



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

Processo nº 13840.000429/2004-99
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-00.733 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de outubro de 2011
Matéria SIMPLES
Recorrente MONTREL CONTROLES ELETRÔNICOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2004

SOLICITAÇÃO DE REVISÃO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES. DESPACHO DECISÓRIO. ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O Despacho Decisório proferido após análise da Solicitação de Revisão de Exclusão do Simples constitui revisão do Ato Declaratório de exclusão do Simples, feito pela mesma Autoridade Administrativa da qual emanou esse ato. Desta forma, não se constitui em instância de julgamento de litígio fiscal nem em desrespeito às regras do processo administrativo fiscal. O julgamento administrativo se dá nas DRJ, em primeira instância, e no CARF, em segunda instância.

PRAZO PARA PROFERIR DECISÃO. DESCUMPRIMENTO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O art. 24 da Lei nº 11.457/2007 instituiu meta a ser perseguida pelo julgador, em conformidade com o princípio constitucional da razoável duração do processo. Entretanto, o descumprimento dessa meta, diante da falta de previsão de sanção legal e especialmente após o veto presidencial aos parágrafos do dispositivo, não inquina de nulidade a decisão proferida após o prazo previsto na norma, viabilizado pelos recursos disponíveis.

CONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DO CARF.

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

SIMPLES. LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. APLICAÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

No âmbito do Simples, aos fatos ocorridos nos anos-calendário 2002 e 2003 aplica-se a Lei nº 9.317/1996, então vigente. Descabe a pretensão de aplicar retroativamente dispositivos da Lei Complementar nº 123/2006.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Digite em caixa baixa o nome dos conselheiros presentes à sessão.

Relatório

MONTREL CONTROLES ELETRÔNICOS LTDA., já qualificada nestes autos, inconformada com o Acórdão nº 14-32.439, de 08/02/2011, da 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/SP, recorre voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgamento.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância, a seguir transcrito:

Trata o presente processo de exclusão da contribuinte acima identificada do Sistema Integrado de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES (Federal), com efeitos a partir de 01/01/2003, conforme Ato Declaratório Executivo (ADE) da DRF/Campinas -SP nº 565.173 (fl. 45), tendo em vista a seguinte irregularidade:

- Sócio ou titular (CPF 516.931.436-15) participa de outra empresa com mais de 10% do capital (CNPJ 72.686.223/0001-65) e a Receita Bruta Global no ano calendário de 2002, ultrapassa o limite legal”

Baseou-se o ADE na Lei nº 9.317, de 1996, art. 9º, IX; 12, 14, I, 15, II; Instrução Normativa (IN) SRF nº 355, de 2003, art. 20, IX, 23, I, 24, II c/c parágrafo único.

Ciente do ADE a contribuinte ingressou com Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples (fl. 01), de cuja análise foi proferido o Despacho Decisório da

Delegacia da Receita Federal do Brasil em Limeira-Sp (fls. 169/170), indeferindo o pleito da contribuinte de manter-se no Simples.

Consta do referido Despacho Decisório, que não foi acolhida a revisão de exclusão do Simples, pelos mesmos motivos contidos no ADE, por restarem comprovados nos autos, as circunstâncias impeditivas à permanência no Simples, ou seja: **“sócio ou titular participa de outra empresa com mais de 10% do capital e Receita Bruta Global no ano calendário de 2002, ultrapassa o limite legal”**.

Ciente daquela decisão, a contribuinte ingressou com manifestação de inconformidade às fls. 173/179, mediante a qual a refuta, em suma, sob os seguintes argumentos:

- Nulidade do despacho decisório que manteve a exclusão, tendo em vista que o inciso I, do artigo 25 do Decreto nº 70.235, de 1972, já com as modificações introduzidas pelas Leis nºs. 8.748/93 e 11.457/2007, determinou delegação de competência exclusiva às DRJ para o julgamento de processo em primeira instância. A falta da devida competência para prolatar o indigitado despacho decisório o torna nulo de pleno direito, consoante disciplina o art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.
- Patente a nulidade do Despacho Decisório, espera a Recorrente que seja acolhida pela DRJ sua nulidade aplicando-lhe os efeitos de direito para cancelar o Ato Declaratório, em razão do vício processual instalado.
- Inobstante a nulidade decisória demonstrada, ocorreu ainda preclusão do direito da Receita Federal para constituir a exigência de crédito tributário, no caso, em decorrência do Ato Declaratório de Exclusão do Simples (ADE), por absoluto descumprimento do prazo de 360 dias para proferir decisão administrativa, consoante fixado na Lei nº 11.457, de 2007, conforme disposto no art. 24. Com efeito, a decisão monocrática que não observou a norma em relação ao prazo para decidir, ressente-se de vício insanável incorrendo, assim, na sua nulidade. Assim é nula a determinação da manutenção da exclusão do Simples.
- Conforme evidenciado na SRS a recorrente comprovou tratar-se de erro plenamente escusável na forma que dispõe o art. 172 do Código Tributário Nacional (CTN) por desconhecer que o sócio minoritário, admitido na sociedade apenas para prestar responsabilidade técnica, possuía participação no capital social de outra empresa. Tão logo tomou conhecimento do fato, por meio do Ato Declaratório de Exclusão, no momento do protocolo da SRS, já havia retirado aquele sócio do quadro societário, conforme fez prova, por meio da competente alteração contratual carreada à estes autos. Isto, por si só, comprova que a contribuinte cometeu erro de fato plenamente escusável, na forma do que dispõe o art. 172, II do CTN.
- Das disposições mencionadas constata-se que a Autuada se vê albergada no direito de ver cancelado o ADE por essa DRJ, uma vez presentes os requisitos para a admissibilidade de tal direito.

- O Ato Declaratório emitido em 02/08/2004, determinou a exclusão do Simples a partir de 01/01/2003, o que desrespeita o princípio constitucional da anterioridade.
- Nas disposições contidas na Lei Complementar (LC) nº 123, de 2006, com a redação dada pela LC nº 127 de 2007, no art. 31, III, alínea b determina que os efeitos da exclusão, nas hipóteses do inciso III, do art. 30, terão efeito somente a partir de 1º de janeiro do ano calendário subsequente. Portanto, mais uma razão para ver anulado o ADE.

A 6ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto/SP analisou a manifestação de inconformidade apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 14-32.439, de 08/02/2011 (fls. 181/186), considerou-a improcedente com a seguinte ementa:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples

Ano-calendário: 2003

NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO.

Incabível aplicar a nulidade prevista no art. 59 do Decreto 70.235, de 1972 ao ato administrativo lavrado por pessoa competente, que contém a descrição do fato excludente e as normas às quais este se subsume, não configurando o cerceamento do direito de defesa.

EXCLUSÃO. SÓCIO COM MAIS DE 10% DE PARTICIPAÇÃO EM OUTRA PESSOA JURÍDICA COM RECEITA BRUTA GLOBAL SUPERIOR AO LIMITE ESTABELECIDO.

A pessoa jurídica cujo sócio detém mais de 10% de participação em outra pessoa jurídica e a Receita Bruta Global ultrapassa o limite estabelecido no art. 9º, IX da Lei nº 9.317, de 1996, deve ser excluída do Simples.

EFEITOS DA EXCLUSÃO

No caso de exclusão com base no art. 9º, IX da Lei nº 9.317, de 1996, os efeitos desta dar-se-ão a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, conforme prevê o art. 15, II dessa lei.

Ciente da decisão de primeira instância em 03/03/2011, conforme Aviso de Recebimento à fl. 187v, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 17/03/2011 conforme carimbo de recepção à folha 188.

No recurso interposto (fls. 188/193), a recorrente insiste, com as mesmas palavras, nos seguintes argumentos:

- Nulidade do despacho decisório que manteve a exclusão, tendo em vista que o inciso I, do artigo 25 do Decreto nº 70.235, de 1972, já com as modificações introduzidas pelas Leis nºs. 8.748/93 e 11.457/2007, determinou delegação de competência exclusiva às DRJ para o julgamento de processo em primeira instância. A falta da devida

competência para prolatar o indigitado despacho decisório o torna nulo de pleno direito, consoante disciplina o art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972. Patente a nulidade do Despacho Decisório, espera a Recorrente que seja acolhida sua nulidade aplicando-lhe os efeitos de direito para cancelar o Ato Declaratório, em razão do vício processual instalado.

- Inobstante a nulidade decisória demonstrada, ocorreu ainda preclusão do direito da Receita Federal para constituir a exigência de crédito tributário, no caso, em decorrência do Ato Declaratório de Exclusão do Simples (ADE), por absoluto descumprimento do prazo de 360 dias para proferir decisão administrativa, consoante fixado na Lei nº 11.457, de 2007, conforme disposto no art. 24. Com efeito, a decisão monocrática que não observou a norma em relação ao prazo para decidir, ressente-se de vício insanável incorrendo, assim, na sua nulidade. Assim é nula a determinação da manutenção da exclusão do Simples.
- O Ato Declaratório emitido em 02/08/2004, determinou a exclusão do Simples a partir de 01/01/2003, o que desrespeita o princípio constitucional da anterioridade.
- Nas disposições contidas na Lei Complementar (LC) nº 123, de 2006, com a redação dada pela LC nº 127 de 2007, no art. 31, III, alínea *b* determina que os efeitos da exclusão, nas hipóteses do inciso III, do art. 30, terão efeito somente a partir de 1º de janeiro do ano calendário subsequente. Portanto, mais uma razão para ver anulado o ADE.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Waldir Veiga Rocha, Relator

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Inicialmente, cumpre apreciar a arguição de nulidade do Despacho Decisório de fls. 169/170. Segundo a recorrente, tal despacho seria nulo, por incompetência da autoridade que o proferiu.

Da mesma forma que já foi feito em primeira instância, é de se esclarecer que a solicitação de revisão da exclusão do simples dá azo a nova manifestação da Autoridade Administrativa, revisando seu próprio ato (no caso, o Ato Declaratório Executivo DRF/CPS nº 565.173, fl. 45), emitido eletronicamente, mediante o qual o contribuinte foi excluído do Simples. A revisão do ato eletrônico é feita individualizadamente, e resulta em despacho decisório mediante o qual a Autoridade Administrativa pode declarar seu próprio ato insubsistente, se assim entender, ou mantê-lo, como foi o caso sob análise.

Mantido o ato, se ainda assim o contribuinte com ele não se conformar, lhe é facultada a manifestação de inconformidade dirigida à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, instaurando, desta forma, o litígio, a ser julgado em primeira instância por aquele órgão. Ainda, é garantido ao contribuinte o direito a recurso, a ser apreciado em

segunda instância por este CARF, tudo em conformidade com a legislação de regência do Simples e do processo administrativo fiscal.

De se observar que, ainda que por hipótese se pudesse admitir que a revisão de seu próprio ato pela autoridade emitente pudesse consistir em uma instância de julgamento administrativo, isso de nenhuma forma prejudicaria o direito da interessada à ampla defesa e ao contraditório, visto que, nesse caso, lhe seriam garantidas três (e não duas) instâncias de apreciação de suas reclamações.

A seguir, a interessada protesta pela “*preclusão do direito da Receita Federal do Brasil para constituir a exigência de crédito tributário, neste caso, em decorrência do não julgamento da impugnação do Ato Declaratório de Exclusão do Simples, dentro do prazo legal de 360 (trezentos e sessenta) dias, para proferir decisão administrativa, consoante fixado na Lei nº 11.457, de 2007, conforme disposto no art. 24*”. Diante disso, a decisão incorreria em vício insanável, a acarretar sua nulidade.

Eis o dispositivo legal da Lei nº 11.457/2007 em comento:

Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

Também aqui não assiste razão à recorrente.

Esse dispositivo se alinha com o princípio da razoável duração do processo, em conformidade com o inciso LXXVIII¹ do art. 5º da Constituição Federal de 1998, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Deve-se observar que a norma em questão é tipicamente secundária, de caráter instrumental, assim entendidas aquelas que dizem respeito à estrutura e funcionamento dos órgãos, à disciplina de processos técnicos². Trata-se de meta a ser perseguida pela Administração. Ressalte-se, ainda, que sua redação não institui sanção pelo descumprimento de seu comando, naquilo que a doutrina classifica como norma imperfeita ou *leges imperfectae*³. Descabe, portanto, inferir a nulidade do ato como sanção, como pretende a recorrente, o que resta reforçado pela mensagem de veto presidencial aos parágrafos do art. 24, a seguir reproduzida:

MENSAGEM Nº 140, DE 16 DE MARÇO DE 2007 (DOU de 19/03/2007)

[...]

Os Ministérios da Fazenda e da Justiça propuseram, ainda, veto ao seguinte dispositivo:

§§ 1º e 2º do art. 24

“Art. 24.

¹ LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

² POLETTI, Ronaldo. Introdução ao Direito. 3ª ed. rev. - São Paulo : Saraiva, 1996, p.186.

³ Em rigor são leis apenas formalmente, porque na verdade não incluem elemento essencial do jurídico.

MACHADO NETO, A. L. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 6ª edição. São Paulo : Saraiva. 1988, p.145.

§ 1º O prazo do caput deste artigo poderá ser prorrogado uma única vez, desde que motivadamente, pelo prazo máximo de 180 (cento oitenta) dias, por despacho fundamentado no qual seja, pormenorizadamente, analisada a situação específica do contribuinte e, motivadamente,

§ 2º Haverá interrupção do prazo, pelo período máximo de 120 (cento e vinte) dias, quando necessária à produção de diligências administrativas, que deverá ser realizada no máximo em igual prazo, sob pena de seus resultados serem presumidos favoráveis ao contribuinte.”

Razões do veto

“Como se sabe, vigora no Brasil o princípio da unidade de jurisdição previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Não obstante, a esfera administrativa tem se constituído em via de solução de conflitos de interesse, desafogando o Poder Judiciário, e nela também são observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual a análise do processo requer tempo razoável de duração em virtude do alto grau de complexidade das matérias analisadas, especialmente as de natureza tributária.

Ademais, observa-se que o dispositivo não dispõe somente sobre os processos que se encontram no âmbito do contencioso administrativo, e sim sobre todos os procedimentos administrativos, o que, sem dúvida, comprometerá sua solução por parte da administração, obrigada a justificativas, fundamentações e despachos motivadores da necessidade de dilação de prazo para sua apreciação.

Por seu lado, deve-se lembrar que, no julgamento de processo administrativo, a diligência pode ser solicitada tanto pelo contribuinte como pelo julgador para firmar sua convicção. Assim, a determinação de que os resultados de diligência serão presumidos favoráveis ao contribuinte em não sendo essa realizada no prazo de cento e vinte dias é passível de induzir comportamento não desejável por parte do contribuinte, o que poderá fazer com que o órgão julgador deixe de deferir ou até de solicitar diligência, em razão das consequências de sua não realização. Ao final, o prejudicado poderá ser o próprio contribuinte, pois o julgamento poderá ser levado a efeito sem os esclarecimentos necessários à adequada apreciação da matéria.”

Dessa linha de raciocínio não discrepa a jurisprudência administrativa, como se pode verificar no acórdão a seguir transcrito:

PRECLUSÃO DO DEVER DE JULGAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. O art. 24 da Lei nº 11.457, de 2007 instituiu meta a ser perseguida pelo julgador, materializada no julgamento do processo em prazo alinhado com o princípio da celeridade, alçado à condição de garantia individual pela Emenda Constitucional nº 45. Entretanto, o descumprimento dessa meta, máxime após o Veto Presidencial aos parágrafos do dispositivo novel não limita o dever de julgar o processo no prazo viabilizado pelos recursos disponíveis. (Ac. 3102-00.671, de 25/05/2010, Rel. Cons. Luis Marcelo Guerra de Castro)

A seguir, a recorrente argumenta que o Ato Declaratório emitido em 02/08/2004 teria determinado a exclusão do Simples a partir de 01/01/2003, em desrespeito ao princípio constitucional da anterioridade.

Acerca do desrespeito a princípios constitucionais, deve ser trazida à colação a súmula nº 2 deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, de aplicação obrigatória por este Colegiado:

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

Ainda sobre a matéria, cabível, por amor à clareza, a reprodução parcial dos arts. 9º, 12, 13, 14 e 15 da Lei nº 9.317/1996:

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 ;

[...]

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:

[...]

II - obrigatoriamente, quando:

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

[...]

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:

[...]

II - a partir do mês subsequente ao em que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XVIII do art. 9º;

Desde que a situação excludente, prevista no inciso IX do art. 9º, ocorreu em 31/12/2002, correta a exclusão a partir do mês subsequente, ou seja, janeiro de 2003. É de se observar que o Ato Declaratório questionado seguiu rigorosamente as disposições legais

Processo nº 13840.000429/2004-99
Acórdão nº 1301-00.733

S1-C3T1
Fl. 249

pertinentes e que constam de seu enquadramento legal, não se acatando quaisquer questionamentos sobre isso.

Finalmente, não se há de acolher o pedido da recorrente de aplicabilidade de disposições da Lei Complementar nº 123/2006. É que, por ocasião dos fatos aqui discutidos, se encontrava em plena vigência a Lei nº 9.317/1996, a qual somente veio a ser revogada a partir de 1º de julho de 2007, pelo art. 89 da Lei Complementar nº 123/2006. Ainda, a mesma Lei Complementar nº 123/2006, em seu art. 88, fixa expressamente que *“Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, ressalvado o regime de tributação das microempresas e empresas de pequeno porte, que entra em vigor em 1º de julho de 2007”*.

Por todo o exposto, voto por rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha