



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

**Processo nº** 11853.001399/2006-25  
**Recurso nº** 000.000 Voluntário  
**Acórdão nº** **1802-00.888 – 2ª Turma Especial**  
**Sessão de** 24/05/2011  
**Matéria** SIMPLES  
**Recorrente** MODESTO PEREIRA COMÉRCIO DE DISCOS LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007

Ementa: OPÇÃO PELO SIMPLES. PARTICIPAÇÃO DE SÓCIO EM OUTRA EMPRESA. COMPROVAÇÃO DO IMPEDIMENTO LEGAL. Havendo nos autos prova de que o sócio da pessoa jurídica participa de outra empresa com mais de 10% do capital social e que a receita bruta global ultrapassou o limite legal, é cabível a sua exclusão da sistemática do Simples por restar configurado o impedimento legal de que trata o inciso IX do artigo 9º da Lei nº 9.317/96.

EXAME DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI – MATÉRIA SUMULADA. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (*Súmula CARF nº 2*).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

*(documento assinado digitalmente)*

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente e Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José de Oliveira Ferraz Corrêa, Marco Antonio Nunes Castilho, Nelso Kichel, André Almeida Blanco e Marcelo de Assis Guerra.

## **Relatório**

Por economia processual e bem descrever a lide adoto o Relatório (fls.83/84) da decisão recorrida que a seguir transcrevo:

*Trata o processo de exclusão da sistemática do Simples, por meio do Ato Declaratório nº 14, de 28/03/2007 (fls.01/02; 27/31; 33), com efeitos a partir de 01/01/2002, em virtude de o contribuinte ter sócio com participação superior a 10% do capital social de outra empresa, tendo a receita bruta global ultrapassado o limite legal (Art. 9º, IX, da Lei nº 9.317/96).*

*Cientificada de sua exclusão, o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade em 30/04/2007 (fl. 38), alegando, em síntese e fundamentalmente, que:*

- É uma empresa familiar, que tem sobrevivido com dificuldades, pois não encontra condições de enfrentar a concorrência desleal do mercado em que atua, além dos encargos tributários;*
- Os sócios que figuram no quadro societário são familiares, pois não lhe é permitido transformar-se em firma individual. Seu filho Laurindo Modesto Pereira Junior já foi substituído pelo seu irmão José Modesto Filho. O mesmo ocorre em relação à outra empresa (Discodil). O sócio majoritário, Laurindo Modesto Pereira, participa apenas com 2,10% do capital de outra empresa;*
- Teve ciência da exclusão pelo Diário Oficial, e apenas quatro dias antes do prazo legal para sua defesa, não lhe tendo sido feita qualquer comunicação da exclusão;*
- Não procedem os valores inscritos em Dívida Ativa da União, conforme pedido de revisão efetuado no processo nº 10166.013106/2001-23;*
- Não poderia uma decisão no ano-calendário 2007 ter por base eventos do ano-calendário 2001, porque os lançamentos já estão homologados e decaídos;*
- O conteúdo do Ato Declaratório não lhe oferece os elementos necessários à sua defesa, e não lhe foi comunicada a instauração do procedimento;*

*Não pode pagar pela omissão da Receita Federal. O fato que motivou a exclusão ocorreu no ano de 2001, e somente atingiria o ano de 2002 caso tivesse sido efetuada a exclusão naquela oportunidade, não sendo possível atingir os períodos posteriores, em relação aos quais sempre esteve dentro dos limites de receita bruta.*

*Ao final requer sua não exclusão do Simples com efeitos retroativos, por: não ter sido notificado por escrito; não ter sido ultrapassado o limite legal do faturamento; não haver participação de sócio em percentual superior a 10%; serem questionáveis os valores inscritos em Dívida Ativa.*

*Em 27/06/2007, em face de ciência por via postal do conteúdo do Despacho Decisório de fls. 27/31 (fl. 36), o interessado apresentou a petição de fl. 58, reiterando todos os termos da manifestação formalizada em 30/04/2007.*

A 4ª. Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ/Brasília/DF) indeferiu a solicitação em decisão proferida no venerando Acórdão nº 03-28.403 de 05 de dezembro de 2008, (fls.82/86), cientificado ao interessado em 26/01/2009 ( AR, fl.89).

A decisão recorrida possui a seguinte ementa:

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

*Ano-calendário: 2002 a 2007*

*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 Federal.*

A empresa interpôs recurso ao Conselho de Contribuintes atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) em 20/02/2009, fls.91/107, no qual pleiteia seja a decisão reformada para manter a empresa no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — Simples, com efeitos retroativos a 01/01/2002, pelas seguintes razões, em síntese:

- que, a situação de "irregularidade" quanto a opção pelo sistema SIMPLES, somente foi observada após a notificação quanto ao Ato Declaratório Executivo n.º 14;
- que, a interpretação dada pela empresa ao art. 9º, IX, da Lei n. 9.317/96 foi inexata, agindo com incorreção dos dados fáticos, pois, deveria ter interpretado a receita bruta global, também, com a soma das receitas das duas empresas; portanto, trata-se de erro de fato e que a boa fé da empresa é cristalina, haja vista que o "desenquadramento" quanto os valores da receita bruta global é insignificante, especialmente, quanto aos anos de 2001 e 2002, conforme demonstrativo à fl.96;
- que, não restam dúvidas de que tinha o contribuinte a intenção inequívoca de aderir ao Simples, tendo ocorrido lamentável erro de fato, passível de retificação para reforma da r. decisão guerreada e reinclusão da empresa no Simples, nos termos do Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 16, de outubro de 2006, transcrito às fls.96/97;
- que conforme alteração contratual realizada na data de 01 de fevereiro de 2007, retirou-se da sociedade o Sr. **LAURINDO MODESTO PEREIRA JUNIOR**, cedendo e transferindo todas as suas quotas ao Sr. **JOSÉ MODESTO FILHO**, cuja alteração foi devidamente registrada na Junta Comercial do Distrito Federal, em 23/02/2007;
- que o Ato Declaratório Executivo n. 14, foi publicado no Diário Oficial da União, somente, em **30 de março de 2007**, tendo sido encaminhado para ciência da parte interessada, COMUNICAÇÃO datada de 28/05/2007;
- que, no momento da "exclusão", em **30/03/2007**, o sócio Laurindo Modesto Pereira Júnior já havia se afastado da sociedade mediante cessão à terceiro das cotas que lhe pertenciam;

- que, no momento da expedição do Ato Declaratório não havia impedimento à adesão, posto que, se em um primeiro momento havia, deixou ele de existir com a retirada do sócio que ensejou o óbice;
- que, em razão da legislação e jurisprudência trazida à colação, a interpretação do inciso II do art. 15 da Lei 9.317/96 deve estar em harmonia com seu § 3º e, também, com a Lei 9.784/99 (art. 26, § 3º) e o Decreto 70.235/72;
- que, a aplicação do inciso II do art. 15 da Lei 9.317/96 deve se dar considerando a identificação da situação de exclusão, realizada pela Receita Federal, com a devida notificação do contribuinte, justificando-se, assim, o termo inicial dos efeitos ser a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente;
- que, o fato de a declaração de exclusão só ter sido realizada **aproximadamente 07 (sete) anos e 03 (três) meses após sua ocorrência** faz, na verdade, com que a hipótese sub exame não se amolde perfeitamente àquela regra específica.

A recorrente discorre sobre o processo de exclusão das fls.98/106 para concluir que, não pode admitir que o mês em que ocorreu a situação excludente *não seja outro, senão, aquele em que recebida a notificação do Ato Declaratório Executivo*.

Aduz a Recorrente que o art. 15 da Lei 9.317/96 padece de inconstitucionalidade, pois fere o princípio da irretroatividade da lei tributária, previsto no art. 150, inciso III, alínea "a".

Finalmente requer seja acolhido o presente recurso para que, reformando a decisão recorrida se decida pela manutenção da empresa contribuinte no sistema SIMPLES, com os efeitos da exclusão após 30 de março de 2007 (publicação do Ato Declaratório Executivo n. 14).

É o relatório.

## Voto

Conselheira Ester Marques Lins de Sousa

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235 /72, dele conheço.

Conforme relatado a Recorrente pleiteia seja reformada a decisão de primeiro grau para manter a empresa no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — Simples, com efeitos retroativos a 01/01/2002 por entender que no momento da "exclusão" mediante o Ato Declaratório Executivo n. 14, publicado no Diário Oficial da União em **30 de março de 2007**, e, encaminhado para ciência da parte interessada, COMUNICAÇÃO datada de 28/05/2007, não mais havia impedimento à adesão, posto que, se em um primeiro momento havia, deixou ele de existir com a retirada do sócio que ensejou o óbice, pois, conforme alteração contratual realizada na data de 01 de fevereiro de 2007, retirou-se da sociedade o Sr. **LAURINDO MODESTO PEREIRA JUNIOR**, cedendo e transferindo todas as suas quotas ao Sr. **JOSÉ MODESTO FILHO**, cuja alteração foi devidamente registrada na Junta Comercial do Distrito Federal, em 23/ 02/2007.

Como se vê, a Recorrente não nega que incorreu na vedação à opção pelo Simples, disposta no inciso IX do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, pois o sócio **Laurindo Modesto Pereira Junior**, tinha participação de **97,90%** no capital de outra empresa, na **Discodil**, portanto, **superior a 10%**; e, a soma global das receitas brutas das empresas ultrapassa, desde 2001 até 2005, o limite legal de R\$ 1.200.000,00 para permanência no SIMPLES. Contudo, entende que, com a retirada do sócio em fevereiro de 2007 a vedação deixou de existir. Portanto, na data da exclusão não mais havia impedimento.

Nesse passo, discorda que os efeitos da exclusão possam retroagir ao ano calendário de 2002 em diante.

Sobre o assunto a Lei nº 9.317/1996 assim dispõe:

*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;*

*(...)*

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

*I - a partir do ano-calendário subsequente, na hipótese de que trata o inciso I do art. 13;*

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

~~*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; (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998) (Vide Lei nº 10.925, de 2004)*~~

*II - a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*III - a partir do início de atividade da pessoa jurídica, sujeitando-a ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos impostos e contribuições, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência, acrescidos, apenas, de juros de mora quando efetuado antes do início de procedimento de ofício, na hipótese do inciso II, "b", do art. 13;*

*IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;*

*V - a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.*

*VI - a partir do ano-calendário subsequente ao da ciência do ato declaratório de exclusão, nos casos dos incisos XV e XVI do caput do art. 9º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)*

Cumprе lembrar que o artigo 73 da Medida Provisória nº 2.158-35/01 regulamentou o assunto da seguinte forma:

(...)

*Art.73.O inciso II do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação: (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*"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;" (NR) (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)*

Desse modo, ainda, que constatada a situação excludente, prevista no inciso IX do artigo 9º, e expedido o Ato Declaratório somente em 2007, os efeitos da exclusão retroagem ao tempo em que incorrida tal situação excludente.

Trata-se pois, de respeito ao princípio da legalidade, pois, desde 2001 com a edição da MP nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e, com a nova redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005 ao inciso II do art. 15 da Lei nº 9.317, de 1996, a exclusão do SIMPLES na condição de que trata o presente processo (**inciso IX do caput do art. 9º da Lei 9.317/96**) tem efeito retroativo a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, e, não a partir da ciência do ato declaratório como pretende a recorrente, pois, não se trata nos presentes autos, dos casos dos incisos XV e XVI do caput do art. 9º da mencionada Lei.

Conforme demonstrado à fl.99 desde 2001 a recorrente se encontrava em situação irregular, razão pela qual deve ser mantida a exclusão a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, portanto, a partir de 01/01/2002.

Com efeito, havendo nos autos prova de que o sócio da pessoa jurídica participa de outra empresa com mais de 10% do capital social e que a receita bruta global ultrapassou o limite legal, desde 2001, resta configurado o impedimento legal de que trata o inciso IX do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, portanto, cabível a sua exclusão da sistemática do Simples, a partir de 01/01/2002, nos termos da Súmula CARF nº 56 (Portaria CARF nº 49 de 01/12/2010), *verbis*:

*Súmula CARF nº 56: No caso de contribuintes que fizeram a opção pelo SIMPLES Federal até 27 de julho de 2001, constatada uma das hipóteses de que tratam os incisos III a XIV, XVII e XVIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir de 1º de janeiro de 2002, quando a situação excludente tiver ocorrido até 31 de dezembro de 2001 e a exclusão for efetuada a partir de 2002.*

Aduz a Recorrente que o art. 15 da Lei 9.317/96 padece de inconstitucionalidade, pois fere o princípio da irretroatividade da lei tributária, previsto no art. 150, inciso III, alínea "a".

No que tange a alegada ofensa da lei à carta constitucional, não cabe aos órgãos do Poder Executivo deixar de aplicar a lei dita ofensiva, encontrando óbice, inclusive, na Súmula nº 2 deste E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, consolidada no Anexo III da Portaria nº 106 de 21/12/2009, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 22/12/2009, *verbis*:

*Súmula CARF N.º 2 O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Diante do exposto, voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso.

*(documento assinado digitalmente)*

Ester Marques Lins de Sousa.