



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

Processo nº	13433.000063/2005-31
Recurso nº	342.605 Voluntário
Acórdão nº	1103-00.412 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de	23 de fevereiro de 2011
Matéria	SIMPLES
Recorrente	CALMOL - CAL MOSSORÓ LTDA.
Recorrida	4ª TURMA DA DRJ/RECIFE

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

Ano-calendário: 2004

Ementa:

PEDIDO DE INCLUSÃO RETROATIVA

O pedido, feito em 23 de fevereiro de 2005, de inclusão retroativa para janeiro de 2004, só assim o é por se ter exercido a opção efetivamente em janeiro de 2004. Só por isso já não seria aplicável o Decreto 5.028/04 (limite de R\$ 2.133.222,00), que entrou em vigor em 1º de abril de 2004, e no qual se arvorou o pedido do contribuinte. Além disso, o limite do Decreto 5.028/04, que é a atualização do limite expresso na Lei 9.841/99 (Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), é expressamente afastado pelo art. 9º da Medida Provisória 1.923/99, ao prescrever serem inaplicáveis as normas daquela lei para fins do Simples federal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Aloysio José Percínio da Silva (Presidente).

(assinado digitalmente)

HUGO CORREIA SOTERO – Vice-Presidente no exercício da Presidência

(assinado digitalmente)

MARCOS TAKATA - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Hugo Correia Sotero (Vice-Presidente em exercício da Presidência), Mário Sérgio Fernandes Barroso, Marcos Shigueso Takata (Relator), Gervásio Nicolau Recktenvald, Eric Moraes de Castro e Silva, José Sérgio Gomes (Suplente convocado).

Relatório

DO DESPACHO DECISÓRIO

A recorrente formulou pedido de inclusão retroativa ao Simples federal com efeitos a partir de 1º/01/2004 (fl. 01). Tentou fazer a opção por meio de alteração cadastral no CNPJ, mas não conseguiu, porque, em janeiro de 2004, ainda constava como optante (fls. 2 e 3).

Em 2002, a recorrente havia auferido receita bruta superior ao limite de R\$ 1.200.000,00. Espontaneamente passou a apurar seus tributos pelo lucro presumido (fls. 10 e 21 a 25). Como em 2003 a receita bruta auferida estaria compatível com o limite legal para a opção pelo Simples, a recorrente decidiu aderir novamente ao sistema favorecido.

A DRF/Mossoró promoveu, em 9/03/2004, a exclusão da recorrente com efeitos retroativos a 1º/01/2003, através do Ato Declaratório Executivo nº 2 (fl. 18), instada por representação formalizada no processo administrativo 13433.000060/2004-16 (fl. 14) e baseada no excesso de receita bruta ocorrido em 2002, ressalte-se, também admitido pela recorrente.

Ao efetuar as pesquisas nos sistemas da Receita Federal com fins de subsidiar a análise do pedido de nova inclusão no Simples a partir de 2004, a DRF Mossoró constatou a incidência da hipótese de vedação prevista no art. 9º, IX, da Lei 9.317/96.

Com efeito, as pessoas físicas Maria Rocha de Macedo, CPF 157.116.764-15 e Luiz Lopes de Macedo, CPF 011.326.444-53, além da participação na Calmol, a recorrente neste processo, são também sócias da Luma Agropecuária Ltda., CNPJ 03.458..687/0001-00 e com percentual superior a 10% (fls. 32 e 33).

A receita bruta auferida pela recorrente em 2003 foi de R\$ 632.610,96 (fls. 21 a 25). A Luma Agropecuária Ltda. obteve no mesmo ano R\$ 836.595,58 (fl. 44). Portanto, a receita bruta global das duas empresas, interligadas por força da participação dos sócios acima referidos, totalizou R\$ 1.469.206,54 (fl. 47), superando o limite de R\$ 1.200.000,00, estabelecido no art. 2º, II, da Lei 9.317/96. Esta foi a fundamentação do indeferimento do pedido (fls. 48 a 53).

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Cientificada da decisão em 23/03/2006, a recorrente apresentou manifestação de inconformidade em 24/04/2006 de fls. 57 a 66.

Alegou, em síntese, que o limite legal para enquadramento no Simples havia sido majorado para R\$ 2.133.222,00 através do Decreto 5.028/2004, regulamentando a Lei 9.841/99. Requereu, então, a reconsideração da decisão.

DA DECISÃO DA DRJ E DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Em 28/03/2008, acordaram os julgadores da 4ª Turma da DRJ/Recife, por unanimidade de votos, indeferir a solicitação, pelas razões a seguir sintetizadas.

Ressaltou-se que não houve controvérsias sobre o valor da receita bruta global auferida em 2003 pelas empresas Calmol e Luma, pertencentes a Maria Rocha de Macedo e Luiz Lopes de Macedo, fato esse não contestado pela recorrente, sendo envolvida apenas a questão do limite superior para o enquadramento das empresas no Simples federal.

O limite para a receita bruta global auferida no ano imediatamente anterior, como condição para a opção pelo Simples federal por parte de pessoa jurídica cujo sócio detenha mais de 10% de participação em outra empresa é o estabelecido pelo art. 2º da Lei 9.317/96, sendo inaplicáveis para fins tributários os limites estabelecidos com base na Lei 9.841/99.

Cientificada da decisão em 8/05/2008 e inconformada, apresentou a recorrente, em 4/06/2008, recurso voluntário de fls. 90/99, a qual reitera, basicamente, as alegações contidas da manifestação de inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro MARCOS TAKATA

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Dele, pois, conheço.

Como se viu do relatório, a controvérsia se fixa na *quaestio juris* de a recorrente atender ou não os requisitos jurídicos para inclusão no Simples federal, em face da receita bruta auferida no ano-calendário de 2003 em conjunto com a auferida pela Luma Agropecuária Ltda. (cujos sócios com participação superior a 10% de seu capital são os sócios da recorrente).

A recorrente argui ser aplicável o limite de receita bruta no ano-calendário de 2003, conforme o valor fixado pelo Decreto 5.028, de 31/03/04 (DOU de 1º/04/04), que tem fundamento no art. 2º, § 3º, da Lei 9.841/99¹. Dispõe o Decreto 5.028/04:

Art. 1º. Os valores dos limites fixados nos incisos I e II do art. 2º da Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999, passam a ser os seguintes:

I - microempresa, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que tiver receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 433.755,14 (quatrocentos e trinta e três mil, setecentos e cinqüenta e cinco reais e quatorze centavos);

II - empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que, não enquadrada como microempresa, tiver receita bruta anual superior a R\$ 433.755,14 (quatrocentos e trinta e três mil, setecentos e cinqüenta e cinco reais e quatorze centavos) e igual ou inferior a R\$ 2.133.222,00 (dois milhões, cento e trinta e três mil, duzentos e vinte e dois reais).

Art. 2º. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

O limite aplicável seria o do Decreto 5.028/04, pois ele era o vigente à época da feitura da opção.

O raciocínio empregado pela recorrente de ser aplicável a *norma fixadora do limite vigente à época da feitura da opção* tem integral foro de juridicidade.

¹ Art. 2º. (...)

§ 3º. O Poder Executivo atualizará os valores constantes dos incisos I e II com base na variação acumulada pelo IGP-DI, ou por índice oficial que venha a substituí-lo.

Sem dúvida, diante de norma de vigência imediata (e não diferida, nem retroativa), embora a receita bruta a ser levada em conta para opção ao Simples federal seja a *auferida no ano-calendário anterior*, o *limite* dessa receita bruta é o *previsto na norma vigente* à época do *exercício da opção*.

Não por menos, o art. 17, I e II, da Instrução Normativa (IN) SRF 355/03, em vigor ao tempo do exercício da opção, interpreta adequadamente, a meu ver, o art. 8º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei 9.317/96. Dispõe o art. 17, I e II, da IN SRF 355/03 que a opção exercida até o último dia útil de janeiro produz eficácia a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção, e que a opção exercida após o último dia útil de janeiro produz eficácia a partir do primeiro dia do ano-calendário seguinte ao da opção.

Entretanto, a inteligência extraída pela recorrente padece de *dois vícios capitais*.

Primeiro. Ainda que se admita a aplicabilidade da Lei 9.841/99 – Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte – para fins do limite de receita bruta para opção ao Simples federal, o Decreto 5.028/04 só entrou em vigor *em 1º/04/04*.

O pedido de inclusão retroativa em discussão foi realizado em 23/02/05 (fl. 1), mas *como remissão ao pedido de inclusão feito em 7/01/04* (fls. 1 e 2). É que, não obstante a recorrente haver pago o IRPJ e a CSL sob o regime do lucro presumido no ano-calendário de 2003 (por excesso de receita bruta em 2002), o Ato Declaratório Executivo da DRF de exclusão do Simples foi publicado em 11/03/04, com efeito de exclusão *a partir de 1º/01/03*.

Outrossim, ao tempo em que a recorrente fizera a solicitação de inclusão no Simples federal, como ainda não havia sido publicado o ADE de exclusão desse regime, a negativa se deu por figurar ainda a recorrente como pessoa sujeita ao Simples federal. Por sua vez, ela figurava ainda no cadastro do CNPJ como pessoa sob regime do Simples federal, por ela não haver comunicado – como deveria ter procedido – a concreção da hipótese excludente do regime do art. 9º, IX, conforme impõe o art. 13, II, “a”, ambos da Lei 9.317/96. Isso, não obstante a recorrente haver apurado lucro presumido no ano-calendário de 2003 – ou seja, haver apurado o IRPJ e a CSL no regime jurídico correto (fora do regime do Simples).

Enfim, essa é a razão do pedido feito em 23/02/05 de inclusão retroativa a 1º/01/04: pedido formulado em janeiro de 2004.

Ora, o pedido de inclusão retroativa só assim o é por se ter *exercido a opção efetivamente no prazo* da IN SRF 355/03, i.e., em *janeiro de 2004*, para produzir efeitos a partir de 1º/01/04. Portanto, o pedido de inclusão efetivo, vale dizer, o *exercício da opção se deu em 7/01/04*. O contrário seria *admitir* que o “pedido” de inclusão retroativa, de plano, carece de sentido. Esse é o primeiro vício capital.

Ao tempo, pois, do exercício efetivo da opção de inclusão no Simples federal (7/01/04) ainda não vigorava o Decreto 5.028/04. Inaplicável, pois, o limite de valor nele fixado.

O segundo vício capital do entendimento deduzido pela recorrente é o seguinte.

Como bem acentuado pelo acórdão *a quo*, em 7/10/99, dia seguinte ao da publicidade da Lei 9.841/99 (Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte – EPP), foi publicada a Medida Provisória 1.923/99², cujo art. 9º previu que o tratamento tributário simplificado e favorecido para microempresas e EPP's é o determinado pela Lei 9.317/96, sendo *inaplicáveis as normas da Lei 9.841/99*. O que faz sentido, na estruturaposta pela Lei 9.841/99: seja pela remissão que este diploma legal faz à Lei 9.317/96, seja porque não dedicou um capítulo ao tratamento tributário, e, quanto ao regime previdenciário, reservou-se dar prescrições gerais sobre eliminação de deveres instrumentais (obrigações acessórias), e prescrições sobre documentos na homologação da rescisão do contrato de trabalho.

O Decreto 5.028/04 traduz a “atualização” dos valores limite fixados na Lei 9.841/99.

Para efeito do Simples federal, o limite de receita bruta anual de R\$ 1.200.000,00 (fixado pela Lei 9.732/97 ao alterar a Lei 9.317/96) só foi majorado com a Lei 11.196/05, com vigência *a partir de 1º/1/06*, conforme seu art. 132, IV, “a”³, a partir do que tal limite passou a ser de R\$ 2.400.000,00.

Por conseguinte, o limite de receita bruta veiculado no Decreto 5.028/04, como quer a recorrente, é inaplicável ao caso vertente. É o segundo vício capital.

Sob essa ordem de considerações e juízo, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 23 de fevereiro de 2011

(assinado digitalmente)

MARCOS TAKATA - Relator

² Que foi convertida na Lei 9.964/00; na conversão da MP 1.923/99, seu art. 9º passou a ser o art. 10 da Lei 9.964/00.

³ Art. 132. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos:
(...)

IV - a partir de 1º de janeiro de 2006, em relação ao disposto:
a) no art. 33 desta Lei, relativamente ao art. 2º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996;

Processo nº 13433.000063/2005-31
Acórdão n.º **1103-00.412**

S1-C1T3

Fl. 122
