



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10380.000767/2004-05
Recurso nº : 133.731
Acórdão nº : 303-33.096
Sessão de : 27 de abril de 2006
Recorrente : FAE – COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
Recorrida : DRJ-FORTALEZA/CE

**EXCLUSÃO DO SIMPLES. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA.
NULIDADE DO PROCESSO.**

A ausência do Ato Declaratório de Exclusão nestes autos impossibilita verificar em que termos foram explicitados os motivos da exclusão. A insistência da decisão recorrida em argumentar pelo impedimento baseada no só fato de sócio participar de outra empresa com mais de 10% do capital social configura cerceamento ao direito de defesa. Embora tenha ficado comprovada a participação de sócio da empresa optante do SIMPLES em mais de 10% do capital de outra empresa, nada há nos autos que comprove se o faturamento global das empresas superou o limite máximo estabelecido na lei para a permanência da empresa de pequeno porte no regime simplificado. A causa impeditiva prevista no art.9º, IX da lei de regência do SIMPLES exige a simultaneidade das situações. Anulado o processo a partir do ADE.

RESTABELECIMENTO DA OPÇÃO.

A nulidade deste processo impõe o restabelecimento da opção da empresa pelo SIMPLES.

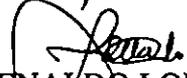
Processo anulado *ab initio*.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de diligência para juntada do ato declaratório de exclusão levantada pelo Conselheiro Tarásio Campelo Borges, vencido também o Conselheiro Nilton Luiz Bartoli. Por unanimidade de votos, declarar a nulidade do processo *ab initio*, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente


ZENALDO LOIBMAN

Relator

Formalizado em: 30 MAI 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Nanci Gama, Sérgio de Castro Neves, Silvio Marcos Barcelos Fiúza e Marciel Eder Costa. Fez sustentação oral o Economista Sérgio Silveira Melo, CI 2198236 IFP/RJ.

Processo nº : 10380.000767/2004-05
Acórdão nº : 303-33.096

RELATÓRIO

Trata este processo de recurso contra a exclusão da empresa interessada do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), por meio do Ato Declaratório Executivo de Exclusão (ADE) nº 418.467, expedido pela DRF/Fortaleza/CE.

Segundo a DRJ, consta do ADE, como motivo da exclusão, o fato de sócio ou titular da mesma ter participação em mais de 10% do capital de outra(s) empresa(s) e a receita bruta global no ano-calendário 2001 ter ultrapassado o limite legal global.

Apreciada a reclamação inicial, via SRS (fls. 17), a DRF competente considerou-a improcedente, mantendo a exclusão nos termos dispostos às fls. 17-v.

Inconformada a contribuinte apresentou, tempestivamente, sua manifestação de inconformidade (impugnação) de fls. 01/11, alegando, em síntese, que:

1. O Sr. Adolfo Bichucher Neto, um dos sócios da empresa, é concessionário "McDonald's" das empresas de CNPJ 41.432.717/0001, com 3 lojas, e CNPJ 02.249.716/0001-52, com 1 loja.

2. Em meados de 2000 franqueadora McDonald's ofereceu ao Sr. Bichucher a gestão da franquia em condições especiais da loja localizada no Aeroporto Pinto Martins.

3. Apesar das condições especiais oferecidas, a franqueadora impôs algumas condições insuperáveis, a saber: a) a concessão da franquia é vedada a sociedade individual; b) a empresa somente credencia pessoa física com habilitação feita pela franqueadora; e c) o gestor responsável deve ser pessoa credenciada, fechando-se assim, o círculo que não permitia outra saída à franqueada FAE Comércio de Alimentos Ltda., senão seguir os exatos passos traçados pela franqueadora.

4. Foi nessas condições que se constituiu a ora impugnante, tendo como sócios a Sra. Ana Cristina Bulle de Queiroz e Silva Bichucher, detentora de 99% das quotas e Sr. Adolfo Bichucher Neto, detentor de inexpressivos 1,0%, figurando este como gestor, conforme requerido pela então legislação aplicável às sociedades limitadas.

