



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

Processo nº 11080.101218/2003-13
Recurso nº 201.754 Voluntário
Acórdão nº **1801-00.515 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 29 de março de 2011
Matéria SIMPLES
Recorrente UKA METALÚRGICA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2003

EFICÁCIA.

O arquivamento da alteração contratual no órgão competente se revela para todos os fins e efeitos de direito, passando a surtir regulares e jurídicos efeitos legais oponíveis *erga omnes*.

NOVOS ARGUMENTOS. PRECLUSÃO.

As novas alegações somente podem ser analisadas no caso de força maior, de ocorrência de fato ou a direito superveniente ou ainda para contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos, que ainda devem estar na fase instrutória e antes da tomada da decisão.

OPÇÃO. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO LEGAL.

Permitida a opção pelo Simples pela pessoa jurídica a partir do ano-calendário subsequente em que as causas da exclusão foram afastadas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos em dar provimento em parte ao recurso voluntário para admitir a permanência da pessoa jurídica no Simples a partir do ano-calendário de 2003, nos termos do voto da Relatora.

(documento assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Assinado digitalmente em 30/03/2011 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, 31/03/2011 por ANA DE BARROS FERNANDES

Autenticado digitalmente em 30/03/2011 por CARMEN FERREIRA SARAIVA
Emitido em 31/03/2011 pelo Ministério da Fazenda

Carmen Ferreira Saraiva - Relatora

Composição do Colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carmen Ferreira Saraiva, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Maria de Lourdes Ramirez, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo, André Lemes da Silva e Ana de Barros Fernandes.

Relatório

A Recorrente optante pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/POA/RS nº 453.261, de 07 de agosto de 2003, fl. 04, com efeitos a partir de 01/01/2002, com base nos fundamentos de fato e de direito indicados:

Data da opção pelo Simples: 01/01/1997

Situação excludente: (evento 311):

Descrição: sócio ou titular participa de outra empresa com mais de 10% e a receita bruta global no ano-calendário de 2001 ultrapassou o limite legal. CPF 029.279.500-91 CNPJ 88.001.409/0001-73

Data da ocorrência: 31/12/2001

Fundamentação legal: Lei nº 9.317, de 05/12/1996: art. 9º, IX; art. 12; art. 14, I; art. 15, II. Medida Provisória nº 2.158-34, de 27/07/2001: art. 73. Instrução Normativa SRF nº 250, de 26/11/2002: art. 20, IX; art. 21; art. 23, I; art. 24, II, c/c parágrafo único.

Cientificada, ela apresentou a manifestação de inconformidade, fls. 01/03, alegando resumidamente que o sócio Gregório Gabrijelcic, CPF 029.279.500-91, cedeu sua participação societária da pessoa jurídica Uka Melatúrgica Ltda em 2002.

Está registrado como resultado do Acórdão da 4ª TURMA/DRJ/POA/RS nº 10-13.156, de 29/08/2007, fls. 27/30: “Solicitação Indeferida”.

Restou ementado

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

Ano-calendário: 2001

SIMPLES - EXCLUSÃO. PARTICIPAÇÃO DE SÓCIO EM MAIS DE 10% DE OUTRA EMPRESA, ULTRAPASSADO O LIMITE GLOBAL DA RECEITA BRUTA. OBRIGATORIEDADE DE EXCLUSÃO.

A participação de sócio com mais de 10% em outra empresa, tendo a receita bruta ultrapassado o limite global estipulado pela lei, é causa impeditiva à opção

pelo SIMPLES. Ocorrendo quaisquer das hipóteses de vedação previstas na legislação de regência, a exclusão da sistemática do SIMPLES é obrigatória.

Notificada em 26/07/2008, fl. 36, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 25/08/2008, fls. 37/40, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge. Reitera seus argumentos apresentados na manifestação de inconformidade. Acrescenta a tese de defesa contra a retroatividade dos efeitos da exclusão. Diz que a demora na decisão lhe foi muito gravosa.

Tendo em vista o princípio da eventualidade, suscita

Caso esse Conselho julgar improcedente nosso pleito, reivindicamos nova inclusão a partir de 01/01/2003, uma vez que a partir dessa data já teríamos direito de ingressar novamente como EPP (Empresa de Pequeno Porte), a partir do ano-calendário de 2003 [...]

Indica a legislação que rege a matéria, princípios que alega foram violados ainda entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui

À vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer a recorrente seja acolhido o presente recurso para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal reclamado.

Termos em que,

Pede deferimento.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência. Assim, dele tomo conhecimento.

No que se refere às teses de defesa contra a retroatividade dos efeitos da exclusão e que a demora na decisão lhe foi muito gravosa apresentadas em sede recursal, o Decreto nº 70.235, de 07 de março de 1972, determina:

Art. 16. A impugnação mencionará:

[...]

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

[...]

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

[...]

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, prevê:

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

[...]

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

[...]

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

O direito processual trata do conjunto das normas reguladoras do exercício da função pública judicante, consagrando-se o valor do sobreprincípio do devido processo legal (incisos XXIV e LIV do artigo 5º da Constituição Federal). Em regra, o processo administrativo fiscal é um procedimento em que há indispensabilidade da prova pré-constituída. Vale esclarecer que o ônus da prova é a faculdade que tem a Recorrente de demonstrar a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida no âmbito administrativo. Neste sentido, a impugnação deve conter os motivos de fato e de direito e estar acompanhada de todas as provas referentes aos pontos de discordância nos quais a defesa se fundamenta e deve ser pré-questionada na primeira oportunidade, sob pena de preclusão. Excepcionalmente, no caso de força maior em que há obstáculo decorrente de fato imprevisível em face do qual a defesa não tem meios para removê-lo, a ocorrência de fato ou a direito superveniente ou ainda para contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos, a Recorrente pode apresentar novas provas. Deve-se atentar que este direcionamento normativo deve estar harmonizado com a garantia do direito do administrado de formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, podendo, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias. A fase instrutória consiste na realização de provas e oferecimento da defesa objetivando o preparo do processo para julgamento, com a apresentação de elementos de convicção visando convencer o julgador.

A jurisprudência administrativa versa sobre a questão no seguinte sentido (fonte:<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>, acesso em 28/12/2010):

*Nº Recurso 165814 Número do Processo 15521.000093/2007-45
Órgão Julgador Sexta Câmara/Primeiro Conselho de Contribuintes Contribuinte TECHBLAST LTDA Tipo do Recurso Recurso Voluntário - Provimento Parcial Por Unanimidade
Data da Sessão 18/12/2008 Relator(a) Giovanni Christian Nunes Campos Nº Acórdão 106-17218 Tributo / Matéria Decisão Por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para cancelar o lançamento do fato gerador fev/04 e reduzir os seguintes valores lançados para: i) ago/04, R\$ 2.761,69; set/04, R\$ 2453, 30; e dez/04, R\$ 3.572,26. Os Conselheiros Carlos Nogueira Nicácio (suplente convocado) e Gonçalo Bonet Allage votaram pelas conclusões quanto à manutenção da multa isolada. Ausentes, justificadamente, as Conselheiras Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti e Janaina Mesquita Lourenço de Souza.*

*Ementa Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF
Ano-calendário: 2004, 2005 MULTA ISOLADA EM*

DECORRÊNCIA DAS OMISSÕES E ALTERAÇÕES NA DCTF - PRECLUSÃO - MATÉRIA NÃO AGITADA NA IMPUGNAÇÃO - QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA - INEXISTÊNCIA - CONSUMAÇÃO - Não sendo matéria de ordem pública, a qual a autoridade julgadora poderia apreciá-la até de ofício, a ausência da instauração de controvérsia na impugnação tem o condão de fazer incidir os efeitos da preclusão administrativa sobre a matéria somente agitada no recurso voluntário, tornando o ponto incontroverso.

[...]

Nº Recurso 153329 Número do Processo 10940.002108/2002-41 Órgão Julgador Sexta Turma Especial/Quinta Câmara/Primeiro Conselho de Contribuintes Contribuinte FRANCISCO MERLOTTO Tipo do Recurso Recurso Voluntário - Provimento Parcial Por Unanimidade Data da Sessão 03/12/2008 Relator(a) Valéria Pestana Marques Nº Acórdão 196-00077 Tributo / Matéria IRF- que ã versem s/ exigência de cred. trib. (ex.:restit.)Decisão Por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir da base de cálculo do lançamento o valor de R\$ 8.150,78.

Ementa Assunto: Processo Administrativo Fiscal ANO-CALENDÁRIO: 1998 RECURSO VOLUNTÁRIO. FALTA DE PRE-QUESTIONAMENTO. MATÉRIA PRECLUSA. Questões não provocadas a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo por meio da apresentação da peça impugnativa inicial, e somente demandadas na petição de recurso, constituem matérias preclusas das quais não se toma conhecimento, por afronta o princípio do duplo grau de jurisdição a que está submetido o Processo Administrativo Fiscal.

No presente caso, a Recorrente apresenta novos argumentos nesta fase recursal. As questões novas trazidas aos autos que não são de ordem pública e por esta razão não prescindem da discussão prévia na decisão de primeira instância. As alegações somente em razões de recurso configuram inovação, já que nada foi mencionado na exordial, impossibilitando assim a apreciação de tais argumentos (art. 128 e art. 460 do Código de Processo Civil – CPC). Ademais há muito foi ultrapassada a fase instrutória do procedimento, e desde 26/07/2008, fl. 36, com a ciência do Acórdão da 4ª TURMA/DRJ/POA/RS nº 10-13.156, de 29/08/2007, fls. 27/30, a Recorrente não mais poderia juntar novas alegações para serem examinadas. Logo estas questões sobre a retroatividade dos efeitos da exclusão foram alcançadas pela preclusão.

A Recorrente discorda do procedimento de ofício e solicita que seja mantida no Simples a partir do ano-calendário de 2003.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte relativo aos impostos e às contribuições estabelecido em cumprimento ao que determina o disposto no art. 179 da Constituição Federal de 1988 pode ser usufruído desde que as condições legais sejam preenchidas.

A Lei nº 9.317, de 1996, fixa:

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 ;

Analisando as condições excludentes legais e cumulativas restou esclarecido que no ano-calendário de 2002:

- Gregório Gabrijelcic, CPF 029.279.500-91, participa com mais de 10% do capital social da pessoa jurídica, CNPJ 88.001.409/0001-73, conforme com as informações prestadas pela autoridade administrativa, fl. 04, e contra as quais a Recorrente não apresenta qualquer alegação;

- a receita bruta global de ambas as pessoas jurídicas ultrapassou no ano-calendário de 2001 o limite legal de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), de acordo com as informações prestadas pela autoridade administrativa, fl. 04, contra as quais a Recorrente não apresenta qualquer argumento.

A descrição da razão de fato indicada no ato de exclusão está demonstrada de forma inequívoca pelo implemento concomitante das condições legais de exclusão no ano-calendário de 2002.

Em relação aos anos-calendário de 2003 e seguintes, a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos, determina:

Art. 119. A existência legal das pessoas jurídicas só começa com o registro de seus atos constitutivos. (Renumerado do art. 120 pela Lei nº 6.216, de 1975).

A Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, que trata sobre o registro público da empresa mercantil, prevê:

Art. 1º O Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, subordinado às normas gerais prescritas nesta lei, será exercido em todo o território nacional, de forma sistêmica, por órgãos federais e estaduais, com as seguintes finalidades:

I - dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, submetidos a registro na forma desta lei;

[...]

Art. 32. O registro compreende:

I - a matrícula e seu cancelamento: dos leiloeiros, tradutores públicos e intérpretes comerciais, trapicheiros e administradores de armazéns-gerais;

II - O arquivamento:

a) dos documentos relativos à constituição, alteração, dissolução e extinção de firmas mercantis individuais, sociedades mercantis e cooperativas;

Consta na 2ª Alteração do Contrato Social, fls. 05/12, registrada na Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul em 27/02/2002:

1ª - São admitidas na sociedade as novas sócias VERUSKA GABRIJELCIC, brasileira, solteira, maior, psicóloga, residente domiciliada em Porto Alegre/RS., à Travessa Java, 136, apto. 201, portadora da carteira de identidade nº 2066632742, fornecida pela SSP/RS e inscrita no CPF.MF. sob nº 915.343.300-97 e MARIANA GABRIJELCIC brasileira, solteira, estudante universitária, menor púbere, neste ato assistida por seu pai PAOLO GREGÓRIO GABRIJELCIC, já qualificado no preâmbulo deste instrumento, residente e domiciliada em Porto Alegre/RS, à Travessa Java, 136, apto. 201, portadora da carteira de identidade 3079362814,, fornecida pela SSP/RS e inscrita no CPF.MF. sob nº 002.499.430-85.

Parágrafo Primeiro — As novas sócias admitidas no caput desta cláusula subscrevem neste ato, 60% (sessenta por cento) do capital da sociedade, valor de R\$ 0,43 (Quarenta e três centavos de real), cuja integralização efetuada através da cessão e transferência de parte das quotas do sócio PAOLO GREGÓRIO GABRIJELCIC, inclusive os direitos e obrigações.

Parágrafo Segundo — O sócio cedente, PAOLO GREGÓRIO GABRIJELCIC declara, haver recebido, neste ato, das novas sócias admitidas acima, a quantia de R\$ 0,43 (Quarenta e três centavos), em pagamento da cessão das quotas, nada mais tendo a reclamar seja à que título for, das cessionárias ou da sociedade, dando-lhes plena, geral e irrevogável quitação.

[...]

Parágrafo Quarto — O capital social em razão do ingresso de novos sócios e cessão e transferência de quotas ficará distribuído entre os sócios, da seguinte forma:

JOÃO CARLOS SKOBIN GABRIJELCIC	RS 0,28
VERUSKA GABRIJELCIC	RS 0,22
MARIANA GABRIJELCIC	RS 0,22
Total	R\$ 0,72

O arquivamento da alteração contratual no órgão competente se revela para todos os fins e efeitos de direito, passando a surtir regulares e jurídicos efeitos legais oponíveis *erga omnes*. Assim, desde 27/02/2002, com o registro da alteração contratual na Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul, este ato jurídico produziu todos os efeitos legais.

Estas informações constam nos registros internos da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, fl. 34 e nas Declarações Simplificadas da Pessoa Jurídica – Simples (DSPJ - Simples) dos anos-calendário de 2003 a 2007:

Nome	CPF	Participação no Capital Social
Mariana Gabrijelcic	002.499.430-85	30%
João Carlos Skobin Gabrijelcic	182.494.000-97	40%
Veruska Gabrijelcic	915.343.300-97	30%

Verifica-se que no ano-calendário de 2003 o sócio Gregório Gabrijelcic, CPF 029.279.500-91, não mais participava do capital da Recorrente. Ela pode ser mantida no Simples a partir de 01/01/2003, uma vez que a causa excludente foi afastada pela apresentação de provas. Assim, a exclusão deve ser mantida para o ano-calendário de 2002 e a partir do ano-calendário de 2003 há que mantê-lo na sistemática do Simples.

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

Em relação aos princípios constitucionais que a Recorrente aduz que supostamente foram violados, cabe transcrever o enunciado da Súmula CARF nº 2, que é de adoção obrigatória (art. 72 do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF), e que assim determina:

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

Logo, este argumento não pode prosperar.

Em face do exposto voto por dar provimento em parte ao recurso voluntário para manter a Recorrente no Simples a partir de 01/01/2003.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva