



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n° : 10580.013181/2004-46
Recurso n° : 133.965
Acórdão n° : 303-33.782
Sessão de : 09 de novembro de 2006
Recorrente : MIZUMAQ COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
Recorrida : DRJ/SALVADOR/BA

EFEITOS DA EXCLUSÃO MOTIVADA PELA VEDAÇÃO
IMPOSTA NO ART.9º, IX, DA LEI DO SIMPLES.

A situação excludente, a de haver sócio da ora recorrente com participação de mais de 10% em outra(s) empresa(s), com receita global superior ao limite legal, se perpez em 31/12/2000, e nesta data a norma vigente sobre efeitos da exclusão do SIMPLES era a do inciso II do art. 15 da Lei 9.317/96 com a redação dada pela Lei 9.732/98.

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 excluir a empresa do Simples somente a partir de 01/09/2004, 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 : 10580.013181/2004-46
Acórdão nº : 303-33.782

RELATÓRIO

Trata-se de manifestação de inconformidade contra exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES pelo Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/SDR nº 492.150, de 02.08.2004, 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 2000 ter ultrapassado o limite legal.

A interessada apresentou tempestiva SRS alegando ser impossível a exclusão retroativa a 01.01.2002, pois a lei vigente à época do fato motivador da exclusão previa efeitos só após a intimação do sujeito passivo. Entende que deve ser a aplicação do art.15,II, da Lei 9.317/96 com a redação dada pela Lei 9.732/98, vigente quando da ocorrência da situação excludente, em 31.12.2000. Acrescenta que somente com a edição da MP 2.158-34, de 27.07.2001, foi novamente alterada a redação da lei, agravando a penalidade no caso de exclusão de ofício, mas que em relação a isso a lei não pode retroagir.

O pedido, via SRS, foi indeferido pela repartição de origem, que não acatou os argumentos apresentados e manteve a exclusão nos termos expostos no ADE referido.

O interessado apresentou tempestiva manifestação de inconformidade dirigida à DRJ, conforme consta às fls.01/02, reiterando basicamente que os efeitos da exclusão deveriam fluir somente a partir do mês seguinte ao da ciência do ADE. Pediu o cancelamento do ADE por sua ilegalidade.

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

1. O deslinde da questão se obtém a partir do disposto nos arts. 20 a 24 da IN SRF nº 355/2003, que disciplina a aplicação da Lei 9.317/96.

2. No caso concreto, a empresa foi excluída do Simples (sob condição suspensiva) porque a sócia Sônia Kazuko Kubagawa Mizushima, CPF 700.317.898-20 participa com mais de 10% do capital social de outras duas empresas cujos CNPJ são respectivamente 01.149.712/0001-30 e 03.012.492/0001-23, cujas receitas somadas com a da interessada neste processo ultrapassaram o limite legal para enquadramento no SIMPLES no ano-calendário de 2000 (fls.17/19).

3. O art.20, IX, da IN SRF 355/2003 disciplina a norma do art.9º,IX, da Lei 9.317/96. Na redação dada pela Lei 9.732/98 ao art.15, da Lei 9.317/96, os efeitos da exclusão eram a partir do mês subsequente àquele em que se processe à exclusão, em face da constatação de situação excludente prevista nos



Processo nº : 10580.013181/2004-46
Acórdão nº : 303-33.782

incisos III a XVIII do art.9º. Porém, com a alteração introduzida pelo art.73 da MP 2.158-34, de 27.07.2001, o art.15, II, da Lei do Simples voltou à sua redação original, ou seja, os efeitos da exclusão devem ser a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIX do art.9º.

4. Para se regular o período de transição decorrente da alteração da norma acima descrita, pela MP 2.158-34/2001, sem trazer prejuízo aos contribuintes, foi acrescido o parágrafo único, com seus incisos I e II, ao art.24 da IN SRF 355/2003:

“Art.24. ...(omissis)

....

....

Parágrafo único. Para as pessoas jurídicas enquadradas nas hipóteses dos incisos III a XVII do art.20, que tenham optado pelo Simples até 27 de julho de 2001, o efeito da exclusão dar-se-á a partir:

I – do mês seguinte àquele em que se proceder a exclusão, quando efetuada em 2001.

II – de 1º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31.12.2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002 ”.

5. Conforme visto, no caso a empresa optou pelo Simples em 06.06.1997, e foi excluída mediante ADE expedido em 02.08.2004 (edição posterior a 2002). Os efeitos da exclusão nos termos do art.24, parágrafo único, II, da IN SRF 255/03, conforme exposto no ADE, se dão a partir de 01.01.2002 por ter incorrido no ano-calendário de 2000, incorrendo na vedação prevista no art.9º, IX da Lei do Simples.

6. Lembra-se que na ocorrência de situação excludente do Simples, a legislação regente obriga ao contribuinte a comunicar à SRF logo que ocorra. Sendo assim, não se poderia admitir que a empresa se beneficiasse de sua falta de comunicação obrigatória, ocorrida em 31.12.2000, querendo agora invocar em seu favor o disposto no art.3º da Lei 9.732/98 que não se aplica ao caso em tela, eis que foi superado pela redação dada pelo art.73 da MP 2.158-34/2001 (NÃO CONCORDO!).

7. Ademais, o art.15 da Lei 9.317/96 não prevê nenhuma penalidade, apenas define procedimentos relativos à exclusão de ofício quando seja constatada hipótese de vedação ao Simples. Por isso é que as alterações ditadas pela legislação subsequente têm aplicação imediata, não assistindo razão à queixa da requerente.

Processo n° : 10580.013181/2004-46
Acórdão n° : 303-33.782

Irresignada a interessada apresentou tempestivamente seu recurso voluntária ao Conselho de Contribuintes (fls.41/46), no qual além de reapresentar as razões antes aduzidas na instância a quo, reforça os seguintes aspectos:

a) O ADE de exclusão só foi comunicado em 19.11.2004, mas se pretende que seus efeitos retroajam a 01.01.2002. Tal coisa não é juridicamente possível, posto que a lei vigente à época do fato ensejador da exclusão somente previa a aplicação de efeitos após a intimação do contribuinte.

b) A norma regente é a do art.15, II da Lei 9.317/96 com a redação dada pela Lei 9.732/98. É princípio basilar do direito que a regra incidente na aplicação da pena é aquela vigente à época do fato delituoso. Tal regra é ainda mais forte em direito tributário, no qual a retroatividade somente pode operar em favor do contribuinte, jamais de forma a agravar penalidade mais branda estipulada por lei anterior.

c) A redação dada pela Lei 9.732/98, ao referido artigo da Lei 9.713/96, era a norma vigente na data de ocorrência da situação excludente, em 31.12.2000. Ora, somente em 27.07.2001, com a edição da MP 2.158-34 a redação da Lei do Simples foi novamente alterada agravando a penalidade no caso de exclusão. Mas, repita-se, a regra incidente deve ser aquela vigente no momento da infração. Por isso não cabe a exclusão retroativa.

d) A exclusão retroativa é impossível em face do nosso ordenamento jurídico. Inúmeras são as manifestações do Judiciário, e algumas estão transcritas às fls.43/46.

À vista do exposto, postula o provimento ao recurso voluntário para que se anule o ato impugnado ante sua evidente ilegalidade.

É o relatório.



Processo nº : 10580.013181/2004-46
Acórdão nº : 303-33.782

VOTO

Conselheiro Zenaldo Loibman, relator.

Conheço o recurso, que trata de matéria de competência deste Colegiado e é tempestivo.

A lide se formou especificamente quanto aos efeitos da exclusão declarada pelo ADE DRF/SDR nº 492.150, sob condição suspensiva, e motivado pela infração à norma de enquadramento no SIMPLES veiculada pelo art.9º, IX da Lei 9.317/96. O ADE sob exame apontou fundamento legal além do art.9º, IX, também no art.12, art.14, I e art.15, II, todos da Lei 9.317/96; MP 2.158-34/2001 e IN SRF 355/2003.

Lembra-se que o art.9º, IX, determina que não poderá optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica cujo titular, ou sócio, participe com mais de 10% do capital social de outra empresa, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art.2º, e que neste caso, seria de R\$ 1.200.000,00.

Portanto, somente deve haver o indeferimento da opção ou a caracterização da situação excludente se ocorrerem as duas condições simultâneas na norma acima destacada. Vale dizer, mesmo que a receita global das duas empresas consideradas ultrapassasse o valor de R\$ 1.200.000,00 em 2000, se nenhum dos sócios da empresa optante participasse com mais de 10% do capital social de outra sociedade, não haveria problema para a opção.

Porém, no caso concreto, a interessada não discute que ocorreu a situação excludente, que se perfez em 31.12.2000, conforme acusa a SRF.

A lide está em que, de um lado, a administração tributária pretende com base na IN SRF 355/03, e suposta base legal na Lei 9.317/96, c/ a redação dada pela MP 2.158-34, de 27.07.2001, que os efeitos da exclusão sejam aplicados a partir de 01.01.2002; por outro lado, a recorrente entende que a norma vigente à época da data de ocorrência da situação excludente, em 31.12.2000, era a do art.15, II, da Lei 9.317/96, c/ a redação dada pela Lei 9.732/98, com o que os efeitos da exclusão somente poderão ser aplicados a partir do me subsequente àquele em que se proceder à exclusão, em virtude da constatação de situação excludente prevista nos incisos III a XVIII do art.9º da Lei do Simples.

Consulte-se o CTN, com status de Lei Complementar, em seu art.103 para inicialmente marcar que a vigência da legislação tributária, salvo disposição em contrário, entram em vigor para o caso dos atos administrativos a que se refere o inciso I do art.100 (que inclui as IN SRF), quanto a seus efeitos normativos, 30 (trinta) dias após a data da sua publicação.



Processo nº : 10580.013181/2004-46
Acórdão nº : 303-33.782

Por outro lado, ainda no CTN, art. 105, como regra geral de aplicação da legislação tributária se dispõe que esta se aplica aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha início, mas não esteja completa nos termos do art.116.

Não se pode esquecer que a pendenga em torno do termo inicial de aplicação dos efeitos da exclusão do SIMPLES denota interesse da SRF em tributar o quanto antes a empresa nos termos da legislação geral a que se submetem as empresas não enquadradas no regime simplificado, e, por sua vez, o interesse da recorrente, ao contrário, é retardar ao máximo a aplicação da tributação sob o regime geral, posto que mais gravoso tributariamente do que o regime simplificado. Por isso, é evidente que embora o objetivo seja cobrar tributo, o que evidentemente não traduz em si uma penalidade, sem dúvida ser tributada no regime geral representa para a empresa contribuinte pagar maior valor de tributo do que se for tributada segundo a sistemática do SIMPLES.

A solução da lide, como sói acontecer no Estado Democrático de Direito, submete o Estado e o contribuinte aos termos da lei vigente. E no caso concreto, entendo que seja a lei vigente à época de conformação do fato motivador da exclusão do SIMPLES, em analogia com o que seria fato gerador de tributo.

Note-se que me referi a lei vigente e não amplamente legislação vigente, simplesmente para marcar a consolidada jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes no sentido de que a IN SRF não pode disciplinar além da lei, pois cumpre papel normativo complementar que deve ser adstrito aos limites colocados na norma legal.

Mas, retomemos o disposto no art. 105 do CTN, para afirmar que os fatos geradores de tributo que haverão de ser levados em conta para a tributação segundo o regime geral, não podem ser aqueles ocorridos em época na qual a empresa ora recorrente estiver resguardada em seu direito de enquadramento no regime do SIMPLES.

Seguindo e desenvolvendo o raciocínio, examinemos o art. 106 do CTN, que estabelece regra para a possibilidade excepcional de aplicação da lei a fato ou ato pretérito. Poderá ser, (i) sempre que a lei for expressamente interpretativa, excluindo-se, entretanto, a aplicação de qualquer penalidade à infração dos dispositivos interpretados; (ii) quando se tratar de ato não definitivamente julgado; (iii) quando lhe comine (ao fato ou ao ato pretérito) penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Parece-me, assim, não haver dúvida de que o fato previsto no art.9º, IX, da Lei do Simples, constitui infração às normas de enquadramento no regime simplificado, e, portanto, a norma legal que especifique a partir de que momento se deve dar a aplicação de efeitos da exclusão, inclusive os tributários, comportam a comparação entre os níveis de gravosidade que decorrem da norma vigente à época de

Processo nº : 10580.013181/2004-46
Acórdão nº : 303-33.782

ocorrência da situação excludente do Simples com os que decorram de norma de edição posterior.

A norma da MP 2.158-34, de 27.07.2001, por evidente, não é meramente interpretativa, e os termos do seu art.73, evocado no ADE de exclusão, determinam a aplicação de efeitos da exclusão de forma diferente da que estava posta no art. 15, II, da Lei 9.713/96, c/ a redação dada pela Lei 9.732/98, que era a redação vigente em 31.12.2000. Lembra-se que neste caso, se houver qualquer interpretação será necessariamente acerca do art.9º, IX, da Lei 9.317/96, e neste caso, está vedado pelo CTN, que por decorrência dessa interpretação fosse se configurar aplicação retroativa de penalidade pela infração ao art.9º, IX. Neste ponto, afastado de imediato a justificativa da decisão recorrida em dar preferência à aplicação do texto normativo do art.15, II, da Lei 9.317/96, c/ a redação dada pela MP 2.158-34/2001, em detrimento do texto vigente em 31.12.2000, porque segundo afirmou às fls.38, no antepenúltimo parágrafo, a requerente não poderia se beneficiar do fato de não ter comunicado à administração tributária a ocorrência da situação excludente na época, em 31.12.2000. Continuou-se, a afirmar, que a empresa não poderia então alegar em seu favor o teor do art.3º da Lei 9.732/98, que deu redação ao art.15, II, da Lei do Simples, dando a entender que por tal motivo, o da não comunicação oportuna ao fisco, haver-se-ia de aplicar o art.15, II, da Lei 9.317/96 com a redação nova dada pelo art. 73 da MP 2.158-34, de 2001. Ora, resta evidente a indevida intenção do órgão julgador em primeira instância, acompanhando entendimento oficial emanado na IN SRF 355/2003, em estabelecer uma "penalidade" ao contribuinte por sua não comunicação oportuna da situação excludente ocorrida inequivocamente em 31.12.2000. O curioso, e censurável, é que essa penalidade seria exatamente a aplicação retroativa da norma veiculada no art.73 da MP referida, que foi editada em 27.07.2001, e no seu art.73 modificou os termos do art.15, II, da Lei 9.317/96, para antecipar a aplicação dos efeitos da exclusão. A malfazeja tentativa, como visto, não surgiu de iniciativa pioneira da ilustre DRJ/Salvador, já que buscou base nos termos da IN SRF 355/2003, parágrafo único, II, em flagrante conflito com o disposto na Lei 9.317/96 vigente em 31.12.2000, mas também com o disposto no CTN, nos termos acima explicitados.

É extrema de dúvida que a situação excludente, a de haver sócio da ora recorrente com participação de mais de 10% em outra(s) empresa(s), com receita global superior ao limite legal, se perfez em 31.12.2000, e nesta data a norma vigente sobre efeitos da exclusão do SIMPLES era a do art. 15, II, da Lei 9.317/96 com a redação dada pela Lei 9.732/98.

Sendo assim, os efeitos da exclusão do SIMPLES, declarada sob condição suspensiva, pelo ADE DRF/SDR nº 492.150, de 02.08.2004, só poderão ser aplicados 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 da Lei 9.317/96.

Como a expedição do ADE de exclusão ocorreu em 02.08.2004, os efeitos da exclusão se aplicam somente a partir de 01.09.2004. É interessante notar em

Processo nº : 10580.013181/2004-46
Acórdão nº : 303-33.782

apoio ao raciocínio aqui desenvolvido, que a Lei 11.196/05 publicada em 22.11.2005, para vigência a partir da data de publicação, reformula novamente o texto do art.15, II, da Lei 9.317/96, mas segundo os termos do seu art. 132, II, a, produzindo efeitos apenas a partir de 14.10.2005.

Pelo exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso, para que os efeitos da exclusão do SIMPLES se apliquem apenas a partir de 01.09.2004.

Sala das sessões, em 09 de novembro de 2006.



ZENALDO LOIBMAN – Relator