



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

---

<b>Processo n°</b>	10840.002690/2004-35
<b>Recurso n°</b>	135.063 Voluntário
<b>Matéria</b>	SIMPLES - EXCLUSÃO
<b>Acórdão n°</b>	303-34.263
<b>Sessão de</b>	26 de abril de 2007
<b>Recorrente</b>	METALBURT ESTRUTURAS METÁLICAS LTDA. - ME
<b>Recorrida</b>	DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP

---

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

Ano-calendário: 2002

Ementa: PRELIMINAR DE NULIDADE DO ADE. Afastada. A baixa da empresa do cadastro da SRF em 11/05/2005 não invalida o ADE de exclusão expedido em 02/08/2004, nem impede que os efeitos da exclusão fossem considerados, até mesmo para eventual exigência de diferença de tributos, conforme se adverte na própria certidão de baixa de inscrição no CNPJ.


EXCLUSÃO DO SIMPLES. SÓCIO DE OUTRA PESSOA JURÍDICA E RECEITA GLOBAL EM 2002 EXTRAPOLOU O LIMITE LEGAL. A interpretação lógica, sistemática e finalística da Lei nº 9.317/96 são compatíveis com a disciplina constitucional, apontam tanto a impossibilidade de enquadramento da ME/EPP isolada cuja receita bruta anual ultrapasse o limite legal, no caso em 2002, quanto a impossibilidade de enquadramento de ME/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 o limite de receita bruta para enquadramento no regime simplificado.


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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, afastar a preliminar de nulidade do ato declaratório de exclusão do Simples e negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

  
ANELISE DAUDT PRIETO  
Presidente

  
ZENALDO LOIBMAN  
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa, Nilton Luiz Bartoli, Tarásio Campelo Borges e Luis Marcelo Guerra de Castro.

## Relatório

Trata-se de manifestação de inconformidade contra exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES pelo Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/Ribeirão Preto/SP n.º 567.283, de 02.08.2004, em razão de haver sócio ou titular, CPF 980.615.698-68, com mais de 10% do capital social de outra empresa, CNPJ 49.230.675/0001-16, e a receita bruta global no ano-calendário 2002 ter ultrapassado o limite legal.

A interessada optou pelo SIMPLES em 12.09.2002 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, a interessada apresentou manifestação de inconformidade de fls.01, em 22.09.2004, alegando que tendo ingressado formalmente no sistema desde 12.09.2002, vem desde então apresentando suas declarações e fazendo seus recolhimentos de tributos pelo SIMPLES, e uma retroação nos efeitos de sua exclusão causaria problemas sérios à manutenção da empresa, pelo que pede que a exclusão surta efeito apenas a partir de 02.08.2004, data de publicação do ADE de exclusão.

A DRJ/Ribeirão Preto, por sua 1ª Turma de Julgamento, por unanimidade, decidiu indeferir o pleito. Foram as principais razões de decidir:

1. *O art.9º, IX, da Lei 9.317/96 veda a opção pelo SIMPLES de empresa cujo titular ou sócio participe de outra empresa com mais de 10% do seu capital social e a receita bruta global, das duas empresas somadas, ultrapasse o limite legal estabelecido.*

2. *O art.13 da referida Lei do SIMPLES determina que a empresa deve comunicar à administração tributária a ocorrência de situação excludente, e caso contrário, nos termos do art.14, deverá ser a exclusão de ofício.*

No caso a receita global limite foi ultrapassada no exercício de 2002, e o pleito da interessada é totalmente improcedente, pelo que se indefere o solicitado.

Irresignada a interessada apresentou tempestivamente seu recurso voluntária ao Conselho de Contribuintes (fls.18/37), rerepresentando as razões antes aduzidas na instância *a quo*, e buscando reforçar os seguintes aspectos:

(a) *Preliminarmente, registra que a empresa foi baixada em 11.05.2005 perante a DRF/Ribeirão Preto, o que comprova sua regularidade fiscal e que não deve prevalecer o ADE n.º 567.283, de 02.08.2004. Nenhuma empresa que possua débitos perante a SRF, ou seja, omissa quanto à entrega de declarações, ou tenha débitos inscritos em divisa ativa, ou mesmo possua débito pendente de parcelamento, impugnação ou recurso administrativo, não pode ser baixada. Ora, se o seu CNPJ foi baixado pela SRF deve-se entender que todas as verificações foram realizadas pelo fisco. A administração tem o dever de anular seus atos eivados de nulidade, por força do disposto no art.53 da Lei 9.784/96. Assim a autoridade julgadora não pode se eximir de apreciar a argüição de nulidade do ADE de*

*exclusão, visto que a interessada já foi baixada nos exatos termos da Lei.*

*(b) A exclusão da interessada do SIMPLES foi determinada sob a alegação de que havia sócio ou titular com mais de 10% do capital de outra empresa e a receita bruta global limite em 2002 foi ultrapassada. Mas, a recorrente possui o direito de permanência no SIMPLES até sua baixa, e ainda que seja superado esse entendimento, resta impossível a retroação dos efeitos da exclusão.*

*(c) Houve ofensa ao art.179 da Constituição. Esta norma é na classificação de José Afonso da Silva, de "eficácia contida". Assim vieram as Leis 9.317/96 (SIMPLES) e 9.841/99 (Estatuto da Microempresa), para a implementação da política de favorecimento das microempresas e EPP, conforme previsão constitucional. Este tratamento jurídico-tributário favorecido não pode ser confundido com mero benefício ou incentivo fiscal, dependentes da boa vontade ou conveniência administrativa. O objetivo constitucional foi de favorecer tributariamente as ME's e EPP's, diferenciadas apenas pelo critério do faturamento anual.*

*(d) Está prevista na Lei 9.317/96 a exclusão do SIMPLES de empresa que ultrapassar a receita bruta anual de R\$ 2.400.000,00. Portanto este é o único critério consoante com a vontade do legislador constitucional. No art.47, §1º, do ADCT da CF/88 está a definição constitucional de microempresa e EPP, atrelando essas definições exclusivamente com o critério de receita bruta anual auferida. Em nenhum momento o constituinte admitiu, implícita ou explicitamente, o critério "participação em outra empresa", que não tem nenhuma relação com o porte da empresa. Vale dizer que o comando de favorecimento tributário, em regime especial, se dirige a empresas de determinado porte, e é este aspecto econômico que deve ser relevante na discriminação das empresas.*

*(e) No caso concreto a recorrente foi admitida no SIMPLES por se enquadrar nos limites de faturamento legalmente previstos. Sua exclusão implica em violação ao princípio da igualdade previsto no art.150, II, da CF/88. Por outro lado, também o Estatuto da Microempresa (Lei 9.841/99) estipula o enquadramento nesta ou naquela categoria exclusivamente pelo critério econômico.*

*(f) O princípio da unicidade do direito não pode admitir dois conceitos para uma mesma realidade, ou seja, é inconcebível existir um conceito de microempresa/EPP para fins de anistia de dívida com o sistema financeiro (art.47, §1º, ADCT), e outro conceito, simultâneo, apenas para fins de benefício fiscal, como ocorre com o SIMPLES. Assim, por todos os ângulos, a regra discriminatória contida no art.9º, XIII, da Lei 9.317/96, contraria os artigos 150, II e 179, da CF, assim como o art.47, §1º, do ADCT.*

*(g) Na improvável hipótese de serem superados os argumentos acima, é preciso, em primeiro lugar, deixar claro ser impossível que os efeitos da exclusão retroajam a 01.01.2003, conforme determinado no ADE. O ordenamento jurídico não prevê que os efeitos da exclusão do SIMPLES venham a retroagir. Na atual sistemática, os efeitos da*

*exclusão valem a partir do mês subsequente àquele em que se determinar a exclusão. É o que dispõe o art.15, II, da Lei do SIMPLES com a redação dada pela Lei 9.732/98.*

*(h) Ademais, as situações jurídicas anteriores ao ADE não podem infringir o princípio da irretroatividade das normas. Por outro lado, o art.100, III, do CTN atribui às práticas reiteradas pelas autoridades administrativas o caráter de normas complementares, e salta aos olhos que a autoridade administrativa ao acatar a adesão ao SIMPLES, receber mensalmente valores relativos à tributação pelo SIMPLES e também as declarações anuais, não apenas corroboram a manutenção da empresa no SIMPLES como inviabilizam a imposição de efeitos retroativos. Junta às fls.33/35 ementas de decisões judiciais no sentido de que os efeitos da exclusão devem ser a partir do mês subsequente à exclusão. Ademais, a retroatividade da exclusão atenta diretamente contra a segurança jurídica.*

Pede que, preliminarmente, seja considerado nulo o ADE DRF/RPO n.º 567.283/2004, pois a ora recorrente já foi baixada do cadastro da SRF e, no mérito, que seja acolhido o pedido de revogação do ADE, convalidando-se a opção pelo SIMPLES, por ser impossível a retroação dos efeitos da exclusão do SIMPLES.

É o Relatório.



## Voto

Conselheiro ZENALDO LOIBMAN, Relator

Estão presentes os requisitos de admissibilidade do recurso e a matéria é da competência do Terceiro Conselho.

Quanto à preliminar de nulidade do ADE de exclusão deve ser afastada. O deferimento de baixa da empresa do cadastro da SRF em 11.05.2005 não invalida o ADE de exclusão expedido em 02.08.2004, nem impede que os efeitos da exclusão fossem considerados, até mesmo para eventual exigência de diferença de tributos, conforme se adverte na própria certidão de baixa de inscrição no CNPJ (fls.41).

O recorrente argumenta que a exclusão se baseou em norma incompatível com a definição constitucional de microempresa e/ou EPP, que apenas utiliza o critério de faturamento bruto individual da empresa, e a utilização de norma veiculada na Lei do SIMPLES para excluir empresa porque há sócio com mais de 10% do capital de outra empresa, e a receita somada dessas empresas ultrapasse o limite individual de faturamento, infringiria os princípios e normas constitucionais veiculadas nos artigos 150, II, 179, da CF/88, e também o art.47, §1º do ADCT. Acrescentou que também outros critérios para exclusão do SIMPLES ligados à atividade desenvolvida pela empresa e veiculados na Lei do SIMPLES seriam inconstitucionais.

O ponto é que repetidamente contribuintes foram ao Judiciário para reclamar a inconstitucionalidade da vedação presente no inciso XIII do art.9º da Lei 9.317/96, por suposta infração a basilares princípios constitucionais, entre eles o da isonomia de tratamento tributário, bem como com relação ao comando do art.179 que o constituinte destinou ao legislador ordinário. Os tribunais superiores já se pronunciaram sobre a interpretação constitucional do dispositivo da Lei do Simples em comento em face da Constituição. Em outras oportunidades já transcrevi a ementa do acórdão produzido pelo TRF4, 2ª T., por unanimidade, Ac. 2001.71.14.004175-5/RS, Rel. Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares, mai/04.

Também o STF, em ADIN, já firmou o entendimento de constitucionalidade da norma referida, em face de acusação por infração aos mesmos princípios que o respeitável recorrente trouxe à luz com o propósito de buscar uma exegese da lei ordinária, que a seu juízo, pudesse se compatibilizar com o texto da Constituição, especialmente com o disposto no inciso II do art.150 e no art.179.

Ora, a apreciação da exegese acerca da incompatibilidade, ou não, da norma ordinária com o texto constitucional, foi precisamente o que fez antes o Egrégio STF, e quando este decidiu pela improcedência dos argumentos que pediam a declaração de inconstitucionalidade do inciso XIII do art.9º da Lei nº 9.317/96, firmou a interpretação (exegese) oficial acerca da constitucionalidade da vedação prevista na Lei do SIMPLES, porque o Pretório Excelso exerce no Brasil o papel de Corte Constitucional,

É relativamente freqüente que o E. STF examine uma norma jurídica, ou uma lei, em única instância, no controle concentrado de constitucionalidade, em meio a uma ADIN ou a uma ADECON, por exemplo, ou, por outro lado, em última instância, no controle difuso de constitucionalidade, e formule, mesmo sem alterar o texto, uma nova interpretação,

diferente da que vinha sendo considerada pelos tribunais, nesse caso pode até haver a declaração de inconstitucionalidade da interpretação corrente e a consagração, sem alteração de texto da norma, da interpretação constitucional dada pelo STF

No caso, o STF consagrou oficialmente a constitucionalidade da norma do inciso XIII do art.9º da Lei 9.317/96, segundo a interpretação oficial de sua conformidade com o inciso II do art. 150, e com o art. 179.

Por outro lado, os fatos foram expostos nos autos e sobre eles não se estabeleceu divergência, ou seja, não se contestou que o sócio da recorrente, de CPF nº 980.615.698-68, era, em 2002, também sócio de outra empresa, com mais de dez por cento de participação no seu capital social e o valor da receita bruta global auferida em 2002 pelas duas empresas foi superior ao limite legal de recita bruta admitida para o SIMPLES.

A lide se formou 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 que a Lei do Simples apenas tomou o valor de R\$ 1.200.000,00 (vigente para o exercício de 2002) 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.

A recorrente aponta equívoco nessa interpretação oficial. 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 afirma 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, consoante com a norma constitucional, não há na Lei de referência nenhum outro critério que possa representar óbice ao enquadramento no regime simplificado.

Parece defender que 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.

À primeira vista, até parece fazer sentido a interpretação apresentada pela recorrente. Mas, analisemos mais profundamente a partir de outros argumentos articulados no recurso. 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.

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, 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 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.

Com isso entendo que também o art.47, §1º, do ADCT, não representa nenhum óbice à norma veiculada no art.9º, IX. A norma do ADCT em comento apenas assinala que para efeito de liquidação de débitos, ainda que ajuizados, decorrentes de empréstimos por instituições financeiras, será considerada microempresa a pessoa jurídica com receita até determinado valor.

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 n.º 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. Portanto, os efeitos devem ser a partir de 01.01.2003.

Por fim, não há elementos nos autos que permitam saber se a situação excludente foi fortuita ou voltou a ocorrer na seqüência dos anos de 2003 e 2004, entretanto, cabe aqui informar que se nesses anos seguintes não se verificou a causa impeditiva apontada, poderia se justificar o pleito de retorno ao sistema a partir de 01.01.2004 até sua baixa em 11.05.2005, desde que satisfeitas naturalmente as demais condições de enquadramento.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 26 de abril de 2007

  
ZENALDO LOIBMAN - Relator