



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n°	10166.003263/2005-54
Recurso n°	135.392 Voluntário
Matéria	SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão n°	303-34.495
Sessão de	04 de julho de 2007
Recorrente	BOKOSBRAS EMBALAGENS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida	DRJ/BRASÍLIA/DF

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

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2003

Ementa: EXCLUSÃO DO SIMPLES. SÓCIO DE OUTRA PESSOA JURÍDICA NÃO OPTANTE E RECEITA GLOBAL EXTRAPOLA LIMITE LEGAL. A interpretação lógica, sistemática e finalística da Lei n° 9.317/96 apontam tanto a impossibilidade de enquadramento da EPP isolada cuja receita bruta anual ultrapasse R\$ 1.200.000,00, em 2002, quanto a impossibilidade de enquadramento de EPP que possua titular ou sócio que participe com mais de 10% de outra empresa (optante ou não), cuja soma global das receitas das empresas, naquele ano de 2002, ultrapasse R\$ 1.200.000,00.

EFEITOS DA EXCLUSÃO. A norma regente no caso é a do art.15, II, da Lei 9.317/96, com a redação dada pela MP n° 2.158-34/2001. Isto porque a situação excludente se perfez em 31.12.2002, e nesta data o texto vigente era aquele. A exclusão deve ser a partir do mês subsequente àquele em que foi incorrida a situação excludente, aplicável à hipótese prevista no inciso IX do art.9° da Lei 9.317/96, que é aquela em que se enquadra o caso concreto.


AdP

[Assinatura]

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


ZENALDO LOIBMAN
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa, Nilton Luiz Bartoli, Tarásio Campelo Borges e Luis Marcelo Guerra de Castro.

Relatório

Trata-se de manifestação de inconformidade contra exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES pelo Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/ANA nº 502.636, de 02.08.2004, em razão de haver sócio ou titular, CPF 505.604.411-34, com mais de 10% do capital social de outra empresa, CNPJ 32.909.921/0001-68, e a receita bruta global no ano-calendário 2002 ter ultrapassado o limite legal.

A interessada optou pelo SIMPLES em 01.01.2001 e foi excluída com efeitos retroativos a 01.01.2003, considerando-se que a situação excludente ocorreu em 31.12.2002 conforme descrição no ADE.

Ciente da exclusão, a interessada apresentou SRS, que foi indeferida nos termos constantes às fls.15, e em seguida protocolou tempestivamente a manifestação de inconformidade de fls.01/13, alegando resumidamente que:

- 1. A ora recorrente não ultrapassou o limite de receita bruta previsto na lei, nem tampouco a outra empresa da qual é sócio comum o Sr. Konstantinos Panagiotes Bokos.*
- 2. O dispositivo legal em que se pretende fundamentar a exclusão do SIMPLES padece de inconstitucionalidade, tendo em vista que a norma posta no inciso IX do art.9º da Lei 9.317/96, viola o princípio da isonomia esculpido no art.150, II, da Carta política.*

Pede a nulidade ou a revogação do ADE de exclusão, o reconhecimento da inconstitucionalidade do inciso IX do art.9º, ou que não seja aplicado ao caso, e para argumentar, que os efeitos da exclusão só se aplicam a partir do mês subsequente àquele em que foi determinada a exclusão de ofício, nos termo do inciso II do art.15 da Lei 9.317/96.

A DRJ/Brasília, por sua 4ª Turma de Julgamento, por unanimidade, decidiu indeferir o pleito. Foram as principais razões de decidir:

- 1. Os argumentos da impugnante não a socorrem. Ocorreu situação excludente prevista na Lei 9.317/96, at.9º, IX. O sócio comum participava em 31.12.2002 da outra empresa com mais de 10% do seu capital social, e a soma das receitas brutas das duas empresas naquela data superou o limite legalmente estabelecido.*
- 2. Aos Delegados da Receita Federal não cabe apreciar argüição de inconstitucionalidade da lei tributária, que goza da presunção de constitucionalidade. Esta competência é exclusiva do Judiciário.*
- 3. Quanto aos efeitos da exclusão, não há irretroatividade da norma, posto que a Lei 9.317/96 previu o momento a partir do qual deve surtir efeito a exclusão, sendo a partir do mês em que for incorrida a situação excludente.*
- 4. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES deverá se submeter ao regime geral de tributação, conforme art.16 da Lei de regência.*

Irresignada a interessada apresentou tempestivamente seu recurso voluntária ao Conselho de Contribuintes (fls.73/85), reapresentando as razões antes aduzidas na instância *a quo*, e buscando reforçar os seguintes aspectos:

1. *Preliminar de nulidade do acórdão recorrido. A decisão infringiu o art.5º, LIV e LV, da CF/88, bem como o art.31 do Decreto 70.235/72, eis que enfrentou apenas a questão de mérito, tendo ignorado completamente as arguições de nulidade do ato administrativo de exclusão, sendo vedado ao Conselho de Contribuintes conhecer de matéria com supressão de instância.*

2. *Foram feitas as seguintes arguições de nulidade do ADE de exclusão. A legalidade do ato administrativo pressupõe que se verifique a materialidade do ato e a correspondência entre o motivo alegado e o previsto na lei. Nesse sentido a doutrina de Celso A. Bandeira de Mello e também a jurisprudência do Conselho de Contribuintes, conforme ementas transcritas às fls.77/78. No caso concreto embora conste do ADE a citação dos diversos dispositivos legais que poderiam fundamentar a exclusão, o ato padece de vício insanável posto que a cópia da declaração de imposto de renda do ano-calendário 2002 demonstra que não é enquadrável no inciso IX do art.9º da Lei 9.317/96, já que a receita bruta da ora recorrente foi de R\$ 1.181.051,60. Portanto, dentro do limite legal disposto no inciso II do art.2º da Lei 9.317/96.*

3. *Ressalta-se que tanto a declaração de imposto de renda da empresa requerente como também a da outra empresa na qual o sócio Konstantinos P. Bokos participa, nenhuma delas obteve receita bruta excedente ao limite legal previsto. Dai, não se pode falar em exclusão motivada pela superação do limite de receita bruta de R\$1.200.000,00.*

4. *Por outro lado, pessoa física e pessoa jurídica existem no mundo jurídico com capacidade jurídica diferenciada, e não devem ser confundidas. É nulo o ADE, ou ao menos deve ser revogado.*

5. *Na remota hipótese de não acolhimento dos argumentos preliminares, cabe no mérito dizer que tendo sido de R\$ 1.181.051,60 a receita bruta da recorrente em 2002, a interpretação dada ao inciso IX do art.9º foi equivocada, vai de encontro ao p. da legalidade, pois a vedação legal se refere à receita bruta global de CADA EMPRESA OPTANTE DO SIMPLES QUE POR VENTURA TENHA SÓCIO EM COMUM. Em nenhum momento a norma de vedação exigiu que a receita bruta a ser aferida seja a soma das receitas brutas das duas empresas, caindo por terra os fundamentos da decisão de exclusão.*

6. *Quanto aos efeitos da exclusão, o art.15, II, da lei 9.317/96 determina o momento a partir do qual se darão os efeitos. Se a exclusão de ofício se dá por meio do ADE de exclusão, nos termos daquele art.15, os efeitos somente poderão ser a partir de 02.08.2004 e não de 31.12.2002. Transcrevem-se ementas de julgados do TRF/1ª Região, às fls.82/83, em suporte aos seus argumentos.*

Pede que seja declarada a nulidade do acórdão recorrido por não ter enfrentado a arguição de nulidade do ADE de exclusão; caso superadas as preliminares, pede o provimento ao recurso para que se revogue o ADE de exclusão. Requer que as intimações sejam feitas em nome do seu advogado sob pena de nulidade.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro ZENALDO LOIBMAN, Relator

Estão presentes os requisitos de admissibilidade do recurso e a matéria é da competência do Terceiro Conselho.

Há no recurso voluntário arguições preliminares de nulidade do ADE de exclusão e de nulidade da decisão recorrida, justamente porque não enfrentou a preliminar de nulidade do ADE.

A suposta nulidade do ADE estaria na falta de subsunção do fato concreto à hipótese prevista no inciso IX do art.9º da Lei 9.317/96. Não assiste razão à recorrente, a interpretação que fez da norma ali esculpida é que está equivocada. Quando haja sócio comum que tenha mais de 10% do capital social da outra empresa a regra de enquadramento no SIMPLES impõe que a soma das receitas brutas das empresas com sócio comum (e podem até ser mais de duas), não pode superar o limite de receita bruta imposto a uma EPP, e que no ano de 2002, era de R\$ 1.200.000,00.

