



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n°	10912.000185/2004-65
Recurso n°	135.354 Voluntário
Matéria	SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão n°	303-34.433
Sessão de	14 de junho de 2007
Recorrente	AZZURRA EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS LTDA.
Recorrida	DRJ/CURITIBA/PR

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

Exercício: 2003

Ementa: MANUTENÇÃO DA EMPRESA NO SIMPLES. ADE DE EXCLUSÃO E PROCESSO DECORRENTE NULO POR CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA.

O dado acerca do faturamento da outra empresa, em tese, não é de conhecimento da recorrente e deveria ser informado nos autos pela administração porque constituiria prova fundamental do motivo alegado para a exclusão. Não comprovada nestes autos a superação do limite global de faturamento. O ADE de exclusão é nulo, e também este processo é nulo, por cerceamento ao direito de defesa. Mantido o enquadramento da empresa no SIMPLES.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, declarar a nulidade do processo *ab initio*, nos termos do voto do relator. Os Conselheiros Luis Marcelo Guerra de Castro e Anelise Daudt Prieto votaram pela conclusão.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


ZENALDO LOIBMAN
Relator

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

Relatório

Trata-se de manifestação de inconformidade contra exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES pelo Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/Curitiba n.º 530.726, de 02.08.2004, com efeitos a partir de 01.01.2003, em razão de haver sócio ou titular com mais de 10% do capital social de outra empresa e a receita bruta global no ano-calendário 2002 ter ultrapassado o limite legal. A interessada optou pelo SIMPLES em 01.01.1997 e foi excluída com efeitos retroativos a 01.01.2003, considerando-se que a situação excludente ocorreu no ano-calendário de 2002 conforme descrição no ADE.

Ciente da exclusão a interessada optou por apresentar apenas a manifestação de inconformidade de fls. 01/7, na qual em síntese alega que: (i) a autoridade administrativa interpretou erroneamente o inciso IX do art.9º da Lei 9.317/96; (ii) que o sócio Arrio Puccinelli participa da reclamante com apenas 0,0002%, e assim estaria fora da representatividade estipulada na norma; (iii) não concorda com os efeitos retroativos da exclusão; (iv) que o ADE é nulo por infração ao decreto 70.235/72, por cerceamento ao direito de defesa, que a descrição do fato excludente é dúbia e pobre, não se sabe por exemplo se foi e em quanto foi ultrapassado o limite global de R\$ 1.200.000,00, e (v) pede a desconstituição do ADE por ser ato nulo.

A DRJ/Curitiba, por sua 2ª Turma, por unanimidade, decidiu indeferir a solicitação fundamentada nas seguintes razões (fls.17/19):

I) A Lei de regência determina que quando o titular ou sócio da empresa possua participação superior a 10% no capital social de outra empresa, então deve ser considerada a soma das receitas brutas de ambas as empresas para aferir o enquadramento no limite global estabelecido. É irrelevante se a participação do sócio na empresa impugnante é de apenas 0,0002%, o que importa é que tem mais de 10% do capital de outra empresa e que a soma das receitas brutas das duas empresas em 2002 ultrapassou o limite de R\$ 1.200.000,00 (onde está essa comprovação?)

II) Sobre os efeitos da exclusão, o comando advém diretamente da Lei 9.317/96, art.15, II, dando-se para o caso concreto a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente. Não cabem reparos ao ato administrativo de exclusão.

Irresignada a interessada apresentou tempestivamente (fls.26/34) seu recurso voluntária ao Conselho de Contribuintes. Apresenta duas arguições de nulidade. A primeira é de nulidade do ADE por vício formal, que este não traz consigo nenhum documento capaz de comprovar a suposta infração, sendo farta a jurisprudência do Conselho de Contribuintes quanto à nulidade do ato administrativo com preterição do direito de defesa (vide fls.30/32). A segunda preliminar é de nulidade por preclusão; conforme se confere às fls.15 a data de ciência ao contribuinte, quanto ao ADE de exclusão, foi 14.09.2004, entretanto conforme consta do próprio ADE (fls.13) a data da ocorrência da situação excludente foi 31.12.2002; dessa forma restou descumprido o prazo previsto na alínea "b" do §3º do art.13, da Lei 9.317/96, que estabelece que a comunicação deverá ser feita até o último dia do mês subsequente àquele em que houver incorrido o fato que deu ensejo à exclusão. Portanto, a comunicação ao contribuinte deveria ter sido feita até 31.01.2003, e mesmo se fosse se considerar só para argumentar a data

de expedição do ADE, em 02.08.2004, ainda assim teria ocorrido a preclusão. Cita em apoio o Ac. n.º 301-31.466, de 15.09.2004 (fls.34)

Pede a reforma da decisão da DRJ, para que se conceda a reinclusão solicitada.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro ZENALDO LOIBMAN, Relator

Conheço o recurso, que trata de matéria de competência deste Colegiado e é tempestivo.

A causa alegada para a exclusão no ADE, foi a infração prevista no inciso IX do art.9º da Lei 9.317/96, tendo a receita bruta global das duas empresas consideradas ultrapassado o limite legal estabelecido no inciso II do art.2º da mesma Lei.

O recurso apresentado argúi a nulidade do ADE de exclusão por cerceamento ao direito de defesa, e também acusa que mesmo se assim não fosse teria ocorrido a preclusão do direito da administração promover a exclusão.

Não há nenhuma razão por parte da recorrente quanto à arguição de preclusão, que o prazo de que trata a alínea “b” do §3º da art.13 da Lei nº 9.317/96 é destinado ao contribuinte quanto ao seu dever de comunicação ao fisco da ocorrência de situação excludente, e não ao fisco.

Já quanto à nulidade do ADE de exclusão e do processo, por cerceamento ao direito de defesa, parece assistir razão ao contribuinte. Não há nenhuma comprovação nos autos, nem ficou evidenciada no ADE, a efetiva ocorrência da situação excludente.

Não há em anexo ao ADE de exclusão, e nem mesmo nestes autos, nenhum documento que ateste a infração acusada e que seria supostamente motivadora da exclusão do SIMPLES pretendida pelo fisco.

A recorrente afirma que não lhe foi apresentada, nem consta dos autos, nenhuma evidência quanto ao valor da receita bruta da outra empresa, CNPJ 04.138.238/0001-39, nem tampouco quanto ao percentual de participação do sócio de CPF nº 024.325.959-04, sendo evidente que a sua receita bruta isoladamente está aquém do limite legal estabelecido (ver informação às fls.02/03, de que a receita bruta da recorrente em 2002 foi inferior a R\$ 751.746,76).

Não há nos autos nenhum demonstrativo sobre o faturamento das empresas envolvidas de forma a que se pudesse exercer o contraditório a respeito, para que, por exemplo, se pudesse aferir se foi, ou não, correto o cálculo da soma das receitas brutas que interessam.

Havendo, pois, falta de comprovação documental quanto à infração apontada, configura-se o cerceamento ao direito de defesa. O dado acerca do faturamento da outra empresa, em tese não é de conhecimento da recorrente, e deveria ser informado nos autos pela administração porque constituiria prova fundamental do motivo alegado para a exclusão.

Há evidência de cerceamento ao direito de defesa, posto que nem no ADE de exclusão (ao menos em anexo), nem nestes autos consta nenhuma informação acerca do faturamento auferido em 2002 pela empresa de CNPJ apontado no ADE. O fato da participação de sócio em outra empresa, com mais de 10% do seu capital, por si só, não constitui óbice à

permanência da ora recorrente no SIMPLES, seria necessária a demonstração da superação da receita bruta global em 2002, e isto não houve.

A não contestação quanto à participação do sócio com mais de 10% do capital da outra empresa permite que se entenda a admissão pela ora recorrente quanto a este fato, mas nada nos autos indica que houve a superação do limite global de receita bruta legalmente previsto. Assim sendo, restou não comprovada nestes autos a superação do limite global de faturamento, concluindo-se pela nulidade do ADE de exclusão, e também deste processo, que decorreu daquele ADE sem lograr sanear o vício apontado, e caracterizando evidente cerceamento ao direito de defesa.

Pelo exposto, proponho que se reconheça a nulidade do ADE de exclusão e do processo, por cerceamento ao direito de defesa.

Sala das Sessões, em 14 de junho de 2007


ZENALDO LOIBMAN - Relator