



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

Processo nº 10730.004308/2004-75
Recurso nº 137.658 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 303-35.325
Sessão de 19 de maio de 2008
Recorrente MÍNIMO ESSENCIAL PRESENTES LTDA
Recorrida DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ

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

Ano-calendário: 2003

Legislação Superveniente. Inclusão Retroativa. Impossibilidade.

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

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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


ANELISE DAUDT PRIETO - Presidente


LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO - Redator

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

Relatório

Trata-se de Pedido de Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples, face o Ato Declaratório Executivo DRF/Nit nº 533.403, de 02/08/2004, que desenquadrou o contribuinte em virtude “do sócio ou titular participar de outra empresa com mais de 10% e a receita bruta global no ano-calendário de 2002 ultrapassar o limite legal” (fls. 01).

Anexa a sua solicitação os documentos de fls. 03 a 08.

Após análise do pedido e da documentação pertinente, a solicitação foi indeferida (fls. 2).

Intimada do indeferimento (fls. 24), o contribuinte apresentou Impugnação (fls. 25/26), alegando em suas razões:

- *que a outra empresa a qual o sócio da contribuinte também participa do quadro societário não é optante pelo Simples, sendo os tributos de ambas pagos devidamente, não gerando nenhum dano ao Erário;*
- *a empresa contribuinte não ultrapassou o limite de receita bruta correspondente a R\$120.000,00, no ano-calendário, devendo permanecer enquadrada no Simples.*

Afinal, requer sua permanência no regime tributário simplificado, em decorrência de seus procedimentos adequados.

Encaminhados os autos à DRJ/Rio de Janeiro, foi proferida decisão de fls. 50 a 52, cuja ementa segue:

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

Exercício: 2003

Ementa: EXCLUSÃO. SIMPLES. SÓCIO DE OUTRA EMPRESA. ULTRAPASSADO LIMITE RECEITA BRUTA. Tendo sido verificado que o sócio da interessada participava com mais de dez por cento em outras empresas e que a receita bruta global no ano-calendário ultrapassou o limite legal, deve ser mantida a exclusão do Simples.

Solicitação Indeferida.”

Devidamente intimada sobre a decisão supra (AR - fls. 54), face sua irresignação, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário tempestivamente (fls. 55/56), alegando em suas razões:

- *a lei nº 9.317/96, em seu artigo 9º, inciso IX, permitia que o sócio ou titular de empresa optante pelo Simples participasse de muitas outras*

empresas com mais de 10%, exceto se o valor global do faturamento bruto anual não ultrapassasse ao do inciso II do seu art. 2º;

- esse dispositivo é aplicado quando as outras empresas sejam tributadas pelo lucro real e, não obtém, de forma contábil e fiscal, lucros nas suas atividades econômicas ou nos seus exercícios financeiros;

- o sócio que apresenta restrição ao regime simplificado participa do quadro societário da Recorrente, com 50% das quotas, exercendo, inclusive, a administração da mesma;

- está sendo providenciado pelo sócio com restrição, alteração contratual da outra pessoa jurídica ao qual faz parte do quadro societário, objetivando destituí-lo da administração. A alteração encontra-se em trâmite na Junta Comercial do Rio de Janeiro.

Face a exposição, requer que seja declarado insubsistente e improcedente a ação fiscal, sendo acolhido suas razões recursais, e finalmente, que seja cancelado seu débito fiscal.

Colaciona ao seu recurso os documentos de fls. 57 a 65.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro, constando numeração até às fls. 67, última.

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

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator

Conheço do Recurso Voluntário, por tempestivo e por conter matéria de competência deste Terceiro Conselho de Contribuintes.

Primeiramente, ressalto que a matéria versada nos autos é de exclusão do Simples através de Ato Declaratório Executivo DRF/Nit nº 533403, (fls. 06), de 02.08.2004, uma vez que fora constatado que sócio ou titular da empresa participa de outra com mais de 10% e a receita bruta global de 2002 ultrapassou o limite legal.

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

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

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

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

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

...

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

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

Assim, superadas estas considerações, passemos adiante.

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

Art. 9º Não poderá optar pelo Simples a Pessoa Jurídica:

(...)



IX - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II, do art. 2º;"

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

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

(...)

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

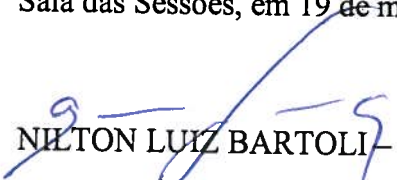
Das fls. 13/18, denota-se que o CPF do titular da Interessada está diretamente vinculado às outras duas empresas, quais sejam, Pavisolo Construtora LTDA e Via Vênus Comércio de Gêneros Alimentícios LTDA - ME.

Neste sentido, verifica-se que a empresa em questão, Mínimo Essencial Presentes Ltda - ME, bem como a Pavisolo Construtora LTDA e a Via Vênus Comércio de Gêneros Alimentícios LTDA - ME, vinculadas ao CPF da pessoa física do Sr. José Francisco Loureiro Borges, auferiram no exercício de 2002, respectivamente, R\$ 14.989,93, R\$ 1.208.741,18 e 37.577,05, conforme informações de fls. 08, 42 e 45 da DRF, o que resulta no montante de R\$ 1.261.308,16.

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

Diante de todo o exposto, respeitadas as condições da situação excludente de que trata o inciso IX, art. 9º, da Lei nº 9.317/96 (revogado), bem como inciso IV, parágrafo 4º, da Lei Complementar nº 123/06 (vigente), DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

Sala das Sessões, em 19 de maio de 2008


NILTON LUIZ BARTOLI - Redator

Voto Vencedor

Conselheiro LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO, Redator.

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

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

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

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

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

Nesse aspecto, peço licença para transcrever trecho do voto condutor do acórdão que inaugurou tal exegese, hoje pacífica no Superior Tribunal de Justiça³, que ilustra os fundamentos que reforçaram a necessidade de rever o posicionamento antes defendido.

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

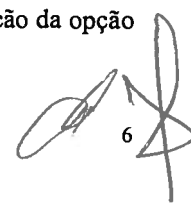
"Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

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

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

² § 9º Ulterior exclusão do regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 1996, não implicará anulação da opção tácita pelo Simples Nacional.

³ REsp 722.307 - SC, Ministro Castro Meira, DJ 16.05.2005



II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

- a) quando deixe de defini-lo como infração;*
- b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;*
- c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática".*

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

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

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

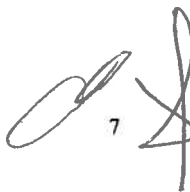
"Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

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

(...)".

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



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

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

Sala das Sessões, em 19 de maio de 2008



LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO - Redator