



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13706.003122/2004-94
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1002-001.236 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária
Sessão de 5 de maio de 2020
Recorrente J R BRUNEY LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003, 2004

COMPETÊNCIA. ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA

Não compete à autoridade administrativa a apreciação de constitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhe observar a legislação em vigor, consoante redação da 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 Voluntário. Votou pelas conclusões o conselheiro Ailton Neves da Silva.

(documento assinado digitalmente)

Ailton Neves da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Jose Luz de Macedo - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ailton Neves da Silva, Marcelo Jose Luz de Macedo, Rafael Zedral e Thiago Dayan da Luz Barros

Relatório

Por bem retratar os fatos, reproduz-se inicialmente o relatório da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I ("DRJ/RJ1"), o qual será complementado ao final:

Trata-se de manifestação de inconformidade (fls.31/34), contra Ato Declaratório Executivo Derat/RJ - ADE nº 538.111/04 (fls.04), que excluiu o interessado do Sistema

Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, instituído pela Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

A exclusão deu-se a partir de 01/01/2003, em virtude da seguinte situação excludente (fls.04):

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: 035. 1 99.297-91 CNPJ.03.394. 651/0001 -00 28.203.974/0001-91

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, MP nº2.158-34, de 27/07/2001; art. 73, IN SRF nº355, de 29/08/2003; art.20, IX; art.21; art.23, I; art.24, I, c/c parágrafo único.

Em solicitação de revisão da exclusão do SIMPLES - SRS (fls.01/02), o interessado afirma que as receitas e a atividade desenvolvida estão corretamente enquadradas.

Da análise da SRS, a autoridade administrativa indeferiu o pedido (fls.24) com base nas pesquisas do CNPJ (fls.18/20) e IRPJ (fls.21/23), que confirmam os eventos excludentes apontados no ADE.

Na manifestação de inconformidade, o interessado contesta a data de exclusão do SIMPLES, por entender, baseando-se no princípio da razoabilidade, que o marco inicial para a propagação dos efeitos da exclusão a ser considerado é a data de emissão do ADE (02.08.2004), ou melhor: a data da ciência do referido ato. Afirma ainda que, no máximo, a exclusão dar-se-ia no período compreendido entre 01.01.2003 a 31.12.2004, uma vez que o sócio, em 01.09.2004, se retirou da sociedade.

Ademais disso, assevera não ser razoável a despeito da norma esculpida no art.15, inc. II, da Lei nº 9.317/96, que tal decisão de exclusão retroaja a data de 01.01.2003, sob pena de violação ao princípio constitucional da segurança jurídica.

Por fim, requer o acolhimento da impugnação, a fim de que seja reconsiderada a mencionada exclusão, retomando sua condição de enquadrada pelo SIMPLES, desde 01.01.2003, assim como, que não sejam cobrados valores retroativos a essa data, sob pena de violação ao artigo 146 do CTN.

Nesta Turma, foram acostados documentos de fls. 45/51.

Em sessão de 25/03/2010, a DRJ/RJ1 julgou procedente em parte a manifestação de inconformidade do contribuinte, nos termos da ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003, 2004

INCONSTITUCIONALIDADE. Não compete à Autoridade Administrativa se manifestar sobre a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de lei.

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

Ano-calendário: 2003, 2004

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. RECEITA BRUTA TOTAL. LIMITE GLOBAL. EXCESSO. Consolidada-se na esfera administrativa a matéria não expressamente impugnada.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. PARTICIPAÇÃO Do socio No CAPITAL DE OUTRA EMPRESA ACIMA DE 10%. Consolidada-se na esfera administrativa a matéria não expressamente impugnada.

RECEITA BRUTA GLOBAL. EFEITOS DA EXCLUSAO. A exclusão do Simples produz efeitos a partir do ano-calendário subsequente àquele em que foi constatado que o sócio ou titular participa de outra empresa com mais de 10%, desde que a receita bruta global tenha ultrapassado o limite legal.

