



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº	13609.000376/2004-59
Recurso nº	135.965 Voluntário
Matéria	SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão nº	303-34.820
Sessão de	18 de outubro de 2007
Recorrente	BAR E RESTAURANTE TRÊS PODERES LTDA
Recorrida	DRJ-BELO HORIZONTE/MG

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

Exercício: 2004

Ementa: Simples. Exclusão. Efeitos. Participação superior a 10% de sócio desta no capital de outra sociedade empresária. Limite ultrapassado quando considerado o somatório da receita bruta.

É legítima a exclusão de pessoa jurídica do Simples quando motivada na inobservância do limite da receita bruta decorrente de participação superior a 10% de sócio desta no capital de outra sociedade empresária, qualquer que seja o regime de tributação da última, enquanto não cessado o impedimento.

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 reincluir a empresa no Simples a partir de 01/01/2004, nos termos do voto do relator.

ADP

da


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


TARASIO CAMPELO BORGES
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Nilton Luiz Bartoli, Marciel Eder Costa, Luis Marcelo Guerra de Castro e Zenaldo Loibman.

Relatório

Cuida-se de recurso voluntário contra acórdão unânime da Quarta Turma da DRJ Belo Horizonte (MG) que julgou irreparável o ato administrativo de folhas 10 e 18, expedido no dia 7 de agosto de 2003 pela unidade da SRF competente para declarar a ora recorrente excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples) a partir de 1º de janeiro de 2002 ^[1] sob a denúncia de inobservância do limite da receita bruta ² quando considerado o somatório das receitas em face da participação superior a 10% de sócio desta sociedade empresária no capital de outra.

Regularmente intimada do julgamento pela improcedência da Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples (SRS) ³, a interessada instaurou o contraditório com as razões de folhas 1 a 9, assim sintetizadas no relatório do acórdão recorrido:

Discorre sobre a exclusão efetuada de ofício contra a qual se insurge. Diz que no ato de exclusão não está demonstrado o dispositivo legal por ela infringido.

Transcreve excertos do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996 com a finalidade de defender a tese de que não se enquadra no seu inciso II, porque em 2001 a receita bruta auferida não ultrapassou o limite global. Esclarece que tampouco poder-se-ia invocar o inciso IX, já que Francisco José Machado retirou-se da sociedade em 31/12/2001. Diz que esta alteração contratual gera efeitos jurídicos desde logo e não na data do seu registro na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais em 10/09/2003.

Discorda do entendimento de ofício sobre os efeitos legais da retirada do mencionado sócio ao argumento de que não é juridicamente válido. Cita a garantia constitucional que determina que o tratamento jurídico diferenciado e simplificado deve ser aplicado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Faz um breve relato sobre o instituto do contrato, lembrando o conceito legal de ato lícito e o princípio de que o contrato faz lei entre as partes. Acrescenta que antes de arquivada esta alteração contratual não se limitaria a uma “convenção particular”. Diz que “ao contrário, representa, inquestionavelmente, uma alteração bilateral de obrigações recíprocas, onde as partes estabelecem deveres e direitos, indicando, inclusive a data para quitação da operação contratada, ...”.

Com o objetivo de sustentar o instrumento jurídico de que quer se socorrer em várias oportunidades interpreta a legislação pertinente e cita entendimentos doutrinários.

¹ Data da opção pelo Simples: 1º de janeiro de 1999.

² Ultrapassado o limite de receita bruta das empresas de pequeno porte. Data da ocorrência: 31 de dezembro de 2001.

³ SRS, despacho de indeferimento, intimação e AR acostados às folhas 27 (frente e verso) e 28.

O órgão julgador de primeira instância considerou irreparável o procedimento administrativo, conforme voto condutor do acórdão recorrido que transcrevo em sua inteireza:

A impugnação apresentada atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e alterações, e assim a fase litigiosa no procedimento está instaurada.

A defesa alega que o ato de exclusão contém vício. No entanto não lhe cabe razão, uma vez que ele foi proferido por servidor competente que intimou a requerente para cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos em forma de processo, e ainda foi oferecida à interessada a oportunidade de apresentar, no prazo legal, a impugnação acompanhada de todos os meios de prova a ela inerentes. O enfrentamento das questões na impugnação denota perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento e a indicação dos enquadramentos legais correspondentes aos ilícitos tributários não propiciam a nulidade do ato em litígio. Além disso, foram observados as normas e os princípios processuais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972 e art. 7º da Portaria MF nº 258, de 24 de agosto de 2001).

A impugnante discorda da exclusão efetuada de ofício.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte relativo aos impostos e às contribuições estabelecido em cumprimento ao que determina o disposto no art. 179 da Constituição Federal de 1988 pode ser usufruído desde que as condições legais sejam preenchidas.

A Lei nº 9.317, de 1996, e alterações posteriores, determina:

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. [...]

§ 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.

A lei assegurou expressamente à optante excluída de ofício o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, princípios estabelecidos nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, e inseriu a exclusão de ofício das pessoas jurídicas do SIMPLES ao amparo da legislação de regência do processo administrativo. Esta exclusão deve ser efetuada de ofício mediante a emissão de ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal – SRF que jurisdicione a pessoa jurídica.

Restou esclarecido que o sócio Francisco José Machado, CPF 072.577.166-68, em 2001 participou da pessoa jurídica Bar e Restaurante Três Poderes Ltda, CNPJ 24.987.760/0001-00, com mais de 10% (dez por cento) do respectivo capital e que a receita bruta global de todas as pessoas jurídicas ultrapassou no ano-calendário de 2001 o limite legal de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), fls. 30/34. A descrição da razão de fato indicada no Ato Declaratório Executivo DRE/STL nº 431.496, de 07 de agosto de 2003, fl. 10, está demonstrada de forma inequívoca. Assim, não cabe razão à impugnante.

A defesa discorda do entendimento de ofício de que a alteração contratual enquanto não arquivada na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais – JUCEMG somente surte efeitos jurídicos entre as partes.

Sobre esta questão, a Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, determina:

Art. 1º O Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, subordinado às normas gerais prescritas nesta Lei, será exercido em todo o território nacional, de forma sistêmica, por órgãos federais e estaduais, com as seguintes finalidades;

I - dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, submetidos a registro na forma desta Lei;

[...]

Art. 2º Os atos das firmas mercantis individuais e das sociedades mercantis serão arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, independentemente de seu objeto, salvo as exceções previstas em lei.

[...]

h. m. i.

Art. 32. O Registro compreende:

[...]

II - o Arquivamento:

a) dos documentos relativos à constituição, alteração, dissolução e extinção de firmas mercantis individuais, sociedades mercantis e cooperativas;

[...]

Art. 36. Os documentos referidos no inciso II do art. 32 deverão ser apresentados a arquivamento na Junta, dentro de 30 (trinta) dias contados de sua assinatura, a cuja data retroagirão os efeitos do arquivamento; fora desse prazo, o arquivamento só terá eficácia a partir do despacho que o conceder.

Cabe esclarecer que no presente caso a validade jurídica da Décima Terceira Alteração do Contrato Social – Bar e Restaurante Três Poderes Ltda EPP, fls. 12/15, não está sendo contestada administrativamente. Entretanto, os seus efeitos legais oponíveis a terceiros somente podem retroagir à data da assinatura da alteração contratual, fls. 12/15, caso ela fosse apresentada para arquivamento na JUCEMG dentro de 30 (trinta) dias contados de sua assinatura. Verifica-se que este documento foi datado de 31/12/2001 e somente foi registrado em 10/09/2003. Assim, não cabem reparos à decisão administrativa que considerou que “a alteração só teria efeitos para a Fazenda Pública a partir de setembro de 2003”, fl. 26-verso.

No que se refere à doutrina mencionada, esclareça-se que os agentes públicos não podem aplicar entendimentos contrários às orientações estabelecidas na legislação tributária de regência da matéria, sob pena de responsabilidade funcional (art. 142 do Código Tributário Nacional e art. 7º da Portaria MF nº 258, de 24 de agosto de 2001).

Relativamente à indicação da legislação aplicável e à exegese adotada na peça impugnatória, cumpre deixar patente que, na atividade fiscal, os agentes públicos não podem se furtar ao cumprimento das determinações da legislação tributária, uma vez que a premissa legal da atuação conforme a lei e o Direito é o critério que deve ser observado nos processos administrativos. Assim, os servidores seguiram as determinações positivadas sobre a questão litigiosa afastando os métodos hermenêuticos que pudessem impedir o atendimento do fim público a que se dirigem as normas (art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

Ademais, na atividade funcional vinculada, os servidores têm o dever de agir conforme as determinações positivadas no ordenamento jurídico (art. 37

da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

Em face do exposto, voto por indeferir a solicitação da empresa.

Ciente do inteiro teor do acórdão originário da DRJ Belo Horizonte (MG), recurso voluntário foi interposto às folhas 48 a 57. Nessa petição, as razões iniciais são reiteradas noutras palavras.

A autoridade competente deu por encerrado o preparo do processo e encaminhou para a segunda instância administrativa⁴ os autos posteriormente distribuídos a este conselheiro e submetidos a julgamento em único volume, ora processado com 65 folhas (afora as 8 folhas do apenso). Na última delas consta o registro da distribuição mediante sorteio.

É o Relatório.



⁴ Despacho acostado à folha 64 determina o encaminhamento dos autos para este Terceiro Conselho de Contribuintes.

Voto

Conselheiro TARÁSIO CAMPELO BORGES, Relator

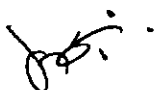
Conheço o recurso voluntário interposto às folhas 48 a 57, porque tempestivo e atendidos os demais pressupostos processuais.

Versa o litígio, conforme relatado, sobre a exclusão da ora recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples) a partir de 1º de janeiro de 2002 ^[5] sob a denúncia de inobservância do limite da receita bruta quando considerado o somatório das receitas do ano 2000 em face da participação superior a 10% de sócio desta sociedade empresária no capital de outra.

Da análise dos autos, nenhuma controvérsia existe quanto ao arquivamento da décima-terceira alteração do contrato social da recorrente no dia 10 de setembro de 2003 ^[6], instrumento pelo qual o sócio Francisco José Machado, CPF 072.577.166-68, transfere o total de suas quotas de capital para Anderson Geraldo Machado, CPF 011.749.026-12.

A despeito da alegada subscrição do aditivo ao contrato social em 31 de dezembro de 2001, o artigo 36 da Lei 8.934, de 18 de novembro de 1994 ^[7], determina a retroatividade dos efeitos do documento à data da sua assinatura somente quando apresentado para arquivamento nos 30 dias imediatamente subsequentes, cautela não adotada no prazo legal.

Por outro lado, faço uso da inteligência do § 2º do artigo 8º da Lei 9.317, de 1996 ^[8], para reconhecer o direito à reinclusão a partir do primeiro dia do ano imediatamente subsequente àquele em que deixou de existir a vedação imposta pelo inciso IX do artigo 9º dessa lei.



⁵ Data da opção pelo Simples: 1º de janeiro de 1999.

⁶ Décima-terceira alteração ao contrato social, por fotocópia, acostada às folhas 12 a 15.

⁷ Lei 8.934, de 1994, artigo 36: Os documentos referidos no inciso II do art. 32 [relativos à constituição, alteração, dissolução e extinção de firmas mercantis individuais, sociedades mercantis e cooperativas, dentre outros] deverão ser apresentados a arquivamento na junta, dentro de 30 (trinta) dias contados de sua assinatura, a cuja data retroagirão os efeitos do arquivamento; fora desse prazo, o arquivamento só terá eficácia a partir do despacho que o conceder.

⁸ Lei 9.317, de 1996, artigo 8º: A opção pelo SIMPLES dar-se-á 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, quando o contribuinte prestará todas as informações necessárias, inclusive quanto: [...] § 2º A opção exercida de conformidade com este artigo submeterá a pessoa jurídica à sistemática do Simples a partir do primeiro dia do ano-calendário subsequente, sendo definitiva para todo o período. [...]

No caso concreto, entendo irrelevante a alegada ocorrência do fato motivador da exclusão na vigência da IN SRF 34, de 30 de março de 2001, porquanto o invocado inciso II do artigo 24 ^[9] foi alterado pela IN SRF 102, de 21, de dezembro de 2001.

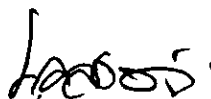
Ademais, nesse particular, se sobressai o inciso II do artigo 15 da Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996, que disciplina os aspectos temporais dos efeitos da exclusão ora discutida. Na data da exclusão, em 2 de agosto de 2004, vigia a redação introduzida pela Medida Provisória 2.158-34, de 27 de julho de 2001, convalidada pela Medida Provisória 2.158-35, de 2001, *verbis*:

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;
[¹⁰]
.....

Com essas considerações, dou provimento parcial ao recurso voluntário, para reincluir a ora recorrente no Simples a partir de 1º de janeiro de 2004.

Sala das Sessões, em 18 de outubro de 2007


TARÁSIO CAMPELO BORGES - Relator

⁹ IN SRF 34, de 2001, artigo 24: A exclusão do Simples nas condições de que tratam os arts. 22 e 23 surtirá efeito: [...] (II) a partir do mês subsequente àquele em que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XVIII do art. 20; [...]. [redação dada pela IN SRF 102, de 2001]

¹⁰ Lei 9.317, de 1996, artigo 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; [...].