



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

Processo nº : 10580.009707/2004-93
Recurso nº : 134.167
Acórdão nº : 303-33.783
Sessão de : 09 de novembro de 2006
Recorrente : M.N. EMPREENDIMENTOS EDUCACIONAIS LTDA.
Recorrida : DRJ/SALVADOR/BA

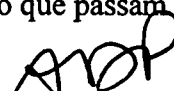
EXCLUSÃO DO SIMPLES. SÓCIO DE OUTRA PESSOA JURÍDICA NÃO OPTANTE E RECEITA GLOBAL EXTRAPOLA LIMITE LEGAL. A interpretação lógica, sistemática e finalística da Lei nº 9.317/96 apontam tanto a impossibilidade de enquadramento da EPP isolada cuja receita bruta anual ultrapasse R\$ 1.200.000,00, em 2002, quanto à impossibilidade de enquadramento de EPP que possua titular ou sócio que participe com mais de 10% de outra empresa (optante ou não) cuja soma global de suas receitas, naquele ano de 2002, ultrapasse R\$ 1.200.000,00.

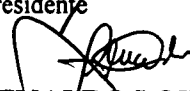
EFEITOS DA EXCLUSÃO. A norma regente no caso é a do art. 15, II, da Lei 9.317/96, com a redação dada pela MP nº 2.158-34/2001. Isto porque a situação excludente se perfez em 31/12/2002, e nesta data o texto vigente era aquele. A exclusão deve ser a partir do mês subsequente àquele em que foi incorrida a situação excludente, aplicável à hipótese prevista no inciso IX do art. 9º da Lei 9.317/96, que é aquela em que se enquadra o caso concreto.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


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 Sergio de Castro Neves.

Processo nº : 10580.009707/2004-93
Acórdão nº : 303-33.783

RELATÓRIO

Trata-se de manifestação de inconformidade contra exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES pelo Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/SDR/BA nº 493.671 de 02.08.2004, em razão de haver sócio ou titular, CPF 109.800.325-04, com mais de 10% do capital social de outra empresa, CNPJ 04.607.567/0001-81, e a receita bruta global no ano-calendário 2002 ter ultrapassado o limite legal (fls.11).

A interessada optou pelo SIMPLES em 01.01.2002 e foi excluída com efeitos retroativos a 01.01.2003, considerando-se que a situação excludente ocorreu em 31.12.2002 conforme descrição no ADE.

Ciente da exclusão, em 30.08.2004, a interessada apresentou manifestação de inconformidade, em 29.09.2004, alegando que:

(i) discorda da exclusão porque o sócio Ruy Florêncio Teixeira, CPF 109.800.325-04 participa de outra empresa, CNPJ 04.607.567/0001-81, que não é cadastrada no Simples, e seus resultados no ano-calendário de 2002 foram tributados de forma normal, daí sua receita bruta não deve ser somada à da requerente para fins de exclusão do sistema;

(ii) o inciso IX do art.9º da Lei 9.317/96 deve ficar restrito somente às empresas do Simples;

(iii) ademais a exclusão da forma como se deu afronta o art.179 da CF/88 que prevê tratamento tributário diferenciado e mais benéfico às pequenas empresas;

(iv) quanto ao efeito da exclusão, mesmo que fosse correta a exclusão, esta deveria ser comunicada desde a data em que o órgão fiscal tomou conhecimento do fato, em junho/2003 através das declarações da requerente, evitando destarte o pesado ônus decorrente do desenquadramento, e assim os efeitos da exclusão devem fluir a partir do mês seguinte ao de ciência do ADE;

(v) cita jurisprudência e doutrina em defesa de seus argumentos.

Requer o cancelamento do ADE e sua conseqüente reinclusão no SIMPLES, ou alternativamente, que se considere os efeitos da exclusão somente a partir do mês seguinte ao de recebimento do ADE.

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



Processo nº : 10580.009707/2004-93
Acórdão nº : 303-33.783

1. O julgador de primeira instância está vinculado à legislação tributária e ao entendimento oficial da SRF. Não lhe cabe examinar arguições sobre ilegalidade/inconstitucionalidade da norma em vigor, que esta missão é da competência exclusiva do Poder Judiciário.

2. À luz da Lei 9.317/96 é impossível a manutenção da impugnante no SIMPLES, pois o sócio Ruy Florêncio Teixeira, CPF 109.800.325-04, participa com 20% do capital social da empresa Jear Ensino Médio Ltda, CNPJ 04.607.567/0001-81, que no ano-calendário de 2002 auferiu receita bruta no valor de R\$ 814.598,36, valor que somado à receita bruta auferida pela requerente no mesmo período de 2002, RS 1.098.960,00, ultrapassa o limite legal de R\$ 1.200.000,00.

3. O fato de que a outra empresa não era enquadrada nem optante do SIMPLES é irrelevante, posto que a legislação regente estabelece o valor de R\$ 1.2200.000,00 como limite para avaliação da receita global das empresas que compartilham o sócio, mesmo sendo apenas uma delas optante do SIMPLES.

4. Também não procede a queixa de que a empresa deveria ter sido comunicada da exclusão desde junho/2003, data de recepção da declaração-SIMPLES. A responsabilidade legal pela comunicação da ocorrência de situação excludente é da PJ na forma prevista no art.22 da IN SRF 35/2003. A exclusão foi de ofício porque a empresa deixou de cumprir sua obrigação de espontaneamente comunicar a situação excludente ocorrida. Portanto, qualquer prejuízo que possa advir da exclusão não pode ser atribuído ao fisco.

5. Os efeitos da exclusão, não podem ser alterados pela autoridade administrativa, ocorrem por consequência das normas do SIMPLES expressas no art. 15, II, da Lei do Simples, disciplinada no art.24, II, da IN SRF 355/2003. A empresa optou pelo SIMPLES em 01.01.2002, e dele foi excluída, sob condição suspensiva, mediante o ADE expedido em 02.08.2004, a partir de 01.01.2003.

6. Cabe lembrar que a doutrina e jurisprudência referidas não têm efeito vinculante sobre as decisões administrativas de primeira instância..

Irresignada a interessada apresentou tempestivamente seu recurso voluntária ao Conselho de Contribuintes (fls.28/34), reapresentando as razões antes aduzidas na instância a quo, e buscando reforçar os seguintes aspectos:

a) A receita de outra empresa não sujeita ao SIMPLES não deve ser computada para aferição do limite global. Partindo da premissa de que os benefícios do regime simplificado apresentam como limite a receita de R\$ 1.200.000,00, o legislador se cercou de critérios para que somente fosse válida a tributação favorecida para as receitas advindas das empresas que no ano-calendário fossem optantes e preenchessem os requisitos para enquadramento no regime simplificado.

Processo nº : 10580.009707/2004-93
Acórdão nº : 303-33.783

b) Se a empresa de CNPJ 09.607.567/0001-81, da qual um sócio da requerente participa com mais de dez por cento do capital social, fosse beneficiária da tributação menos onerosa do SIMPLES no ano-calendário de 2002, aí estaria correta a exclusão da requerente, mas a verdade é que aquela empresa foi tributada pelo regime geral, e assim sua receita não pode ser somada à da ora impugnante para o fim de aferir limite imposto às optantes do SIMPLES.

c) Os incisos e artigos da lei devem ser interpretados sem desprezar o seu foco principal que é o tratamento simplificado e as tributações mais brandas às microempresas e pequenas empresas que preenchem os requisitos para enquadramento no regime simplificado.

d) A norma do inciso IX do art.9º da Lei 9.317/96 serve apenas para balizar as empresas tributadas sob o regime do SIMPLES. Vejamos dois exemplos elucidativos a seguir:

d.1. O sócio A participa da empresa X tributada pelo SIMPLES - EPP, e que no ano de 2002 obteve receita bruta anual de R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais). O mesmo sócio A também participa com 9% do capital de outra empresa Y, tributada pelo lucro real, cuja receita bruta no ano de 2002 foi de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).

d.2. O sócio A participa da empresa X, tributada pelo SIMPLES - EPP, e obteve no ano de 2002 a receita bruta de R\$ 900.000,00. O mesmo sócio A participa com 11% do capital da empresa Z, tributada pelo lucro real (ou presumido), cuja receita bruta no ano de 2002 foi de R\$ 400.000,00.

Sob a ótica do ADE que excluiu a recorrente dever-se-ia manter a empresa X, do exemplo d.1, no sistema SIMPLES, mesmo que a empresa Y tenha obtido receita bruta anual superior a um bilhão de reais.

Já no segundo exemplo, dever-se-ia segundo a lógica empregada no ADE, haver a exclusão da empresa X do SIMPLES, mesmo sendo incoerente e injusta a decisão à luz de que a receita global em d.2 é infinitamente menor que a do exemplo d.1.

e) Não existe palavra ou expressão ociosa na lei, se o percentual de mais de dez por cento servisse para se referir a empresa não optante do SIMPLES, o seu objeto seria antagônico, na medida em que desprezaria ser o sentido principal da lei dar tratamento benéfico às empresas com receita limitada a R\$ 1.200.000,00 no ano, seja ela gerada por uma, duas, ou mais empresas, desde que todas enquadradas no SIMPLES. De forma que se a intenção do legislador fosse diferente do exposto, seguramente teria inserido no texto do inciso IX a expressão “empresa não optante do SIMPLES” ou “qualquer outra empresa”. Se não fez assim é porque de forma sistemática toda a lei trata de empresas submetidas ao regime simplificado, e as exceções necessárias foram devidamente transcritas e especificadas no artigo nona da



Processo nº : 10580.009707/2004-93
Acórdão nº : 303-33.783

multicitada lei. A expressão “outra empresa” do inciso IX não deve ser interpretado extensivamente na forma definida no ADE e no acórdão ora questionado.

f) a decisão recorrida extrapolou o conteúdo e o escopo da lei no momento em que interpretou a expressão “outra empresa” como identificando qualquer outra entidade jurídica, mesmo que não esteja usufruindo qualquer tratamento favorecido ou benefício fiscal.

g) a interpretação do texto da norma em foco deve ser exatamente conforme previsto no art.111 do CTN, que é de modo exatamente contrário ao pensamento do relator do acórdão combatido, que o contexto do inciso IX serve exclusivamente para as empresas que estiverem cadastradas no SIMPLES, não podendo julgador pender para outra empresa que não tenha optado ou usufruído do sistema simplificado de tributação.

h) para reforçar a linha interpretativa aqui desenvolvida, toma-se como exemplo os artigos 1º e 11 da Lei 10.931/04, que mesmo tratando de assunto diverso, ou seja, sobre patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, serve para demonstrar o argumento. No art.11, a seguir transcrito, o legislador não precisou declinar que as Contribuições ali tratadas se referem às incorporadoras imobiliárias que aderirem ao regime especial de tributação, em virtude de que o ato foi editado com esta finalidade e objeto, tornando-se desnecessário a repetição do tipo de empresas que são beneficiárias do regime, por ser a razão e o escopo da lei:

“ Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004.

CAPÍTULO I – DO REGIME ESPECIAL TRIBUTÁRIO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

Art.1º. Fica instituído o regime especial de tributação aplicável às incorporações imobiliárias, em caráter opcional e irrevogável enquanto perdurarem direitos de crédito ou obrigações do incorporador junto aos adquirentes dos imóveis que compõem a incorporação.

(...)

Art.11. As contribuições para o PIS/PASEP e para a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas, inclusive por equiparação, de que trata o art.31 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, seguirão o mesmo regime de reconhecimento de receitas previsto na legislação do imposto de renda.

(...)

A conclusão é necessariamente pela inexistência de fundamento em se fazer a soma das receitas de empresa não tributada pelo Simples com a de outra optante do regime para fins de exclusão desta do referido regime, independentemente da participação percentual do sócio comum.

Processo nº : 10580.009707/2004-93
Acórdão nº : 303-33.783

i) Quanto aos efeitos da exclusão do ADE, para evitar a preclusão, e apenas para argumentar, a recorrente insurge-se também contra a aplicação deles a partir de 01.01.2003. Ora, a SRF tinha conhecimento das receitas de ambas as empresas, sabendo que o montante ultrapassou o valor de R\$ 1.200.000,00, e apenas supondo que fosse o caso de exclusão, a SRF poderia e deveria ter comunicado a interessada tão logo disso conheceu, em junho/2003, e assim evitaria que as empresas de pequeno porte e as microempresas tivessem que suportar, como no caso, encargos econômicos e financeiros decorrentes de aplicação retroativa dos efeitos da exclusão definidos no ADE.

j) Ainda assim, mesmo que fosse de ser excluída, a recorrente continua a preencher os requisitos, e também enfrenta as dificuldades normais das empresas de pequeno porte que tanto a Lei 9.317/96 como a CF/88, art.179, cuidaram de salvar, por conseguinte, a exclusão deveria ser somente a partir do mês seguinte ao de entrega do ADE. Assim tem entendido a Justiça coerente com a Lei do Simples e com o art.179 da CF/88, consoante decisão emanada do TRF/3ª Região.

Pede;

1. a reforma da decisão recorrida e a conseqüente reinclusão no SIMPLES desde a data de sua opção em 01.01.2002.

2. alternativamente, se decidia a exclusão, que os seus efeitos sejam a partir do mês seguinte ao recebimento do ADE.

É o relatório.



Processo nº : 10580.009707/2004-93
Acórdão nº : 303-33.783

VOTO

Conselheiro Zenaldo Loibman, relator.

Estão presentes os requisitos de admissibilidade do recurso e a matéria é da competência do Terceiro Conselho. Os fatos foram expostos nos autos e sobre eles não há divergência entre as partes, ou seja, o sócio da recorrente Ruy Florêncio Teixeira era, em 2002, também sócio de outra empresa, com mais de dez por cento de participação no seu capital social. O valor da receita bruta auferida em 2002 por cada uma das empresas citadas foi respectivamente de R\$ 1.098.960,00 pela recorrente, optante do SIMPLES desde 01.01.2002, e de R\$ 814.598,36 pela empresa com CNPJ 04.607.567/0001-81, sendo que esta não é optante do SIMPLES.

A lide se formou exclusivamente acerca da interpretação e aplicação da norma veiculada no inciso IX do art.9º da Lei 9.317/96, tomada pelo ADE como base para a exclusão. Entende a SRF através de suas instruções normativas, notadamente a IN SRF 355/2003, também mencionada no enquadramento legal que serviu de fundamento ao ADE, e assim foi considerado pela decisão recorrida, que é irrelevante se a outra empresa do qual o sócio comum participa com mais de 10% do capital social seja, ou não, beneficiária do SIMPLES. Que a Lei do Simples apenas tomou o valor de R\$ 1.200.000,00 como parâmetro para aferir a receita global limite das empresas de que participa o sócio comum, se pelo menos uma delas for optante, que aquele valor apenas coincidentemente é o limite de receita para enquadramento de EPP no SIMPLES. Por outro lado, a recorrente aponta equívoco nessa interpretação oficial, afirmando que quer seja por uma interpretação sistemática e finalística da Lei do Simples, ou mesmo seja a partir da literalidade do texto do inciso IX do art.9º daquela Lei, não se poderia estender o alcance da expressão “outras empresas” para abarcar qualquer empresa, mesmo que não beneficiário do SIMPLES. Segundo seu raciocínio, a Lei em suas premissas estabelece um limite de receita bruta anual como requisito de enquadramento de uma empresa EPP no SIMPLES, sendo para 2002, o valor de R\$ 1.200.000,00. Apenas registro a título de informação, que a partir de 01.01.2006, com a nova redação dada pela Lei 11.196/2005, ao art.2º, II, da Lei 9.317/96, passou a valer novo limite para enquadramento de EPP no SIMPLES, sendo de R\$ 2.400.000,00. A recorrente continuou sua defesa dizendo que o legislador nesse limite de receita bruta anual, definido no art.2º da lei de regência, cercou a possibilidade de tributação simplificada e favorecida nos moldes do SIMPLES. Continua a argumentar dizendo que, no entanto, não há na Lei de referência nenhum óbice a que os sócios de uma empresa participante do SIMPLES possam participar de outra(s) sociedade(s), ainda que sejam empresas optantes do regime simplificado, desde que a participação em outra empresa seja inferior a 10% do capital e a soma de suas receitas brutas não ultrapasse o limite imposto pela norma de enquadramento no SIMPLES.



Processo nº : 10580.009707/2004-93
Acórdão nº : 303-33.783

Está claro que também não há óbice a que alguém sendo sócio de uma EPP optante, possa também ser sócio de outra empresa não optante, mas neste caso para os fins de aferir requisito de enquadramento no SIMPLES somente faz sentido considerar a receita bruta anual da empresa optante. Este é precisamente o pomo da discórdia. Confesso que em outros processos quando estivemos diante da norma veiculada no inciso IX do art.9º da Lei 9.317/96, jamais minha atenção havia sido chamada para o enfoque apresentado pela recorrente, possivelmente porque nos outros casos os contribuintes interessados não tenham argüido o entendimento oficial acerca do alcance da norma.

À primeira vista, até parece fazer sentido a interpretação apresentada pela recorrente. Mas, analisemos mais profundamente a partir de outros argumentos articulados no recurso. Buscando fazer uma comparação de técnica legislativa usada na Lei 9.317/96 com a utilizada em outra lei que estabelece regime especial de tributação, a Lei 10.931/2004, que estabelece regime especial tributário do patrimônio de afetação aplicável às incorporações imobiliárias, a interessada procura demonstrar que a expressão “As contribuições... devidas pelas pessoas jurídicas...” presente no art.11 da Lei 10.931/04, no contexto da lei, e com auxílio do disposto no art.1º, somente pode se referir às incorporadoras imobiliárias que aderirem ao regime especial de tributação que é o objeto e finalidade dessa Lei. Entende daí que de modo análogo a expressão “... participe com mais de 10 % (dez por cento) do capital social de outra empresa...”, constante do inciso IX do art.9º da Lei 9.317/96, não pode ter sua compreensão dissociada do contexto dessa Lei, nem do seu objeto, escopo e finalidade. A premissa é boa, testemo-la.

O art.1º da Lei nº 9.317/96 estabelece que ela regula, em conformidade com o art.179 da Constituição, o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte, relativo aos impostos e contribuições que menciona.

O art.2º define para os fins do disposto nesta Lei o que se entende por microempresa e empresa de pequeno porte (EPP), definindo esta a que tenha auferido receita bruta no ano-calendário igual ou inferior a R\$ 1.200.000,00 (com o texto vigente para o ano de 2002).

O art.3º determina que a pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de EPP, na forma do art.2º, poderá optar pela inscrição no SIMPLES.

Por sua vez, o art.9º, IX, determina que não poderá optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica 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. Veja-se que a norma do art.2º da Lei 9.317/96 está topograficamente localizada antes da definição de enquadramento no SIMPLES (art.3º), e trata de definir para os fins do disposto na Lei, o que é mais abrangente do que apenas definir o sistema SIMPLES. O preâmbulo da Lei explicita o que acabamos de dizer, ou seja, que ela “*dispõe sobre o regime tributário das*



Processo nº : 10580.009707/2004-93
Acórdão nº : 303-33.783

microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES e dá outras providências.”.

Como dizia, no art.2º, II, se estabelece apenas a definição de EPP para os fins da Lei 9.317/96, que não se restringe a instituir o SIMPLES. A norma de enquadramento de EPP no sistema simplificado é estabelecida só no art.3º. Mas, a referência do inciso IX do art.9º é ao limite de que trata o art.2º. Com isso, entendo, s.m.j., que a soma das receitas das empresas de que participe sócio comum, com mais de 10% do capital da outra empresa, serve para saber se cabe, ou não, na definição de EPP que poderá vir a se enquadrar no sistema simplificado com definição e abrangência definidos na Seção I do Capítulo III da mesma Lei, abrangendo o art.3º e o art.4º. A norma sob análise, no contexto da lei, segundo uma interpretação lógico-sistemática e finalística destina-se a comandar que se a empresa “A” deseja se enquadrar no SIMPLES, mas possui sócio em comum com outra empresa “B” (optante ou não) e desta participa com mais 10% do seu capital, há que se verificar se a soma das receitas brutas anuais de “A” e “B” é inferior ou igual ao limite legal estabelecido. Observe-se que essa verificação antecede, ou pode anteceder, a questão de uma delas ser, ou não, já optante do SIMPLES. Vale dizer, se por hipótese, nenhuma das duas empresas esteja enquadrada no SIMPLES, uma delas exerce atividade impedida e outra não, e esta deseja se enquadrar, a Lei de regência, no inciso IX do art.9º, em harmonia sistemática com o disposto no §1º do art.2º da mesma Lei, determina que se verifique para o caso de existir sócio da candidata a optante que também participe de outra empresa, optante ou não, com mais de 10% do seu capital social, se a soma das receitas brutas anuais está dentro do limite legal para microempresa ou EPP, conforme o caso, que deseja nessa condição se enquadrar no sistema simplificado. Portanto, a interpretação lógica, sistemática e finalística da Lei em comento, a meu ver, e s.m.j., apontam tanto a impossibilidade de enquadramento da EPP isolada cuja receita bruta anual ultrapasse R\$ 1.200.000,00, em 2002, quanto a impossibilidade de enquadramento de EPP que possua titular ou sócio que participe com mais de 10% de outra empresa (optante ou não) cuja soma global de suas receitas, naquele ano de 2002, ultrapasse R\$ 1.200.000,00.

Quanto aos efeitos da exclusão. É preciso firmar aqui qual a norma regente, e no caso é a do art.15, II, da Lei 9.317/96, com a redação dada pela MP nº 2.158-34/2001. Isto porque a situação excludente se perfez em 31.12.2002, e nesta data o texto vigente era aquele. A norma da referida MP está disciplinada no art.24, II, da IN SRF 355/2003, de forma que a exclusão deve ser a partir do mês subsequente àquele em que foi incorrida a situação excludente, aplicável à hipótese prevista no inciso IX do art.9º da Lei 9.317/96, que é aquela em que se enquadra o caso concreto.

Por fim, não há elementos nos autos que permitam saber se a situação excludente foi fortuita ou voltou a ocorrer na seqüência dos anos, entretanto,



Processo nº : 10580.009707/2004-93
Acórdão nº : 303-33.783

cabe aqui informar que se nos anos seguintes não se verificou a causa impeditiva, poderá a empresa, se quiser, pleitear seu retorno ao sistema, desde que satisfeitas naturalmente as demais condições de enquadramento.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Sala das sessões, em 09 de novembro de 2006.



ZENALDO LOIBMAN – Relator