



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10580.004582/2003-24
Recurso nº 338.227
Acórdão nº **1101-00.422 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 28 de janeiro de 2011
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Recorrente RAVANA RELÓGIOS E PRESENTES 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: 2003

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EXCESSO DE RECEITA BRUTA GLOBAL. Não podem optar pelo SIMPLES as pessoas jurídicas cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa, e a receita bruta global ultrapasse o limite anual fixado em lei.

ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE EXCESSO. PROVA. A retificação de declarações prestadas pelas demais pessoas jurídicas sob titularidade do sócio da recorrente, desacompanhada da demonstração do erro em sua escrituração, é insuficiente para desconstituir a causa da exclusão.

EXCLUSÃO. RETROATIVIDADE. A exclusão do Simples pode operar efeitos retroativos à data da situação impeditiva, nos casos em que a lei assim prevê.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros da 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO, por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário. Vencido o Conselheiro Relator José Ricardo da Silva, que dava provimento ao recurso, sendo acompanhado nas conclusões pelo Conselheiro Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, que fará declaração de voto. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa. Ausente, por afastamento regimental, o Conselheiro Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho (Vice-Presidente), presidindo a Sessão a Conselheira Edeli Pereira Bessa (Presidente Substituta)



EDELI PEREIRA BESSA – Presidente Substituta e Redatora Designada



JOSÉ RICARDO DA SILVA – Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, José Ricardo da Silva, Marcos Vinícius de Barros Ottoni (Suplente convocado) e Plínio Rodrigues Lima (Suplente convocado).

Relatório

RAVANA RELÓGIOS E PRESENTES LTDA., já qualificada nos presentes autos, interpõe recurso voluntário a este Colegiado (fls. 119/144) contra o Acórdão nº 15-11.791, de 24/11/2006 (fls. 111/116), proferido pela colenda 4ª Turma de Julgamento da DRJ em Salvador – BA, que indeferiu a solicitação de reinclusão no SIMPLES, por considerar que um dos sócios da recorrente possui mais de 10 por cento do capital social de outra pessoa jurídica, e a soma da receita bruta global das duas empresas terem superado o limite legal fixado para o ano-calendário de 2003.

A exclusão da interessada no regime de tributação SIMPLES ocorreu face à edição do Ato Declaratório Executivo nº 27, de 31/03/2006 (fls. 78/79), com efeito a partir de 01/01/2004, motivada pela ocorrência da seguinte situação excludente:

Situação excludente:

Descrição: Sócio ou titular participa de outra empresa com mais de 10% e a receita bruta global no ano-calendário de 2003 ultrapassou o limite legal. CPF 125.534.095-91, CNPJ 13.950.837/0001-43 e 15.105.448/0001-47.

Data da ocorrência: 31/12/2003.

Fundamentação legal: Lei nº 9.317, de 05/12/1996; art. 9º, IX; art. 12; art. 14, I; art. 15, II, Instrução Normativa SRF nº 608, de 09/01/2006; art. 20, IX; art. 21, art. 23, I; art. 24, II.

Tempestivamente (AR fls. 82), a interessada apresentou impugnação ao referido ato excludente, instaurando o contencioso administrativo (fls. 83/87). Anexou documentos comprobatórios das suas alegações (fls. 88/100).

A colenda Turma de Julgamento de primeira instância decidiu pelo indeferimento da solicitação, conforme acórdão recorrido citado, cuja ementa tem a seguinte redação:



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

Ano-calendário: 2003

EXCLUSÃO. PARTICIPAÇÃO DE SÓCIO NO CAPITAL DE OUTRA EMPRESA.

Não pode continuar no Simples a empresa cujo sócio participe com mais de 10% do capital de outra empresa, desde quando a soma da receita bruta global supere o limite legal no Ano-calendário.

O conceito de receita global é a soma da receita bruta auferida pelo conjunto de empresas em que o sócio participe do capital social.

Solicitação Indeferida.

Ciente da decisão em 12/02/2007 (AR fls. 118) e com ela não se conformando, a contribuinte recorre a este Colegiado por meio do recurso voluntário apresentado em 12/03/2007 (fls. 119/144), alegando, em síntese, o seguinte:

- a) Houve alteração da situação excludente do SIMPLES, considerando que anteriormente havia sido excluída do regime simplificado de tributação face à existência de débitos tributários inscritos em Dívida Ativa da União (DAU), através do Ato Declaratório Executivo – ADE nº 0195997, de 28/09/2000, com efeito a partir de 01/11/2000;
- b) Demonstrando que a inscrição da dívida era indevida, foi reincluída no SIMPLES com base no Parecer SECAT/DRF/SDR nº 0608/2005, de 06/09/2005;
- c) A mudança do evento da exclusão requer que seja formalizado outro processo para análise do motivo mencionado no ADE SRF/SDR nº 027/2006, à vista de nova legislação e de novas provas. Em não tendo assim procedida a repartição, há evidente cerceamento do direito de defesa e desrespeito aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e da segurança jurídica.
- d) No referido ADE consta que a exclusão deveu-se ao fato de sócio ou titular participar de outra empresa com mais de 10% e a receita bruta global no ano-calendário de 2003 ultrapassar o limite legal, com indicação do CPF 125.534.095-91 e dos CNPJ nºs 13.950.837/0001-43 e 15.105.448/0001-47. A considerar que não foi indicado o documento que embasou o procedimento fiscal, a recorrente está sendo cerceada no seu direito de defesa, inclusive porque cabe à autoridade administrativa a comprovação da suposta infração;

- e) Os documentos às fls. 104/110 foram anexados ao processo após a apresentação da impugnação, não sendo dado vista dos mesmos, o que trouxe enormes prejuízos a recorrente;
- f) Somente com a ciência da decisão de primeira instância, encaminhada por meio da Comunicação 0050/2007, de 05/02/2007, é que conheceu os verdadeiros motivos da sua exclusão do SIMPLES. Assim é que, ao examinar os documentos e declarações, pode verificar que houve falha no preenchimento das Declarações do Imposto de Renda. Na planilha anexa (fls. 128) é possível constatar que não foi ultrapassado o limite da receita global fixado em R\$ 1.200.000,00 para o ano-calendário de 2003.
- g) Após verificar o erro incorrido, foram apresentadas declarações retificadoras, no prazo e com base nas normas administrativas.
- h) Estando, pois, dentro dos limites permitidos pela Lei nº 9.317, de 1996, requereu a recorrente que seja julgado improcedente o Ato Declaratório Executivo DRF/SDR nº 027, de 31/03/2006, e em sendo ratificado o referido ato, sejam seus efeitos produzidos a contar do mês subsequente ao do seu recebimento.

Conforme Resolução nº 302-1.495, de 21/05/2008 (fls. 148/151), resolveram os membros da então Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, para os seguintes procedimentos por parte da autoridade fiscalizadora:

- i) analisasse os novos documentos juntados pela recorrente;
- j) verificasse a situação dos pedidos de retificação de declaração protocolados e
- k) concluísse se houve alguma alteração frente à recorrente no que se refere ao limite da receita bruta para fins de manutenção no SIMPLES.

A diligência fiscal foi realizada em atenção ao solicitado, tendo a autoridade fiscal diligenciante prestado as seguintes informações (fls. 123/124):

- l) os novos documentos apresentados se referem às Declarações retificadoras, ano-calendário 2003, da própria recorrente e da empresa JOIAS MUNDI LTDA., CNPJ nº 15.105.448/0001-47 (fls. 126 e 143), entregues em 09/03/2007, bem como, se refere à planilha com o somatório global dos novos valores das receitas brutas (fls. 128);
- m) comparando os valores da citada planilha com os constantes do demonstrativo elaborado pela DRF/SDR (fls. 56), verifica-se que as

diferenças se referem aos valores inicialmente declarados pela empresa JOIAS MUNDI LTDA. de R\$ 732.731,50 e informados na retificadora no total de R\$ 706.563,81; e pela empresa FLORENTINA, CNPJ nº 13.950.837/0001-13, com o valor de R\$ 216.642,75 na declaração original e R\$209.805,25 na planilha, não constando declaração retificadora para esta empresa;

- n) a declaração retificadora da recorrente foi apresentada com o mesmo valor de R\$258.650,58 (fls. 164) informado na declaração original;
- o) a retificadora da empresa JOIAS MUNDI LTDA. foi aceita pelo sistema (fls. 160), mas não é válida vez que apresentada após a ciência do ADE nº 027/2006, que excluía a recorrente do SIMPLES justamente por ter ultrapassado o limite da receita bruta global em 2003;
- p) tendo a empresa JOIAS MUNDI LTDA. perdido a espontaneidade, não pode o SECAT se posicionar se houve alteração no limite da receita bruta, considerando necessária uma análise dos livros e documentos fiscais desta empresa.

A empresa JOIAS MUNDI LTDA. foi incluída em procedimento fiscal mediante emissão do MPF – Diligência nº 05.1.01.00-2010-00327-0, datado de 19/03/2010 (fls. 166), tendo a fiscalização solicitado da mesma a apresentação dos livros Caixa ou Diário e Razão (Simples); Livro de Registro de Saídas; Extratos bancários das contas correntes da empresa; Notas Fiscais de Venda/Serviços prestados, relativos ao ano-calendário 2003, conforme Termo de Diligência Fiscal / Solicitação de Documentos datado de 05/04/2010 (fls. 167).

Em resposta ao mencionado termo, a empresa notificada informa através de petição datada de 14/06/2010 (fls. 168) que possui em seu arquivo as Notas Fiscais de Vendas / e os livros fiscais, mas como já se passaram mais de cinco anos não tem os extratos bancários.

O procedimento fiscal foi encerrado sem resultado, constando do Termo de Encerramento de Diligência nº 0001, de 06/07/2010 (fls. 169) que a empresa, após trinta dias, respondeu que não possuía mais os extratos bancários e não entregou os Livro Caixa e o Diário, não estando provado pela contribuinte que os valores de suas receitas de vendas justificavam a retificação da Declaração Simplificada.

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheiro José Ricardo da Silva

O recurso é tempestivo. Dele tomo conhecimento.

A questão sob exame decorre da exclusão da recorrente do SIMPLES, com efeitos a partir de 01/01/2004, de acordo com o Ato Declaratório Executivo DRF/SDR nº 027/2006, datado de 31/03/2006.

A situação excludente na qual estaria enquadrada a recorrente á a prevista no inciso IX, do art. 9º, da Lei nº 9.317, de 1996, *verbis*:

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; (g.n)

O limite a que se refere o dispositivo retro é de R\$ 1.200.000,00 vigente no ano-calendário 2003, tomado como parâmetro legal para aferição da receita bruta global para efeito de exclusão da recorrente do SIMPLES.

O exame da situação excludente passa necessariamente pela verificação das receitas brutas auferidas, no ano-calendário 2003, pela recorrente e as empresas JOIA MUNDI LTDA., CNPJ nº 15.105.448/0001-47, e JOALHERIA E ÓTICA FLORENTINA LTDA., CNPJ nº 13.950.837/0001-43, das quais a Sra. Elisa Flora Boullosa Martinez, CPF nº 125.534.095-91, participa do capital social como sócia quotista.

Constam dos autos informações sobre a participação da referida sócia no capital dessas pessoas jurídicas em percentual que ultrapassa a 10%, ou seja, 50% no capital da empresa JOIAS MUNDI LTDA. (fls. 104) e 50% no capital da JOALHERIA E ÓTICAS FLORENTINA LTDA. (fls. 104v). Relativamente ao capital da recorrente sua participação é de 90% (fls. 58 e 96). Nesse ponto não comportam quaisquer contestações, vez que a situação se enquadra na hipótese de exclusão prevista no art. 9º, inciso IX, acima transcrito.

A outra condição da lei é que no ano-calendário 2003 a receita bruta global das citadas empresas ultrapasse R\$ 1.200.000,00. Conforme pesquisa no sistema “Consulta Receita Declarada”, a recorrente informou ter auferido nesse ano-calendário receitas no total de R\$ 258.650,58 (fls. 106); a empresa JOIAS MUNDI LTDA. informou receitas totais de R\$732.731,50 (fls.109), e a JOALHERIA E ÓTICAS FLORENTINA LTDA. declarou receitas de R\$216.642,75 (fls. 108). Constatamos, pois, que a soma dessas receitas em R\$1.208.024,83 é superior ao limite legal, enquadrando-se a recorrente na situação excludente do SIMPLES.

Ainda assim, convém serem examinados outros aspectos do contencioso administrativo.

A recorrente alega (fls. 121) que somente com o julgamento em primeira instância foi apontada a origem do documento que lastreou a exclusão do regime simplificado, qual seja, a DIPJ exercício 2004, ano-calendário 2003, transcrevendo trecho do Voto do acórdão recorrido:

Quanto à alegação de que não haveria prova de que as empresas mencionadas no ADE ultrapassaram o limite legal de receita bruta global no ano-calendário de 2003, pelo contrário, verifica-se em consulta às DIPJ daquele período que a receita bruta global relativa às três empresas das quais a sócia Eliza Flora Martinez Boulhosa, CPF nº 125.534.095-91, participa corresponde ao montante de R\$1.208.024,83 (vide fls. 104/110) como demonstrado no quadro abaixo ...

Assim é que, diz a recorrente, pode verificar que houve falhas no preenchimento da Declaração das empresas, e com o objetivo de sanar o problema foram apresentadas declarações retificadoras com amparo na legislação tributária, passando a receita bruta global das três empresas para R\$1.175.019,47 conforme demonstrado às fls. 128:

Mês / Ano	Joalheria e Óticas Florentina Ltda.	Ravana Relógios Presentes Ltda.	Jóias Mundi Ltda.		Receita Bruta Global
			Matriz	Filial	
jan./03	11.054,00	11.747,08	22.525,00	14.847,00	60.173,08
fev./03	0,00	0,00	17.671,00	12.292,00	29.963,00
mar./03	7.389,00	9.374,00	25.466,00	18.673,00	60.902,00
abr./03	8.130,00	11.035,24	14.695,00	33.526,00	67.386,24
mai./03	19.022,25	28.388,11	30.246,00	39.942,00	117.598,36
jun./03	20.470,00	28.529,61	34.336,00	28.210,00	111.545,61
jul./03	22.677,00	18.382,74	23.724,00	24.050,00	88.833,74
ago./03	20.335,00	28.734,48	14.833,00	35.474,00	99.376,48
set./03	21.280,00	26.014,93	24.400,93	41.786,00	113.481,86
out./03	25.267,00	28.364,00	24.157,00	53.460,00	131.248,00
nov./03	19.310,00	27.343,34	27.697,00	52.283,00	126.633,34
dez./03	34.871,00	40.736,88	37.587,88	54.682,00	167.877,76
TOTAL	209.805,25	258.650,41	297.338,81	409.225,00	1.175.019,47

O processo foi baixado para diligência, nos termos da Resolução nº 302-1.495, de 21/05/2008 (fls. 148/151). Do procedimento fiscal resultou a constatação (fls. 165) de que:

- q) a recorrente apresentou declaração retificadora (fls. 164), mas a receita informada se manteve inalterada em R\$258.650,58;
- r) a empresa JOIAS MUNDI LTDA. também apresentou retificadora, (fls. 162), declarando receitas no total de R\$706.563,81. Mas ainda que aceita pelo sistema, a declaração não é válida, pois foi apresentada após ciência do ADE nº 027/2006; e
- s) a JOALHERIA E ÓTICAS FLORENTINA LTDA. não apresentou declaração retificadora (fls. 163), embora tenha mencionado que auferiu receitas de R\$209.805,25 e não no valor constante da Declaração original de R\$216.642,75;

Foi determinada a realização de procedimento fiscal com a emissão do respectivo MPF – Diligência nº 05.1.01.00-2010-00327-0 (fls. 166), sendo o processo devolvido com a informação (fls. 169) de que em função da não apresentação dos livros e documentos fiscais e contábeis por parte da recorrente, não restou provado o valor de suas receitas de vendas que justificassem a retificação.

A nosso ver, a diligência não deveria ter se circunscrito à pessoa jurídica da recorrente (fls. 167) até porque ela, embora tenha apresentado declaração retificadora, sua receita se manteve inalterada no total de R\$258.650,58. Ademais, o procedimento fiscal já estava alcançado pela decadência, vez que realizado em abril de 2010 e o ano-calendário examinado era 2003.

Com relação à declaração retificadora apresentada pela empresa JOIAS MUNDI LTDA., não há que se negar sua validade por ter sido entregue após a ciência do Ato Declaratório excludente do SIMPLES, como entende a autoridade fiscal. Referida empresa não estava sob os efeitos do Ato Declaratório, sendo aplicável tão somente com relação à recorrente (fls. 78). Logo, a espontaneidade da empresa JOIAS MUNDI LTDA. não estava prejudicada, tanto que sua declaração retificadora foi aceita pelo sistema e, se a Administração Tributária não procedeu à revisão dos valores retificados (art. 150, § 4º do CTN), estes devem ser considerados homologados tacitamente, considerando que o prazo decadencial não se interrompe ou suspende.

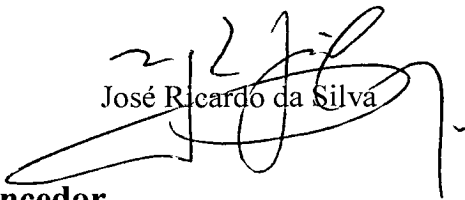
Por não se configurar a situação excludente prevista no art. 9º, inciso IX, da Lei nº 9.317, de 2006, assiste razão a recorrente quanto ao direito de manter sua opção ao SIMPLES com relação ao período da exclusão, tornando-se sem efeito o Ato Declaratório Executivo DRF/SDR nº 027, de 31/03/2006.



CONCLUSÃO

Pelas razões expostas voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 28 de janeiro de 2011


José Ricardo da Silva

Voto Vencedor

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Inicialmente observo que não tem razão a recorrente quanto afirma necessária a protocolização de um novo processo administrativo para a exclusão aqui promovida. A decisão recorrida demonstrou que a exclusão promovida em 2006 está regularmente formalizada nestes autos, como se vê destes excertos do voto condutor do Acórdão DRJ/SDR nº 11.791:

Por meio deste processo (nº 10580.004582/2003-24) a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade contra o ADE DRF/SDR nº 195.997, de 28/09/2000, que havia excluído a PJ do Simples a partir de 01/11/2000, devido a existência de débito inscrito em Dívida Ativa da União, com fundamento na hipótese de vedação prevista no art. 9º, inciso XIV, da Lei nº 9.317, de 1996.

Neste caso, a DRF/SDR concluiu pela improcedência da exclusão, tendo em vista que a dívida fora regularizada em 02/09/2002, antes, portanto, da emissão do ato declaratório, conforme descrito no Parecer SECAT/DRF/SDR nº 0608/2005 (fls. 75/76).

Todavia, no exame do mesmo processo, o parecerista descobriu que no ano-calendário de 2003 a PJ havia incidido noutra situação excludente, prevista no art. 9º, inciso IX, da Lei nº 9.317, de 1996, razão pela qual lavrou a Representação DRF/SECAT nº 0130/2005 requerendo a exclusão do Simples a partir do dia 01/01/2004 (fl. 77).

Neste contexto, a representação foi atendida e a empresa foi de novo excluída do Simples mediante o ADE DRF/SDR nº 027/2006, com vigência a partir de 01/01/2004 (fl. 78).

A ciência do novo ADE (fl. 82) e a respectiva concessão de prazo para a defesa da contribuinte tramitaram no mesmo processo, tendo esta apresentado a

manifestação de inconformidade de fls. 83/87, nos termos do art. 15 do Decreto nº 70.235, de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal – PAF.

Como se vê, um novo ato de exclusão foi editado e dele a contribuinte foi cientificada para apresentação de manifestação de inconformidade, não se verificando qualquer cerceamento ao seu direito de defesa.

Quanto aos demais argumentos da recorrente, discordo do I. Relator quanto à eficácia da retificação de declaração promovida pela empresa JÓIAS MUNDI LTDA. Penso que não seja o caso de aqui se discutir se dispunha ela, ou não, de espontaneidade para alterar as informações antes prestadas, mas sim antes debater a suficiência desta informação para desconstituição do fato que ensejou a exclusão da recorrente do SIMPLES FEDERAL.

Inicialmente observo que não considero admissível a alegação de que não lhe foi dado conhecimento da fonte de informações, motivadora da conclusão de que a soma da receita global das empresas inscritas sob os CNPJ, indicados no ato declaratório de exclusão, teria superado o limite legal. As empresas optantes pelo SIMPLES informam sua receita bruta mensalmente a cada recolhimento simplificado e, ao final do ano-calendário, consolidam estas informações na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – DSPJ prestada à Receita Federal, razão pela qual só haveria prejuízo à defesa da interessada se a autoridade administrativa tivesse se valido de outras informações, que não aquelas prestadas pelas próprias empresas citadas no ato de exclusão.

De outro lado, a recorrente não aponta qualquer equívoco na totalização dos valores de receita originalmente informados por ela e pelas empresas ligadas. Limita-se a invocar os valores indicados nas declarações retificadoras apresentadas por JÓIAS MUNDI LTDA e JOALHERIA E ÓTICAS FLORENTINA LTDA, sem juntar aos autos qualquer elemento de suporte daquela escrituração.

Em suma, sua alegação de erro não foi acompanhada de prova suficiente, motivo, inclusive, da remessa dos autos em diligência, providência justificada apenas pelo princípio da verdade material, na medida em que o Decreto nº 70.235/72 (art. 16) expressamente determina a juntada, à impugnação, das provas documentais dos fatos alegados.

De toda sorte, nem mesmo com esta concessão feita à recorrente, logrou-se êxito na demonstração dos fatos por ela argüidos, na medida em que a alteração mais significativa no montante de receita global, decorrente da retificação promovida por JÓIAS MUNDI LTDA, não restou demonstrada, ante a alegação desta de que não mais dispunha dos elementos solicitados pela Fiscalização.

Considero relevante recordar que a Lei nº 9.317/96 determina a guarda dos documentos de suporte da escrituração não só durante o prazo decadencial, mas também enquanto *não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes*:

Art. 7º A microempresa e a empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES apresentarão, anualmente, declaração simplificada que será entregue até o último dia útil do mês de maio do ano-calendário subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores dos impostos e contribuições de que tratam os arts. 3º e 4º.

§ 1º A microempresa e a empresa de pequeno porte ficam dispensadas de escrituração comercial desde que mantenham, em boa ordem e guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes:

a) Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária;

b) Livro de Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário;

c) todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos livros referidos nas alíneas anteriores.

§ 2º O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento, por parte da microempresa e empresa de pequeno porte, das obrigações acessórias previstas na legislação previdenciária e trabalhista.

Desta forma, o sócio da recorrente, que detinha participação também nas outras duas empresas referidas no ato de exclusão, assim como pôde determinar a retificação necessária das DSPJ apresentadas por estas, também deveria ter determinado a guarda dos documentos que comprovassem os dados retificados, ou minimamente tê-los juntado ao presente recurso.

Constatando, assim, que inexistia prova que desconstitua o excesso verificado em relação à receita global das empresas citadas no ato de exclusão, entendo que seus efeitos subsistem.

Quanto à pretensão da recorrente de que a exclusão somente operasse efeitos a partir do mês subsequente à ciência do Ato Declaratório de exclusão, esclareço inicialmente que a Lei admite que a contribuinte, a juízo próprio e exclusivo, ingresse na sistemática simplificada de recolhimento mediante alteração cadastral prevista no seu art. 8º, §1º, e só depois incumbe a RFB de apreciar o cumprimento dos requisitos necessários ao ingresso ou permanência do interessado naquela universo, encargo este dividido com a própria contribuinte, que deve pleitear sua exclusão ao constatar que se enquadra em uma das vedações previstas (art. 8º, § 6º e art. 13, caput, inciso II, e seu § 3º, ambos da Lei nº 9.317/96).

Para maior clareza, transcrevo as disposições legais referidas:

Art. 8º A opção pelo SIMPLES dar-se-á 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, quando o contribuinte prestará todas as informações necessárias, inclusive quanto:

I - especificação dos impostos, dos quais é contribuinte (IPI, ICMS ou ISS);

II - ao porte da pessoa jurídica (microempresa ou empresa de pequeno porte).

§ 1º As pessoas jurídicas já devidamente cadastradas no CGC/MF exercerão sua opção pelo SIMPLES mediante alteração cadastral.

§ 2º A opção exercida de conformidade com este artigo submeterá a pessoa jurídica à sistemática do SIMPLES a partir do primeiro dia do ano-calendário subsequente, sendo definitiva para todo o período.

§ 3º Excepcionalmente, no ano-calendário de 1997, a opção poderá ser efetuada até 31 de março, com efeitos a partir de 1º de janeiro daquele ano.

§ 4º O prazo para a opção a que se refere o parágrafo anterior poderá ser prorrogado por ato da Secretaria da Receita Federal.

§ 5º As pessoas jurídicas inscritas no SIMPLES deverão manter em seus estabelecimentos, em local visível ao público, placa indicativa que esclareça tratar-se de microempresa ou empresa de pequeno porte inscrita no SIMPLES.

§ 6º O indeferimento da opção pelo SIMPLES, mediante despacho decisório de autoridade da Secretaria da Receita Federal, submeter-se-á ao rito processual do

Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 29.12.2003)

[...]

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

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando:

[...]

§ 3º No caso do inciso II e do parágrafo anterior, a comunicação deverá ser efetuada:

a) até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente àquele em que se deu o excesso de receita bruta, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;

b) até o último dia útil do mês subsequente àquele em que houver ocorrido o fato que deu ensejo à exclusão, nas hipóteses dos demais incisos do art. 9º e da alínea "b" do inciso II deste artigo.

Precedentes da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça confirmam o efeito declaratório do ato de exclusão, atribuindo-lhe eficácia retroativa se a lei assim prevê:

SIMPLES. LEI 9.317/96. EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO. EFEITOS INCIDENTES NOS TERMOS DO ART. 15 DA LEI 9.317/96. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. INOCORRÊNCIA.

I - A questão central do presente recurso é descobrir se os efeitos tributários da exclusão do SIMPLES se dão a partir da notificação da exclusão ou nos termos do art. 15 da Lei 9.317/96, a partir da data da ocorrência da situação que originou a exclusão.

II - Conforme relatado no v. acórdão, foi constatada pela autoridade impetrada a ocorrência de situação excludente, na forma da lei, configurada pela participação de um dos sócios com mais de 10% do capital de outra empresa e extrapolação da receita bruta global no ano-calendário 2002, promoveu-se, acertadamente a exclusão da impetrante do SIMPLES a partir de 1º/01/2003. Assim, a Receita Federal, em 02/08/2004, identificando situação excludente ocorrida em 31/12/2002, declarou a exclusão do contribuinte do SIMPLES, determinando os efeitos deveriam ter como termo a quo a data da ocorrência da situação que originou a exclusão, ou seja, 1º/03/2003, for força do disposto no art. 15, II, da Lei 9.317/96, sendo que a notificação só ocorreu em 26/08/2004.

III - Considerando que os recolhimentos por este Sistema são feitos sob lançamento por homologação, deveria a recorrente, sabendo que não era considerada empresa de pequeno porte, adimplir seus tributos de acordo com a legislação aplicável às demais empresas, e não pela Lei 9.317/96.

IV - Ademais, o ato de exclusão do SIMPLES é apenas declaratório, pois a empresa-recorrida já não era beneficiária do Sistema desde 1º de janeiro de 2003, conforme preceitua o art. 15, IV, da Lei 9.317/96. Precedente: REsp nº 1.039.973/RS, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe de 27/08/2008.

V - Agravo regimental improvido. (REsp nº 1.021.095/RS, Data do Julgamento: 04/11/2008, publicado no DJe em 31/03/2009)

SIMPLES. EXCLUSÃO. RETROATIVIDADE. INOCORRÊNCIA. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. INOCORRÊNCIA.

I - Considerando que os recolhimentos por este Sistema são feitos sob lançamento por homologação, deveria a recorrente, sabendo que não era considerada empresa de pequeno porte, adimplir seus tributos de acordo com a legislação aplicável às demais empresas, e não pela Lei 9.317/96.

II - O ato de exclusão do SIMPLES é apenas declaratório, pois a empresa-recorrente já não era beneficiária do Sistema desde 1º de janeiro de 2004, tendo em vista a ultrapassagem do limite de receita bruta previsto no art. 9º do referido diploma legal.

III - No que pertine ao art. 103 do CTN, melhor sorte não assiste a recorrente, eis que, pelo princípio da especialidade, no caso de conflito aparente de normas, leis especiais são aplicáveis em detrimento das gerais - lex specialis derogat generali.

IV - Recurso especial improvido. . (REsp nº 1.039.973/RS, Data do Julgamento: 17/06/2008, publicado no DJe em 27/08/2008)

Assim sendo, tinha a contribuinte o dever de adotar a sistemática normal de recolhimento de tributos a partir do dia seguinte ao ano-calendário em que excedesse o limite fixado para receita global das empresas de que seu sócio participa.

Se não o fez, sujeita-se à exclusão de ofício por parte da Receita Federal. E, quanto aos efeitos deste ato, importa lembrar que o art. 73, da Medida Provisória nº 2.158-34, de 27 de julho de 2001, alterou a redação do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, passando a haver autorização legislativa para que a exclusão se desse com efeitos retroativos à data da situação excludente.

De fato, antes da referida alteração, a Lei nº 9.317/96, por força da redação atribuída pela Lei nº 9.732/98, estipulava que a exclusão do SIMPLES FEDERAL, na maioria dos casos (incisos III a XIV do art. 9º daquela Lei), somente surtiria efeitos a partir do mês subsequente àquele em que se procedesse à exclusão:

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

[...]

III - constituída sob a forma de sociedade por ações;

IV - cuja atividade seja banco comercial, banco de investimentos, banco de desenvolvimento, caixa econômica, sociedade de crédito, financiamento e investimento, sociedade de crédito imobiliário, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, distribuidora de títulos e valores mobiliários, empresa de arrendamento mercantil, cooperativa de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização e entidade de previdência privada aberta;

V - que se dedique à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis;

VI - que tenha sócio estrangeiro, residente no exterior;

VII - constituída sob qualquer forma, de cujo capital participe entidade da administração pública, direta ou indireta, federal, estadual ou municipal;

VIII - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no país, de pessoa jurídica com sede no exterior;

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 ;

X - de cujo capital participe, como sócio, outra pessoa jurídica;

XI - cuja receita decorrente da venda de bens importados seja superior a 50% (cinquenta por cento) de sua receita bruta total;

XII - que realize operações relativas a:

- a) importação de produtos estrangeiros;
- b) locação ou administração de imóveis;
- c) armazenamento e depósito de produtos de terceiros;
- d) propaganda e publicidade, excluídos os veículos de comunicação;
- e) factoring;
- f) prestação de serviço vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra;

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;

XIV - que participe do capital de outra pessoa jurídica, ressalvados os investimentos provenientes de incentivos fiscais efetuados antes da vigência da Lei nº 7.256, de 27 de novembro de 1984, quando se tratar de microempresa, ou antes da vigência desta Lei, quando se tratar de empresa de pequeno porte;

XV - que tenha débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

XVI - cujo titular, ou sócio que participe de seu capital com mais de 10% (dez por cento), esteja inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

XVII - que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, salvo em relação aos eventos ocorridos antes da vigência desta Lei;

XVIII - cujo titular, ou sócio com participação em seu capital superior a 10% (dez por cento), adquira bens ou realize gastos em valor incompatível com os rendimentos por ele declarados.

[...]

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

[...]

II - a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão, ainda que de ofício, em virtude de constatação de situação excludente prevista nos incisos III a XVIII do art. 9º; (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)

Admitia-se, portanto, que mesmo praticando atividades vedadas pela Lei, a contribuinte permanecesse na sistemática simplificada de recolhimento até que ela pleiteasse sua exclusão ou, antes disso, que a autoridade administrativa promovesse a exclusão de ofício.

Esta impropriedade foi corrigida com a Medida Provisória nº 2.158, desde sua edição de 27/07/2001, atribuindo ao art. 15, inciso II da Lei nº 9.317/96 a seguinte redação:

Art. 73 - O inciso II do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

[...]

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;

Diante deste contexto, verificando-se a situação excludente ao final do ano-calendário 2003, quando já vigente a Medida Provisória nº 2.158-34/2001, não há dúvida que os efeitos da exclusão se operam a partir de 01/01/2004.

Por todo o exposto, VOTO no sentido de negar provimento ao recurso voluntário e reconheço a validade do Ato Declaratório Executivo DRF/SDR nº 027, de 31 de março de 2006, que excluiu a contribuinte da sistemática do SIMPLES FEDERAL a partir de 01/01/2004.


EDELI PEREIRA BESSA - Conselheira

Declaração de voto

Conselheiro CARLOS EDUARDO DE ALMEIDA GUERREIRO.

O conceito de espontaneidade é construído a partir do art. 138 do CTN, abaixo transcrito:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Conforme o artigo, o contribuinte pode a qualquer tempo sanar alguma infração que tenha cometido sem ficar sujeito a lançamentos de ofício quanto à infração, desde que o faça conforme estabelece a legislação e antes de iniciada alguma investigação em relação aos fatos tributáveis. Assim, caso tenha recolhido tributo a menor, pode corrigir o erro pagando apenas o tributo e os encargos moratórios e não pode ser imputada multa de ofício ao contribuinte. Pode, inclusive, apenas apresentar declaração formalizadora da dívida.

De outra banda, iniciado o procedimento fiscal sobre a matéria, o tributo recolhido a menor estará sujeito a multa de ofício, mesmo que o contribuinte o declare e pague. Vale o mesmo para as declarações formalizadoras de crédito tributário.

O art. 7º do decreto 70.235, de 1972, também disciplina a matéria, nos seguintes termos (grifei):

Art. 7º O procedimento fiscal tem início com:

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;



II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;

III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos.

A leitura do dispositivo mostra que ele é didático ao informar que a perda da espontaneidade, pelo início da ação fiscal, é quantos aos atos anteriores. Isso porque, não seria cabível pretender a perda da espontaneidade para atos futuros. Portanto, nesta parte, o dispositivo nada acrescenta ao tema, sendo apenas didático.

Por outro lado, o texto em análise inova ao afirmar que terceiros envolvidos nas infrações fiscalizadas também perdem a espontaneidade. Com isso há uma expansão da regra posta pelo CTN. No entanto, é preciso compreender até a onde o Decreto 70.235, de 1972, atinge terceiros.

Quanto a esta questão o mais razoável é admitir que os terceiros perdem a espontaneidade da mesma forma que o fiscalizado. Ou seja os terceiros só são atingidos quanto ao fato investigado. Desta forma o efeito, sobre terceiros, da perda de espontaneidade em razão de fiscalização é apenas no que o fato investigado atinja a eles.

Resta ver como se aplica essas regras ao presente julgamento. No caso em tela, os fatos são os seguintes:

1) o contribuinte foi afastado do Simples por haver sócio com participações em outras empresas cuja soma de faturamento era maior do que o limite. Durante a discussão administrativa, após a decisão de 1ª instância, o contribuinte retificou a declaração de uma das empresas (Jóias Mundi Ltda.) cujo faturamento foi considerado para fins de exclusão. Deste modo, em razão da retificação, a nova soma ficou abaixo do limite.

2) atendendo solicitação de diligência do Terceiro Conselho de Contribuintes, a fiscalização diz que a retificação da Jóias Mundi Ltda. não é válida porque foi feita após a ciência do despacho de exclusão que excluía a Ravana do Simples exatamente porque a soma das receitas das 3 empresas era superior ao limite. Adiciona que em razão da perda da espontaneidade só pode aceitar a nova declaração da Jóias Mundi Ltda se verificar os livros e documentos.

3) para esclarecer a questão, a empresa Jóias Mundi Ltda. foi incluída em procedimento fiscal, datado de 19/03/2010, tendo a fiscalização solicitado da mesma a apresentação dos livros Caixa ou Diário e Razão (Simples); Livro de Registro de Saídas; Extratos bancários das contas correntes da empresa; Notas Fiscais de Venda/Serviços prestados, relativos ao ano-calendário 2003, conforme Termo de Diligência Fiscal / Solicitação de Documentos datado de 05/04/2010.

4) em resposta ao mencionado termo, a empresa notificada informa, em 14/06/2010, que possui em seu arquivo as Notas Fiscais de Vendas e os livros fiscais, mas como já se passaram mais de cinco anos não tem os extratos bancários.



5) o procedimento fiscal foi encerrado sem resultado, constando do Termo de Encerramento de Diligência, de 06/07/2010 que a empresa, após trinta dias, respondeu que não possuía mais os extratos bancários e não entregou os Livro Caixa e o Diário, não estando provado pela contribuinte que os valores de suas receitas de vendas justificavam a retificação da Declaração Simplificada.

Do acima apresentado, se conclui que caso a retificação seja admitida, a exclusão do recorrente foi indevida. Mas, caso a retificação seja indevida e mantida a informação original, a exclusão foi pertinente.

Pelas regras do Decreto 70.235 e do CTN, acima vistas, a Jóias Mundi Ltda tem total espontaneidade para retificar sua declaração. Isso por diversas razões: 1º) abstraindo-se do fato de ser terceiro, o ato (retificação) é praticado após o encerramento da ação fiscal, por isso não é por ela afetado, mesmo que a matéria esteja em discussão administrativa; 2º) ainda abstraindo-se do fato de ser terceiro, a perda da espontaneidade impede apenas que o reconhecimento de uma infração fique livre da multa de ofício, não tendo qualquer efeito sobre o direito de retificar declaração, que não busque declarar tributo anteriormente omitido; 3º) se acaso o contribuinte excluído do Simples ainda estivesse sob ação fiscal (o que não é o caso) a perda da espontaneidade iria afetar os terceiros em relação a matéria investigada, mas nunca os impediria de retificar sua declaração.

Por estas razões não tem o menor sentido aventar de perda de espontaneidade para não aceitar a retificação. Se o Fisco tem duvidas sobre a retificação, deve ir a campo investigar.

No caso, foi isso que o Fisco começou a fazer. Porém, mesmo o contribuinte informando que tinha as notas e livros (só não tinha os extratos bancários), o Fisco entendeu que, como os livros não foram entregues e como o contribuinte não possuía mais os extratos, sua retificação não estava provada.

Porém, diante de tal situação, ao invés deste expediente, o Fisco deveria ter aplicado seus poderes investigatórios e levantado o faturamento do qual duvida. Ainda mais que o contribuinte informou possuir os livros e as notas fiscais.

O fato do contribuinte não possuir os extratos, que inclusive versavam sobre movimentação de 7 anos atrás, não infirma sua retificação. O fato de não ter entregue os livros ao Fisco, não infirma sua retificação. Se o Fisco tem dúvidas sobre a retificação, deve investigar os fatos.

Por outro lado, é preciso consignar que o contribuinte pode a qualquer tempo retificar sua DIPJ, sem ter que provar o erro ocorrido, quando se tratar de tributo lançado por homologação. Para sustentar este ponto de vista, transcrevo voto de minha autoria sobre esta questão:

Nesta linha, é preciso repisar que, para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, não há regra jurídica que torne inalterável os fatos declarados em cumprimento de obrigação acessória. Os fatos declarados podem ser alterados e basta a simples retificação de declaração.

Do mesmo modo, para os tributos lançados por homologação, não há regra jurídica que torne mais oneroso ao contribuinte



retificar fatos informados em declaração se esses fatos foram utilizados pelo fisco para efetuar lançamento de ofício. Assim, independente dos fatos declarados terem sido utilizados pelo Fisco em autuação, o contribuinte pode retificar suas informações anteriores simplesmente infirmando-as. Ou seja, a circunstância de um fato declarado ter sido utilizado pela Fiscalização em lançamento de ofício não torna mais onerosa a retificação de fatos pelo contribuinte e não o obriga a ter de apresentar prova do erro que alega.

Portanto, no caso de tributos lançados por homologação, não havendo regra jurídica que exija prova do erro para admitir a retificação, a retificação dos fatos depende apenas da afirmação do contribuinte. Se a Fiscalização efetuou lançamento de ofício tendo por base apenas os fatos anteriormente declarados, a simples negativa desses fatos por parte do contribuinte retira a base fática do lançamento.

Situação diferente ocorre no caso dos tributos lançados por declaração. O art. 147 do CTN estabelece o seguinte (os grifos não são do original):

Art. 147. O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação.

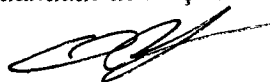
§ 1º A retificação da declaração por iniciativa do próprio declarante, quando vise a reduzir ou a excluir tributo, só é admissível mediante comprovação do erro em que se funde, e antes de notificado o lançamento.

§ 2º Os erros contidos na declaração e apuráveis pelo seu exame serão retificados de ofício pela autoridade administrativa a que competir a revisão daquela.

Portanto, fica patente que dentre as modalidades de formalização de crédito tributário previstas no CTN, dos art. 147 ao 150 - por declaração, de ofício, por homologação – apenas na modalidade de lançamento por declaração é que existe restrição legal quanto a possibilidade de retificar informação prestada.

Embora seja possível atacar a razoabilidade de tal restrição para os tributos lançados por declaração, é possível explicá-la e compreendê-la. É que no caso dos tributos lançados por declaração, a declaração do contribuinte fornece os fatos sobre os quais o Fisco aplicará o direito para quantificar e efetuar o lançamento. Ou seja, a declaração é o primeiro passo do lançamento. Assim, quando o contribuinte apresenta a declaração, já sabe que aqueles fatos serão utilizados para lançamento.

Porém, em se tratando de tributo lançado por homologação, a declaração de fatos pelo contribuinte é mero ato informativo e não a informação de fatos que serão objeto de lançamento. Se houver algum outro lançamento, além daquele homologado, será lançamento de ofício, que é modalidade de lançamento na qual o



Fisco é responsável pelo levantamento dos fatos e pela aplicação do direito. Deste modo, sequer há razão para restringir a possibilidade de retificação de fatos informados anteriormente pelo contribuinte.

Por estas razões, voto por dar provimento ao recurso voluntário.



CARLOS EDUARDO DE ALMEIDA GUERREIRO