MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº	:	10580.004684/2004-21
Recurso nº	:	132.967
Acórdão nº	:	303-33.668
Sessão de	:	19 de outubro de 2006
Recorrente	:	VENTO EM POPA COMES E BEBES LTDA.
Recorrida	:	DRJ/SALVADOR/BA

PRELIMINARES AFASTADAS. A ampla defesa e o contraditório foram garantidos pela lei de regência ao determinar o procedimento que vem sendo exercitado pelo contribuinte, que apresentou inicialmente a SRS, interpôs sua impugnação dirigida à DRJ, e agora há o exame do seu caso em uma terceira instância administrativa. Certamente se tem garantido o direito de contraditório e de ampla defesa ao interessado, e ao contrário do que afirma, demonstra ter entendido plenamente a razão de exclusão. A Lei 9.317/96 estabelece requisitos para ingresso e permanência no sistema simplificado. Não há direito adquirido de permanência no regime simplificado. A construção legal até impõe ao optante uma co-responsabilidade em informar situações excludentes.

SÓCIO DE OUTRA PESSOA JURÍDICA. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Ficou comprovada a participação de sócio da empresa optante do SIMPLES em mais de 10% do capital de outra empresa e simultaneamente, no ano-calendário 2001, o faturamento global das empresas superou o limite máximo estabelecido na lei para a permanência da empresa de pequeno porte no regime simplificado. A ocorrência dessa hipótese enseja a exclusão do SIMPLES a partir do mês seguinte à ocorrência do fato motivador da exclusão, no caso, a partir de 01/01/2002.

RESTABELECIMENTO DA OPÇÃO.

Entretanto, cessada a causa impeditiva, e presentes todas as demais condições para fruição do SIMPLES a partir do período seguinte e, considerando, ainda, que os atos da empresa, declarações, recolhimentos sempre deixaram clara sua intenção de opção, nada obsta que se considere a sua reentrada no sistema a partir de 01/01/2004.

Recurso voluntário parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário, para reencluir a empresa no Simples a partir de 01/01/2004, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

DM

ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente

ZENALDO LOIBMAN
Relator

Formalizado em: 14 DEZ 2006

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

RELATÓRIO E VOTO

Conselheiro Zenaldo Loibman, relator.

Trata-se de manifestação de inconformidade contra exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES pelo Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/SDR nº 416.944, de 07/08/2003, em razão de haver sócio ou titular com mais de 10% do capital social de outra empresa e a receita bruta global no ano-calendário 2001 ter ultrapassado o limite legal (fls. 09).

A interessada optou pelo SIMPLES em 01/01/1997 e foi excluída com efeitos retroativos a 01/01/2002, considerando-se que a situação excludente ocorreu no ano-calendário de 2001 conforme descrição no ADE.

Ciente da exclusão a interessada apresentou tempestiva SRS alegando que não auferiu no ano–calendário de 2001 receita bruta superior ao limite legal, conforme prova a DIRPJ/2002.

Entretanto o pedido via SRS foi indeferido pela DRF/Salvador porque constatou que considerando apenas uma das três empresas em que participa a sócia Ivete Souza da Silva Andrade, CPF nº 384.410.125-04, com mais de 10% do capital social, a recita bruta foi de R$ 6.209.781,166 (fls.10/11).

O interessado apresentou tempestiva manifestação de inconformidade dirigida à DRJ, conforme consta às fls. 01/06 alegando resumidamente que:

1. Deve ser declarada a nulidade do ADE por infração ao princípio da ampla defesa e do contraditório, já que a SRF não lhe comunicou de forma motivada a existência de fato que poderia acarretar a exclusão do SIMPLES;

2. A firma deve continuar no SIMPLES pois está regular perante a SRF e não ultrapassou o limite de receita no ano de 2001;

3. Não houve qualquer alteração nos objetivos da PJ que justifique sua exclusão;

4. Quando a SRF incluiu esta PJ no SIMPLES já sabia que a então sócia Ivete Souza da Silva Andrade possuía mais de 10% do capital social de outras duas empresas, e nem por isso deixou de conceder o benefício da opção, até porque à luz do art. 9º, IX, da Lei 9.317/96, tal fato ,por si só não é motivo de exclusão;

5. A referida sócia Ivete já se retirou da PJ excluída. Esta se encontra protegida por uma situação jurídica consolidada reconhecida como direito

adquirido, que não mais pode ser modificado, mormente por meio de ato administrativo.

6. Os efeitos da exclusão não podem retroagir à data de 01/01/2002, somente podendo se fazer sentir a partir da decisão definitiva sobre a exclusão.

Pede a nulidade do ADE, ou, caso ultrapassada a preliminar, que no mérito se reconheça o direito da requerente de continuar no SIMPLES, ou ainda, na eventual hipótese de ser mantida a exclusão, que seus efeitos fluam a partir da decisão definitiva do litígio.

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

1. O julgador administrativo está vinculado às normas legais que regem a matéria, bem como ao entendimento da SRF expresso em atos administrativos.

2. Foge à competência da instância administrativa apreciar argüições sobre aspectos de ilegalidade e/ou inconstitucionalidade de atos legais, que essas são prerrogativas constitucionais do Poder Judiciário. As normas legais em vigor gozam da presunção de legalidade/constitucionalidade, portanto a manifestação de inconformidade será apreciada em face da legislação vigente e do entendimento oficial expresso em atos e instruções normativas.

3.Constata-se que a PJ foi excluída do SIMPLES porque no ano-calendário de 2001 a então sócia Ivete Souza da Silva de Andrade participava com mais de 10% do capital social da empresa Courotex Indústria e Comércio de Couros Ltda., CNPJ nº 01.440.055/0001-85 (fls. 36/38), e considerando apenas a receita bruta auferida por esta empresa constatou-se que foi de R$ 6.209.781,16, conforme extrato de fls. 39.

4. É certo que uma PJ, ainda quando haja sócio participante de outra(s) empresa(s) com mais de 10% do capital social, poderá se enquadrar no SIMPLES, desde que a soma das receitas brutas das empresas consideradas não ultrapasse no exercício considerado a receita bruta limite correspondente a R$ 1.200.000,00 para o período de interesse. Se for ultrapassado o limite, em face da Lei 9.393/96 em vigor a PJ deverá ser excluída obrigatoriamente do regime simplificado, submetendo-se às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas a partir do ano-calendário subseqüente.

5. Sobre o assunto o art. 20 da IN SRF 355/03 veio apenas regulamentar o art.9º da Lei do SIMPLES. A jurisprudência das DRJ's é uníssona sobre a matéria. Verifica-se no substrato das normas mencionadas que a requerente não poderia ser mantida como optante do SIMPLES, posto que a sua receita bruta no

ano de 2001 (R$ 561.597,51) quando somada à da Courotex Ltda. (R$ 6.209.781,16) resulta em montante superior ao limite legal. Naquele ano a Sra. Ivete ainda era sócia da ora impugnante.

6. A referida sócia somente se retirou da sociedade em 26/11/2003 conforme consta da Alteração de Contrato Social registrada naquela data (fls.17/19), e este fato não desfaz a ocorrência da situação excludente flagrada no ano-calendário de 2001.

7. A comunicação motivada da exclusão do SIMPLES foi realizada pelo ADE já referido, conforme dispõe o § 3º do art. 3º da Lei 9.732/98 que alterou a Lei 9.317/96.

8. O direito assegurado ao contraditório e à ampla defesa se perfaz na impugnação na qual a interessada pode exercitar a faculdade de apresentar sua defesa fundamentada dentro do prazo legal de trinta dias contados ad ciência da exclusão, nos termos do PAF.

9. No caso, não há que se cogitar de nulidade do ADE por suposta infração ao contraditório ou à ampla defesa. A fundamentação expressa no ADE permite ao contribuinte o pleno conhecimento das razões da exclusão, e bem o demonstra o requerimento apresentado ora em análise.

10. Acresce que havia por parte da interessada a obrigação legal de comunicar à SRF voluntariamente a ocorrência da situação excludente até 31/01/2002, porque assim estabelecem os artigos 12 a 15 da Lei 9.317/96.

11. Evidentemente a interessada teve conhecimento da situação excludente antes do órgão fiscalizador, e para evitar o ônus em face da exclusão de ofício deveria ter comunicado voluntariamente a sua exclusão obrigatória, e deveria ter providenciado a devida alteração no CNPJ.

12. Não há ilegalidade na exigência de tributos a partir do ano-calendário seguinte ao da ocorrência da situação excludente, posto que assim o determina a Lei 9.317/96 c/as alterações posteriores, prevendo as sanções aplicáveis ao caso concreto.

13. Por fim cabe esclarecer que o acatamento inicial da opção pelo SIMPLES evidentemente não gera direito adquirido, pois a legislação de regência prevê a exclusão de ofício pelo órgão fiscal jurisdicionante da empresa que fez opção indevida, ou quando tenha incorrido em qualquer hipótese de vedação à opção prevista na Lei do SIMPLES. No caso, o ADE 416.944/03 exarado pela DRF/Salvador está em sintonia com a legislação que disciplina a matéria, não havendo nulidade ou ilegalidade do ato administrativo.

Irresignada a interessada apresentou tempestivamente (fls.53/64) seu recurso voluntária ao Conselho de Contribuintes, reapresentando as razões antes aduzidas na instância *a quo*.

Pede a reforma da decisão da DRJ, para que se conceda a reinclusão solicitada. Insiste em que:

1. Há nulidade do ADE 416.944 por inobservância do Princípio Constitucional da Ampla Defesa, que a "frágil" informação de haver sócio participante de outra empresa com mais de 10% do capital social e a receita bruta global no ano-calendário de 2001 ter ultrapassado o limite legal não permite defesa a contento, ressaltando ainda que o CPF indicado no ADE como referente ao sócio enfocado se refere a uma retirante da sociedade. Foram infringidos a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal e o direito adquirido previstos na CF/88.

2. O STF já estabeleceu que o direito de defesa não se resume a simples manifestação no processo, mas abrange o direito de ver seus argumentos considerados sob pena de nulidade da medida restritiva de direitos. Assim é que a SRF deveria ter comunicado ao interessado, de forma motivada, a existência de fato que o estaria excluindo do SIMPLES, mas não o fez, e o contribuinte que há mais de sete anos está no Sistema foi surpreendido com a notícia de sua exclusão.

3. Não poderia ter havido a penalidade antes de ser informado da existência de situação excludente, e aí se violou a ampla defesa.

Requer, preliminarmente, a nulidade do ADE, e no mérito, o reconhecimento do direito de manutenção da empresa no SIMPLES, que atende a todos os requisitos legais e tem o direito subjetivo de integrar o SIMPLES.Na hipótese eventual de ser mantida a exclusão que os seus efeitos não sejam retroativos, mas apenas a partir da decisão definitiva de sua exclusão. É o relatório.

Conheço o recurso, que trata de matéria de competência deste Colegiado e é tempestivo. Há arguição de preliminares:

(1ª) Inobservância da Ampla Defesa, dada a expedição do ADE de exclusão sem prévio conhecimento do contribuinte e sem especificar as razões da exclusão.

Não merece acatamento. Ora, observando-se o ADE cuja cópia se encontra às fls. 09 é imediata a conclusão de que a descrição da situação excludente reproduz o texto do art. 9º, IX, da Lei 9.317/97 (além de tudo, ainda especificada na fundamentação legal descrita mais abaixo), além de mencionar o CPF e o CNPJ referentes ao sócio (ou titular) e à outra empresa cuja receita bruta somada ultrapassa o limite legal, posto que estão indicados logo em seguida ao texto que descreve a situação excludente.

Por outro lado, a expedição do ADE, conforme consta no art.3º do referido ato administrativo, em obediência à lei de regência, informa ao contribuinte que disporá, a partir da ciência do ato, de trinta dias para contestar as razões da exclusão. Os efeitos do ADE de exclusão ficam sob condição resolutiva. Apresentada a manifestação de inconformidade no prazo legal previsto não ocorre a exclusão até que haja decisão administrativa definitiva. Porém, se ao final ficar constatada a ocorrência de situação excludente, os efitos da exclusão se fazem sentir conforme disciplina legal prevista. Daí o porquê do art. 4º do ADE de fls. 09.

A ampla defesa e o contraditório foram garantidos pela lei de regência ao determinar o procedimento acima descrito e que vem sendo exercitado pelo contribuinte, haja vista que apresentou inicialmente a SRS, e tendo sido indeferida, interpôs sua impugnação dirigida à DRJ e agora se desenvolve o exame em uma terceira instância administrativa, com o que certamente se tem garantido o direito de contraditório e ampla defesa ao interessado, que , ao contrário do que afirma, demonstra ter entendido a razão de exclusão.

(2ª) De um direito adquirido de manutenção no SIMPLES que se integrou ao patrimônio do titular e não pode ser desconstituído nem por lei nem por ato administrativo.

Evidentemente a assertiva carece de sentido. A Lei 9.317/96 estabelece requisitos para ingresso e permanência no sistema simplificado. Inicialmente cumpre lembrar que a tributação a que se sujeitam as demis empresas não integrantes do SIMPLES não constitui, por óbvio, nenhuma penalidade. Mesmo empresas que satisfaçam as condições para ingresso no sistema simplificado podem não optar por ele. Por outro lado, as optantes admitidas ao Sistema podem satisfazer as condições num primeiro momento e, posteriormente, por variados motivos podem incorrer em situações excludentes, seja por auferir receita bruta superior ao limite legal para o modelo simplificado, seja por passar a exercer atividade impeditiva, etc. A construção legal até impõe ao optante uma co-responsabilidade em informar situações excludentes, de forma a que o sistema possa beneficiar efetivamente aos que dele mais precisam. Não há aqui nem de longe qualquer direito adquirido a manutenção no sistema, simplesmente porque tal manutenção só é legalmente possível mediante a satisfação permanente de condições de enquadramento que devem ser satisfeitas ao longo de toda a permanência no sistema simplificado.

Quanto aos efeitos da exclusão decorrem de expressa previsão legal em face da ocorrência da situação excludente descrita neste processo. Mas esta análise constitui o mérito a ser enfrentado.

No caso concreto verifica-se que o ato declaratório foi expedido em 07/08/2003 com efeitos retroativos a 01/01/2002 por força do disposto nos artigos 15 e 16 da Lei 9.317/96 com o texto em vigor na data do ADE.

Não foi contestada a participação de sócio da empresa optante do SIMPLES em mais de 10% do capital de outra empresa e que, simultaneamente, no ano-calendário de 2001, o faturamento global das empresas de que participava o sócio com CPF 384.410.125-04, ou seja, Ivete Souza da Silva Andrade, superou o limite máximo estabelecido na lei para a permanência da empresa de pequeno porte no regime simplificado.

A ocorrência dessa hipótese (art. 9º, IX, Lei 9.317/96) enseja a exclusão do SIMPLES a partir do mês subseqüente à ocorrência da situação excludente. Ora, o fato motivador da exclusão, a receita bruta global em 2001 superior ao limite legal para o SIMPLES se aperfeiçoou em 31/12/2001, daí que por previsão legal expressa no art. 15, II, da Lei 9.317/96, devem ser os efeitos da exclusão a partir de 01/01/2002.

Entretanto, cessada a causa impeditiva de fruição do SIMPLES, e se presentes todas as demais condições para fruição a partir do período seguinte e, considerando, ainda, que os atos da empresa, declarações, recolhimentos sempre deixaram clara sua opção, nada obsta que se considere a sua reentrada no sistema a partir de 01/01/2004, posto que o registro da alteração contratual para a saída da referida sócia ocorreu em 26/11/2003.

Quanto a uma suposta necessidade de outro termo de opção entendo ser desnecessária. Antes mesmo de se firmar na jurisprudência administrativa, e não apenas do Conselho de Contribuintes, mas por várias decisões de DRJ's acatando famoso Parecer COSIT, exercitando o bom senso, atenção à disciplina e aos limites legais, há muito se recomenda que em face de incontroversa manifestação de opção pelo SIMPLES, através de declarações de tributos, recolhimentos em DARF dentro da sistemática e, não havendo qualquer impedimento legal, que simplesmente se reconheça a opção. De modo que afastada a razão de impedimento de fruição do regime simplificado, e vigentes os demais requisistos para o SIMPLES, não há razão para se obstar a reinclusão no sistema a partir de 01/01/2004.

Por todo o exposto voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário, para reconhecer o direito de reinclusão no SIMPLES a partir de 01/01/2004.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2006.

ZENALDO LOIBMAN – Relator