



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

Processo nº 10882.000285/2004-96
Recurso nº 138.681 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº 303-35.636
Sessão de 11 de setembro de 2008
Recorrente LANCHONETE SÃO PAULO I OSASCO LTDA EPP
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES - INCLUSÃO - PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA COM MAIS DE 10% DO CAPITAL DE OUTRA EMPRESA E RECEITA GLOBAL QUE ULTRAPASSA O LIMITE. Comprovado nos autos que o contribuinte não mais apresenta situação impeditiva, torna-se devida a reinclusão a partir do primeiro dia do exercício subsequente ao da regularização.

SIMPLES - OPÇÃO - DÉBITOS JUNTO À PGFN - Sendo atendido o requisito de comprovação de regularização das obrigações tributárias junto à Dívida Ativa da União e não restando outro impedimento, o contribuinte adquire o direito de admissão no Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições - SIMPLES, a partir do 1º dia do exercício subsequente à data da regularização.

INCLUSÃO RETROATIVA - Comprovada a intenção do contribuinte em aderir ao sistema, a opção há que ser retificada de ofício, nos termos do Ato Declaratório Interpretativo SRF nº. 16/02.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE

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 incluir a empresa no Simples nos exercícios de 2003, 2004, 2006 e seguintes, nos termos do voto do relator.

And


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


MILTON LUIZ BARTOLI
Relator

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

Relatório

Trata-se de pedido de inclusão (fls.01) ao SIMPLES - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das empresas de Pequeno Porte, com data retroativa à 01/01/2002, no qual o contribuinte, em síntese, alega ter efetuado seus recolhimentos e entregado suas declarações como se optando do Simples fosse.

Instruem o referido pedido, os seguintes documentos: CNPJ (fls.02), Contrato Social (fls. 03/07) e Alterações (fls.09/12); Cédula de Identidade da sócia (fls.13).

Encaminhado o pedido para a Delegacia da Receita Federal em Osasco/SP (fls.175/184), o pedido do contribuinte foi indeferido, em razão dos seguintes impedimentos:

os srs. Maurício Santo Stefanuto, Pedro Luiz Staniszeweski e José Carlos Staniszeweski, sócios do contribuinte no período de 02/05/1995 a 15/03/2002, detinham participação societária superior a 10% do capital de outras empresas, bem como a receita bruta global superou o limite legal (fls.49/55 e 73/76);

a existência de débitos inscritos em Dívida Ativa da União, através do processo nº 10882.200327/2004-97, no período de 01/09/2004 a 31/12/2005, fator impeditivo à opção Simples até o final do ano-calendário 2005.

O contribuinte foi cientificado do indeferimento de seu pedido, apresentando tempestivamente sua manifestação de inconformidade (fls.188/200), na qual em síntese aduz:

o sócio Pablo Anderson Munhoz ingressou na sociedade em 27/01/2005, acreditando ser a empresa optante pelo Simples diante da apresentação das Declarações e Darfs recolhidas a partir de 2002;

em 14/12/2005, ao solicitar via internet cópia do cartão CNPJ, surpreendeu-se com a informação de que a empresa não era optante pelo Simples, ocasião em que solicitou, junto à Receita Federal de Osasco, sua inclusão retroativa no Simples;

o pedido restou indeferido;

os sócios Maurício Santo Stefanuto, Pedro Luiz Staniszeweski e José Carlos Staniszeweski, retiraram-se da sociedade em 31/12/2001, conforme alteração contratual constante às fls.09/12. Contudo, os novos sócios só conseguiram arquivar referida alteração junto à JUCESP em 15/03/2002. Assim, inexistiu vedação à opção pelo Simples desde janeiro de 2002;

os débitos inscritos em Dívida Ativa da União foram liquidados em 04/05/2005. Assim sendo, não persistiu razão para negar seu pedido de inclusão retroativa, uma vez que a dívida foi quitada;

as Declarações Anuais Simplificadas apresentadas e as Darfs pagas, referentes ao período de janeiro de 2002 a fevereiro de 2006 (fls.12/63), demonstram a intenção do contribuinte em aderir no Simples;

o princípio constitucional da Garantia do Desenvolvimento Nacional deve ser observado, na medida em que o indeferimento de seu pedido acarretará em enormes prejuízos, resultando na provável quebra da empresa.

Ao final, requer a procedência do pedido de inclusão, com data retroativa ao exercício de 2002.

Anexa aos autos os seguintes documentos: procuração (fls.202); Contrato Social e Alterações (fls.203/229); aviso de cobrança (fls.199); Darf referente ao processo nº 10882.200327/2004-97 (fls.231); Declarações Anuais Simplificadas dos anos-calendário 2002, 2003 e 2004 (fls.232/234); Darfs-Simples, período de janeiro/2002 a fevereiro/2006 (fls.235/261).

Desta forma, os autos foram remetidos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento – DRJ em Campinas (fls.278/279), que indeferiu o pedido do contribuinte, nos termos da seguinte ementa (fls.277):

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

Ano-calendário: 2002

PARTICIPAÇÃO DE SÓCIO EM OUTRA EMPRESA.

EXCLUSÃO.

Constatado que o sócio participa de outra empresa com mais de 10% do capital social e que a receita bruta global ultrapassou o limite legal, é cabível a exclusão da sistemática do Simples.

DÉBITO EM DÍVIDA ATIVA.

As pessoas jurídicas com débitos inscritos em Dívida Ativa da União, em nome próprio ou de seus sócios, cuja exigibilidade não esteja suspensa, estão vedadas de optar pelo Simples.

Solicitação Indeferida”

Inconformado com a decisão proferida, o contribuinte interpôs tempestivo (AR– fls.281) Recurso Voluntário às fls.282/290, no qual reitera os argumentos já apresentados, enfatizando haver contradição por parte do Fisco, que por um lado acusa a empresa pela falta de recolhimento de tributos pelo regime do Simples, e por outro, não efetua o cadastro da empresa como optante pelo Simples.

Diante do exposto, requer a procedência do presente recurso, reconhecendo-se sua inclusão no Simples com data retroativa à janeiro de 2002, a fim de reformar a r. decisão proferida pela DRJ em Campinas.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro em 18/06/2008, em dois volumes, constando numeração até às fls. 292, penúltima.

Desnecessário o encaminhamento do processo à Procuradoria da Fazenda Nacional para ciência quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, nos termos da Portaria MF n°. 314, de 25/08/99.

É o relatório.

Voto

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário.

A discussão em comento cinge-se no pedido de inclusão do recorrente, retroativo à 01/01/2002, no Sistema de Pagamento Integrado de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples.

O referido pedido restou indeferido em razão do titular ou sócio da empresa participar com mais de 10% do capital de outra empresa e ultrapassar o limite legal em 2002, bem como, foi constatado a existência de débito inscrito em Dívida Ativa da União no período de 13/08/2004 a 04/05/2005.

Pelo exposto, então, o recorrente, aparentemente, incorre em duas situações impeditivas ao Simples.

Passemos a verificar a primeira situação impeditiva.

Primeiramente, cumpre assinalar que a redação do texto normativo, quanto ao limite legal, 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 as 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

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;”

Isto posto, no caso em pauta, nota-se que os sócios Maurício Santo Stefanuto, Pedro Luiz Staniszewski e José Carlos Staniszewski, foram sócios do contribuinte entre 02/05/1995 a 15/03/2002, todos com 10% (dez por cento) de participação na sociedade.

A fiscalização, porém, verificou que os sócios, acima mencionados, tinham participação superior a 10% de outra empresa com faturamento superior ao permissivo legal supracitado, uma vez que:

o sócio Maurício Santo Stefanuto, consta às fls. 42 como sócio administrador, com participação no capital social da empresa Agropecuária Água Azul Ltda, cujo faturamento foi superior ao permissivo legal, conforme demonstrado às fls. 48/55;

os sócios Pedro Luiz Staniszewski e José Carlos Staniszewski participam da empresa Campagro Insumos Agrícolas Ltda, constam com sócios- administradores, com participação no capital da empresa de 25% (fls. 63 e 81) cada um, cujo faturamento também foi superior ao permissivo legal, conforme os demonstrativos acostados às fls. 73/76.

O recorrente, contudo, afirmou que os referidos sócios retiraram-se da sociedade em 31/12/2001, conforme a alteração contratual constante às fls. 09/12, porém a alteração só foi arquivada junto à JUCESP, em 15/03/2002.

Assim, resta claro, pelo exposto acima, que de fato o Recorrente incidiu na situação impeditiva ao Simples, que cuida o inciso IX, artigo 9º, da Lei nº 9.317/96, com a mencionada alteração, entretanto, esta foi suprimida com a alteração contratual realizada.

Concluo, portanto, uma vez superada a situação impeditiva, o Recorrente pode retornar ao Simples no primeiro dia, do exercício subsequente ao que incorrida a regularização da situação excludente, neste caso, 01.01.2003.

Superada a primeira situação excludente, analisemos a outra, qual seja, possuir débito inscrito em dívida ativa junto à PGFN, sendo esta vedação prevista no artigo 9º, incisos XV e XVI, da Lei 9.317/96, *in verbis*:

“Art. 9º (...)

V – que tenha débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

XVI – cujo titular, ou sócio que participe de seu capital com mais de 10% (dez por cento), esteja inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa....”

Do mesmo modo, dispõe a Lei Complementar nº 123, de 14/12/06:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

V – que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social- INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa;”

Assim, é pressuposto para a aquisição do direito à opção ao SIMPLES a inexistência de débito inscrito na Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, salvo quando, existindo, esteja com sua exigibilidade suspensa.

Em consulta da Procuradoria da Fazenda Nacional (fls. 25), consta que a inscrição em Dívida Ativa nº 80 4 04 049543-86 (fls. 25) foi realizada em 13/08/2004 e extinta em 04/05/2005, em razão pagamento.

Diante do exposto, conforme também destacado pela r. decisão recorrida e noticiado pelo Recorrente, a extinção do crédito tributário se deu em 04/05/2005, com o seu pagamento.

Insta lembrar que, conforme dito anteriormente, o recorrente foi considerado incluído no Simples a partir de 01/01/2003, porém, como exposto acima, possuía débito junto à PGFN, no período de agosto de 2004 a maio de 2005, razão pela qual, deve o Recorrente ser excluído no exercício de 2005.

A reinclusão do recorrente ocorrerá a partir do primeiro dia, do ano-calendário subsequente ao da regularização, conforme artigo 8º, § 2º, da Lei nº 9.317/96, neste caso, 01/01/2006.

No que tange a possibilidade da inclusão retroativa, explanemos.

Para análise do caso em comento, tomemos como premissa que a Lei 9.317/96, que instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, dispõe em seu artigo 8º, que a opção pelo sistema se daria mediante a inscrição da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda – CGC/MF.

Note-se que a Recorrente procedeu como se enquadrada estivesse, já que apresentou Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica (fls. 02), Declarações Simplificadas/PJ nos exercícios 2003 (fls. 232), 2004 (fls. 233), 2005 (fls. 234) e respectivas DARF's dos respectivos períodos (fls. 235/260).

Neste contexto, a Secretaria da Receita Federal, por meio de Ato Declaratório Interpretativo, dispôs acerca da Retificação de Ofício da opção pelo Simples, por parte da autoridade fiscal, em casos em que restar comprovado ter ocorrido erro de fato, nos seguintes termos:

Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16, de 02 de outubro de 2002

“Artigo único. O Delegado ou o Inspetor da Receita Federal, comprovada a ocorrência de erro de fato, pode retificar de ofício tanto o Termo de Opção (TO) quanto a Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica (FCPJ) para a inclusão no Simples de pessoas jurídicas inscritas no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ), desde que seja possível identificar a intenção inequívoca de o contribuinte aderir ao Simples.

Parágrafo único. São instrumentos hábeis para se comprovar a intenção de aderir ao Simples os pagamentos mensais por intermédio do Documento de Arrecadação do Simples (Darf-Simples) e a apresentação da Declaração Anual Simplificada.”

No caso, demonstra-se a ocorrência de erro de fato, tendo o contribuinte comprovado sua intenção em aderir ao Simples.

Desta feita, entendo que é direito do contribuinte seu ingresso retroativo no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, desde que respeitados os requisitos previstos em lei para sua opção.

Diante desses argumentos, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário do contribuinte, para sua inclusão no Simples nos exercícios de 2003, 2004, 2006 e seguintes e, excluí-lo no exercício de 2005.

É como voto.

Sala das Sessões, em 11 de setembro de 2008


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator