



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

Processo nº 13706.003044/2004-28
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1801-01.058 – 1ª Turma Especial
Sessão de 03 de julho de 2012
Matéria SIMPLES
Recorrente D73 RESTAURANTE LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2004

NULIDADE.

No caso de o enfrentamento das questões na peça de defesa denotar perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento e estando a decisão motivada de forma explícita, clara e congruente, não há que se falar em nulidade dos atos em litígio.

OPÇÃO. IMPEDIMENTO LEGAL.

Somente é vedada a opção pelo Simples pela pessoa jurídica, 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 legal.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. CIRCUNSTÂNCIA IMPEDITIVA.EFEITOS.

A norma trata o ato da exclusão do Simples como declaratório de uma circunstância impeditiva preexistente expressamente prevista em lei preexistente, permitindo a retroação de seus efeitos, independentemente se efetuado por comunicação da pessoa jurídica ou de ofício.

APLICAÇÃO DA LEI MATERIAL NO TEMPO.

A lei superveniente não alcança fatos ocorridos antes da sua eficácia, que se regem pela lei então vigente.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. DEVER FUNCIONAL.

No caso de a pessoa jurídica optante incorrer em hipótese legal de vedação e não comunicar espontaneamente o fato, há exclusão de ofício mediante emissão do ato pela autoridade competente, sob pena de responsabilidade funcional.

DOCTRINA JURISPRUDÊNCIA.

Somente devem ser observados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para os quais a lei atribua eficácia normativa.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento em parte ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora.

(documento assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Relatora

Composição do Colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carmen Ferreira Saraiva, Marcos Vinícius Barros Ottoni, Maria de Lourdes Ramirez, Guilherme Pollastri Gomes 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 DERAT/RJO nº 538.099, de 02 de agosto de 2004, fl. 03, com efeitos a partir de 01.01.2003, com base nos fundamentos de fato e de direito indicados:

Data da opção pelo Simples: 22/11/1999

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 2002 ultrapassou o limite legal. CPF 910.911.014-34, CNPJ 01.353.169/0001-98

Data da ocorrência: 31/12/2002

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 355, de 29/08/2003: art. 20, IX; art. 21; art. 23, I; art. 24, II, c/c parágrafo único.

A empresa manifestou-se contrariamente ao procedimento, apresentando a Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples – SRS, fl. 01, com pedido de revisão do ato em rito sumário, argumentando

A— O sócio João Rogério Silva de Farias, CPF 910.911.014-34, retirou-se da sociedade conforme primeira alteração do contrato social e o sócio que entrou na sociedade está em condições de manter a sociedade enquadrada no Simples.

B — A receita bruta da empresa no ano de 2002 atingiu o valor de R\$1.190.748,39, portanto abaixo do limite legal que é de R\$1.200.000,00.

Em conformidade com o Despacho Decisório, fl. 23, as informações relativas à opção pelo Simples foram analisadas das quais se pelo indeferimento do pedido.

Restou esclarecido que

Através das pesquisas CNPJ de fls.19/20 e IRPJ de fls.21/22, verificamos que o Sr. João Rogério Silva de Farias, CIC nº 910.911.014-34 participou, no ano-calendário de 2002, com mais de 10% do quadro societário das empresas D73 Restaurante Ltda e SD Restaurante Ltda, CNPJ 03.529.356/0001-05 e 01.353.169/0001-98, outrossim, a receita bruta global, nesse período, perfaz um total de R\$2.816.455,48, ultrapassando, assim, o limite legal.

Cientificada em 22.12.2009, fl. 24, a Recorrente apresentou a manifestação de inconformidade em 21.01.2010, fls. 27-47, com os argumentos abaixo sintetizados.

Em preliminar suscita a inexistência de modulação dos efeitos da decisão administrativa, que se limitou a indeferir o pedido de revisão do ato declaratório de exclusão sem delimitar seus efeitos. Revela que na referida decisão não foi examinado o seu argumento comprovado, qual seja, de que como o sócio João Rogério Silva de Farias retirou-se da sociedade, a causa da exclusão cessou a partir de 15.03.2004. Interpreta que desse modo que nos exercícios seguintes não remanesce qualquer impedimento à opção pelo Simples. Por este motivo afirma que a sua opção para o Simples Nacional foi deferida de plano em 2007.