SIMPLES FEDERAL. PARTICIPAÇÃO DE SÓCIO NO CAPITAL DE OUTRA EMPRESA ACIMA DE 10%. RECEITA BRUTA GLOBAL. EXCLUSAO DO QUADRO SOCIETÁRIO. EFEITOS. Se o Ato Declaratório de Exclusão do Simples consigna o último dia do ano-calendário como a data de ocorrência do fato gerador, os efeitos da exclusão, para fins de cômputo de receita bruta global, não alcançam o ano-calendário subsequente, se comprovado que o sócio que lhe deu causa se retirou formalmente da sociedade antes do encerramento do ano-calendário.

Manifestação de Inconformidade Procedente em Parte

Sem Crédito em Litígio

Nos fundamentos do voto do relator (fls. 69/71 do *e-processo*):

3. De plano, cumpre observar que o litígio cinge-se à data inicial e final em que os efeitos da exclusão devem se propagar.

4. No que tange à situação excludente disposta no ADE: participação do sócio Romeu Alves Lopes no capital de outras empresas em patamar superior a 10% com limite global de faturamento acima do limite legal, o interessado não apresentou defesa. Assim, considera-se matéria não expressamente impugnada, estando consolidada, na esfera administrativa (art. 17 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972).

5. Consta nos autos, que o início de atividades do interessado ocorreu em 09.10.2000 (fls.05), a opção pelo SIMPLES, em 09.10.2000 (fls.04) e a exclusão, a partir de 01.01.2003, com base em situação excludente ocorrida em 31.12.2002 (fls.04).

6. Pois bem. Como já mencionado, o interessado não elidiu a ocorrência da situação excludente, em 31.12.2002. No entanto, defende a tese de utilização da data do ADE (ou melhor: da data de ciência do interessado), como termo inicial para propagação dos efeitos da exclusão do SIMPLES. Tal entendimento não merece acolhida

7. A utilização da data da ciência do ato declaratório, para fins efeitos da exclusão do SIMPLES, é aplicável somente aos casos em que o contribuinte tenha sido excluído em decorrência das hipóteses elencadas nos incisos XV e XVI, do caput do art. 9º. da Lei nº 9.317/96. É o que dispõe o inciso VI, do art. 15 do mesmo diploma legal [...]

8. Portanto, ao caso em tela, aplica-se a regra disposta no inciso II, do art. 15 da Lei, e considera os efeitos a partir do mês subsequente ao da ocorrência do fato excludente, sendo inaplicável a pretensão de considerar, para efeitos da exclusão, a data da ciência do ADE.

9. O interessado defende a tese que, no máximo, a exclusão dar-se-ia no período entre 01.01.2003 a 31.12.2004, uma vez que o sócio Romeu Alves Lopes (CPF 035.199.297-91), em 01.09.2004, se retirou da sociedade. Merece acolhida tal entendimento.

10. A segunda alteração contratual, de fls.36/42-v, estabelece a retirada do sócio Romeu Alves Lopes (CPF 035.199.297-91). Tal ato foi registrado na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro em 09.12.2004 e pelo que dispõe o art. 1.154 do Código Civil, somente a partir de então, gera efeitos.

11. O ADE considerou, como marco temporal para verificação da ocorrência da situação excludente, o último dia do exercício. Da mesma forma, está se procedendo neste julgamento. [...]

15. Verificando que, em 31.12.2004, inexistia a situação excludente constante no ADE n.º 538.111/04 (com a saída do sócio em 09.12.2004 deixam de ser computadas as receitas das empresas Syme Incorporação e Construção Ltda e E H L Empreendimentos Hoteleiros Ltda), deve-se modular os efeitos do ato de exclusão do Simples, aplicando-o somente ao período compreendido entre 01.01.2003 até 31.12.2004.

16. Assim, merece acolhida a pretensão do interessado, de aplicar os efeitos do ADE n.º 538.111/04 somente aos anos-calendário 2003 e 2004.

17. Quanto à alegação de inobservância do Princípio Constitucional da Segurança Jurídica não compete à Autoridade Administrativa se manifestar sobre a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de lei, pois essa competência foi atribuída pela Constituição Federal (art. 102), em caráter privativo, ao Poder Judiciário. [...]

22. Face ao exposto, mantenho o Ato Declaratório Executivo Derat/RJ - ADE n.º 538.111/04 (fls.04) somente para os anos-calendário 2003 e 2004, ressalvado o poder-dever da autoridade lançadora de emitir novo ato de exclusão, ante a ocorrência de qualquer situação prevista em lei como impeditiva à permanência nessa sistemática de pagamento. É o meu voto.

Irresignado, o contribuinte apresentou recurso voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”) no qual alega basicamente (fls. 77/82 do *e-processo*):

Tendo em vista que, desde 01/09/2004, conforme doc. já anexado aos autos, o referido sócio se retirou da empresa, não mais fazendo parte do seu quadro societário, s.m.j., os efeitos da exclusão em baila não devem ocorrer, ou seja, a empresa contribuinte deve permanecer enquadrada no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, inclusive nos anos-calendário de 2003 e de 2004, uma vez que o Ato Declaratório Executivo que desencadeou tal exclusão foi expedido somente em 02/08/2004, quando, só então, a Empresa passou a ter conhecimento da correspondente situação.

A despeito da norma insculpida no artigo 15, inciso II, da Lei 9.317/1996, assim como da Súmula 1º CC n.º 2, não é razoável que a decisão ora combatida, sob pena de violação ao princípio constitucional da segurança jurídica, retroaja à data de 01/01/2003, já que a ora recorrente, tendo agido de boa-fé, acreditava estar cumprindo todas as suas obrigações, de acordo com o enquadramento no Simples, sem que tivesse sido informada, até então, da impossibilidade de permanecer nesse regime.

No que tange ao alegado pela d. relatora, no sentido de não competir à Autoridade Administrativa se manifestar sobre inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei, é cediço

que a atividade do Poder Executivo não deve se limitar à simples aplicação da lei, que por vezes carece ser interpretada e analisada. Uma vez verificada ser eivada de vícios de inconstitucionalidade, pode e deve negar-lhe aplicação, quando questionado o ato pelo contribuinte impugnante. [...]

Proibir aos órgãos julgadores administrativos apreciar defesa, na qual se alega a inconstitucionalidade de lei, e afastar a aplicação do referido diploma eivado de inconstitucionalidade, é revestir tal proibição com a veste do descumprimento do comando constitucional contido no inciso LV2, do artigo 5º, do texto constitucional.

Desse modo, o início dos efeitos provenientes da exclusão do Simples, no caso em tela, s.m.j., deve ter como marco, o Ato Declaratório de Exclusão, assegurando-se, assim, o princípio constitucional da segurança jurídica, o que, assim mesmo, não se perpetraria no tempo, dada a exclusão, em 01/09/2004, do sócio em questão, do quadro societário da empresa contribuinte, como exposto no segundo parágrafo deste capítulo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Jose Luz de Macedo, Relator.

Tempestividade

Como se denota dos autos, o contribuinte tomou ciência acórdão recorrido em 14/05/2010 (fls. 73 do *e-processo*), apresentando o recurso voluntário, ora analisado, no dia 08/06/2010 (fls. 74 do *e-processo*), ou seja, dentro do prazo de 30 dias, nos termos do que determina o artigo 33 do Decreto nº 70.235/1972.

Portanto, é tempestiva a defesa apresentada e, por isso, deve ser analisada por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”).

Mérito

Desde o início é importante pontuar que a presente análise se limita tão somente ao marco temporal para o início dos efeitos da exclusão do ADE nº 538.111/2004, o qual foi estabelecido em observância ao que dispõe o artigo 15, II, da Lei nº 9.317/1996, cuja redação à época em que proferido o ato de exclusão dispunha:

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;

A situação excludente no caso em questão encontra-se na hipótese do artigo 9º, IX, da norma, como se vê abaixo:

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;

Perceba-se, portanto, que se trata de uma escolha do legislador ordinário, o qual atribuiu um marco inicial para o início da produção dos efeitos da exclusão. Não se trata de uma escolha discricionária ou arbitrária da Fiscalização.

O contribuinte, em sua defesa (fls. 77 do *e-processo*), alega que *não é razoável que a decisão ora combatida, sob pena de violação ao princípio constitucional da segurança jurídica, retroaja à data de 01/01/2003, já que a ora recorrente, tendo agido de boa-fé.*

E tendo em vista que a própria instância *a quo* já teria reconhecido a incompetência das instâncias administrativas se manifestar sobre a inconstitucionalidade das normas, o contribuinte rebate alegando que (fls. 78 do *e-processo*) *a atividade do Poder Executivo não deve se limitar à simples aplicação da lei, que por vezes carece ser interpretada e analisada. E conclui, uma vez verificada ser eivada de vícios de inconstitucionalidade, pode e deve negar-lhe aplicação, quando questionado o ato pelo contribuinte impugnante.*

De fato, todo o ato de aplicação normativa carece de um ato psicológico do julgador de interpretação normativa. Por isso que se afirma que todo ato de aplicação é um ato de interpretação. Nada obstante, é preciso deixar bastante claro que a própria legislação estabelece diretrizes e limites a este ato de interpretação, a qual não pode acontecer de maneira discricionária.

Nesse sentido, está equivocada a conclusão do contribuinte no sentido de que o julgador administrativo pode e deve negar aplicação de uma dada norma caso verificado vício de constitucionalidade.

Ao julgador administrativo é dado sim o poder-dever de interpretar as normas em consonância com o sistema como um todo, inclusive, com as normas constitucionais, sem,

contudo, afastar a aplicação das normas com base em argumentos único e exclusivamente constitucionais.

Trata-se de uma escolha legislativa da qual os julgadores administrativos não escapam dos seus efeitos. Veja-se o que determina o Decreto nº 70.235/1972, o qual dispõe sobre o processo administrativo fiscal:

Art. 26-A. 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 inconstitucionalidade.

Nesse mesmo sentido reza a Súmula CARF nº 2, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Assim, não pode simplesmente este Conselho afastar a aplicação do artigo 15, II, da Lei nº 9.317/1996, sob a alegação de que ele seria desproporcional, irrazoável ou que violaria de qualquer modo a Constituição Federal. Para o bem ou para o mal, trata-se de uma opção do próprio legislador a qual não pode ser afastada por meio de decisão administrativa.

Para mais, o contribuinte traz somente em seu pedido que não sejam cobrados valores retroativos sob pena de violação ao artigo 146 do CTN. Nesse ponto, convém repisar tudo aquilo já exposto pela DRJ/RJ1 e que não merece qualquer reparo, veja-se (fls. 71 do *e-processo*):

[...] *In casu*, não estamos tratando de lançamento efetuado pela Administração Tributária. O que se discute é o ato da Administração que excluiu o interessado, de uma sistemática unificada de arrecadação de tributos, cujo ingresso é voluntário e a permanência, depende do cumprimento de condições.

21. O interessado ao pretender afastar a exigibilidade do crédito tributário em decorrência de sua exclusão do SIMPLES, a partir de 01.01.2003, pleiteia um benefício que a lei não ampara. Ocorrendo o fato imponível, a extinção do crédito tributário dá-se, somente, nas hipóteses previstas no art. 156, do CTN.

Por todo o exposto, voto para negar provimento ao recurso voluntário do contribuinte, mantendo-se incólume a decisão recorrida.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Jose Luz de Macedo

Fl. 8 do Acórdão n.º 1002-001.236 - 1ª Sejul/2ª Turma Extraordinária
Processo nº 13706.003122/2004-94