



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 11080.101442/2003-05
Recurso nº 342.842 Voluntário
Acórdão nº 1102-00180 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08/04/2010
Matéria SIMPLES. EXCLUSÃO.
Recorrente PASO MOLINO LTDA.
Recorrida DRJ/PORTO ALEGRE - RS

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2002

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

A fase litigiosa do procedimento fiscal de exclusão do Simples inicia-se somente com a impugnação (manifestação de inconformidade) ao Ato Declaratório de Exclusão, momento a partir do qual tem a pessoa jurídica assegurados o contraditório e a ampla defesa, nos termos do § 3º do art. 15 da Lei nº 9.317/96, e do Decreto nº 70.235/72, que rege o processo administrativo fiscal.

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

Ano-calendário: 2002

Ementa:

SIMPLES. EXCLUSÃO. PARTICIPAÇÃO SUPERIOR A 10%.

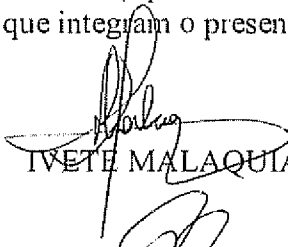
Não pode optar pelo Simples a pessoa jurídica cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa, qualquer que seja a sua atividade, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite legal para permanência no Simples.

EFEITOS DA EXCLUSÃO. RESTABELECIMENTO DA OPÇÃO

A ocorrência da hipótese acima enseja a exclusão do Simples a partir do mês seguinte à ocorrência do fato motivador da exclusão. Entretanto, cessada a causa impeditiva, e presentes todas as condições para nova opção a partir do período seguinte, e, considerando ainda que os atos da empresa sempre deixaram clara a sua intenção de opção, nada obsta que se considere a mesma reingressa no Simples a partir de 01/01/2004.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar e, no mérito, pelo voto de qualidade, MANTER a exclusão da Contribuinte do Sistema Simples, a partir de 01/08/2002, vencidos os Conselheiros Silvana Rescigno Barreto, Manoel Mota Fonseca, e João Carlos de Lima Junior, que apresentará declaração de voto, e, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para permitir a reinclusão no Sistema a partir de 01/01/2004, vencidos os Conselheiros MANOEL MOTA FONSECA e JOSÉ SERGIO GOMES, que não conheciam do recurso quanto a esta matéria, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.



IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO - Presidente.



JOÃO OTÁVIO OPPERMAN THOMÉ - Relator.

EDITADO EM: 25 FEV 2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ivete Malaquias Pessoa Monteiro (Presidente), João Carlos de Lima Júnior (Vice-Presidente), João Otávio Opperman Thomé (Relator), Silvana Rescigno Guerra Barreto, José Sérgio Gomes (Suplente Convocado) e Manoel Mota Fonseca (Suplente Convocado).



Relatório

Trata o presente processo de Manifestação de Inconformidade pela contribuinte acima qualificada contra o Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/POA nº 457.051, de 07 de agosto de 2003 (fls. 49), que efetuou a exclusão da empresa do Simples, sob o fundamento de um dos seus sócios participar de outra empresa com mais de 10% e a receita bruta global exceder o limite legal permitido para opção ao Simples.

A empresa apresentou a Manifestação de Inconformidade em 25-09-2003, fls. 01 a 10, centrando suas alegações em quatro questões, sinteticamente resumidas a seguir.

Em primeiro lugar, em sede de preliminares, entende ter havido violação ao princípio da ampla defesa e contraditório. Entende que o Fisco deveria ter proporcionado ao contribuinte a oportunidade de apresentar suas alegações e provas anteriormente ao ato de exclusão, e não após.

Em segundo lugar, alega haver ausência de congruência legal entre a causa excludente e o dispositivo legal infringido apontado (art. 9º, inciso IX, Lei nº 9.317/96). Neste ponto, esclarece que a empresa foi constituída em 19/07/2001, sendo, desde então, optante pelo Simples, e que, em 23/07/2002 (um ano depois de sua constituição), ingressou novo sócio, Marcelo Feijó de Medeiros, advogado, que tem participação em mais de 10% do capital social de outra empresa, uma Sociedade Civil de Prestação de Serviços Advocatícios.

Discorre sobre a razão de ser do dispositivo legal em questão, entendendo que sua finalidade é a de evitar que determinada pessoa física constituísse duas pessoas jurídicas que, juntas, tivessem uma receita bruta que superasse o limite máximo permitido para ingresso no Simples. Assim, a norma desejou evitar espécie de planejamento tributário que consistiria na divisão de empresa que possuísse receita bruta acima do limite fixado para ingresso no Simples em pessoas jurídicas menores para que pudessem optar pelo sistema simplificado. Contudo, entende que o dispositivo legal em comento deve ser entendido casuisticamente e conforme os Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade, aplicáveis ao Processo Administrativo Federal. No caso concreto, tal dispositivo não seria aplicável porque a outra empresa da qual o sócio participa não pode optar pelo Simples, visto ser uma Sociedade Civil de Prestação de Serviços Advocatícios.

Em terceiro lugar, alega que, pela redação do art. 15, inciso II, da Lei nº 9.317/96, à época da causa excludente (antes da redação determinada pela MP nº 2.158-35/2001), os efeitos da exclusão só se iniciavam a partir do mês subsequente à data da exclusão. No caso concreto, portanto, seria o dia 1º de setembro de 2003, visto que o ADE é de agosto de 2003.

Em quarto, alega que, pela redação do art. 15, inciso II, da Lei nº 9.317/96, dada pela MP nº 2.158-35/2001, os efeitos da exclusão só se iniciavam a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente. No caso concreto, portanto, seria o dia 1º de agosto de 2002, visto que a entrada do novo sócio se deu em julho de 2002.



Esclareça-se que o ADE em questão determinou a data de 01/01/2002 para o início dos efeitos da exclusão do Simples.

Cumpra esclarecer que a interessada, a despeito de sua inconformidade com a exclusão efetuada, *"a fim de evitar futuros problemas com a SRF"*, fls. 71, providenciou a retirada do então sócio Marcelo Feijó de Medeiros de seu quadro societário, mediante alteração contratual datada de 04 de dezembro de 2003, e registrada na Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul – JUCERGS – em 30/12/2003, fls. 131 a 139. Deste fato temos notícia porque a unidade preparadora do presente processo anexou fotocópias relativas ao processo 11080.000451/2004-52, fls. 63 a 94, o qual foi instaurado em razão de a empresa ter solicitado, em 17/01/2004, fls. 89 a 91, a sua reinclusão no Simples a partir de 01/01/2004, e de esta lhe ter sido negada pela Receita Federal, fls. 88, porque: 1- a empresa já constava como optante do Simples no cadastro CNPJ; e 2- a opção era vedada em razão de existir Ato Declaratório Executivo emitido contra ela.

A 4ª Turma da DRJ/Porto Alegre, em 10/10/2007, deferiu parcialmente a solicitação da contribuinte, conforme Acórdão de fls. 96 a 98.

Por um lado, manteve a exclusão da empresa do Simples, tendo em vista que ela infringiu o disposto no já citado art. 9º, inciso IX, da Lei nº 9.317/96, salientando que a Lei em questão não especifica que tipo de empresa o sócio não pode participar. Portanto, em vista da vinculação legal estrita do julgador administrativo de primeira instância, não cabe a ele restringir o alcance do dispositivo onde a lei não o faz.

Por outro lado, a DRJ acatou os argumentos da impugnante no sentido de que os efeitos da exclusão, no caso concreto, se dão a partir de 1º de agosto de 2002, visto que a entrada do novo sócio ocorreu em 23 de julho de 2002.

Cientificada da decisão em 04/06/2008, AR fls. 100, a empresa interpôs recurso a este Conselho em 03/07/2008, fls. 111, no qual repisa todos os argumentos já expostos.

Reitera que, tão logo tomou ciência de sua exclusão do Simples pelos motivos expostos, providenciou a retirada do então sócio Marcelo Feijó de Medeiros de seu quadro societário, mediante alteração contratual já comentada. Dessa forma, o impeditivo, previsto em lei, para a permanência da recorrente na sistemática do Simples foi sanado, podendo ter sido determinado, desde então, o seu retorno para o sistema simplificado.

Ocorre, entretanto, que a Receita Federal, desconsiderando tal fato, permaneceu com seu entendimento anterior de não permitir o reingresso da recorrente no Simples, conforme fls. 88. Em razão disso, entende que a empresa permaneceu tributando pela sistemática simplificada de forma irregular, pois formalmente encontrava-se excluída do Simples, em que pese ter regularizado sua situação societária.

No tocante à data de início dos efeitos, torna a argumentar que teria havido clara violação ao princípio da segurança jurídica, pois a redação do já citado art. 15, inciso II, da Lei nº 9.317/96, ao tempo em que se operou o motivo ensejador da exclusão da Recorrente, era a seguinte:

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



II - a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão, ainda que de ofício, em virtude de constatação de situação excludente prevista nos incisos III a XVIII do art. 9º,

Portanto, entende que a data correta para o início dos efeitos da exclusão deve ser o dia 1º de setembro de 2003, e não o dia 1º de agosto de 2002, conforme decidiu a DRJ.

É o relatório.



Voto

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

Conforme acima relatado, verifica-se que a recorrente teve assegurado o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, tendo apresentado Manifestação de Inconformidade à autoridade julgadora de primeira instância, e ora o presente recurso, aos quais juntou toda a documentação que entendeu pertinente. Também demonstrou total compreensão dos motivos que levaram à exclusão da empresa do Simples, apresentando inteligentes argumentações e fundamentação legal coerente aos seus argumentos.

Além disto, dispõe o § 3º do art. 15 da Lei nº 9.317/96 que:

"§ 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."

Nos termos da legislação que rege o processo tributário administrativo (Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972), não há dúvidas de que são assegurados aos administrados o contraditório e a ampla defesa, sendo certo que a fase litigiosa do procedimento inicia-se com a impugnação da exigência, nos termos do seu art. 14, *verbis*:

"Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento."

No mesmo sentido caminha a Lei nº 9.317/96. Quando ocorre alguma das vedações impostas pela Lei para opção ao Simples, e a empresa voluntariamente não solicita a sua exclusão do Sistema, cabe à Administração Pública efetuar de ofício, mediante Ato Declaratório, conforme dispõe o § 3º do art. 15, acima reproduzido, assegurando-lhe o contraditório e a ampla defesa. É o que foi feito no presente caso.

Afasto, portanto, a preliminar argüida.

Passo ao mérito.

Dispõe o art. 9º, inciso IX, da Lei nº 9.317/96 que:

"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,"



Em que pesem os inteligentes argumentos expostos pela recorrente, entendo que a norma em questão comporta outras interpretações possíveis quanto à sua finalidade, e não exclusivamente a que foi dada pela recorrente.

A Constituição Federal prevê não apenas o tratamento tributário diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte (CF/88, art. 146, III, d), mas também tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei (CF/88, art. 179).

Tais tratamentos diferenciados justificam-se como forma de estimular o empreendedorismo, a livre iniciativa, o nível de emprego, e a economia do País, entre outros relevantes motivos. Por ser um estímulo, um incentivo, visa obviamente aos que dele mais necessitam para sobreviver no mercado, e não àqueles que dispõem de suficiente poder econômico para competir no mercado.

Neste sentido é que a regra disposta no inciso IX, do art. 9º, da Lei nº 9.317/96, tem uma abrangência mais ampla do que aquela que lhe quis conferir a recorrente, e o dispositivo de fato não restringe a sua aplicação a algum tipo específico de empresa. Visa a norma em questão tão somente a coibir que se dê tratamento diferenciado a uma empresa que dele provavelmente não necessite.

Em reforço ao acima exposto, cabe lembrar a seguinte regra básica de hermenêutica jurídica: *"Onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir."*

Quanto ao termo inicial dos efeitos da exclusão, também não assiste razão à recorrente.