Tece esclarecimentos sobre a necessidade de aplicação da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que lhe é mais favorável, nos termos do art. 105 e 106 do Código Tributário Nacional. Sustenta que a exclusão a partir do ano-calendário de 2005 deve ser objeto de novo ato de exclusão.

Argui que é necessária a aplicação do tratamento igualitário que à exclusão por existência de débitos, em que foi dada a oportunidade de correção da circunstância de exclusão.

Tendo em vista o princípio da eventualidade, suscita que caso não se entenda que a questão deva ser resolvida mediante aplicação do princípio da retroatividade da lei posterior mais benéfica, ou, sucessivamente, do princípio da igualdade de tratamento, postula que a autoridade administrativa de julgamento deve determinar modulação dos efeitos da exclusão de modo que a partir da data em que se retirou do quadro societário deve ser mantida no Simples.

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.

Conclui

Requer, pelos motivos expostos, a recorrente:

a) que se aplique ao caso em exame o princípio da retroatividade da lei posterior mais benéfica, de modo que seja reformada a decisão recorrida, para anular a exclusão da recorrente do regime tributário Simples;

b) subsidiariamente,

b. 1. caso não seja deferido o pedido constante no item (a), que se aplique ao caso em exame o princípio da igualdade de tratamento, para permitir a permanência da recorrente no regime Simples, considerando que antes mesmo da edição do Ato Declaratório da sua exclusão já fora corrigida a circunstância que consistiria fundamento para tal penalidade, com a retirada do sócio que participava do quadro societário de outra pessoa jurídica;

b.2. ainda que assim não se entenda, todavia, que ao menos sejam modulados os efeitos da decisão impugnada para, compatibilizando-a com as evidências já carreadas aos autos, limitar a exclusão da recorrente do regime tributário Simples até a data em que se deu a primeira alteração do contrato social (na qual foi excluído o sócio João Rogério Silva de Farias), nos termos dos precedentes do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda mencionados nesta impugnação.

Está registrado como resultado do Acórdão da 7ª TURMA/DRJ/RJO I/RJ nº 12-28.915, de 03.03.2010, fls. 70-82: “Manifestação de Inconformidade Improcedente”

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

Ano-calendário: 2003

Ementa: EXCLUSÃO - SIMPLES - Constatado que o sócio ou titular participa de outra empresa com mais de 10% do capital social e a receita bruta global no ano-calendário de 2002 ultrapassou o limite legal, correta a exclusão do contribuinte de tal regime simplificado a partir de 01/01/2003, vez que se encontra expressamente consignado na legislação como sendo impeditiva à opção.

Notificada em 19.03.2010, fl. 83-verso, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 15.04.2010, fl. 84-110, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge. Reitera os argumentos apresentados na manifestação de inconformidade, acrescentado que a decisão de primeira instância de julgamento é nula.

Conclui

Requer, pelos motivos expostos, a recorrente:

a) que se aplique ao caso em exame o princípio da retroatividade da lei posterior mais benéfica, de modo que seja reformada a decisão recorrida, para anular a exclusão da recorrente do regime tributário Simples;

b) subsidiariamente,

b. 1. caso não seja deferido o pedido constante no item (a), que se aplique ao caso em exame o princípio da igualdade de tratamento, para permitir a permanência da recorrente no regime Simples, considerando que antes mesmo da edição do Ato Declaratório de sua exclusão já fora corrigida a circunstância que consistiria

fundamento para tal penalidade, com a retirada do sócio que participava do quadro societário de outra pessoa jurídica;

b.2. ainda que assim não se entenda, todavia, que ao menos sejam modulados os efeitos da decisão impugnada para, compatibilizando-a com as evidências já carreadas aos autos, limitar a exclusão da recorrente do regime tributário Simples até a data em que se deu a primeira alteração do contrato social (na qual foi excluído o sócio João Rogério Silva de Farias), nos termos dos precedentes do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda mencionados nesta impugnação.

Fez sustentação oral pela Recorrente a Dra. Cristiane Alves dos Santos, OAB/RJ nº 162.717.

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.

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos.

O declaratório executivo foi lavrado por servidor competente que verificando a ocorrência da causa de vedação emitiu o ato revestido das formalidades legais, ou seja, com observância de todos os requisitos que lhe confere existência, validade e eficácia¹. A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente e da qual a pessoa jurídica foi regularmente cientificada. Os atos contêm todos os requisitos legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-los ou impugná-los nos prazos legais. As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos, em observância às garantias ao devido processo legal. O enfrentamento das questões nas peças de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício. A proposição afirmada pela defendente, desse modo, não tem cabimento.

A Recorrente menciona que lhe deveria ter sido aplicado tratamento isonômico a outras espécies de causas de exclusão.

A pessoa jurídica optante deve comunicar obrigatoriamente a sua exclusão à RFB, por meio de alteração cadastral no prazo previsto em lei, quando incorrer em hipótese legal de vedação. Verificada a falta de informação espontânea, há exclusão de ofício mediante emissão do termo de exclusão do Simples pela autoridade competente, sob pena de responsabilidade funcional, devendo ser observadas as determinações do processo

¹ Fundamentação legal: inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 142 do Código Tributário Nacional, art 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 20001 e art. 10 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972

administrativo fiscal². Por esta razão foi exarado de forma regular o Ato Declaratório Executivo DERAT/RJO nº 538.099, de 02 de agosto de 2004, fl. 03, por incorrer em circunstância excludente específica, para a qual foi aplicada a legislação de regência de forma regular. A proposição mencionada pela defendente, por conseguinte, não tem validade.

A Recorrente afirma que fez a opção nos termos legais.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido denominado Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) é mensal e uma opção do sujeito passivo para todo ano-calendário, desde que observados os requisitos legais, devendo ser manifestada mediante a alteração cadastral no prazo previsto em lei.

A opção pelo Simples é um direito da pessoa jurídica que preenche todos os requisitos legais e que não incorra em circunstância objeto de vedação por expressa previsão legal. O pressuposto é de que os motivos que impedem sua adesão ou permanência no regime sejam dela conhecidas. A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da RFB que jurisdicione a pessoa jurídica optante, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo. A manifestação unilateral da RFB deve ser formalizada por ato administrativo³. A exclusão de ofício tem cabimento no caso de pessoa jurídica obter receita bruta decorrente de circunstância impeditiva. O pressuposto é de que não pode optar pelo Simples, a pessoa jurídica, 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 legal⁴.

O limite legal que se impõe no período de 01.01.1997 a 31.12.1998, é que na condição de empresa de pequeno porte, tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior ao da opção, receita bruta superior a R\$720.000,00 e no início de atividade o valor de R\$60.000,00 multiplicados pelo número de meses de funcionamento naquele período, desconsideradas as frações de meses. No período de 01.01.1999 a 31.12.2005, tenha auferido receita bruta superior a R\$1.200.000,00 e no início de atividade o valor de R\$100.000,00 multiplicados pelo número de meses de funcionamento. A partir de 01.01.2006 tenha auferido receita bruta superior a R\$2.400.000,00 e no início de atividade o valor de R\$200.000,00 multiplicados pelo número de meses de funcionamento⁵.

Em relação aos registros públicos, pode-se afirmar que existência legal das pessoas jurídicas só começa com o registro de seus atos constitutivos. O Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins deve ser exercido em todo o território nacional, de forma sistêmica, por órgãos federais e estaduais, dentre outras com a finalidade de dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, submetidos a registro. O registro compreende, dentre outros, o arquivamento dos documentos relativos à constituição, alteração, dissolução e extinção de firmas mercantis individuais e sociedades mercantis. Por esta razão, o arquivamento da alteração contratual no órgão competente se revela para todos os fins de direito, passando a surtir efeitos legais oponíveis

² Fundamentação legal: Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 13 e art. 14 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996 e art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

³ Fundamentação legal: art. 179 da Constituição Federal, art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, § 2º do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977 e Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

⁴ Fundamentação legal: art. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

⁵ Fundamentação legal: Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1996, art. 2º e art. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996; Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999 e Lei nº 11.307, de 19 de maio de 2006.

erga omnes. Ademais, os efeitos do arquivamento desta alteração contratual, quando não efetivado dentro do prazo de trinta dias data da assinatura da alteração contratual, começam a surtir da efetivada data aposta no documento pela Junta Comercial competente ⁶.

