



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº 10510.000769/2004-63
Recurso nº 138.013 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 303-35.490
Sessão de 7 de julho de 2008
Recorrente REPEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
Recorrida DRJ-SALVADOR/BA

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

Exercício: 2001

**EXCLUSÃO. PARTICIPAÇÃO DE SÓCIO NO CAPITAL DE
OUTRA EMPRESA.**

A empresa que tenha sócio que participe com mais de 10% do capital de outra empresa, será excluída do Simples a partir do Ano-calendário subsequente àquele em que a receita bruta global ultrapassar o limite estabelecido para empresas de pequeno porte, pelo inciso II do art. 2º, da Lei nº 9.317/96.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da terceira câmara do terceiro conselho de contribuintes, pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator. Vencidos os Conselheiros Tarásio Campelo Borges, Nilton Luiz Bartoli, Vanessa Albuquerque Valente e Nanci Gama, que deram provimento.


ANELISE DAUDT PRIETO - Presidente


CELSON LOPES PEREIRA NETO - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Heroldes Bahr Neto e Luis Marcelo Guerra de Castro.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário manejado contra Acórdão DRJ/SDR nº 15-12.046, de 12 de janeiro de 2007, proferido pela DRJ Salvador.

Por bem descrever os fatos, adoto parcialmente o relatório componente da decisão recorrida, de fls. 31, que transcrevo, a seguir:

Trata-se de manifestação de inconformidade apresentada pela Pessoa Jurídica (PJ) acima identificada, em razão de exclusão do SIMPLES, através do Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/AJU nº 464.657, de 07/08/2003, com efeito a partir de 01/01/2002, acusando que sócio ou titular participava de outra empresa com mais de 10% do capital social e a receita bruta global no ano-calendário de 2001 ultrapassou o limite legal (fl. 16).

O sócio em questão é a contribuinte Crisolândia dos Santos Reis, CPF nº 385.535.545-20, e a outra empresa é a Reis Comércio e Representações Ltda, CNPJ nº 32.878.407/0001-02, da qual participava com 50% do capital (vide fls. 26/28).

A requerente apresentou Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples (SRS) em 25/09/2003 (fls. 11/12), mas a SRS foi indeferida pelo órgão de origem, ressaltando que não havia erro de fato a ser apreciado, e que se a contribuinte quisesse discutir matéria de direito deveria impugnar o ADE diretamente a esta Delegacia Federal de Julgamento (DRJ).

Cientificada da SRS em 07/04/2004 (fl. 18), a contribuinte interpôs impugnação em 05/05/2004 (fl. 01), alegando, em resumo, que a exclusão deveria ser cancelada, porque é ilegal e inconstitucional, bem como atenta contra a segurança jurídica, ao projetar os seus efeitos a partir de 01/01/2001. Na sua opinião os efeitos da exclusão deveriam ocorrer a partir do trânsito em julgado da decisão administrativa que declare o contribuinte excluído do Simples. Além disso, a situação que prevalecia antes da expedição do ADE era de que a requerente estava regular perante o Simples. Assim, não poderia sofrer punição com o pagamento de multa e juros, se até então cumpria os requisitos da lei, com recolhimento do tributo devido. Ressalta que tal cobrança, relativa a período anterior, colidiria com o disposto no art. 150, inc. III-a, da Constituição federal de 1988, que veda a cobrança de tributos relativos a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado. Alega ainda que inexistia notificação do contribuinte anterior à data do recebimento do ADE guerreado, acerca da exclusão do Simples e que justificasse a retroação dos seus efeitos.

at

A DRJ/Salvador/BA não acolheu as alegações da autuada e indeferiu sua solicitação, através do referido Acórdão, cuja ementa transcrevemos, *verbis*:

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

Ano-calendário: 2001

EXCLUSÃO. PARTICIPAÇÃO DE SÓCIO NO CAPITAL DE OUTRA EMPRESA.

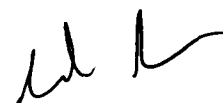
A empresa que tenha sócio que participe com mais de 10% do capital de outra empresa, será excluída do Simples a partir do Ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite de receita bruta estabelecido para a empresa de pequeno porte.

Solicitação Indeferida

Seguiu-se recurso voluntário, de fls. 41/46, em que o recorrente aduz que:

- a exclusão deve ser cancelada, porque é ilegal e inconstitucional pois atenta contra a segurança jurídica, ao projetar os seus efeitos a partir de 01/01/2001;
- não houve participação do Contribuinte no procedimento administrativo de exclusão do Simples que acabou resultando no Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/AJU nº 464.657, de 07/08/2003, sendo flagrante a nulidade do ato administrativo de exclusão, visto que resultou de um processo administrativo viciado, pois não prestigiou a ampla defesa e o contraditório;
- excluir e depois abrir prazo para o contribuinte contestar, não é a forma correta de prestigiar os princípios da ampla defesa e do contraditório;
- tão logo tomou ciência da possível irregularidade, a sócia Crisolândia dos Santos Reis retirou-se imediatamente da sociedade, conforme alteração contratual de fls. 48/50, registrada na junta comercial em 14/10/2003;
- a retroatividade dos efeitos da exclusão a 01/01/2002, viola o princípio da anterioridade insculpido no art. 150, III, "a", da CF/88;
- o limite para enquadramento deveria ter sido reajustado de acordo com algum índice de correção monetária de forma que a receita bruta total das empresas das quais a sócia Crisolândia dos Santos Reis fazia parte (R\$ 1.557.254,98 = R\$ 1.245.584,86 da empresa Reis Comércio e Representações Ltda + R\$ 311.670,12 da recorrente) (fls. 28/29) estaria dentro dos limites, e que há decisões judiciais neste sentido, aumentando o limite do benefício para empresas com faturamento até R\$ 2,1 milhões e não restrito ao que estabelecia a legislação (R\$ 1.200.000,00).

É o Relatório.



Voto

Conselheiro CELSO LOPES PEREIRA NETO, Relator

A manifestação de inconformidade é tempestiva (ciência - fls. 37, protocolo do recurso – fls. 41), pelo que dela se conhece.

A recorrente não questiona que a sócia Crisolândia dos Santos Reis possuía, em 2001, 50% de quotas do capital social da empresa Reis Comércio Rep. Ltda, CNPJ nº 32.878.407/0001-02. Isto se encontra demonstrado nos extratos do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (fls. 26/27)

Também não contesta o fato de que as empresas, das quais a sócia da recorrente, Crisolândia dos Santos Reis, participava com mais de 10% do capital social, auferiram, em 2001, receita bruta global de R\$ 1.557.254,98, acima do limite legal para a empresa de pequeno porte, que naquele ano era de R\$ 1.200.000,00. Às fls 28 e 29, encontramos a comprovação das receitas brutas auferidas pelas empresas, no valor de R\$ 1.245.584,86 (Reis Comércio Rep. Ltda) e R\$ 311.670,12 (Repel Indústria e Comércio Ltda. – ora recorrente).

Inicialmente, no que diz respeito à arguição de inconstitucionalidade, levantada pela recorrente, quanto ao fato da retroatividade dos efeitos da exclusão a 01/01/2002, violar o princípio da anterioridade insculpido no art. 150, III, “a”, da CF/88, entendo não ser este controle de constitucionalidade atribuição dos órgãos administrativos, mas sim do Poder Judiciário e, excepcionalmente, do Poder Legislativo.

Somente excepcionalmente, é autorizado à Administração Pública a negativa de vigência à lei. De acordo com o Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, “as decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação de texto constitucional, deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta”. O que não se aplica às questões levantadas pela recorrente, pois a expressão “de forma inequívoca e definitiva” segundo o Parecer PGFN/CRE/Nº 948/98 (item 4 “c”), corresponde a:

- decisão, mesmo que única, se a norma cuja inconstitucionalidade for ali declarada tenha sua execução suspensa por ato do Senado Federal;
- decisão Plenária transitada em julgado, ainda que única e mesmo quando decidida por maioria de votos, se nela foi expressamente conhecido e julgado o mérito da questão em tela.

Por sua vez, o Regimento do Conselho de Contribuintes dispõe, em seu art. 49, que:

“Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.



Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei n.º 10.522, de 19 de junho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993.”

As arguições feitas pela recorrente não se enquadram em nenhuma das hipóteses de exceção, anteriormente citadas.

Finalmente, já se assentou, no âmbito deste Conselho, que as instâncias administrativas, de 1º ou 2º grau, carecem de competência para apreciar inconstitucionalidade de lei, de forma que não existe nulidade da decisão da DRJ/Porto Alegre por não julgar os incidentes de inconstitucionalidade levantados, com também não cabe a este Conselho fazê-lo.

No caso concreto, não tem sentido falar em princípio da anterioridade que reza que não se pode cobrar tributo no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que instituiu ou aumentou o tributo (150, III, “b”, CF/88). Nem mesmo na noventena (150, III, “c”, CF/88) que colocou mais uma limitação para essa cobrança de tributo aumentado ou instituído, que não poderá ocorrer antes de decorridos noventa dias da publicação da referida lei, observado o 150, III, “b”, ou seja, cobrança somente no primeiro dia do exercício seguinte ou após 90 dias, o que ocorrer mais tarde, salvo as exceções que a própria CF/88 estabelece.

Como a recorrente falou de Anterioridade, mas citou o art. 150, III, “a”, CF/88, talvez quisesse referir-se ao Princípio da Irretroatividade.

Mas no caso em questão, também não se verifica retroatividade da norma, pois a Lei nº 9.317/96, já estava em vigor à ocasião dos fatos descritos neste processo.

A empresa optou pelo Simples em 01/01/2000 e àquela ocasião, a Lei nº 9.317/96, já previa a possibilidade de exclusão de ofício, por ADE, caso a empresa incorresse em qualquer das hipóteses de vedação previstas no seu art. 9º e não procedesse, ela mesma, à exclusão obrigatória mediante alteração cadastral, e demais procedimentos.

O art. 2º da Lei nº 9.317/1996, estabelecia os limites de receita bruta para que a empresa pudesse optar pelo Simples na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, *verbis*:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - microempresa, a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais);

Helton
5

II - empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) e igual ou inferior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)

(...).

Em 2001, esse limite era, portanto, igual a R\$ 1.200.000,00. A alegação da recorrente de que esse limite para enquadramento deveria ter sido reajustado de acordo com algum índice de correção monetária, de forma que a receita bruta total das empresas das quais a sócia Crisolândia dos Santos Reis fazia parte (R\$ 1.557.254,98) estaria dentro dos limites, não tem respaldo na legislação.

A opção pelo Simples era vedada às pessoas jurídicas que auferissem receita bruta superior a esses limites e também àquelas que tivessem sócio que participasse com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa, desde que a receita bruta global ultrapasse esses limites.

Era o que determinava o art. 9º da Lei nº 9.317/96, *verbis*:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

I - na condição de microempresa, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais); (Alterado pela Lei nº 11.307, de 19/05/2006)

II - na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.779, de 1999)

(...);

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; (grifos nossos)

(...).

Essa situação, ultrapassagem do limite de receita bruta, foi o que ocorreu com a recorrente. A exclusão poderia dar-se por iniciativa da própria pessoa jurídica, que comunicaria a situação impeditiva, ou de ofício, através de Ato Declaratório Executivo. Era o que determinavam os arts. 13 e 14 da Lei nº 9.317/96, *verbis*:

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I - (...)

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;

O art. 15 da referida Lei nº 9.317/96, estabelece a partir de que data surtirá efeito a exclusão da pessoa jurídica do Simples. Na hipótese da situação impeditiva prevista no inciso IX do art. 9º daquela lei, exatamente a situação em que incorreu a recorrente, a exclusão surtiria efeito a partir da data prevista no inciso II do art. 15.

Este inciso II teve várias redações desde a edição da Lei nº 9.317/96. Necessário determinar-se em que data caracterizou-se a ocorrência da situação impeditiva, para determinarmos a norma aplicável à espécie.

A ultrapassagem do limite da receita bruta ocorreu em 31/12/2001, pois foi naquele ano-calendário que as empresas das quais a sócia Crisolândia dos Santos Reis fazia parte auferiram receita bruta global de R\$ 1.557.254,98. Nessa ocasião, a redação do inciso II do art. 15 da Lei nº 9.317/96 era aquela dada pelo art. 73 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, que estabelecia que a exclusão surtiria efeito a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIX do art. 9º, incluindo, portanto, o inciso IX, do art. 9º:

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

I - (...)

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)

Vale ressaltar que a Lei nº 11.196/2005 que, mais uma vez, alterou esse inciso II, manteve os mesmos efeitos no caso de exclusão pela ocorrência da situação prevista no inciso IX, do art. 9º. Vejamos:

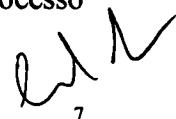
Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

I - (...)

II - a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

Ressalte-se, ainda, que a SRF não estava obrigada expedir notificação da ocorrência antes do ADE, uma vez que o art. 13, II, "a" estabelecia que cabia à pessoa jurídica fazer a comunicação da ocorrência da situação excludente e a exclusão de ofício somente ocorreu por inobservância, por parte da recorrente, de sua obrigação.

A legislação determina que, a qualquer tempo que constate a ocorrência de uma situação excludente, a SRF poderá promover a exclusão do optante, por meio de ADE, assegurado o direito de defesa na forma do Decreto nº 70.235, de 1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal, como foi feito no caso presente



Portanto, penso que razão assiste à autoridade *a quo* no que se refere à motivação da exclusão e também quanto aos efeitos do ato de exclusão, pois restou comprovado nos autos que a recorrente, no ano-calendário de 2001, incorreu em situação excludente que teria como consequência o desenquadramento obrigatório a partir do primeiro dia do ano-calendário subsequente (01/01/2002).

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 7 de julho de 2008


CELSO LOPES PEREIRA NETO - Relator