



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16151.000496/2006-21
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1002-001.238 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária**
Sessão de 5 de maio de 2020
Recorrente MERCADINHO CENTRAL DE SÃO MATEUS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

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.

(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 em São Paulo I (“DRJ/SP1”), o qual será complementado ao final:

1. Trata o presente processo, formalizado em 01/09/2006, de exclusão do Simples, em razão da emissão, em 07/08/2003, do Ato Declaratório Executivo Derat/SPO n.º 481.146 (fl. 3), tendo por situação excludente a existência de sócio ou titular participante de outra empresa com mais de 10% e o fato de a receita bruta global no ano-calendário 2001 ter ultrapassado o limite legal (CPF 013.737.098-98, CNPJ 54.485.305/0001-60), com data de ocorrência em 31/12/2001 (evento 311 do CNPJ).

2. A exclusão foi fundamentada nos artigos 9º, inciso IX, 12, 14, inciso I, e 15, inciso II e § 3º, da Lei n.º 9.317, de 05/12/1996; art. 73 da Medida Provisória n.º 2.158-34, de 27/07/2001; artigos 20, inciso IX, 21, 23, inciso I, 24, inciso II e parágrafo único, da Instrução Normativa SRF n.º 250, de 26/11/2002.

3. Cientificada do ADE em 26/08/2003 (fl. 4), inicialmente a interessada apresentou, em 24/09/2003, a Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples (SRS - fls. 1 e 2), com a alegação de que o sócio Sr. Nelson Massahiro Teruya (CPF 013.737.098-98) transferiu as cotas que detinha na empresa Mercadinho Líder do Itaim Ltda (CNPJ 54.485.305/0001-60), com consequente redução de sua participação no capital social para 10%, alteração que não foi registrada e comunicada aos órgãos competentes por esquecimento dos sócios.

4. A solicitação foi considerada improcedente pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo, em despacho exarado em 21/07/2006, nos seguintes e exatos termos (fl. 2):

ADE N.º 481.146(26) - EXCLUSAO MANTIDA por seus fundamentos legais. Nenhum erro de fato foi detectado nem foi apresentada prova documental contradizendo às informações constantes em nossos sistemas de processamento de dados. No exercício apontado, foi detectada participação de sócio ou titular com mais de 10% em outra(s) empresa(s), cuja(s) receita(s) bruta(s) global(is) ultrapassou(aram) o limite de valor permitido.

5. Cientificada do resultado da SRS em 21/08/2006 (fls.14), a requerente apresentou manifestação de inconformidade ao despacho denegatório em 29/08/Á 06 (razões à fi. 15 e anexos às fls. 16 a 20), com a seguinte alegação:

(...)

Ao contrário de que foi exposto na decisão, a empresa apresentou prova documental comprovando a participação do sócio Nelson Massahiro Teruya em 10% (dez por cento) do Capital Social da Empresa Mercadinho Lider do Itaim Ltda.

Atualmente a empresa não se encontra pelo regime do SIMPLES devido a Receita Bruta da empresa ultrapassar o limite permitido e através do processo administrativo n.º 13807. 004762/2005-64 protocolado em 29/06/2005 foi solicitado para que a empresa seja excluída do SIMPLES com data retroativa para 01/01/2004.

Estamos anexando xerox autenticada da Alteração Contratual da empresa MERCADINHO LÍDER DO ITAIM LTDA, CNPJ n.º 54.485.305/0001-60 que foi lavrado em 01/10/1998 e registrado na JUCESP sob o n.º 180. 035/03-4 em sessão de 22/09/2003, para comprovar o percentual da participação do sócio Nelson Massahiro Teruya no Capital Social da Empresa.

Pelo exposto acima, solicito que empresa seja excluída do SIMPLES a partir de 01/01/2004 conforme solicitado através do processo administrativo n.º 13807. 004762/2005-64, pois até o momento não conseguimos concluir o processo de exclusão devido ao ADE n.º 481.146 estar vinculado com o nosso pedido.

(...)

Em sessão de 22/04/2010, a DRJ/SP1 julgou improcedente a manifestação de inconformidade do contribuinte, nos termos da ementa abaixo transcrita:

SÓCIO DE OUTRA EMPRESA. PARTICIPAÇÃO MAIOR QUE 10%. RECEITA BRUTA GLOBAL. ULTRAPASSAGEM DO LIMITE LEGAL. EXCLUSÃO. Constatado que O sócio participa de outra empresa com mais de 10% do capital social e que a receita bruta global, no ano-calendário 2001, ultrapassou O limite legal, é cabível a exclusão da sistemática do Simples com efeitos a partir de 01/01/2002.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Nos fundamentos do voto do relator (fls. 46/47 do *e-processo*):

7. Efetuada pesquisa no sistema Sincor da RFB, constatou-se que o sócio apontado no ato de exclusão, Sr. Nelson Massahiro Teruya (CPF 013.737.098-98) integra o quadro societário da requerente desde 24/04/1998 (fl. 33).

8. Verificou-se, ainda, que participou com 33,33% do capital social da empresa Mercadinho Líder do Itaim Ltda (CNPJ 54.485.305/0001-60) no período de 29/05/1985 a 21/09/2003 (fls. 33, 38 e 39)

9. Conduzida pesquisa nos sistemas da RFB, para o ano-calendário 2001, observou-se que a interessada acumulou receita bruta no valor de R\$ 983.437,42, ao passo que a empresa Mercadinho Líder do Itaim Ltda (CNPJ 54.485.305/0001-60) gerou receita bruta de R\$ 1.179.969,45, resultando em um somatório de R\$ 2.163.406,87 (fl. 13)

10. Assim, ao contrário do entendimento da interessada, configurou-se óbice ao Simples, com fulcro no art. 9º, inciso IX, da Lei nº 9.317/ 1996.

11. Argumenta a recorrente que o sócio Sr. Nelson Massahiro Teruya (CPF 013.737.098-98) reduziu sua participação no capital social da empresa Mercadinho Líder do Itaim Ltda (CNPJ 54.485.305/0001-60) para 10%, conforme Alteração Contratual que foi lavrada em 01/10/1998 e registrada na Junta Comercial do Estado de São Paulo (Jucesp) em 22/09/2003.

12. Realmente, por meio de Alteração Contratual registrada Jucesp em 22/09/2003 constata-se a redução na participação do referido sócio no capital social da empresa Mercadinho Líder do Itaim Ltda (CNPJ 54.485.305/0001-60) para 10,00%, modificação que foi informada à RFB pela requerente- e devidamente processada no sistema CNPJ (fls. 19, 20, 38 e 39)

13. Ocorre que o ADE consigna situação excludente em 31/12/2001, configurada em relação aos registros relacionados ao ano-calendário ZÊ (receita bruta e participação societária do sócio que motivou o ato de exclusão), que implicaram no enquadramento da dependente no art. 9º, inciso IX, da Lei nº 9.317/ 1996.

[...]

17. De fato, como a opção pela sistemática do Simples é válida para o ano todo, a exclusão com efeitos retroativos, inserida no ordenamento jurídico, para o presente caso, em julho de 2001, somente poderá surtir efeitos a partir de 1º de janeiro de 2002,

quando estribada em situações excludentes ocorridas anteriormente a esta data (a superação do referido limite ocorreu no ano-calendário 2001).

Irresignado, o contribuinte apresentou recurso voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”) no qual alega basicamente (fls. 67 do *e-processo*):

O ato expedido pela SRF afronta frontalmente o artigo 179 da Constituição Federal [...]

Ora, não podemos admitir que o mês em que ocorreu a situação excludente não seja outro, senão, aquele em que recebemos a notificação do Ato Declaratório Executivo. |

Cabe à SRF a apuração e fiscalização das opções de ingresso no SIMPLES, e não pode o contribuinte ser penalizado por essa omissão.

Ademais, é o contribuinte a parte hipossuficiente da relação, sendo o Fisco o detentor de todo aparato tecnológico e humano para verificar tais situações, e afasta-se, desde o início, qualquer tentativa de utilização de má-fé do SIMPLES por parte dos contribuintes, eis que esta tem que ser provada.

Não foram apresentados elementos adicionais de prova.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Jose Luz de Macedo, Relator.

Tempestividade

Como se denota dos autos, o contribuinte tomou ciência acórdão recorrido em 05/08/2010 (fls. 51 do *e-processo*), apresentando o recurso voluntário, ora analisado, no dia 03/09/2010 (fls. 52 do *e-processo*), ou seja, dentro do prazo de 30 dias, nos termos do que determina o artigo 33 do Decreto n.º 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 o cerne da presente discussão limita-se tão somente ao efeito retroativo do ADE n.º 031/2010, o qual foi estabelecido em observância ao

que dispõe o artigo 15, II, da Lei n.º 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 opção do legislador ordinário, o qual atribuiu um marco inicial para a produção dos efeitos da exclusão. Não se trata de uma escolha discricionária ou arbitrária da Fiscalização.

O contribuinte, em sua defesa que a respectiva exclusão desrespeita o artigo 179 da Constituição Federal, cuja redação dispõe:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Esquece o contribuinte, todavia, que o julgador administrativo não possui competência para afastar a aplicação das normas com base em argumentos exclusivamente constitucionais. Trata-se de mais uma escolha legislativa da qual os julgadores administrativos não podem se distanciar.

Veja-se o que determina o Decreto n.º 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 n.º 2, *in verbis*:

Súmula CARF n.º 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 n.º 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.

Por todo o exposto, voto para negar provimento ao recurso voluntário do contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Jose Luz de Macedo