



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

Processo nº 13707.003351/2004-07
Recurso nº 99.999 Voluntário
Acórdão nº 1401-00.465 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de fevereiro de 2011
Matéria Exclusão do Simples
Recorrente INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARTEFATOS DE ALUMÍNIO
ANODIZADO ARQMETAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2003

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. REQUISITOS ESSENCIAIS.

Tendo sido regularmente oferecida a ampla oportunidade de defesa, com a devida ciência do ato declaratório de exclusão do Simples, e não provada violação das disposições previstas na legislação de regência, restam insubsistentes as alegações de nulidade do auto de infração e do procedimento Fiscal.

PARTICIPAÇÃO DO SÓCIO OU TITULAR EM OUTRA PESSOA JURÍDICA. EXCLUSÃO. POSSIBILIDADE.

Constatado que o sócio ou titular participa de outras sociedades empresárias com mais de 10% do capital social e a receita bruta global no ano-calendário de 2002 ultrapassou o limite legal, aqui entendido a receita total apurada por estas pessoas jurídicas, 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.

EFEITOS DA EXCLUSÃO.

A partir da MP nº 2158-35/2001, em relação à situação de exclusão em que o sócio ou titular participa de outra empresa com mais de 10% e a receita bruta global no ano-calendário em questão ultrapassar o limite legal, os efeitos dessa exclusão passaram a retroagir ao mês seguinte ao da ocorrência da situação excludente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner – Presidente

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Antonio Bezerra Neto, Maurício Pereira Faro, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Viviani Aparecida Bacchmi, Karem Jureidini Dias e Viviane Vidal Wagner.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão nº 12-28.092 - 4, da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento Rio de Janeiro I-RJ.

Por economia processual, adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância:

A contribuinte acima qualificada, mediante Ato Declaratório Executivo DERAT/RJO nº 538.418, de 02 de agosto de 2004, de fls. 03, de emissão do Delegado da DERAT/RJO, foi excluída 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 SRS (fls. 01 e 02), a qual foi indeferida (fls. 30) pelo mesmo motivo.

Intimada por via postal do respectivo indeferimento (AR às fls. 31 v.), em 30/10/2009, a interessada apresentou manifestação de inconformidade de fls. 36/41, em 01/12/2009, alegando, em síntese, que:

a) Pela leitura dos dispositivos legais que embasaram

sua exclusão, verifica-se que para o cômputo da receita bruta total ser inferior ao limite legal, deveria ser levado em conta os meses em que o sócio fez parte concomitantemente das referidas empresas;

b) No ano de 2002, o sócio comum às três empresas e participou do quadro societário das demais sociedades em apenas alguns meses;

c) A receita global das três empresas deve ser aferida somente no período em que o Sr. Otávio era sócio comum, que, no caso, é inferior ao limite legal para enquadramento como empresa de pequeno porte, não autorizando a confecção do Ato Declaratório de exclusão;

d) De outro lado, mesmo que válida a exclusão, deve-se observar que, seus efeitos só ocorrem para o ano de 2004, quando a apontada a situação excludente já havia deixado de existir: o Sr. Otávio Katsuo Nakamura saiu do quadro societário do Posto de Gasolina Guadiana Ltda. em 13 de setembro de 2004;

e) Ou, no máximo, deixou de existir em 04/07/2005, quando o referido sócio deixou também de participar do quadro societário da NKC REPRESENTAÇÕES LTDA.;

g) Os efeitos da exclusão não podem ultrapassar o período abrangido pela situação que a ensejou; O ato declaratório deveria ser anulado por ferir preceitos constitucionais previstos no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, devendo haver a garantia da ampla defesa e do contraditório.

É o relatório.

A DRJ, por unanimidade de votos, INDEFERIU a solicitação, nos termos da ementa abaixo:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO. INOCORRÊNCIA.

Deixa de se declarar a nulidade do ato de exclusão, quando sua confecção encontra-se perfeita e dentro das exigências legais.

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

Ano-calendário: 2002

RECEITA BRUTA GLOBAL. SÓCIO PARTICIPANTE DE OUTRA EMPRESA.

Caracteriza-se situação excludente do Simples, a participação societária de um dos sócios da interessada com mais de 10% no capital de outra empresa e o faturamento global superar, em todo o Ano-calendário, o limite máximo legalmente estabelecido para permanência na condição de Empresa de Pequeno Porte - EPP.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA ESFERA ADMINISTRATIVA IMPOSSIBILIDADE. O controle de constitucionalidade dos atos legais é matéria afeta ao Poder Judiciário. Descabe às autoridades administrativas de qualquer instância examinar a constitucionalidade das normas inseridas no ordenamento jurídico nacional

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário a este Conselho, repisando os tópicos trazidos anteriormente na impugnação e sustentando ainda a nulidade da decisão de piso em razão de não ter enfrentado argumento específico dos efeitos retroativos da exclusão do Simples.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

O recurso reúne as condições de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Preliminar de Nulidade

Trata-se de exclusão de ofício do Simples, mediante Ato Declaratório de Exclusão a partir do qual se assegurou o direito de defesa e o estabelecimento deste contraditório.

