



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

Processo n° : 10830.002061/2001-81
Recurso n° : 132.999
Acórdão n° : 303-33.794
Sessão de : 09 de novembro de 2006
Recorrente : RIP EDITORES GRÁFICOS ASSOCIADOS LTDA.
Recorrida : DRJ/CAMPINAS/SP

SIMPLES. EXCLUSÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE. CONDIÇÃO VEDADA. Não poderá optar pelo SIMPLES a empresa cujo titular ou sócio seja detentor de mais de 10% do capital de outra empresa com receita bruta global ultrapassando os limites estabelecidos na Lei 9.317/1996 regulamentada pela IN SRF 355/2003.

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

SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA
Relator

Formalizado em: 14 DEZ 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Nanci Gama, Zenaldo Loibman, Marciel Eder Costa, Nilton Luiz Bartoli, Tarásio Campelo Borges e Sergio de Castro Neves. Esteve presente no julgamento o advogado Guilherme Espinosa Pedroni, OAB 142231 SP.

Processo nº : 10830.002061/2001-81
Acórdão nº : 303-33.794

RELATÓRIO

Trata o processo de pedido de inclusão no Simples com efeitos retroativos a 26/01/1999, alegando a interessada que, ao solicitar certidão negativa de débitos, verificou não estar enquadrada no Simples, mas que teria feito a opção conforme cópia anexada aos autos da FCPJ, na qual consta o código 301, bem como teria entregado as declarações e efetuado os recolhimentos segundo esse sistema simplificado.

A Delegacia da Receita Federal em Campinas deferiu a solicitação da contribuinte, incluindo-a na sistemática do Simples com efeitos retroativos a 26/01/1999, mas emitiu Ato Declaratório Executivo (fl. 106) excluindo-a do sistema a partir de 01/01/2003, em virtude do sócio Valdir Palombo, CPF nº 932.256.108-44, possuir, desde 01/07/2002, 95,0 % das cotas de outra empresa denominada de "Projeto A. Comunicações Ltda", CNPJ nº 58.375.056/0001-00, sendo que a receita bruta global das duas empresas ter superado o limite legalmente previsto, conforme determina o inciso IX do art. 20 da Instrução Normativa SRF nº 250, de 2002.

Cientificada da decisão que indeferiu sua solicitação em 28/08/2003 (fl. 109), a contribuinte apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 110/114, em 26/09/2003, alegando, em síntese e fundamentalmente, que:

- os efeitos da exclusão do Simples não devem ser contados a partir do ano-calendário subsequente àquele em que foi ultrapassado o limite estabelecido e sim da data do ato administrativo que excluía a contribuinte, conforme estabelece o art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, alterado pelo art. 3º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998;

- a retroatividade em matéria de tributos não é permitida pela Constituição Federal;

- quando da aceitação da contribuinte no Simples, a Secretaria da Receita Federal tinha o ônus de impedir essa inscrição, proibindo sua adesão;

- não está sendo respeitado o processo legal, que garante ampla defesa. A empresa não pode se defender das acusações de não exercer legalidade ao integrar o programa. Além disso, deve-se esclarecer os motivos por que a interessada não se enquadra mais no Simples, uma vez que a interpretação da lei é ampla, esbarrando no princípio legal da motivação, sob pena ainda de atentar contra a segurança jurídica, a certeza do Direito, e o princípio da boa-fé;

Processo nº : 10830.002061/2001-81
Acórdão nº : 303-33.794

- o Ato Declaratório Executivo nº 38 ou a decisão recorrida, como ato administrativo do poder público que são, não apresentam as características de imperatividade e executoriedade. Segundo Paulo de Barros Carvalho *entende-se por imperatividade a iniciativa do Poder Público de editar provimentos que, interferindo na esfera jurídica do particular, constituam obrigações, de modo unilateral. Essa virtude, entretanto, o lançamento não tem*, lembrando que os atos declaratórios executivos são lançamentos. Portanto, o Poder Executivo deve agir em consonância com a publicidade como forma de não caracterizar a unilateralidade nos seus atos. Isso significa dizer que o citado ato declaratório executivo não tem legitimidade para declarar a exigência dos tributos retroativos à exclusão do Simples.

A DRF de Julgamento em Campinas – SP, através do Acórdão nº 9.147 de 13 de abril de 2005, julgou a solicitação indeferida, nos termos que a seguir se transcreve:

“A manifestação de inconformidade é tempestiva, pelo que dela se conhece.

No tocante à alegação da contribuinte de que sua exclusão não poderia ser retroativa, é de se registrar, de início, que o fato de a contribuinte ter efetuado opção, sem que houvesse manifestação do Fisco já naquele momento, não impede a apreciação posterior da legalidade daquele ato, haja vista que essa opção é faculdade da própria 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. Portanto, quando o Fisco apura que a empresa optou indevidamente pelo regime simplificado pode, e deve, excluí-lo de tal sistemática. Assim, 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.

Quanto aos efeitos da exclusão da sistemática do Simples, sobreleva lembrar que o art. 73, da Medida Provisória nº 2.158-34, de 27 de julho de 2001, convalidada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, ainda vigente por força da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, alterou novamente a redação do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, passando a haver autorização legislativa para que a exclusão se dê com efeitos retroativos à data da situação excludente, nos seguintes termos:

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

Processo nº : 10830.002061/2001-81
Acórdão nº : 303-33.794

(...)

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;

(...)

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

(...)

II – obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

(...)

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 incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIX do art. 9º;" (destaque acrescido)

Destarte, pela leitura do dispositivo acima transcrito, conclui-se que, tendo sido constatada a situação excludente ao final do ano-calendário de 2002, ou seja, a participação do sócio Valdir Palombo em outra empresa com mais de (10,0%) dez por cento do capital e o excesso de receita bruta global, nos termos do inciso IX do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, está correto o entendimento da DRF ao determinar os efeitos do ato de exclusão para 01/01/2003, conforme inciso II do art. 15 do mesmo diploma legal.

Quanto à alegação de que não estaria sendo respeitado o processo legal, a contribuinte fundamenta-se apenas na suposição de que não teria podido se defender das acusações de não cumprir a legislação ao integrar o programa. Mas a verdade é outra, pois a sua manifestação que ora se aprecia é justamente a prova que ela exerceu plenamente seu direito à ampla defesa. Outrossim, os motivos da exclusão estão muito bem especificados nos

Processo nº : 10830.002061/2001-81
Acórdão nº : 303-33.794

fundamentos da decisão da DRF, não havendo que se falar em interpretação ampla da lei ou ofensa à segurança jurídica, à certeza do Direito ou ao princípio da boa-fé. Com efeito, os fatos são bem simples. Como já dito, o sócio da contribuinte Valdir Palombo participa de outra empresa com mais de dez por cento do capital e a receita bruta global das duas empresas ultrapassou em 2002 o limite legal. Essa vedação está clara no citado inciso IX do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996. Dessa forma, a alegação da contribuinte revela-se meramente protelatória.

Por fim, é impertinente a alegação de que o ato declaratório executivo que a excluiu não teria imperatividade e excoutoriedade, não tendo ainda nenhum fundamento a afirmação da contribuinte de que esse ato seria lançamento. O ato de exclusão limita-se a declarar que a contribuinte está excluída do Simples, não efetuando nenhum lançamento do tributo devido. Ademais, o § 3º do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, determina expressamente a utilização desse instrumento para exclusão de ofício do Simples:

*“§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)”
[destaque acrescido]*

Ressalte-se, ainda, que, nos termos do art. 13, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 9.317, de 1996, a contribuinte deveria ter obrigatoriamente comunicado sua exclusão do Simples à SRF quando incorreu na vedação do inciso IX do art. 9º do mesmo diploma legal:

“Art. 13. 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. 9º;”

Em face do exposto, voto no sentido de se conhecer da manifestação de inconformidade, por tempestiva, para, no mérito, indeferir a solicitação da contribuinte.”

Processo nº : 10830.002061/2001-81
Acórdão nº : 303-33.794

Irresignada, a ora recorrente intentou Recurso Voluntário a este Egrégio Conselho de Contribuintes, mantendo na íntegra o alegado em primeira instância.

É o relatório.



Processo nº : 10830.002061/2001-81
Acórdão nº : 303-33.794

VOTO

Conselheiro Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Relator

O Recurso é tempestivo pois Intimada, através do Comunicado SECAT nº 10830/199/2005 de 28 de abril de 2005, a tomar conhecimento da decisão de primeira instância via AR ECT foi oficializado em 05 de maio de 2005, doc. às fls. 156, apresentou suas razões recursais em arrazoado protocolado na repartição competente em 18 de maio de 2005, fls. 151 a 155, estando revestido das formalidades legais para sua admissibilidade, bem como, é matéria de apreciação no âmbito deste Terceiro Conselho de Contribuintes, portanto, dele tomo conhecimento.

A controvérsia trazida aos autos cinge-se à possibilidade da recorrente vir a ser excluída de ofício retroativamente do sistema "SIMPLES", pois conforme Ato Declaratório Executivo de 25 de agosto de 2003 (fls. 106) no ano calendário de 2002 a recorrente tinha na pessoa de seu sócio Valdir Palombo portador do CPF 932.256.108-44, participação em outra empresa com mais de 10,0% e a receita bruta global neste ano calendário de 2002, ultrapassou o limite legal de R\$ 1.200.000,00.

Quanto à pretensa alegação da impossibilidade de retroatividade do ato, o que se verifica é que se por um lado a legislação vigente permite que o contribuinte faça a opção sem a prévia manifestação do Fisco, não impede a sua apreciação a qualquer momento, com vistas a verificação de cumprimento da legalidade do ato e de suas obrigações posteriores, por parte da Receita Federal, por outro lado, quando o Fisco apura que a empresa optou indevidamente e/ou descumpriu a qualquer momento as normas legais para sua permanência no regime do SIMPLES, não somente pode, como é dever excluí-la de tal sistemática, isto no momento de sua apreciação, a partir da data do ato ilegal, quando comunicará o fato ao contribuinte da irregularidade cometida, que é exatamente o ato de exclusão. A legislação competente em vigor, concede autorização legislativa para que a exclusão se possa dar com efeitos retroativos à data da situação excludente.

No mérito, igualmente, não assiste melhor sucesso a recorrente, pois a mesma não se enquadrava, no ano calendário de 2002, nas normas legais que possibilitavam sua permanência na sistemática do SIMPLES, nos termos da Lei 9.317/96 e suas alterações posteriores, regulamentada pela IN SRF 355/2003, que a seguir se transcreve:

"Lei 9.317/1996

(...)



Processo n° : 10830.002061/2001-81
Acórdão n° : 303-33.794

Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

I ao VIII – omissis;

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;

X ao XIX – omissis.

§ 1º ao § 5º - Omissis.

Art. 10 ao 11. Omissis.

Art. 12. A exclusão do SIMPLES será feita mediante comunicação pela pessoa jurídica ou de ofício.

Art. 13. 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. 9º;

b) omissis.

§ 1º ao § 3º - Omissis.

Art. 14. 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 artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica.

II ao VII – Omissis.

Art. 15. Alterado pelo art. 3º da Lei nº 9.732/98

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

I – omissis;



Processo nº : 10830.002061/2001-81
Acórdão nº : 303-33.794

II – a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XVIII do art. 9º;

III ao V – omissis.

§ 1º ao § 2º - Omissis.

Art. 16º A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

(...).

Instrução Normativa SRF nº 355/2003

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

I – omissis;

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;”

Portanto, a luz de toda a documentação que se encontra fazendo parte integrante do processo ora vergastado, principalmente os documentos extraídos pela Secretaria da Receita Federal, que repousam às fls. 50 a 74, demonstravam irremediavelmente que o detentor do CPF 932.256.108-44, possuía participação em outra empresa com mais de 10% e a receita bruta global neste ano calendário de 2002, ultrapassou o limite legal de R\$ 1.200.000,00.

As informações que foram devidamente comprovadas, e repousam no bojo do processo em referência, tendem irremediavelmente por não assistir razão a recorrente em sua pretensão, ao afirmar que não incorreu em qualquer das hipóteses elencadas na aludida Lei 9.317/66, que justificasse sua exclusão da sistemática do SIMPLES.

Portanto, a recorrente não se enquadra nas condições preconizadas na Lei 9.317/1996, regulamentada pela IN SRF 355/2003, para que possa permanecer na condição de optante da sistemática do SIMPLES.

Processo nº : 10830.002061/2001-81
Acórdão nº : 303-33.794

Diante do exposto, conheço o presente recurso voluntário para,
VOTAR pela sua improcedência e conseqüente manutenção da decisão vergastada.

É como Voto.

Sala das Sessões, em 09 de novembro de 2006.



SILVIO MARCOS BARCELOS FIUZA - Relator