



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

Processo n° 10768.009836/2003-11
Recurso n° 137.678 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão n° 303-35.838
Sessão de 10 de dezembro de 2008
Recorrente CASA DA PALAVRA PRODUÇÃO EDITORIAL 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

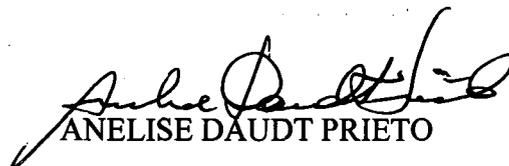
SIMPLES. VEDAÇÃO. A participação no capital social de outra pessoa jurídica é, por si só, condição impeditiva para opção pelo Simples.

EXCLUSÃO COM EFEITOS RETROATIVOS. A opção pelo Simples é sujeita a condições e passível de fiscalização posterior. A exclusão com efeitos retroativos, quando verificado que o contribuinte optou indevidamente pelo sistema, é admitida pela legislação.

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, nos termos do voto da Relatora.


ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente e Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Celso Lopes Pereira Neto, Tarásio Campelo Borges, Luis Marcelo Guerra de Castro, Nanci Gama, Heroldes Bahr Neto, Vanessa Albuquerque Valente e Nilton Luiz Bartoli.



Relatório

Adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

“Trata o presente processo do Ato Declaratório Derat/RJO nº 446.796/2003 (fl. 4), que excluiu a Interessada do Simples, com efeitos a partir de 01/02/2002, na forma dos artigos 15 e 16 da Lei 9.317/1996 e alterações posteriores, sob a seguinte descrição: “pessoa jurídica participa do capital de outra pessoa jurídica. CNPJ 04.513.670/0001-65”.

A Interessada havia apresentado, em 29/09/2003, a Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples (SRS) de fl. 1 a 3, que foi indeferida pela Derat/Rjo sob o seguinte fundamento: “conforme a pesquisa CNPJ (fls. 47), a Interessada participava, na data da ocorrência constante do Ato Declaratório (04/06/2001) como sócia da empresa Mar de Idéias Navegação Cultural Ltda”.

Cientificada da decisão em 30/03/2006 (fl. 51/verso), a Interessada apresentou, em 26/04/2006, a manifestação de inconformidade de fls. 52 a 66, na qual alega, em síntese:

- no ano de 2001, a Recorrente, empresa de pequeno porte optante pelo Simples, junto com a microempresa Memória do Brasil Projetos Culturais Ltda, também optante pelo Simples, formou uma nova pessoa jurídica denominada Mar de Idéias Navegação Cultural Ltda;
- ressalta que tanto ela como a segunda empresa já se retiraram da referida sociedade, através de alteração contratual devidamente registrada;
- a sua pretensão era tão somente garantir, por meio da constituição da nova sociedade, uma marca diferente que pudesse ser desenvolvida e trabalhada conjuntamente no momento oportuno, tanto que a nova sociedade nunca exerceu qualquer atividade econômica, tendo apenas existência formal;
- não se pode considerar que a constituição de uma nova sociedade, com existência unicamente formal, teria o condão de ensejar a exclusão do regime de tributação do simples;
- a previsão legal de exclusão existente no inciso XIV, da Lei nº 9.317/96, destina-se exclusivamente a impedir que haja fraudes aos limites legais do Simples, no mesmo sentido do inciso IX do artigo 9º da mesma lei;
- este, como comprova a declaração de rendimentos anexada aos autos, não é o caso analisado no presente processo;
- não se ultrapassou, em momento algum, o limite máximo de faturamento exigido para o enquadramento no Simples, mesmo somando-se a receita bruta da ora Requerente e da sociedade



constituída, não havendo, portanto, qualquer burla a legislação do Simples;

- assim, nos exatos termos previstos na legislação que instituiu o Simples, que consagra o conceito de receita bruta para limitar a participação no regime de tributação, não se pode pretender excluir do regime sociedade que participou do capital de outra sociedade que nunca auferiu receita bruta ao longo de toda existência legal;

- a exclusão seria uma forma de burlar toda a interpretação sistemática da estrutura legal de tributação do Simples sem qualquer enquadramento legal específico;

- a ausência de enquadramento legal se justifica, ainda, porque a sociedade formada pela Recorrente e pela Memória Brasil Projetos Culturais – EPP não pode ser considerada empresa para fins legais, por nunca ter exercido atividade econômica;

- de acordo com o preceituado no Código Civil, em especial no seu artigo 981, uma sociedade que jamais operou, apesar de existir formalmente, nunca possuiu o status de empresa na prática, pois nunca exerceu atividade econômica organizada;

- não se pode pretender que o Ato de Exclusão do Simples possua efeitos retroativos, alcançando data anterior ao término do processo administrativo de exclusão;

- tal impedimento decorre expressamente da interpretação conjunta dos artigos 97 e 106 do CTN, bem como do artigo 150, I e III, a, da Constituição Federal, ou seja, em homenagem aos princípios da legalidade e da irretroatividade da norma jurídica;

- a opção pelo regime Simples de tributação, ao ser exercido pelo contribuinte e aceita pela Receita Federal, nos termos do artigo 8º da Lei nº 9.317/96, constitui ato administrativo constitutivo;

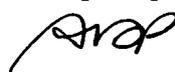
- não se pode, pois, pretender a aplicação retroativa da exclusão, sob pena de violação do princípio da irretroatividade da norma tributária e violação ao direito adquirido;

- assim qualquer exclusão do regime só poderá operar efeitos a partir do término do processo administrativo;

- a alteração contratual que importou na exclusão da ora Requerente do capital social da sociedade Mar de Idéias Navegação Cultural Ltda ocorreu no ano de 2003, ou seja, no curso do presente processo administrativo, impedindo a exclusão conforme precedentes da própria Delegacia da Receita Federal do Rio de Janeiro, que cita;

- a efetivação da exclusão da ora Recorrente do Simples importaria em subversão do próprio regime, denotando um excesso de formalismo que não se adapta à própria proteção constitucional e legal da micro e pequena empresa;

- toda a fundamentação legal referente à pequena empresa deverá ser interpretada finalisticamente, em homenagem aos princípios



constitucionais de fomento da atividade econômica, sempre procurando, dentre as interpretações possíveis do texto legal, àquela que importe em maior benefício e diminuição dos encargos das microempresas e empresas de pequeno porte;

- neste sentido, cita precedentes do Tribunal Regional Federal da 2ª Região Fiscal;

É o relatório.”

A Delegacia de Julgamento do Rio de Janeiro indeferiu a solicitação da empresa, em decisão assim ementada:

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

Ano-calendário: 2003

SIMPLES. VEDAÇÃO.

A participação no capital social de outra pessoa jurídica é por si só condição impeditiva para opção pelo Simples.

EXCLUSÃO COM EFEITOS RETROATIVOS.

A opção pela sistemática do Simples é ato do contribuinte sujeito a condições e passível de fiscalização posterior. A exclusão com efeitos retroativos, quando verificado que o contribuinte optou indevidamente pelo sistema, é admitida pela legislação.”

Ciente da decisão em 28/12/2006, conforme documento de fl. 83 a empresa apresentou recurso voluntário a este Colegiado no dia 29/01/2007, uma segunda-feira, repetindo, basicamente, os mesmos argumentos da manifestação de inconformidade.

É o relatório.



Voto

Conselheira ANELISE DAUDT PRIETO, Relatora

Conheço do recurso, que é tempestivo e preenche as demais condições de admissibilidade.

A exclusão da recorrente do Simples, com efeitos a partir de 01/02/2002, ocorreu sob o fundamento de que “pessoa jurídica participa do capital de outra pessoa jurídica, conforme o art. 9, XIV, da Lei nº 9317/96, *in verbis*:

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

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;

No julgamento efetuado pela 1ª Turma da Delegacia de Julgamento no Rio de Janeiro –I, o voto do Relator Bernardo Schmidt trouxe argumentos muito bem fundamentados no sentido da procedência da exclusão, os quais transcrevo:

“Ao contrário do que alega a Interessada, a exclusão foi realizada em conformidade com regra legal específica, citada no Ato Declaratório.

A Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, enumera as hipóteses em que as pessoas jurídicas, mesmo após terem sido legalmente enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte - que, sublinhe-se, é apenas um dos requisitos para a inclusão no sistema - não podem optar pelo Simples.

Nos termos do inciso XIV do art. 9º, está impedida de optar pelo Simples a pessoa jurídica que participa do capital de outra pessoa jurídica:

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

.....
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;

Observa-se que a previsão legal transcrita não faz qualquer referência a receita bruta. Nos termos da regra legal, a participação no capital social de outra pessoa jurídica é por si só condição impeditiva para opção pelo Simples.



Caso o legislador pretendesse que o impedimento fosse condicionado à receita bruta global, o teria feito expressamente, da mesma forma que fez no inciso IX do mesmo art. 9º, citado na impugnação.

Além disso, o impedimento legal se perfaz com a simples participação no capital social de outra empresa, o que a própria Impugnante afirma ter ocorrido, e independe desta ter operado ou auferido receitas.

Aqui, cabe ainda ressaltar o disposto no art. 45 do Código Civil:

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.(...)

Quanto ao efeito temporal da exclusão, até o advento da Medida Provisória (MP) nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, a exclusão, por força das causas de que tratam os incisos III a XIX do art. 9º da Lei nº 9.317/1996, tinha início a partir do mês subsequente àquele em que se procedia à exclusão, ainda que esta se desse de ofício.

A partir, porém, da citada MP nº 2158-35, de 2001, cujo artigo 73 deu nova redação ao inciso II do art. 15 da Lei nº 9.317/1996, os efeitos da exclusão passaram a retroagir à data de ocorrência da causa da exclusão, ou melhor, ao mês seguinte ao que incorrida a situação excludente.

Cumprindo a sua missão institucional, a SRF editou a Instrução Normativa SRF nº 250, de 26 de novembro de 2002 (posteriormente revogada pela IN SRF nº 355/2003, posteriormente revogada pela IN SRF nº 608/2006, sem interrupção da força normativa), sob cuja égide foi proferido o Ato Declaratório em exame.

A IN nº 250/2002, no inciso XIII do seu artigo 20, reprisa a disposição do inciso XIV do art. 9º da Lei nº 9.317/1996.

Por sua vez, na mesma esteira da lei, a citada IN dispõe que, quando a pessoa jurídica incorrer em qualquer das situações excludentes constantes de seu art. 20, como é o caso, a exclusão do Simples será feita, obrigatoriamente, de ofício, ou mediante comunicação da pessoa jurídica:

Art. 21. A exclusão do Simples será feita mediante comunicação da pessoa jurídica ou de ofício.

Art. 22. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 20;

(...)



Nos casos em que a lei veda a permanência no Simples, não sendo espontânea, por parte da pessoa jurídica, a sua exclusão do Simples, esta dar-se-á de ofício, na forma do previsto no art. 23 da citada IN, que, repise-se, apenas repete a normatividade vazada na lei:

Art. 23. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do art. 22, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;(...)

Quanto aos efeitos da exclusão, que é o que nos interessa, a mencionada IN SRF 250, de 2002, traz o seguinte disciplinamento:

Art. 24. A exclusão do Simples nas condições de que tratam os arts. 22 e 23 surtirá efeito: (...)

II - a partir do mês subsequente àquele em que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XVIII do art. 20;

.....
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;

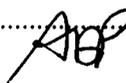
II - de 1º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002. (grifei)

Dessa forma, sem perder de vista os efeitos da exclusão previstos nos retrocitados diplomas legais (Lei nº 9.732, de 1998, e MP nº 2.158-35, de 2001), a Instrução Normativa adotou regra de forma a resguardar o direito dos que haviam optado pelo Simples até antes da MP nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001. Assim, não há qualquer afronta ao princípio da irretroatividade.

Nesse sentido, de acordo com o inciso II do parágrafo único da IN SRF nº 250, de 2002, como já integrava o Simples anteriormente a 27.07.2001; como a situação excludente ocorreu até dezembro de 2001; e, como a exclusão foi efetuada a partir de 2002, os efeitos da exclusão devem-se dar exatamente na forma prevista no Ato Declaratório Derat/RJO nº 446.796, ou seja, a partir de 01.01.2002.

Também não vislumbro qualquer afronta ao princípio da legalidade, até porque, conforme visto, o efeito temporal da exclusão é determinado pela própria Lei nº 9.317/96:

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

.....


II - a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei;

O fato de a contribuinte ter efetuado opção, sem que houvesse manifestação do Fisco já naquele momento, por certo não cria direito e não impede a apreciação posterior da legalidade daquele ato, haja vista que essa opção é faculdade do próprio contribuinte, que a exerce se e quando o quiser, sujeitando-se, apenas, à fiscalização posterior da Receita Federal, tendente a verificar a regularidade da opção, uma vez que somente os contribuintes que atendam às condições previstas na lei podem exercer esse direito.

Quando o Fisco apura que a empresa optou indevidamente pelo regime simplificado pode, e deve, excluí-lo de tal sistemática. Por conseguinte, apenas nesse momento, e não antes, a Receita Federal praticará ato comunicando o contribuinte da irregularidade que cometeu, que é exatamente o ato de exclusão de que trata este processo.

Ainda, o fato de a alteração contratual que importou na retirada da Interessada ter ocorrido no curso do presente processo administrativo é irrelevante: se na data da ocorrência a Interessada estava impedida de optar pelo Simples, a exclusão está correta.”

Face ao exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 10 de dezembro de 2008.


ANELISE DAUDT PRIETO