Processo nº : 10380.000767/2004-05
Acórdão nº : 303-33.096

5. Ressalta que, mesmo sendo possível a figura do gerente-delegado prevista na legislação regente das limitadas, o franqueador não admitia tal figura, só aceitava gerente sócio para administrar a franquia. Porém, com a entrada em vigor do Novo Código Civil, a McDonald's passou a aceitar a figura do administrador eleito, sem a necessidade de ser sócio.

6. A partir de então, o Sr. Bichucher retirou-se da sociedade em 20/08/2003, cedendo e transferindo a totalidade de suas quotas para a sócia remanescente Ana Cristina.

7. Mesmo considerando os incentivos oferecidos pelo SIMPLES, sua importância quanto a criação de empregos, distribuição de renda, diminuição da informalidade, pagamento de tributos simplificado, etc., a criação da FAE Comércio de Alimentos Ltda. deu-se justamente para atender os requisitos impostos pelo franqueador, visto que sem a assunção da gestão pelo Sr. Adolfo, a McDonald's afirmou que não autorizaria a franquia.

8. Em outras palavras, se não fosse a exigência do franqueador, o Sr. Adolfo Bichucher não teria participado como sócio da impugnante, o que se comprova por sua insignificante participação societária, 1% de uma sociedade cujo capital social importa em R\$ 10.000,00, bem como por ter transferido suas cotas, assim que foi autorizado pela franqueadora.

9. Conforme dito antes, a partir do Novo CC tornou-se possível a gerência de sociedade limitada por não-sócio, e então houve a alteração social averbada em 20/08/2003, com a retirada do Sr. Adolfo.

10. Neste caso, para apreciar a exclusão da empresa do SIMPLES, é preciso que fique claro que a empresa não teve em nenhum momento o intuito de esquivar-se de suas obrigações legais, mas, deve ser levado em conta que a ora impugnante somente tomou ciência da referida exclusão em 29.08.2003. Deve-se atentar também para os efeitos maléficos que a exclusão do sistema acarretaria à empresa, com a cobrança retroativa de impostos e contribuições, sendo seriamente comprometida em seus compromissos com distribuidores, empregados e fornecedores.

11. Com o evento consignado no ADE, ou seja, participação do titular ou sócio no capital de outra empresa, não se pede o desrespeito às normas do SIMPLES, mas sim o uso do poder discricionário da administração, tendo sempre como fim o interesse público e a razoabilidade. Não é razoável, nem é do interesse do país, que se extinga o negócio, que se exclua a empresa do SIMPLES apenas por possuir um de seus sócios uma participação de 1% em seu capital social, e somente para cumprir condições exigidas pelo franqueador para estabelecer a franquia.

12. Para elucidação da lide propõe exemplos hipotéticos explicitando que a norma aplicada ao caso traduz incoerência e injustiça. Assim se

Processo nº : 10380.000767/2004-05
Acórdão nº : 303-33.096

considere numa primeira situação, uma empresa X que possua 9,99% (< 10%) do capital social de uma multinacional (como a Petrobrás ou a TAM), e noutro caso, uma empresa Y que possua 11% de uma microempresa de baixo faturamento e que decide participar como sócio de um pequeno empreendimento, com um percentual de 1%. Na primeira hipótese, embora não houvesse impedimento legal a ingressar no SIMPLES, não se estaria atendendo a um dos princípios motivadores da criação do sistema, ou seja, a distribuição de rendas, enquanto na segunda hipótese, a empresa Y não poderia se beneficiar do SIMPLES, sofrendo impactos em sua atividade, por concorrer com empresa que, em situação semelhante, passaria a usufruir do sistema, o que revela grande incoerência e injustiça.

13. Nesse sentido a decisão pode coadunar-se com os ditames legais, porém, será uma decisão injusta, dado que permite que um grande empresário seja beneficiado, enquanto o pequeno não. O que se requer neste momento é que se observe que “os princípios devem incidir para que da lei injusta se obtenha decisão justa”, reforçando tais argumentos à luz da lição do mestre administrativista Celso Antônio B. De Mello segundo o qual: “*violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer*”, constituindo também a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

14. Requer, pois, a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, atentando para uma hermenêutica moderna, afastando-se o julgamento de uma interpretação apenas gramatical, mas sim teleológica, buscando na aplicação da lei ao fato concreto atingir os objetivos a que a legislação se proponha.

15. Segundo o douto Diógenes Gasparini, *in* Direito Administrativo, 8ª ed., p.22, há uma discricionariedade posta ao alcance do administrador que lhe confere margem de atuação que possibilita uma aplicação mais justa da lei, que impõe ao administrador o encargo de agir tomando a melhor providência à satisfação do interesse público naquele momento.

Ante o exposto requer a manutenção da empresa no SIMPLES, retroagindo seus efeitos no tempo, sem a incidência de qualquer tributo ou penalidade decorrente da exclusão.

A 4ª Turma de Julgamento da DRJ/Fortaleza decidiu, por unanimidade de votos, indeferir a solicitação. Apresentam-se, a seguir resumidamente as principais razões evocadas pelo voto-condutor da decisão *a quo*:

I) A interessada ao contestar a sua exclusão do SIMPLES, alega, entre outros argumentos, que a FAE Comércio de Alimentos Ltda. se constituiu tão somente para atender os requisitos da franqueadora, tendo o SR. Adolfo uma participação insignificante de apenas 1% do capital social e que, com as regras do NCC pôde efetuar a transferência de suas quotas para a outra sócia, e por essa razão pede sua permanência no SIMPLES.

Processo nº : 10380.000767/2004-05
Acórdão nº : 303-33.096

II) A improcedência do seu pedido foi atestada pela DRF, ao decidir sobre a SRS, por constatar que o interessado não demonstrou a não ocorrência da situação impeditiva, que foi o que gerou o ADE.

III) A disciplina, do tratamento diferenciado, dada às empresas enquadradas no SIMPLES está na Lei 9.317/96. De forma que para elucidar o cerne da questão sobre a exclusão da empresa do sistema, o art. 9º, IX, da referida Lei, determina que não poderá optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica cujo titular, ou sócio, participe com mais de 10% do capital de outra empresa, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art.2º. Bem como para analisar os efeitos da exclusão procedida de ofício, mister se faz que a análise seja pautada na referida Lei, art. 15, II, e demais normas da legislação tributária específica, haja vista que, conforme o art.7º da Portaria MF nº 258/2001, o julgador deve observar as normas legais e regulamentares, além do entendimento da SRF expresso em atos tributários.

IV) No presente caso é necessário analisar a ocorrência, ou não, do fato motivador da exclusão, conforme previsto no art.9º, IX da Lei 9.317/96.

V) O ADE nº 418.967, da DRF/Fortaleza, cientificado ao contribuinte em 29/08/2003, fez constar como causa excludente o fato do referido sócio participar com mais de 10% do capital social da seguinte empresa: AB Comércio de Alimentos Ltda., CNPJ 02.249.716/0001-52.

VI) Embora a impugnante insista em que somente se constituiu a FAE Comércio de Alimentos Ltda. com a participação do Sr. Adolfo Bichucher para tão-somente atender os requisitos da franqueadora, em nenhum momento nega o fato de que o Sr. Adolfo tenha participação no capital social de outra empresa acima do limite legal estabelecido para possibilitar a permanência no SIMPLES.

VII) O fato de sua participação social na FAE ser irrisória, de apenas 1%, é irrelevante para o deslinde da questão, dado que o impedimento legal acusado está em que sendo sócio de empresa abrangida no SIMPLES não pode participar com mais de 10% do capital de outra empresa (sic).

