9.317/96 com a redação dada pela Medida Provisória 2.158-34/01, os efeitos da exclusão, no caso vertente, operam-se a partir de 1º/01/02, que é o mês subsequente ao do *aperfeiçoamento da hipótese de exclusão* do art. 9º, IX, da Lei 9.317/96 (31/12/01), como já visto.

Por outro lado, não vejo como se possa nesse juízo e nessa instância se promover a inclusão da recorrente no Simples a partir do ano-calendário de 2004. Não há dissídio em causa para tanto. O interesse jurídico da recorrente, que *não se põe como litigioso*, poderia ser levado a termo pela recorrente, mediante o procedimento próprio, com o requerimento de reinclusão retroativa no Simples.

Entendimento diverso, a meu ver, desbordaria os limites objetivos da lide, vale dizer, seria *versar sobre fato ou questão não controversa*. Se diverso senso, sob esse aspecto, era o do então relator da 3ª Câmara do 3º Conselho de Contribuintes, peço vênha para discordar.

Sob essa ordem de considerações e juízo, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 3 de novembro de 2009


MARCOS TAKATA