O art.1º da Lei nº 9.317/96 estabelece que ela regula, em conformidade com o art.179 da Constituição, o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte, relativo aos impostos e contribuições que menciona. O art.2º define para os fins do disposto nesta Lei o que se entende por microempresa e empresa de pequeno porte (EPP), definindo esta a que tenha auferido receita bruta no ano-calendário igual ou inferior a R\$ 1.200.000,00 (com o texto vigente para o ano de 2002). O art.3º determina que a pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de EPP, na forma do art.2º, poderá optar pela inscrição no SIMPLES.

Por sua vez, o art.9º, IX, determina que não poderá optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica 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.

Veja-se que a norma do art.2º da Lei 9.317/96 está topograficamente localizada antes da definição de enquadramento no SIMPLES (art.3º), e trata de definir para os fins do disposto na Lei, que é mais abrangente do que apenas definir o sistema SIMPLES. O preâmbulo da Lei explicita o que acabamos de dizer, ou seja, que ela *“dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES e dá outras providências.”*

Como dizia, no art.2º, II, se estabelece apenas a definição de EPP para os fins da Lei 9.317/96, que não se restringe a instituir o SIMPLES. A norma de enquadramento de EPP no sistema simplificado é estabelecida só no art.3º. Mas, a referência do inciso IX do art.9º é ao limite de que trata o art.2º. Com isso, se entende que a soma das receitas das empresas de que participe sócio comum, com mais de 10% do capital da outra empresa, serve para saber se cabe, ou não, na definição de EPP que poderá vir a se enquadrar no sistema simplificado com definição e abrangência definidos na Seção I do Capítulo III da mesma Lei, abrangendo o art.3º e o art.4º. A norma sob análise, no contexto da lei, segundo uma interpretação lógico-

sistemática e finalística destina-se a comandar que se a empresa “A” deseja se enquadrar no SIMPLES, mas possui sócio em comum com outra empresa “B” (optante ou não) e desta participa com mais 10% do seu capital, há que se verificar se a soma das receitas brutas anuais de “A” e “B” é inferior ou igual ao limite legal estabelecido. Observe-se que essa verificação antecede, ou pode anteceder, a questão de uma delas ser, ou não, já optante do SIMPLES. Vale dizer, se por hipótese, nenhuma das duas empresas esteja enquadrada no SIMPLES, uma delas exerce atividade impedida e outra não, e esta deseja se enquadrar, a Lei de regência, no inciso IX do art.9º, em harmonia sistemática com o disposto no §1º do art.2º da mesma Lei, determina que se verifique para o caso de existir sócio da candidata a optante que também participe de outra empresa, optante ou não, com mais de 10% do seu capital social, se a soma das receitas brutas anuais está dentro do limite legal para microempresa ou EPP, conforme o caso, que deseja nessa condição se enquadrar no sistema simplificado. Portanto, a interpretação lógica, sistemática e finalística da Lei em comento, a meu ver, e s.m.j., apontam tanto a impossibilidade de enquadramento da EPP isolada cuja receita bruta anual ultrapasse R\$ 1.200.000,00, em 2002, quanto a impossibilidade de enquadramento de EPP que possua titular ou sócio que participe com mais de 10% de outra empresa (optante ou não) cuja soma global de suas receitas, naquele ano de 2002, ultrapasse R\$ 1.200.000,00.

A conclusão é que não há a nulidade do ADE e nem tampouco da decisão recorrida.

Registra-se, em tempo, que também não seria correto supor uma impossibilidade de conhecimento da matéria em segunda instância, pelo Conselho, ainda que houvesse uma omissão na decisão recorrida quanto a uma preliminar ou mesmo quanto a um dos fundamentos de mérito. No rastro das alterações recentes havidas nos últimos anos no Código de Processo Civil, que pode ser tomado por subsídio nessa questão processual, desde que a matéria esteja madura, ou seja, as questões de fato sejam incontroversas e não se dependa de constituição de novas provas, nada impede que haja decisão em segunda instância sem ter que fazer o processo retornar à instância *a quo*.

Por outro lado, em que pese ser a instância administrativa incompetente para apreciar suposta inconstitucionalidade de lei formal vigente, que esta goza da presunção de constitucionalidade até que o Judiciário conclua pelo contrário no controle concentrado, com efeitos em geral, ou no controle incidental, com efeitos entre partes, o E. STF já se pronunciou acerca da conformidade da Lei 9.317/96 com a CF/88, notadamente quanto ao princípio da isonomia.