A recorrente, em síntese, suscita preliminarmente a nulidade do feito os requisitos fundamentais à validade do ato administrativo. Alega também que houve cerceamento ao seu direito de defesa, em razão da ausência de defesa prévia antes da própria exclusão de ofício do Simples e por fim, propõe a nulidade da decisão de piso em razão de não ter enfrentado argumento específico dos efeitos retroativos da exclusão do Simples

Apenas para um melhor esclarecimento sobre o assunto, transcreve-se o dispositivo que rege a matéria no processo administrativo fiscal. Prescreve o art. 59 do Decreto 70235/72 com a nova redação dada pela Lei 8748/93:

Art. 59 - São nulos:

I- os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II- os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa;

Por conseguinte, considera-se nulo o ato, se praticado por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, não tendo se caracterizado quaisquer das situações, pois não se põe em dúvida a competência do autor, nem há que se falar em preterição do direito de defesa, vez que o ato declaratório de exclusão trouxe todas as razões pelas quais o interessado foi excluído da sistemática, bem como a própria lei reguladora do Simples Federal (9.317/1996) traz em seu bojo as situações em que o interessado deve ser

excluído de ofício., e levados ao conhecimento, da interessada, levando a mesma a defender-se plenamente através da SRS , manifestação de inconformidade e do recurso que ora se enfrenta.

Outrossim, observa-se que a legislação regencial acerca da matéria não prevê a possibilidade de defesa prévia antes da exclusão, já que a garantia da ampla defesa e do contraditório só se dá quando a lide é instalada e esta só se instala com a ato de exclusão do Simples, antes disso não há litígio.

Também não merece melhor sorte o argumento de que a decisão de piso deveria ser anulada piso em razão de não ter enfrentado argumento específico dos efeitos retroativos da exclusão do Simples. É que a decisão de piso enfrentou essa matéria, sim, de forma genérica, mas enfrentou, nos seguintes termos:

De início, cumpre enfatizar que a análise dos aspectos constitucionais invocados pela interessada em sua peça defensiva foge da alçada do julgador administrativo, eis que o exame acerca de inconstitucionalidade ou ilegalidade de ato é unicamente exercido pelo Poder Judiciário, a não ser que exista alguma ação judicial sobre o assunto que a interessada faça parte, para que possa valer tal alegação.

É que as alegações quanto aos efeitos do ato declaratório remete-se necessariamente para questões de inconstitucionalidade da Lei, é o que se demonstrará mais adiante.

Acrescente-se que, quando muito, em se admitindo o fato da autoridade lançadora ter sido evasiva com relação à matéria de fato e a sua subsunção à norma, tratar-se-ia então motivo de Embargos de Declaração, mas não de nulidade, que na falta de previsão legal para a decisão de piso, supre-se na fase recursal. É o que se fará neste voto mais adiante .

Assim, rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

Mérito

O fundamento da exclusão do Simples está assentado no fato de o sócio, Sr. Otávio participar de mais duas outras empresas com mais de 10% e a receita bruta global no ano-calendário de 2002 ultrapassou o limite legal e por conseguinte foi excluída a partir de 01/01/2003.

No caso concreto, a interessada alega que o referido sócio, Sr. Otávio, teve participação nas três empresas apenas em alguns meses do ano.

Não assiste razão à recorrente, senão vejamos.

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.

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - microempresa, a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais);

II - empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) e igual ou inferior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

O art. 9º, inciso IX, da Lei nº 9.317 e 1996, abaixo transcrito, veda a opção pelo Simples quando um sócio participa com mais de 10% no capital de outra empresa e desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art. 2º.

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 global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art. 2º.

A partir, da MP nº 2158-35, de 2001, cujo artigo 73 deu nova redação ao inciso II do art. 15 da Lei nº 9.317/1996, os efeitos da exclusão passaram a retroagir à data de ocorrência da causa da exclusão, ou melhor, ao mês seguinte ao da ocorrência da situação excludente:

Art. 15 A exclusão do Simples nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

(...)

II – A partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III e XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei.

(...)

Conforme consta dos autos, a exclusão se deu de ofício em face de um dos sócios (Sr. Otávio Katsuo Nakamura), ter participação no capital social de outras duas empresas (CNPJ 03.083.552/0001-07 e 68.647.338/0001-73) em percentual superior a 10% e a receita bruta global ter superado, em 2002, o limite estabelecido pelo art. 2º, II, da Lei nº 9.317, de 1996.

Como o limite é anual, uma vez ultrapassado o limite da receita global, na forma do 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.

Entretanto, apenas para argumentar, diferentemente do alegado, cabe esclarecer que o sócio Sr. Otávio não se retirou apenas nos primeiros meses do ano de 2002. Em relação ao Posto de Gasolina Guadiana Ltda., o Sr. Otávio só se retirou da sociedade em 13/09/2004 (averbação na JUCEPJA -fls. 15v. e fls. 47 - Certidão JUCERJA); e quanto à empresa NKC REPRESENTAÇÕES LTDA. o mesmo sócio permaneceu participante até 04/07/2005 (fls. 48 - Certidão JUCERJA).

Assim, a participação do sócio, Sr. Otávio, no ano de 2002 em ambas as empresas, com percentual acima de 10%, torna claro que para o ano seguinte, a empresa não poderia mesmo fazer parte do Simples, já que o limite da receita bruta é para o ano.

Dessa forma, para o ano de 2002, a soma da receita bruta das 3 empresas em que o sócio Otávio Katsuo Nakamura participava da sociedade com mais de 10% do capital social era de R\$ 5.516.224,66 (fls. 25/27), incidindo, portanto, na vedação legal.

Deste modo, a exclusão do Simples foi devida e deve ser mantida.

Efeitos da Exclusão

Passo a investigar agora o efeito retroativo da exclusão que foi contestado pela recorrente. Alega a Recorrente os efeitos do referido Ato só ocorrem para o ano de 2004, quando a apontada a situação excludente.

Não prospera tal alegação.

A partir, da MP nº 2158-35, de 2001, cujo artigo 73 deu nova redação ao inciso II do art. 15 da Lei nº 9.317/1996, os efeitos da exclusão passaram a retroagir à data de ocorrência da causa da exclusão, ou melhor, ao mês seguinte ao da ocorrência da situação excludente:

“Art. 15 A exclusão do Simples nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

(...)

II – A partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III e XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei.

(...)”

Convém ressaltar que tais dispositivos têm por intenção evitar o locupletamento indevido de vantagens oferecidas por essa sistemática favorecida.

Outrossim, vê-se claramente que se trata de norma específica criando uma ficção jurídica perfeitamente possível no mundo do Direito: tudo funciona como se essa pessoa jurídica nunca tivesse sido optante pelo Simples, estando inclusive sujeita ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos impostos e contribuições, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência (art. 15, inciso III da Lei nº 9.317/96, bem assim sujeita ao cumprimento das obrigações acessórias daí decorrentes que deixaram de ser cumpridas.

Tal norma específica se contrapõe inclusive à norma geral prevista na Lei nº 9.732, de 1998, que introduziu o § 3º no art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, assegurando ao contribuinte excluído do SIMPLES o direito ao contraditório e à ampla defesa, a ser exercido, em processo próprio, segundo a disciplina contida na legislação que rege o processo administrativo tributário.

Entretanto, justamente por força daquele regramento regulador específico é que não se dá a transferência dos efeitos da exclusão para a data em que sejam apreciadas de forma definitiva o recurso administrativo do contribuinte, prevalecendo, portanto, em tais caso,

repita-se por importante, a regra expressamente prevista no inciso II do art. 15, segundo a qual a exclusão do SIMPLES surte efeito já a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão.

Portanto, o efeito retroativo da exclusão do Simples constante do Ato Declaratório tem amparo legal e a sua contestação remete à inconstitucionalidade da referida Lei, o que é vedado administrativamente, se tratando inclusive de matéria já sumulada no CARF.

Pedido de Reinclusão para 2004 e 2005

Solicita a Recorrente a reinclusão no Simples para o ano-calendário ou no mínimo para o ano-calendário 2005 quando o fato impeditivo para a permanência no Simples não mais subsiste. Como já se colocou *retro*, os efeitos da exclusão é para todo o ano-calendário. Demais disso, tal pedido não pode ser conhecido, por dois motivos: primeiro, pois esta autoridade julgadora não é competente para tal e segundo, os anos-calendário de 2004 e 2005 não fazem parte da lide. A lide limita-se a tratar da exclusão do Simples para o ano-calendário de 2003 a partir de informações financeiras colhidas no ano anterior.

Ante todo o exposto, rejeito as preliminares de nulidade e, no mérito, nego provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto