



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

Processo n° 13708.001856/2003-38
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1801-00.572 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 24 de maio de 2011
Matéria SIMPLES
Recorrente SZCM CALÇADOS E COMPLEMENTOS 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*.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO DO SIMPLES.

Não é permitida a opção pelo Simples pela pessoa jurídica no ano-calendário em que as causas da exclusão não foram afastadas.

EFEITO RETROATIVO.

A situação impeditiva da opção pelo Simples se encontra positivada no ordenamento jurídico e por esta razão o ato de exclusão tem natureza meramente declaratória e a legislação tributária permite a retroatividade de seus efeitos.

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, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Magda Azario Kanaan Polanczyk, Edgar Silva Vidal 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/RJO/RJ nº 446.373, de 07 de agosto de 2003, fl. 03, com efeitos a partir de 01/01/2002, com base nos fundamentos de fato e de direito indicados:

Data da opção pelo Simples: 30/04/1999

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 2001 ultrapassou o limite legal. CPF 553.297.137-49 CNPJ 02.066.638/0001-50 40.407.132/0001-57 00.191.010/0001-51 00.480.035/0001-75.30.249.676/0001-84 36.468.361/0001-04 33.118.779/0001-01 27.870.492/0001-22 e outros.

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.

A Recorrente 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:

EMPRESA SOLICITA QUE SEJA RECONSIDERADA SUA EXCLUSÃO DO SIMPLES COM DATA RETROATIVA A 01/01/2002, PELOS MOTIVOS TRANSCRITOS A SEGUIR:

DURANTE TODO O ANO CALENDÁRIO DE 2002 E 2003, A EMPRESA CUMPRIU TODAS AS SUAS OBRIGAÇÕES DE ENQUADRAMENTO NO SIMPLES, COMO O PAGAMENTO DOS TRIBUTOS E ENTREGA DE DECLARAÇÕES, SEM QUE TIVESSE SIDO INFORMADA DA IMPOSSIBILIDADE DE PERMANECER ENQUADRADA NESSE REGIME, (INFORMAÇÃO RECEBIDA APENAS EM 08/12/2003), O QUE TERIA EVITADO OS TRANSTORNOS QUE POR CONSEQUENCIA VIRÃO COM ESSA EXCLUSÃO RETROATIVA.

ENTENDEMOS QUE, CASO SEJA IMINENTE A EXCLUSÃO, QUE SE PROCEDA À MESMA A PARTIR DE 01/01/2004, AFIM DE EVITAR OS

PROBLEMAS JÁ CITADOS E TRANSTORNOS ADVINDOS DA REFERIDA EXCLUSÃO.

Em conformidade com o Despacho Decisório, fl. 02, as informações relativas à opção pelo Simples foram analisadas das quais se concluiu pelo indeferimento do pedido. Restou esclarecido que o sócio Jorge Humberto Coelho Moitinho, CPF 553.297.137-49, participa com mais de 10% do capital de diversas pessoas jurídicas e o somatório da receita bruta ultrapassou o limite legal, fls. 30/38.

Cientificada em 28/02/2008, fl. 42-verso, ela apresentou a manifestação de inconformidade em 31/03/2008 (segunda-feira), fls. 50/52, com as alegações abaixo sintetizadas.

Discorda da exclusão retroativa à data do início da atividade efetuada de ofício, uma vez que agiu de boa-fé e cumpriu todas as obrigações tributárias. Alerta que o motivo do procedimento foi afastado, já que o sócio se retirou da sociedade.

Conclui

Por todo o exposto, requer a Empresa que seja reconsiderada tal exclusão, para que a mesma retome a condição de enquadramento pelo SIMPLES, assim como, que não sejam cobrados valores retroativos à data de 01/01/2002.

Termos em que se espera por deferimento.

Está registrado como resultado do Acórdão da 4ª TURMA/DRJ/RJO I/RJ nº 12-19.434, de 30 de maio de 2008, fls. 62/67: "Solicitação Indeferida".

Restou ementado

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

Ano-calendário: 2003

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.

Notificada, a Recorrente apresentou o recurso voluntário, fls. 69/72, 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. Esclarece que o sócio se retirou da sociedade em 08/12/2003, fl. 16 e por esta razão a exclusão somente poderia prevalecer no período de 01/01/2002 a 12/12/2003.

Indica a legislação que rege a matéria, princípios que alega foram violados.

Conclui

À Vista de todo o exposto, espera e requer a recorrente, seja acolhido o presente recurso, a fim de que seja reconsiderada a mencionada exclusão, retomando sua condição de enquadrada pelo SIMPLES, desde 01/01/2002, assim como, que não sejam cobrados valores retroativos a essa data, sob pena de violação ao artigo 146 do CTN.

Termos em que se espera por 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.

A Recorrente discorda do procedimento de ofício e solicita que seja mantida no Simples a partir de 13/12/2003.

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 nos anos-calendário de 2002 e 2003, fls. 30/38:

- o sócio Jorge Humberto Coelho Moitinho, CPF 553.297.137-49, participa com mais de 10% do capital de diversas pessoas jurídicas (CNPJ 02.066.638/0001-50 40.407.132/0001-57 00.191.010/0001-51 00.480.035/0001-75.30.249.676/0001-84 36.468.361/0001-04 33.118.779/0001-01 27.870.492/0001-22);

- a receita bruta global das as pessoas jurídicas ultrapassou no ano-calendário de 2001 o limite legal de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

A descrição da razão de fato indicada no ato de exclusão está demonstrada de forma inequívoca pelo implemento concomitante das condições legais de exclusão nos anos-calendário de 2002 e de 2003.

Em relação aos anos-calendário de 2004 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 1ª Alteração do Contrato Social registrada na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro em 05/12/2003, fls. 74/78:

Retira-se e Desliga-se da sociedade o sócio JORGE HUMBERTO COELHO MOITINHO, já acima qualificado no preâmbulo do presente instrumento, cedendo e transferindo o seu valor total suas cotas de capital social a sócia, KEIVELLANE DE MOURA FREIRE, brasileira, solteira, comerciante, filha de Francisco Jansen de Melo Freire e Telma Maria de Moura Freire, nascida em 12/11/82, portadora da carteira de identidade nº 13462142-4 expedida pelo IFP/RJ e CPF/MF nº 056.124.457-09, residente e domiciliada na Rua Aristides Caire nº 324 aptº 301 — Meier, Rio de Janeiro - RJ, CEP: 20775-090, pelo preço certo e ajustado de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), em moeda corrente do país, dando ao mesmo, plena, geral e irrevogável quitação.

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 05/12/2003, com o registro da alteração contratual na JUCERJ, este ato jurídico produziu todos os efeitos legais de modo, inclusive, a comprovar que a Recorrente

exerce atividade expressamente permitida para opção pelo Simples Nacional. Estas informações constam nos registros internos da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, fl. 16. Permitida a opção pelo Simples pela pessoa jurídica a partir do ano-calendário subsequente em que as causas da exclusão foram afastadas. Assim, a Recorrente deve ser mantida no Simples a partir de 01/01/2004, uma vez que a causa excludente foi afastada pela apresentação de provas.

A Recorrente discorda dos efeitos retroativos da exclusão.

A Lei nº 9.317, de 1996, prescreve:

Art. 12. A exclusão do SIMPLES será feita mediante comunicação pela pessoa jurídica ou de ofício.

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

[...]

§ 1º A exclusão na forma deste artigo será formalizada mediante alteração cadastral.

[...]

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

[...]

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

[...]

IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;

[...]

Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Consta no Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, alterada pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543- B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Assim, têm aplicação os entendimentos do STF e do STJ em decisões definitivas de mérito proferidas em repercussão geral e em recurso repetitivo, respectivamente, cujas matérias vinculam esta segunda instância de julgamento.

Em relação à matéria, cabe mencionar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ proferida em recurso especial representativo da controvérsia, cujo trânsito em julgado ocorreu em 16/06//2010 (https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=9771400&sReg=200900296277&sData=20100506&sTipo=5&formato=PDF, acesso em 01/02/2011):

RECURSO ESPECIAL Nº 1.124.507 - MG (2009/0029627-7)

*RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL PROCURADOR :
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : MADEPLACAS LTDA ADVOGADO : HÉLCIO
GERALDO DE OLIVEIRA CORRÊA E OUTRO(S)*

*EMENTA DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO.
RECURSO ESPECIAL.VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 535 e 468
DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. LEI
9.317/96. SIMPLES. EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO.
EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA
DO ART. 15, INCISO II, DA LEI 9.317/96. RECURSO
SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO
CPC.*

1. Controvérsia envolvendo a averiguação acerca da data em que começam a ser produzidos os efeitos do ato de exclusão do contribuinte do regime tributário denominado SIMPLES. Discute-se se o ato de exclusão tem caráter meramente declaratório, de modo que seus efeitos retroagiriam à data da efetiva ocorrência da situação excludente; ou desconstitutivo, com efeitos gerados apenas após a notificação ao contribuinte a respeito da exclusão.

[...]

5. O ato de exclusão de ofício, nas hipóteses previstas pela lei como impeditivas de ingresso ou permanência no sistema SIMPLES, em verdade, substitui obrigação do próprio contribuinte de comunicar ao fisco a superveniência de uma das situações excludentes.

6. *Por se tratar de situação excludente, que já era ou deveria ser de conhecimento do contribuinte, é que a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, permitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão.*

7. *No momento em que opta pela adesão ao sistema de recolhimento de tributos diferenciado pressupõe-se que o contribuinte tenha conhecimento das situações que impedem sua adesão ou permanência nesse regime. Assim, admitir-se que o ato de exclusão em razão da ocorrência de uma das hipóteses que poderia ter sido comunicada ao fisco pelo próprio contribuinte apenas produza efeitos após a notificação da pessoa jurídica seria permitir que ela se beneficie da própria torpeza, mormente porque em nosso ordenamento jurídico não se admite descumprir o comando legal com base em alegação de seu desconhecimento.*

8. *Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.*

A situação impeditiva da opção pelo Simples se encontra positivada no ordenamento jurídico e por esta razão o ato de exclusão tem natureza meramente declaratória e a legislação tributária permite a retroatividade de seus efeitos. Não é permitida a opção pelo Simples pela pessoa jurídica no ano-calendário em que as causas da exclusão não foram afastadas. Cabe esclarecer que a opção pelo Simples é um direito da pessoa jurídica que preenche todos os requisitos legais. No presente caso a requerente incorreu em situação excludente e por esta razão estava obrigada a proceder à exclusão mediante comunicação à RFB. Como este procedimento não foi adotado voluntariamente, foi efetuada de forma regular a exclusão de ofício, no estrito cumprimento do dever legal (art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990). Além disso, a partir dos efeitos da exclusão, ou seja, 01/01/2002, a Recorrente fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, inclusive às obrigações tributárias principais e acessórias. Por conseguinte, o efeito retroativo da exclusão de ofício do Simples não pode ser alterado, uma vez foi aplicada regularmente a legislação de regência.

No que se refere à interpretação da legislação, 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.

Processo nº 13708.001856/2003-38
Acórdão n.º **1801-00.572**

S1-TE01
Fl. 99

Em face do exposto voto por dar provimento em parte ao recurso voluntário para manter a Recorrente no Simples a partir de 01/01/2004.

(documento assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva