



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº 10580.004108/2005-64
Recurso nº 137.713 Voluntário
Matéria SIMPLES - INCLUSÃO
Acórdão nº 303-35.327
Sessão de 19 de maio de 2008
Recorrente R. TOSTO COMÉRCIO LTDA
Recorrida DRJ-SALVADOR/BA

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

Ano-calendário: 2004

Legislação Superveniente. Inclusão Retroativa. Impossibilidade.

A alteração da legislação disciplinadora do regime de impedimentos à opção pelo Simples não autoriza a aplicação da retroatividade benigna prevista no art. 106 do Código Tributário Nacional, para efeito de re-incluir contribuinte regularmente excluído com base na legislação vigente à época do ato. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da terceira câmara do terceiro conselho de contribuintes, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do redator. Vencidos os Conselheiros Nilton Luiz Bartoli, Relator, Tarásio Campelo Borges e Nanci Gama, que deram provimento. Designado para redigir o voto o Conselheiro Luis Marcelo Guerra de Castro.


ANELISE DAUDT PRIETO - Presidente


LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO - Redator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Vanessa Albuquerque Valente, Heroldes Bahr Neto e Celso Lopes Pereira Neto.

Relatório

Trata-se da solicitação de inclusão retroativa do contribuinte ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, ao ano-calendário de 2004 (fls. 01), face a sua exclusão originada pelo Ato Declaratório Executivo DRF/SDR nº 492634, de 02/08/2004, fundamentada na "receita bruta no ano-calendário de 2002 ter ultrapassando o limite legal", com efeitos a partir de 01/01/2003 (fls. 19).

Anexos documentos às fls. 02/12, inclusive, cópia de uma solicitação do contribuinte requerendo sua exclusão do Simples no ano-calendário de 2003, e seu enquadramento como optante do lucro presumido para o referido ano-calendário (2003), em decorrência de ter excedido receita bruta acumulada de R\$1.200.000,00, no ano-calendário de 2002 (fls. 07).

A DRF em Salvador/BA indeferiu a solicitação de inclusão retroativa (fls. 68/70), alegando que *"por não ter formalizado imediatamente a sua opção para adesão ao Simples no ato de sua exclusão, mediante utilização da FCPJ, ou se tivesse assim procedido, não prova em suas alegações a ocorrência de erro de fato durante a alteração cadastral no CNPJ, e, por ter tido sócio que participava de outra empresa com mais de 10% e a receita bruta global das empresas no ano-calendário de 2002 ultrapassou o limite legal, o que lhe veda a opção pelo sistema, proponho o indeferimento do pleito do interessado, negando o seu pedido de inclusão no SIMPLES com data retroativa a 01.01.2004, salientando que, uma próxima opção pelo SIMPLES deve ser feita nos termos do art. 8º e seus parágrafos da Lei nº 9.317/96, e art. 16 e seus parágrafos da IN SRF nº 608, de 09 de janeiro de 2006."*

Após a decisão supra, foi proferido despacho pelo Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário – SECAT (fls. 72/73), cujo teor segue:

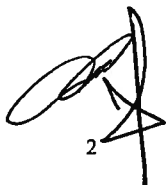
"I – DOS FATOS

No exercício das funções de Auditor Fiscal da Receita Federal, no curso da análise do pleito do contribuinte acima identificado, solicitando inclusão retróativa no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, constatee os indícios de que:

1 – A empresa R Tosto Comércio Ltda, CNPJ 05.162.265/0001-00, que tem sócio em comum com a empresa acima qualificada:

- está omissa com a Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e com as Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF dos períodos de apuração de acordo com as fls. 56 a 58;

- não tem registro na Junta Comercial do Estado da Bahia – JUCEB e na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia – SEFAZ de pessoa jurídica com esse CNPJ;



2

- *exerce atividade econômica auxiliar correspondente ao código 6312-6/03 – Depósito de mercadorias próprias do CNAE-Fiscal, versão 1.0, cujo uso foi bloqueado pela Resolução CONCLA nº 3, de 4 de julho de 2002, não devendo ser utilizado como código da atividade principal de uma empresa e nem ser atribuído um CNPJ matriz a estabelecimento que exerce unicamente essa atividade, nos termos do art. 10 da Instrução Normativa – IN RFB nº 568, de 08/09/2005.*

2 – As empresas R. Tosto Comércio Ltda, CNPJ 03.683.978/0001-93 e Kita Bijouterias Ltda, CNPJ 40.622.136/0001-58, excluídas do SIMPLES a partir de 01/01/2003, por excesso de receita bruta, não tiveram canceladas suas Declarações Anuais Simplificadas dos anos-calendários de 2004 e 2003, respectivamente, conforme fls. 45 e 46. Além disso, exercem a mesma atividade econômica, funcionam no mesmo endereço, tendo a primeira como nome fantasia, a razão social da segunda. Observamos também que as empresas R. Tosto Comércio Ltda, CNPJ 03.683.978/0001-93 e R. Tosto Comércio Ltda, CNPJ 05.162.265/0001-00, possuem razões sociais semelhantes”.

Os autos foram encaminhados ao Serviço de Fiscalização – SEFIS , para análise dos fatos e adoção das medidas cabíveis.

Intimado do indeferimento (AR – fls. 74), o contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade à fl. 75, acompanhada dos documentos de fls. 76/86, na qual alega, em suma, que:

(i) atua no Comércio varejista de artigos “souvenirs”, bijuterias e artesanatos, atividade plenamente compatível com a Legislação que regula este tipo de enquadramento econômico;

(ii) ao tentar formalizar a sua opção pelo SIMPLES em 2004 via internet, verificou que já se encontrava na sua FCPJ como optante pelo SIMPLES na base CNPJ, então passou a recolher seus tributos de forma simplificada.

Isto posto, o contribuinte requer sua reinclusão no SIMPLES, haja vista a ocorrência de um erro de fato, tornando sem efeito todo o procedimento de exclusão através do Ato Declaratório Executivo, em caráter retroativo, desde o ano-calendário de 2004.

Os autos foram encaminhados à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador/BA, a qual indeferiu a solicitação do contribuinte (fls. 88/90), nos termos da seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2004

INCLUSÃO RETROATIVA

A inclusão retroativa no Simples é possível desde que a empresa comprove a ocorrência de erro de fato no preenchimento da Ficha

3

Cadastral de Pessoa Jurídica – FCPJ e inequívoca intenção de aderir ao sistema, observados os demais requisitos legais.

VEDAÇÃO. PARTICIPAÇÃO SOCIETARIA.

A empresa cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa só poderá aderir ao Simples se a receita bruta global não ultrapassar o limite definido para empresa de pequeno porte.

Solicitação Indeferida”

Intimado da decisão proferida, conforme AR de fls. 92, o contribuinte interpôs às fls. 93/98, tempestivamente, Recurso Voluntário, no qual alega o seguinte:

(i) fundamentada no inciso II do artigo 20 da Instrução Normativa que trata do limite da receita bruta, alega que para o SIMPLES é levado em conta somente a receita bruta da empresa em si; logo não ultrapassou o limite legal;

(ii) para ser impedida de ser enquadrada no Simples, é necessário que ocorra três situações cumulativamente: a existência de titular ou sócio que participe do capital de outra empresa, que essa participação seja superior a 10% e que a soma da receita bruta global das duas empresas seja superior a R\$1.200.000,00, o que não ocorre que a Recorrente;

(iii) houve confusão de pessoas, pois na verdade, o sócio Raphael Tosto Pereira participou da empresa Kita Bijouterias Ltda até o ano de 2000, e não o sócio Ricardo Tosto Pereira, em 2003, como alegou o Sr. Agente Fazendário;

(iv) logo, é o sócio atual e não o antigo sócio quem participa do capital de outra empresa, em percentual superior a 10%;

(v) deve-se verificar a situação dos sócios atuais e não dos ex-sócios já desligados da empresa em anos anteriores.

Isto posto, espera que sejam acolhida suas razões para reenquadrar-se no Simples no ano-calendário de 2004.

Traz aos autos os documentos de fls. 99/160.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro, em 06/11/07, em um único volume numerado até a fl. 161, penúltima.

Desnecessário o encaminhamento do processo à Procuradoria da Fazenda Nacional para ciência quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, nos termos da Portaria MF nº 314, de 25/08/99.

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário, por conter matéria de competência deste Eg. Terceiro Conselho de Contribuintes.

De plano, insta salientar que a discussão em comento cinge-se à exclusão do contribuinte do Sistema de Pagamento Integrado de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, em razão de não haver ocorrência de erro de fato na alteração da FCPJ e que o titular ou sócio da empresa participar com mais de 10% do capital de outra empresa, sendo a receita bruta global das mesmas, superior ao limite legal em 2003, vedando sua opção retroativa ao ano-calendário de 2004.

Cumprе assinalar que a redação do texto legal supramencionado deveг ser aquela dada pela Lei nº 9.732/98, tendo em vista sua vigência à época dos fatos, o que nos levaria à conclusão de que a receita global não poderia ultrapassar R\$ 1.200.000,00.

Ocorre que referido limite foi modificado, tendo em vista alterações na Lei nº 9.317/96, advindas da Lei nº 11.196/2005.

Da nova redação, considera-se “empresa de pequeno porte a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais)”.

Nestes termos, o limite pertinente à receita bruta que garante ao contribuinte direito de opção ao Simples também restou alterado, passando o artigo 9º, da Lei nº 9.317/96, à seguinte redação:

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

...

II – na condição de empresa de pequeno porte que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais);” (Redação dada pela Lei nº 11.307/2006). grifei

No deslinde do voto, veremos que, em decorrência dessa modificação legislativa, o contribuinte não ultrapassou a cota permitida, conforme restará demonstrado.

Assim, superadas estas considerações, passemos adiante.

Note-se que a Lei 9.317/96, em seu artigo 9º, inciso IX, veda a opção pelo Simples, nos seguintes termos:

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;"

A Lei Complementar nº 123/96, vigente a partir de 01.7.2007, que revogou a Lei supramencionada, segue a mesma linha daquela no tocante a matéria em questão:

"§ 4º Não se inclui no regime diferenciado e favorecido previsto nesta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

(...)

IV – cujo sócio ou titular participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;"

Das fls. 36 e 44, denota-se que o CPF do titular da Recorrente está diretamente vinculado à outra empresa, qual seja, Kita Bijouterias Ltda.

Neste sentido, verifica-se que a empresa em questão, R. Tosto Comércio Ltda, bem como a Kita Bijouterias Ltda, vinculadas ao CPF da pessoa física do Sr. Ricardo Tosto Pereira, auferiram no exercício de 2003, respectivamente, R\$ 748.169,57 e R\$1.519.805,28, o que resulta no montante de R\$ 2.267.974,85.

Portanto, inexistente situação impeditiva, uma vez que a soma da receita bruta auferida pelas empresas não ultrapassam limite legal, apesar do sócio em questão ter participado da outra empresa com mais 10% do capital.

E mais. Nota-se da Alteração de Contrato Social da empresa Recorrente, "R. TOSTO COMÉRCIO LTDA", juntada às fls. 11/12, que o sócio Ricardo Tosto Pereira cedeu e transferiu suas quotas aos demais sócios, em 07.10.2003, passando a não mais integrar o quadro societário daquela empresa.

Com efeito, resta claro que em outubro/2003, a Recorrente suprimiu a situação impeditiva de que trata o inciso IX, artigo 9º, da Lei nº 9.317/96, regularizando-se. Assim, nos termos do artigo 8º, §2º, da Lei nº 9.317/98 poderia retornar ao Simples no primeiro dia do exercício subsequente ao que incorrida a regularização da situação excludente, neste caso, 01.01.2004.

Há também outro fato a ser observado.

Notícia o contribuinte que, desde a data solicitada, qual seja, 14.01.2004, recolhera seus impostos e contribuições pelo regime tributário simplificado, bem como, entregou suas declarações na mesma sistemática (fls. 82).

Logo, seguindo adiante na análise, explanemos à respeito da possibilidade de opção retroativa ao Simples.

Tomemos mais uma vez como premissa que a Lei 9.317/96, que instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, estabelecia em seu artigo 8º, que a opção pelo sistema

se daria mediante a inscrição da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda – CGC/MF.

In casu, note-se que a Recorrente procedeu como se enquadrada estivesse, já que informa ter apresentado Declarações e efetuou recolhimentos de acordo com a forma simplificada de tributação, a partir de 2004.

Neste contexto, a Secretaria da Receita Federal, por meio de Ato Declaratório Interpretativo, dispôs acerca da Retificação de Ofício da opção pelo Simples, por parte da autoridade fiscal, em casos em que restar comprovado ter ocorrido erro de fato, nos seguintes termos:

Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16, de 02 de outubro de 2002

“Artigo único. O Delegado ou o Inspetor da Receita Federal, comprovada a ocorrência de erro de fato, pode retificar de ofício tanto o Termo de Opção (TO) quanto a Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica (FCPJ) para a inclusão no Simples de pessoas jurídicas inscritas no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ), desde que seja possível identificar a intenção inequívoca de o contribuinte aderir ao Simples.

Parágrafo único. São instrumentos hábeis para se comprovar a intenção de aderir ao Simples os pagamentos mensais por intermédio do Documento de Arrecadação do Simples (Darf-Simples) e a apresentação da Declaração Anual Simplificada.”

Assim, no caso, demonstra-se a ocorrência de erro de fato, tendo o contribuinte comprovado sua intenção em aderir ao Simples.

Desta feita, entendo que é direito do contribuinte seu ingresso retroativo no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, desde que respeitados os requisitos previstos em lei para sua opção.

Neste sentido, possível sua inclusão retroativa, consoante decisão *a quo*, já que sua atividade não se encontra dentre as vedadas à opção pelo referido sistema, conforme se observa da Alteração Contratual de fls. 08 – Cláusula Segunda (**“Comércio varejista de acessórios para montagem de bijouterias, artigos para presentes e armarinhos em geral”**), de modo que aplicável à hipótese o §2º, do artigo 17, da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, a qual revogou a Lei nº 9.317/96, *in totum*, a partir de 1º de julho de 2007¹:

“Art. 17.

(...)

§2º Poderão optar pelo Simples Nacional sociedades que se dediquem exclusivamente à prestação de outros serviços que não tenham sido objeto de vedação expressa no caput deste artigo.”

¹ Art. 89. Ficam revogadas, a partir de 1º de julho de 2007, a Lei nº 9.317/96, de 5 de dezembro de 1996, e a Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999.

No mais, mesmo que a Lei nº 9.317/96 estivesse em vigor, a atividade da Recorrente, do mesmo modo, não seria impeditiva à opção, tanto é que a instância *a quo* reconheceu tal condição, nos termos da referida legislação.

Diante desses argumentos, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, incluindo o contribuinte retroativamente no regime tributário simplificado – SIMPLES, a partir do ano-calendário de 2004.

É como voto.

Sala das Sessões, em 19 de maio de 2008


NILTON LUIZ BARTOLI – Relator

Voto Vencedor

Conselheiro LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO, Redator.

Rendendo homenagem às sábias ponderações do i. relator, peço licença para discordar das razões que embasaram a proposta de aplicação da legislação superveniente que alterou o regime de impedimentos à opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples.

A meu ver, na esteira da jurisprudência atualmente dominante no Superior Tribunal de Justiça, descabe, na espécie, a aplicação da retroatividade benigna disciplinada no art. 106 do Código Tributário Nacional.

Impende frisar que, até recentemente, defendi que, em razão da aplicação do parágrafo 1º do art. 18 da Resolução CGSN nº 04, de 2007, pessoas jurídicas aptas a aderir ao regime instituído pela Lei Complementar nº 123, de 2006 não deveriam ser excluídas do regime da Lei nº 9.317, de 1996.

Ocorre que, melhor analisando tal dispositivo, em cotejo com o que dispõe o § 9º do mesmo art. 18, percebi o equívoco dessa interpretação.

Efetivamente, a alteração da legislação que trata das vedações à opção ao Simples, em verdade, institui um novo regime que, ainda que mais benéfico, somente produz efeitos a partir da sua vigência.

Nesse aspecto, peço licença para transcrever trecho do voto condutor do acórdão que inaugurou tal exegese, hoje pacífica no Superior Tribunal de Justiça⁴, que ilustra os fundamentos que reforçaram a necessidade de rever o posicionamento antes defendido.

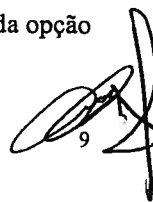
Analisando a questão, ousou divergir de tal posicionamento. É cediço que, em regra, aplica-se o princípio da irretroatividade das leis ao Direito Tributário. O art. 106 do Código Tributário Nacional traz as hipóteses excepcionais em que a lei tributária poderá ser aplicada a ato ou fato pretérito, consoante se constata de seu teor, a seguir transcrito:

"Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

² § 1º Para fins da opção tácita de que trata o caput, consideram-se regularmente optantes as ME e as EPP inscritas no CNPJ como optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, que até 30 de junho de 2007 não tenham sido excluídas dessa sistemática de tributação ou, se excluídas, que até essa data não tenham obtido decisão definitiva na esfera administrativa ou judicial com relação a recurso interposto.

³ § 9º Ulterior exclusão do regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, não implicará anulação da opção tácita pelo Simples Nacional.

⁴ REsp 722.307 - SC, Ministro Castro Meira, DJ 16.05.2005



I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática".

Da leitura de seus incisos, não verifico a possibilidade de retroação da lei pela mera existência de regra mais benéfica ao contribuinte.

O primeiro inciso restringe-se à lei expressamente interpretativa, o que não é o caso. Já o segundo inciso, subdividido em alíneas, estabelece quando a lei pode retrooperar para atingir atos não definitivamente julgados. A hipótese dos autos não se enquadra em qualquer das alíneas desse último inciso.

O art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, vigente no momento em que a recorrida passou a ser optante do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, tem a seguinte redação:

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

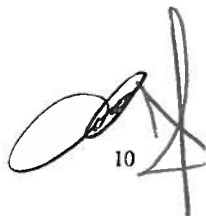
(...)

XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;

(...)"

Portanto, as empresas que prestassem serviços profissionais educacionais eram atingidas pela vedação imposta. Não se cuida aqui de infração ou penalidade, devendo ser afastadas, de pronto, as letras "a" e "c" do art. 106 do Código Tributário Nacional.

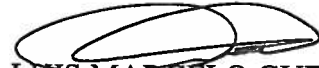
Poder-se-ia entender pela incidência, na espécie, do previsto na letra "b" do artigo em alusão. Ocorre que a simples leitura da parte final de tal alínea impossibilita essa conclusão, pois o fato de o recorrido ter optado pelo SIMPLES quando não era permitido certamente



importou em falta de pagamento de tributo, na forma como era devido à época.

Com essas considerações, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 19 de maio de 2008



LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO - Redator