Tem cabimento a análise da situação fática.

- o sócio João Rogério Silva de Farias, CPF 910.911.014-34, participava com mais de dez por cento do capital das pessoas jurídicas D73 Restaurante Ltda CNPJ 03.529.356/0001-05 e SD Restaurante Ltda, CNPJ 01.353.169/0001-98 e a receita bruta global no ano-calendário de 2002 ultrapassou o limite legal, fls. 19-22;

- o sócio João Rogério Silva de Farias, CPF 910.911.014-34, se retirou da pessoa jurídica D73 Restaurante Ltda CNPJ 03.529.356/0001-05 em 15.03.2004, em conformidade a averbação na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro da Primeira Alteração Contratual fls. 04-08.

A descrição da razão de fato indicada no ato de exclusão está demonstrada de forma inequívoca pelo implemento concomitante das condições legais de excludentes a partir do ano-calendário de 2005, tendo em vista que o arquivamento da alteração contratual na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro em 15.03.2004 se revela para todos os fins de direito, passando a surtir efeitos legais oponíveis *erga omnes*. Assim, a exclusão do Simples deve ser limitada ao período de 01.01.2003 a 31.12.2004.

A Recorrente discorda do efeito retroativo da exclusão.

A norma trata o ato da exclusão do Simples como declaratório de uma circunstância impeditiva preexistente expressamente prevista em lei, permitindo a retroação de seus efeitos, independentemente se efetuado por comunicação da pessoa jurídica ou de ofício. Tendo em vista a falta do procedimento voluntário, a exclusão de ofício deve ser efetivada por ato declaratório da autoridade fiscal que jurisdicione o sujeito passivo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo administrativo fiscal. No caso da pessoa jurídica que fez opção pelo Simples até 27.07.2001, os efeitos da exclusão dá-se a partir de 01.01.2002, no caso de a situação excludente tiver ocorrido até 31.12.2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002. A partir da data dos efeitos do ato, a pessoa jurídica fica sujeita às demais normas de tributação. Este é o entendimento constante na decisão definitiva de mérito proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial Repetitivo nº 1124507/MG⁷, cujo trânsito em julgado ocorreu em 16.06.2010 e que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF⁸. A inferência denotada pela defendente, nesse caso, não é acertada.

A Recorrente suscita que deve ser aplicada a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que lhe é mais favorável.

⁶ Fundamentação legal: art. 119 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 e art. 1º e art. 32 da Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Repetitivo nº 1124507/MG. Ministro Relator: Benedito Gonçalves, Primeira Seção, Brasília, DF, 28 de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=9771400&sReg=200900296277&sData=20100506&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 31 ago.2011.

⁸ Fundamentação legal: art. 12, art. 13, art. 14, art. 15 e art. 16 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e

No ordenamento jurídico vigora o princípio da irretroatividade da lei, como limitador ao direito de poder de tributar, salvo disposição normativa em contrário. Por esta razão o procedimento de exclusão sempre deve se reportar à data da ocorrência da situação impeditiva e se rege pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. No período de 01.01.1997 a 30.06.2007, relativo ao ato contestado, o Simples produziu validamente efeitos. A partir de 01.07.2007 começa a vigorar o regime diferenciado de cumprimento de obrigações principais e acessórias de tributos de todos os entes políticos, que não alcança fatos ocorridos antes da sua eficácia, por ser a eles superveniente⁹. A inferência denotada pela defendente, nesse caso, não é acertada.

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais indicados pela Recorrente, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso¹⁰. A alegação relatada pela defendente, consequentemente, não está justificada.

Atinente aos princípios constitucionais que a Recorrente aduz que supostamente foram violados, 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 inconstitucionalidade¹¹. A proposição afirmada pela defendente, desse modo, não tem cabimento.

Em face do exposto voto por dar provimento em parte ao recurso voluntário para limitar a exclusão do Simples ao período de 01.01.2003 a 31.12.2004.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva

⁹ Fundamentação legal: alínea "a" do inciso III do art. 150 da Constituição Federal, art. 30 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996 e art. 88 e art. 89 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

¹⁰ Fundamentação legal: art. 100 do Código Tributário Nacional e art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

¹¹ Fundamentação legal: art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e Súmula CARF nº 2.