VIII) As exigências impostas pela franqueadora não têm nenhuma relevância para a apreciação do mérito. O motivo que ensejou a exclusão foi a participação do sócio referido com mais de 10% no capital social de outra empresa. Este fato não ficou descaracterizado, até porque em pesquisa conforme consta às fls. 19/23 verifica-se que o Sr. Adolfo participa da AB Comércio de Alimentos LTDA com 99% do seu capital social, e é isto que impõe a exclusão da FAE Comércio de Alimentos Ltda. do SIMPLES.

IX) Os efeitos da exclusão determinada pelo ADE supracitado se fizeram sentir a partir de 01/01/2002, e sendo assim não se pode atender ao pleito da impugnante de permanência no sistema, mesmo se levando em conta que em

Processo nº : 10380.000767/2004-05
Acórdão nº : 303-33.096

20/08/2003 houve a retirada do Sr. Adolfo Bichucher da sociedade, porquanto tal solicitação colide com o efeito legal resultante da exclusão da empresa do referido sistema, o que a impede de permanecer no SIMPLES para os anos calendários subsequentes.

X) Portanto a participação do sócio Adolfo Bichucher Neto no capital da empresa AB Comércio de Alimentos Ltda, acima do limite estabelecido na legislação específica, enseja a exclusão da citada empresa do SIMPLES, Por inobservância ao art. 9º, IX, da Lei 9.317/96.

Irresignada com a decisão da DRJ, a interessada apresentou tempestivamente seu recurso voluntário, que se encontra às fls. 46/56, no qual reapresenta os argumentos articulados por ocasião da impugnação e que foram acima descritos.

Encontram-se às fls. 57/59 documentos que atestam a solicitação de arrolamento de bens em garantia recursal, ainda que neste caso fosse desnecessária.

É o relatório.



Processo nº : 10380.000767/2004-05
Acórdão nº : 303-33.096

VOTO

Conselheiro Zenaldo Loibman, Relator

Conheço o recurso, que trata de matéria de competência deste Colegiado e é tempestivo.

No caso concreto verifica-se simplesmente a mera informação de que o Ato Declaratório Executivo, que não consta destes autos, fora cientificado ao interessado em 29.08.2003. Além disso, não se informa a data de expedição do ADE, nem tampouco em que termos foram explicitados, naquele documento, os motivos da exclusão.

Afora uma singela menção ao art.9º, IX, da Lei 9.317/96, feita às fls.17 - verso, na resposta à SRS encaminhada pelo interessado, como mera referência à norma abstrata que teria servido de base para o ato de exclusão, em todo o restante do processo, incluindo a decisão recorrida, o motivo foi tratado como sendo a tão-só participação de sócio com mais de 10% no capital social de outra empresa, não havendo nenhuma evidência ou comprovação de que se tenha excedido o limite de faturamento global previsto na norma de regência.

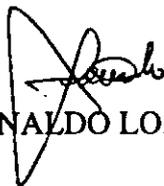
Ora, a simples participação de sócio de empresa optante em mais de 10% do capital social de outra(s) empresa(s), por si só, não determina à luz do art.9º, IX, da Lei 9.317/96, a exclusão do SIMPLES.

Nestes autos não há nenhuma evidência, nenhuma prova documental, nada que ateste que o faturamento global das empresas consideradas tenha superado o limite de faturamento.

A situação exposta, a meu ver, configura cerceamento ao direito de defesa e impõe a nulidade do ADE expedido, porém ausente dos autos, determinando a nulidade do processo a partir do referido ato declaratório executivo.

Pelo exposto, voto pela nulidade do processo a partir do ADE, impondo-se o restabelecimento da opção da empresa pelo SIMPLES.

Sala das Sessões, em 27 de abril de 2006.



ZENALDO LOIBMAN - Relator.