O ponto é que repetidamente contribuintes foram ao Judiciário para reclamar a inconstitucionalidade das vedações previstas no art.9º da Lei 9.317/96, por suposta infração a basilares princípios constitucionais, entre eles o da isonomia de tratamento tributário, bem como com relação ao comando do art.179 que o constituinte destinou ao legislador ordinário. Os tribunais superiores já haviam se pronunciado sobre a interpretação constitucional do dispositivo da Lei do Simples em comento em face da Constituição, conforme se vê no acórdão produzido pelo TRF4, 2ª T., por unanimidade, Ac. 2001.71.14.004175-5/RS, Rel. Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares, mai/04.

O STF, em ADIN, já havia firmado o entendimento de constitucionalidade da norma em análise neste caso concreto, em face de acusação por infração aos mesmos princípios que a r. recorrente trouxe à luz com o propósito de buscar uma exegese da lei ordinária, que a seu juízo, pudesse se compatibilizar com o texto da Constituição, especialmente com o

disposto no inciso II do art.150 e no art.179. Ora, a apreciação da exegese acerca da incompatibilidade, ou não, da norma ordinária com o texto constitucional, foi precisamente o que fez antes o Egrégio STF, e quando este decidiu pela improcedência dos argumentos que pediam a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.317/96, firmou a interpretação (exegese) oficial acerca da constitucionalidade da vedação prevista na Lei do SIMPLES, porque o Pretório Excelso exerce no Brasil o papel de Corte Constitucional, É relativamente freqüente que o E. STF examine uma norma jurídica, ou uma lei, em única instância, no controle concentrado de constitucionalidade, em meio a uma ADIN ou a uma ADECON, por exemplo, ou, por outro lado, em última instância, no controle difuso de constitucionalidade, e formule, mesmo sem alterar o texto, uma nova interpretação, diferente da que vinha sendo considerada pelos tribunais, nesse caso pode até haver a declaração de inconstitucionalidade da interpretação corrente e a consagração sem alteração do texto da norma, da interpretação constitucional dada pelo STF. No caso, o STF consagrou oficialmente a constitucionalidade da Lei 9.317/96, segundo a interpretação oficial de sua conformidade com o inciso II do art. 150, e com o art. 179.

Quanto ao mérito, os elementos constantes dos autos demonstram que o sócio da recorrente Konstantinos P. Bokos era, em 2002, também sócio de outra empresa, BOKOS IND. E COM. DE CARTONAGEM LTDA, CNPJ nº 32.909.921/0001-68, com mais de dez por cento de participação no seu capital social. O valor da receita bruta auferida em 2002 por cada uma das empresas citadas, com base nos documentos constantes às fls.40/41, 51 e 55, foi respectivamente, para a ora recorrente de R\$ 1.181.051,60, e para a BOKOS IND e COM DE CARTONAGEM LTDA, de R\$ 86.778,86, ou seja, a soma das receitas brutas obtidas em 2002 atingiu o valor global de R\$ 1.271.830,46, que é superior ao limite global estabelecido no inciso II do art.2º da Lei nº 9.317/96, de R\$ 1.200.000,00. Portanto, constatou-se situação excludente que se perfez em 31.12.2002.

Quanto aos efeitos da exclusão. É preciso firmar aqui qual a norma regente, e no caso é a do art.15, II, da Lei 9.317/96, com a redação dada pela MP nº 2.158-34/2001, e não a redação que a Lei 9.732/98 determinava até 27.07.2001, quando foi revogada justamente pela MP referida. Isto porque a situação excludente se perfez em 31.12.2002, e nesta data o texto vigente era o da MP 2.158-34/2001.

A exclusão deve ser a partir do mês subsequente àquele em que foi incorrida a situação excludente, aplicável à hipótese prevista no inciso IX do art.9º da Lei 9.317/96, que é aquela em que se enquadra o caso concreto.

A situação excludente se verificou em 31.12.2002, assim os efeitos da exclusão no caso concreto devem ser a partir de 01.01.2003, porque assim foi determinado no inciso II do art.15 da Lei 9.317/96, com a redação vigente em 31.12.2002.

Por fim, não há elementos nos autos que permitam saber se a situação excludente foi fortuita ou voltou a ocorrer na seqüência dos anos, entretanto, cabe aqui



informar que se nos anos seguintes não se verificou a causa impeditiva, poderá a empresa se quiser pleitear seu retorno ao sistema, desde que satisfeitas naturalmente as demais condições de enquadramento.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 04 de julho de 2007



ZENALDO LOIBMAN - Relator