A redação do já citado art. 15, inciso II, da Lei nº 9.317/96, foi alterada pela Medida Provisória nº 2.158-34, de 27 de julho de 2001, publicada no D.O.U. de 28/07/2001, ficando conforme a seguir:

"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;"

Esta redação já estava em vigor não apenas no momento da exclusão efetuada (07/08/2003), bem como ao tempo em que se operou o motivo ensejador da exclusão da recorrente, que foi o ingresso do sócio Marcelo Feijó de Medeiros na sociedade (23/07/2002). Na verdade, em relação a esta última referência, já se encontrava em vigor há um ano. Ademais, a ninguém é dado desconhecer a lei.

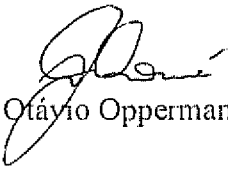
Portanto, correta a fixação dos efeitos em 1º de agosto de 2002, conforme determinou a autoridade julgadora de primeira instância.

Por fim, contudo, cumpre ressaltar que a recorrente tomou as medidas necessárias para que pudesse retornar à sistemática de tributação simplificada a partir de

01/01/2004, inclusive formalizando esta intenção em tempo hábil para tal (17/01/2004). A Receita Federal, porém, não permitiu o seu reingresso no Simples, fato este comprovado pelo documento de fls. 88. Pesquisando o referido processo 11080.000451/2004-52, verifica-se que o mesmo não teve desdobramentos posteriores, e foi arquivado em 09/11/2004 (consulta pública disponível na página <http://comprot.fazenda.gov.br/e-gov/default.asp>).

Ora, tendo em vista que o impeditivo, previsto em lei, para a permanência da recorrente na sistemática do Simples foi sanado, com a retirada do sócio Marcelo Feijó de Medeiros do quadro societário da recorrente, efetivada em 30/12/2003, entendo que, salvo a ocorrência de algum outro impedimento, nada obsta que a mesma reingresse no Simples a partir de 01/01/2004, conforme a intenção claramente manifesta pela recorrente. Portanto, nestes termos, dou provimento parcial ao recurso para que seja restabelecida a sua opção a partir de 01/01/2004.

É como voto.


João Otávio Oppermann Thomé - Relator



DECLARAÇÃO DE VOTO.

Trata-se o presente Processo de Manifestação de Inconformidade elaborada pelo contribuinte acima qualificado, que contesta a sua exclusão do Sistema Único de Arrecadação – SIMPLES, ocorrida em 07.08.2003.

A causa da exclusão foi a suposta infringência ao artigo 9º, IX da Lei 9.317/96, pois no quadro social da empresa recorrente havia um sócio, desde 23/07/2002, que possuía mais de 10% do capital social de uma Sociedade de Advogados. Tal fato, segundo as autoridades fiscais e a própria DRJ colidia com a previsão do referido inciso que determinava:

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 ;

Entretanto, da simples leitura do artigo supra, percebe-se que somente a participação social em uma empresa é causa de vedação ao Simples. Logo, a participação em sociedade de advogados não pode ser causa de exclusão, por ausência de previsão legal.

Como é sabido, as sociedades são pessoas jurídicas de direito privado e se subdividem em sociedades empresariais e sociedades simples. As sociedades empresariais estão taxativamente previstas no Código Civil (artigos 1039 a 1087), sendo simples as demais sociedades existentes em nosso ordenamento.

Dentre as sociedades simples (as quais eram denominadas sociedades civis pelo Código Civil de 1916), estão as sociedades intelectuais, de natureza científica, artística e cultural que em decorrência do caráter personalíssimo que envolvem estas atividades, não possuem natureza mercantil, conforme prevê o parágrafo único do artigo 966 do Código Civil:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. Grifo Nosso.



O caráter personalíssimo destas atividades surge como decorrência da relação fiduciária existente entre as partes. Assim, a pessoa que presta o serviço desta natureza se mostra mais importante do que a estrutura que possui, logo, tal atividade não caracteriza uma atividade empresarial.

