



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

Processo nº 13896.002674/2003-12
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº **1802-002.009 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 12 de fevereiro de 2014
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES
Recorrente LIGNET REDE MULTISERVIÇOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

EXCLUSÃO DO SIMPLES. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Nem a Lei nº 9.317/1996, nem a Lei Complementar nº 123/2006, e nem o Decreto nº 70.235/1972 - PAF, estabelecem a possibilidade de exercício do direito de defesa previamente à elaboração do Ato Declaratório de Exclusão, da mesma forma como não há que se falar em direito de defesa antes da lavratura de auto de infração. Os trabalhos de fiscalização (auditoria) tem a natureza de um procedimento investigativo (inquisitório), e o exercício do contraditório e da ampla defesa apenas é diferido para depois de encerrada essa fase, sem qualquer prejuízo para os Contribuintes.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE .

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 validamente inseridas no ordenamento jurídico nacional.

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

Ano-calendário: 2002

EXCLUSÃO DO SIMPLES. LIMITE ANUAL DE RECEITA BRUTA.

Nos termos do inciso IX do art. 9º da Lei 9.317/1996, resta caracterizada situação impeditiva quando um dos sócios da optante participa de outra empresa, detendo mais de 10% do capital desta, e o somatório da receita bruta das duas empresas ultrapassa o limite permitido para o Simples.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. PRODUÇÃO DE EFEITOS. ALCANCE TEMPORAL.

O ato declaratório de exclusão fundamentado no inciso IX do art. 9º da Lei nº 9.317/1996 surti efeitos a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, conforme art. 15, II, da mesma lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente.

(assinado digitalmente)

José de Oliveira Ferraz Corrêa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José de Oliveira Ferraz Corrêa, Marciel Eder Costa, Nelso Kichel, Gustavo Junqueira Carneiro Leão e Marco Antonio Nunes Castilho.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas/SP, que indeferiu a solicitação da Contribuinte para que fosse mantida no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições de Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES).

A exclusão do regime simplificado operou-se pelo Ato Declaratório Executivo DRF/OSA nº 465.857, de 07/08/2003 (fl. 15), com efeitos a partir de 01/01/2002, baseado no fato de que um dos sócios participa de outra empresa com mais de 10%, e de que a receita bruta global do ano calendário de 2001 ultrapassou o limite legal.

Instaurada a fase litigiosa, com a manifestação de fls. 1 a 6, a Contribuinte não contestou propriamente o motivo que ensejou a sua exclusão, mas sim a produção retroativa dos efeitos do ato administrativo, a partir de 01/01/2002.

Como mencionado, a DRJ Campinas/SP manteve a negativa em relação ao pedido apresentado, expressando suas conclusões com a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2002

Ementa: OPÇÃO. EXCLUSÃO RETROATIVA.POSSIBILIDADE.

A exclusão com efeitos retroativos à data da situação excludente, quando verificado que o contribuinte incluiu-se indevidamente no sistema, é admitida pela legislação.

Solicitação Indeferida

Inconformada com essa decisão, a Contribuinte apresentou tempestivamente o recurso voluntário de fls. 55 a 70 (conforme despacho à fl. 80), onde desenvolve os argumentos descritos a seguir.

Da Nulidade do Ato - Cerceamento de Defesa:

- em respeito ao Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, é garantido aos litigantes o direito de requerer a produção de provas e de participarem de sua realização, assim como também de se pronunciarem a respeito de seu resultado e ainda à defesa técnica realizada por defensor habilitado, bem como à defesa efetiva, ou seja, a garantia e a efetividade de participação da defesa em todos os momentos do processo;

- se na fase que antecede a formação do ato, o órgão da Administração não se coloca no mesmo plano que o sujeito passivo, no tocante a direitos, não existe contraditório;

- para a validade do Ato Declaratório, objeto do presente Recurso, era imprescindível que tivesse sido apontado de forma específica a empresa na qual o sócio, identificado apenas por meio do CPF, ultrapassou o limite permitido pela legislação pertinente, dando à Recorrente meio hábil para que pudesse se defender de forma plena e eficaz do ato de exclusão do regime do SIMPLES;

- o motivo é pressuposto de fato e de direito para a validade do ato administrativo, e a motivação é elemento do ato, parte na qual os motivos são expostos. Carece desse elemento o Ato Declaratório de exclusão do SIMPLES proferido com base apenas em genérica e imprecisa descrição;

- o ato administrativo sem motivação, viciado sob o aspecto formal, cerceia o direito de defesa do contribuinte, e o § 3º do artigo 15 da Lei 9.317/1996, introduzido à norma jurídica pela Lei 9.732/1998, determina a observância da “legislação relativa ao processo tributário administrativo”;

- no caso ora sob análise não existe indicação precisa da motivação do ato, nem prova de que tenha ocorrido a situação descrita no ADE DRF/OSA n.º 559.373, ao contrário, foi juntado ao processo prova contrária, ensejando assim a declaração de nulidade do referido ADE.

Da Inconstitucionalidade do Inciso IX do Art.9º da Lei 9.317/96:

- vale citar que pelo princípio da isonomia, ou da igualdade econômica, ou igualdade tributária, disciplinado no inciso II, do art. 150 da Constituição Federal, é vedado ao legislador infraconstitucional instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

- as vedações do art. 9º da Lei 9.317/1996 ferem, ainda, o princípio da igualdade estabelecido no art. 5º da Constituição Federal;

- no mesmo sentido, são afrontados os princípios previstos no art. 170 da Constituição Federal, que trata da ordem econômica, quais sejam, os da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência e da livre iniciativa;

- pelo princípio da propriedade privada, o legislador constitucional buscou assegurar ao titular de determinado bem o seu gozo e fruição, sempre em harmonia com o princípio da livre concorrência, que tem como escopo a disputa sadia entre as empresas.

Da Receita Bruta Global no Ano Calendário de 2001:

- pela cópia da declaração do imposto de renda do ano calendário de 2001 da empresa Check Express Ltda., a receita bruta da aludida empresa não ultrapassou o limite legal. Além disso, convém observar que tal empresa iniciou suas atividades somente em 2002, motivo pelo qual não houve receita em 2001;

- desse modo, a situação excludente do SIMPLES descrita no ADE DRF/OSA nº 465.857, de 07 de agosto de 2003, não ocorreu, já que a receita bruta global das empresas não ultrapassou, no ano de 2001, o limite legal.

Dos Efeitos Da Exclusão:

- para que a exclusão do Simples seja eficaz, o contribuinte deve ser antecipadamente informado, de modo que seja atendido o princípio da publicidade e do devido processo legal, entre outros;

- nesta ordem de idéias, não é possível que o Fisco venha a constituir ou desconstituir determinadas relações através de declarações retroativas, como a do caso em exame, sem que tenha notificado previamente o contribuinte, sob pena de afronta aos princípios constitucionalmente estabelecidos;

- desta forma, considerando que a obrigação do contribuinte só nasce com a publicidade do ato administrativo, e considerando que este ato se consumou com a notificação do desenquadramento, só a partir do esgotamento dos recursos administrativos é que se pode verificar seus efeitos, e não a partir de janeiro de 2002.

Em 03/11/2010, esta 2ª Turma Especial da 1ª Seção de Julgamento do CARF exarou a Resolução nº 1802-00.016 (fls. 87/89), solicitando a realização de diligência pela Delegacia de origem.

Concluída a diligência, o processo retornou ao CARF para a continuação do julgamento do recurso voluntário.

Este é o Relatório.

Voto

Conselheiro José de Oliveira Ferraz Corrêa, Relator.

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para a sua admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, a matéria em litígio diz respeito à exclusão da Contribuinte do regime de tributação simplificada - SIMPLES.

O ato de exclusão foi motivado pelo fato de um dos sócios, o Sr. José Mário de Paula Ribeiro Júnior, CPF nº 076.925.888-30, participar de outra empresa, CHECK EXPRESS LTDA., CNPJ nº 03.440.147/0001-90, detendo mais de 10% de seu capital social, e de a receita bruta global do ano calendário de 2001 ultrapassar o limite legal.

A exclusão está fundamentada no seguinte dispositivo da Lei 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 ;

No recurso voluntário, a Contribuinte alegou a nulidade do ato de exclusão por cerceamento do direito de defesa, argumentando:

- que se na fase que antecede a formação do ato, o órgão da Administração não se coloca no mesmo plano que o sujeito passivo, no tocante a direitos, não existe contraditório;

- que era imprescindível que tivesse sido apontado de forma específica a empresa na qual o sócio, identificado apenas por meio do CPF, ultrapassou o limite permitido pela legislação pertinente, dando à Recorrente meio hábil para que pudesse se defender de forma plena e eficaz do ato de exclusão do regime do SIMPLES;

- que o ato de exclusão foi proferido com base apenas em genérica e imprecisa descrição.

Quanto a esses aspectos, cabe destacar primeiramente que nem a Lei nº 9.317/1996 (Simples Federal), nem a Lei Complementar nº 123/2006 (Simples Nacional), e nem o Decreto nº 70.235/1972 – PAF (arts. 14 e 15), estabelecem a possibilidade de exercício do contraditório e do direito de defesa previamente à elaboração do Ato Declaratório de Exclusão, da mesma forma como não há que se falar em contraditório e direito de defesa antes da lavratura do auto de infração.

Com efeito, o art. 14 do Decreto 70.235/1972 menciona expressamente que “a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento”, e a impugnação é

sempre apresentada depois da ciência do auto de infração, assim como as manifestações de inconformidade são apresentadas após a ciência dos atos cujas consequências buscam reverter.

Aliás, o art. 15 do Decreto 70.235/1972 é bastante claro a esse respeito:

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Isto não quer dizer, contudo, que a legislação que regula o PAF não preveja o contraditório ou a possibilidade do direito de defesa, mas apenas que o exercício destes direitos é diferido para um determinado momento, eis que os trabalhos de fiscalização (auditoria) tem a natureza de um procedimento investigativo (inquisitório).

No próprio caso concreto, observa-se que após a ciência do ato de exclusão, a Contribuinte, justamente no exercício do contraditório e da ampla defesa, apresentou suas razões e argumentos, que ora estão sendo examinados nesta segunda instância administrativa.

Além disso, o Ato Declaratório de Exclusão, às fls. 15, foi bastante claro em sua motivação, indicando o CNPJ da outra empresa que possui sócio em comum com a Recorrente; o CPF deste sócio em comum, com mais de 10% do capital social da outra empresa; e o fato de que a receita bruta global teria ultrapassado o limite legal no ano-calendário de 2001.

Não constato, assim, a ocorrência de uma descrição genérica e imprecisa da situação impeditiva, que tivesse inviabilizado o exercício do direito de defesa pela interessada.

Deste modo, a preliminar de nulidade deve ser rejeitada.

A Recorrente também alega a inconstitucionalidade da norma contida no inciso IX do art. 9º da Lei 9.317/1996, que fundamentou o ato de exclusão.

Quanto a esse ponto, cabe ressaltar que o controle de constitucionalidade dos atos legais é matéria afeta ao Poder Judiciário, e que descabe às autoridades administrativas de qualquer instância examinar a constitucionalidade das normas validamente inseridas no ordenamento jurídico nacional.

Com efeito, falece aos órgãos de julgamento administrativo competência para provimento dessa natureza, que está a cargo do Poder Judiciário, exclusivamente.

A matéria, inclusive, já foi sumulada por este Conselho:

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

Oportuno lembrar que apenas de modo excepcional, quando presente alguma das hipóteses previstas no § 6º do art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972 – PAF (norma incluída pela Lei 11.941/2009), é que a Administração Pública deixa de aplicar uma norma legal em razão de inconstitucionalidade:

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.(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Mas a norma impeditiva prevista no inciso IX do art. 9º da Lei 9.317/1996 não se subsume a nenhuma das hipóteses acima transcritas.

A Recorrente se insurge ainda contra a retroatividade dos efeitos da exclusão.

Segundo ela, não é correto o Fisco constituir ou desconstituir determinadas relações através de declarações retroativas. De acordo com seu entendimento, o ato de exclusão só poderia produzir efeitos a partir do esgotamento dos recursos administrativos, e não a partir de janeiro de 2002.

Quanto a esse aspecto, o art. 15, II, da Lei 9.317/1996 é bastante claro ao definir que a exclusão do Simples surtirá efeito:

Art. 15 (...)

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;.(Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

No caso sob exame, a situação excludente foi o excesso de receita bruta no ano-calendário de 2001, verificada em 31/12/2001 (data em que se encerrou o período anual). Deste modo, e nos exatos termos da lei, a exclusão deveria mesmo surtir efeito a partir de 01/01/2002, conforme constou do ato declaratório de exclusão.

De acordo com os artigos 13 e 14 da mesma Lei 9.317/1996, a situação abrange hipótese de exclusão obrigatória, caso em que a própria Contribuinte tem o dever de comunicar a situação impeditiva ao Fisco. Se isso não ocorre, é elaborado o ato de ofício, mas apenas com conteúdo declaratório da situação impeditiva, porque a exclusão decorre diretamente da lei.

Assim, não há qualquer problema em relação aos efeitos temporais da exclusão.

No que toca ao mérito propriamente dito, a Recorrente informou que a empresa CHECK EXPRESS LTDA. iniciou suas atividades somente em 2002, e que, portanto, ela não teria auferido receitas em 2001.

Nestes termos, a receita bruta global das duas empresas não teria ultrapassado, no ano de 2001, o limite legal para o enquadramento no Simples.

Não constava dos autos as DIPJ das empresas em questão, para que pudéssemos verificar o montante da receita bruta global, o que motivou a referida Resolução nº 1802-00.016, exarada por esta turma julgadora em 03/11/2010, com o seguinte conteúdo final:

Deste modo, entendo que o processo deve retornar à Delegacia de origem, para que sejam juntadas aos autos as cópias das DIPJ apresentadas tanto pela Recorrente quanto pela Empresa CHECK EXPRESS LTDA., CNPJ nº 03.440.147/0001-90, relativamente ao ano-calendário de 2001, bem como prestadas outras informações que sejam consideradas relevantes para a solução do caso.

O processo retornou ao CARF com os documento de fls. 91/94 e a informação fiscal de fls. 95.

Os contratos sociais das duas empresas, às fls. 09/12 e 16/19, não deixam dúvidas de que o Sr. José Mário de Paula Ribeiro Júnior, CPF nº 076.925.888-30, compunha o quadro societário de ambas, e que ele detinha muito mais de 10% do capital social de cada uma delas.

Em resposta à diligência, foram apresentados extratos das DIPJ das duas empresas envolvidas, informando a seguinte receita bruta para o ano-calendário de 2001:

- Rede Check Ex Comercio e Serviços Ltda. (antiga Check Express Ltda.) **R\$ 5.353.310,39**
- Lignet Rede Multi Serviços Ltda..... **R\$ 385.785,34**

De acordo com o inciso II do art. 2º da Lei 9.317/1996, o limite de receita bruta para o ano-calendário de 2001 era **R\$ 1.200.000,00**, valor bem inferior ao montante auferido pelas duas empresas neste ano.

Portanto, restou perfeitamente configurada a situação impeditiva prevista no inciso IX do art. 9º da Lei 9.317/1996, que ensejou o ato de exclusão do Simples.

Processo nº 13896.002674/2003-12
Acórdão n.º **1802-002.009**

S1-TE02
Fl. 11

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade, e, no mérito, negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

José de Oliveira Ferraz Corrêa