A sociedade de advogados é um claro exemplo deste tipo de atividade, em que o profissional que a exerce se sobrepõe à estrutura, firmando uma relação intrínseca de confiança com seu cliente. Por esta razão, a sociedade de advogados jamais será considerada uma sociedade empresária, sendo tal fato reconhecido não só pelo Código Civil, mas também pela Lei nº 8.906/94, que afirma que a atividade de advogados não pode ter natureza mercantil e nem pode ser registrada em Junta Comercial ou Cartório de Pessoas Jurídicas:

Art. 16. Não são admitidas a registro, nem podem funcionar, as sociedades de advogados que apresentem forma ou características mercantis, que adotem denominação de fantasia, que realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar.

(.)

§ 3º É proibido o registro, nos cartórios de registro civil de pessoas jurídicas e nas juntas comerciais, de sociedade que inclua, entre outras finalidades, a atividade de advocacia. Grifo Nosso.

Neste sentido, o STJ já se manifestou por diversas vezes, reconhecendo o caráter personalíssimo do exercício da advocacia, senão vejamos:

"Nesse contexto, cabe destacar que o art. 16 da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) espanca qualquer dúvida acerca da natureza não-empresarial das sociedades de advogados. Segundo a previsão normativa, não serão admitidas a registro, nem poderão funcionar, "as sociedades de advogados que apresentem forma ou características mercantis". O dispositivo proíbe que essas entidades realizem "atividades estranhas à advocacia". (grifos nossos)

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. BASE DE CÁLCULO. SOCIEDADES DE ADVOGADOS.

(...)

2. O art. 16 da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) permite concluir que as sociedades de advogados, qualquer que seja o respectivo contrato social, caracterizam-se como sociedades uniprofissionais. O dispositivo proíbe que essas entidades realizem 'atividades estranhas à advocacia' ou incluam em seus quadros



'sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar'.

3. Os profissionais que compõem os quadros de uma sociedade de advogados prestam serviços em nome da sociedade, embora sob responsabilidade pessoal. Essa conclusão é possível diante da leitura do art. 15, § 3º, da Lei n.º 8.906/94, segundo o qual 'as procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte'; do art. 17, que fixa a responsabilidade pessoal e ilimitada do sócio pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia; bem como do art. 18, do mesmo diploma legal, que estabelece que 'a relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia'.

4. O art. 16 da Lei n.º 8.906/94 espanca qualquer dúvida acerca da natureza não-empresarial das sociedades de advogados. Segundo a previsão normativa, não serão admitidas a registro, nem poderão funcionar, 'as sociedades de advogados que apresentem forma ou características mercantis'.

(...)

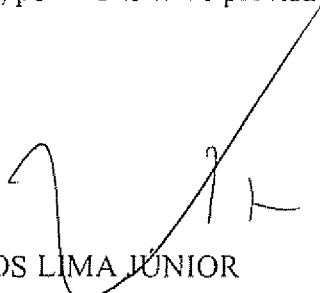
6. Recurso provido" (REsp 623.772-ES, DJU de 1º.06.04). Grifo Nosso.

Ora, com estas premissas, torna-se indiscutível que a restrição prevista no artigo 9º, IX da Lei nº 9.317/96 não pode ser estendida para sociedades de advogados, tal como ocorre *in casu*.

Ademais, nem uma interpretação analógica solucionaria o problema, pois além de serem institutos bastantes distintos, tal interpretação violaria o princípio que proíbe interpretação extensiva em norma que restringe direitos, logo, não há qualquer possibilidade de aplicação analógica ao conceito de empresa estipulado na lei.

Isto posto, voto pela procedência do recurso voluntário por considerar indevida a exclusão do Simples, por ausência de previsão legal.

É como voto.


JOÃO CARLOS LIMA JÚNIOR

TERMO DE INTIMAÇÃO

Intime-se um dos Procuradores da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho, da decisão consubstanciada no acórdão supra, nos termos do art. 81, § 3º, do anexo II, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009.

Brasília, ____/____/_____.

JOSÉ ANTONIO DA SILVA

Ciência

Data: ____/____/_____

Nome:

Procurador(a) da Fazenda Nacional

Encaminhamento da PFN:

☐ apenas com ciência;

☐ com Recurso Especial;

☐ com Embargos de Declaração;

☐ _____.