



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

Processo nº 13706.003033/2004-48
Recurso nº 339.915 Voluntário
Acórdão nº 1103-00.169 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 07 abril de 2010
Matéria SIMPLES
Recorrente SOCIEDADE EDUCACIONAL SARAH DAWSEY LTDA.
Recorrida 7ª TURMA DA DRJ/RJ01

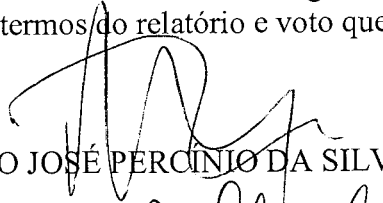
Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

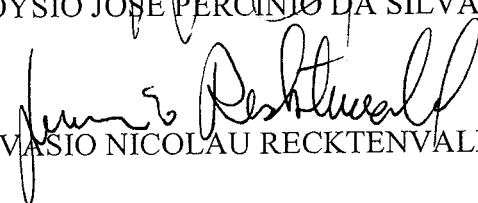
Ano-calendário: 2001

Ementa: SIMPLES – EXCLUSÃO – SÓCIO DE MAIS DE UMA EMPRESA – Não pode prosperar a exclusão de pessoa jurídica do Simples, determinada a partir do segundo ano da opção, com enquadramento no inciso IX do art. 9º da Lei nº 9.317/96, fundamentada na combinação de fatores – sócio com mais de 10% do capital em outra empresa e somatório da receita bruta global superior ao limite – verificados no ano anterior à opção das duas empresas, ainda mais quando a participação excedente é desfeita no primeiro ano da opção, antes de atingido o limite da receita bruta global.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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


ALOYSIO JOSÉ PERCINJO DA SILVA - Presidente.


GERVASIO NICOLAU RECKTENVALD - Relator.

EDITADO EM: 10/05/2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Aloysio José Percínio da Silva (Presente da Turma), Marcos Shigueo Takata, Gervásio Nicolau Recktenvald, Eric Moraes de Castro e Silva e Mário Sergio Fernandes Barroso. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Hugo Correia Sotero.

Relatório

A demanda em discussão envolve a exclusão do Simples, da empresa recorrente, tendo em vista, segundo a Administração Tributária, estar configurada a participação de sócio da interessada no capital de outra empresa com mais de 10%, e ainda, ter sido verificado que a soma das receitas brutas das empresas envolvidas, no ano calendário anterior à opção, havia ultrapassado o limite para enquadramento no Simples.

A controvérsia, ora sob deslinde, se instaurou com a promulgação do Ato Declaratório Executivo Derat/RJ nº 538.071, de 02 de agosto de 2004 (fl. 12), que excluiu a recorrente do Simples a partir de 01/01/2002, porque em 2000 “*um sócio (CPF 034.974.887-04 – Maria da Penha Tupinambá Freire Gameiro) participava de outra empresa (CNPJ 33.613.761/0001-78 – Jardim Escola Sarah Dawsey Ltda.) com mais de 10% e a receita bruta global no ano calendário de 2000 ultrapassou o limite legal*”.

Ciente do ADE, em 14/09/2004, a interessada solicitou revisão da exclusão do Simples (fl. 01), confessando a participação societária excludente, que teria ocorrido “*por descuido de sua assessoria*” e que não teria havido a redistribuição da participação porque “*havia a previsão de estourar o limite em 2003*”. Informa, ainda, que se enquadrou no Simples em 01/01/2001, permanecendo assim até dezembro de 2003, passando a adotar, no ano calendário de 2004, a tributação pelo lucro presumido por excedida a receita bruta.

A administração tributária, todavia, não acolheu as arguições da requerente, dizendo que “*a sócia Maria da Penha Tupinambá Freire Gameiro participou, no ano calendário de 2000, com mais de 10% do quadro societário da empresa Jardim Escola Sarah Dawsey Ltda. e outrossim a receita bruta global, nesse período, ultrapassou o limite legal*” (fl. 04).

Em 17 de janeiro de 2007, a recorrente impugnou perante a DRJ o procedimento de exclusão (fl. 57), alegando, em síntese, a nulidade do ADE Derat/RJO nº 538.071, de 02.08.2004. Fundamenta a alegação no fato da impugnante, bem como da segunda empresa, a Jardim Escola Sarah Dawsey Ltda, na qual a sócia Maria da Penha também participava, e com mais de 10%, somente se enquadraram no Simples em 01/01/2001, fato que não poderia ter possibilitado a exclusão da recorrente com base no excesso da receita bruta global das duas empresas, em 2000. Informa, ainda, que a Sócia Maria da Penha, em 18/06/2001, reduziu sua participação no capital da empresa Jardim Escola Sarah Dawsey Ltda. para 10% (fl. 61, 72) e até aquela data a soma global das receitas brutas das duas empresas encontrava-se longe do limite.

A DRJ, através do Acórdão 12-13.667 – da 7ª Turma da DRJ/RJO1 (fl. 88), manteve a exclusão, sintetizada na seguinte ementa:

SIMPLES. EXCLUSÃO. Constatado que o sócio ou titular participa de outra empresa com mais de 10% do capital social e que a receita bruta global no ano-calendário de 2000 ultrapassou o limite legal, correta a exclusão da contribuinte de tal regime simplificado a partir de 01/01/2001, vez que esta situação se encontra consignada na legislação como sendo impeditiva à opção. Solicitação Indeferida.



Tempestivamente, a recorrente apresentou recurso voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (fls. 93 a 102), alegando, em síntese, o seguinte:

- ser nulo o ADE Derat/RJO nº 538.071, de 02.08.2004, pelo fato da recorrente, bem como a outra empresa, a Jardim Escola Sarah Dawsey Ltda, da qual a sócia Maria da Penha também participava, e com mais de 10%, somente terem se enquadrado no Simples em 01/01/2001, o que não poderia ter propiciado a exclusão da recorrente com base no excesso da receita bruta global das duas empresas de 2000, quando sequer eram optantes do Simples;

- que a sócia Maria da Penha, em 18/06/2001, reduziu sua participação no capital da empresa Jardim Escola Sarah Dawsey Ltda. para 10% (fl. 61, 72) e até aquela data do ano de 2001 a soma global das receitas brutas das duas empresas encontrava-se longe do limite de receita previsto para as EPPs, o que também garantiria a manutenção da recorrente no Simples;

- que uma terceira empresa do grupo, a escola Centro Educacional Sarah Dawsey Ltda ME havia sido excluída do Simples na mesma data e pelos mesmos fundamentos da recorrente, e que tal exclusão foi anulada pelo ADE nº 1.532 A, de 22/10/2004 (fl. 67);

- que o somatório das receitas, *“por omissão da legislação”*, só é aplicável a empresas que no curso do ano calendário são optantes do Simples;

- que o tardio procedimento da Receita Federal, realizado em 2004, questionando retroativamente a inclusão no Simples conforme expresso no ADE, estaria a sinalizar uma aceitação tácita da opção tributária da recorrente nos anos anteriores, isto é, de 2001 a 2003, período em que declarou e pagou seus tributos pelo Simples;

- que, em vista de excesso de receita em 2003, optou em 2004 e 2005 pelo lucro presumido, voltando ao Simples em 2006, o que foi possível em razão do aumento do limite, de R\$ 1.200.000,00 para R\$ 2.400.000,00;

- requer, por fim, que o Delegado, em vista de diversos considerandos, determine *“que a data do efeito da exclusão seja 01/01/2004, por ser medida de Direito e de Justiça”* (fl. 101).

É o Relatório



Voto

Conselheiro Gervasio Nicolau Recktenvald

O recurso voluntário interposto é tempestivo e foi apresentado por parte legítima. Assim, por reunir os pressupostos de admissibilidade, é conhecido.

Diante do relatado, infere-se que a discussão envolve uma exclusão do Simples, com efeitos a partir de 01.01.2002, determinada em 02 de agosto de 2004, apoiada no fato da recorrente, optante pelo Simples a partir de 01.01.2001, em 2000, possuir sócio com participação de mais de 10% em outra empresa, esta também optante pelo Simples a partir de 01.01.2001, sendo que em 2000 a soma da receita bruta das duas empresas superou o limite de opção pelo Simples, na época vigente, de R\$ 1.200.000,00.

É relevante dizer, ainda, que o excesso de participação (mais de 10%) da sócia da recorrente no capital de outra empresa foi eliminado mediante alteração do capital desta em 18/06/2001, ocasião em que a participação foi reduzida para exatos 10%.

Ainda, para a precisa apresentação da controvérsia, é oportuno reproduzir o excerto da Lei nº 9.317/96, pertinente à vedação ao Simples relacionada ao caso em discussão:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

[...]

IX – cujo titular ou sócio participa 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;

[...]

É relevante, também, reproduzir os §§ 2º e 5º deste mesmo art. 9º:

§ 2º O disposto nos incisos IX e XIV não se aplica à participação em centrais de compras, bolsas de subcontratação, consórcio de exportação e associações assemelhadas, sociedades de interesse econômico, sociedades de garantia solidária e outros tipos de sociedades, que tenham como objetivo social a defesa exclusiva dos interesses econômicos das microempresas e empresas de pequeno porte, desde que estas não exerçam as atividades referidas no inciso XII;

§ 5º A vedação a que se referem os incisos IX e XIV do caput não se aplica na hipótese de participação no capital de cooperativa de crédito (incluído pela Lei nº 10.684, de 30.05.2003).

A análise da legislação que estabelece a vedação em foco conduz, aparentemente sem maiores dificuldades, à conclusão de que a empresa optante pelo Simples que possui sócio com participação em outra empresa, à exceção das referidas nos §§ 2º e 5º acima reproduzidos, com mais de 10% do capital desta, e desde que o somatório das receitas

brutas das duas ultrapasse o limite de opção ao Simples, tem sua permanência neste sistema vedada.

No caso em discussão, porém, há peculiaridades relevantes.

A opção das duas empresas envolvidas, isto é, a recorrente e a terceira empresa na qual a sócia da recorrente participava, optaram pelo Simples a partir de 01.01.2001, sendo que a participação societária excludente foi desfeita, conforme contrato social juntado (fl. 70 a 74), em 18/06/2001.

Diante disto, considerando que a receita bruta das duas empresas, em 2001, até 08/06/2001, não ultrapassou o limite de R\$ 1.200.000,00, não há como fundamentar a exclusão da recorrente do Simples a partir de 01/01/2002, com base no inciso IX do art. 9º da Lei nº 9.317/96, como determina o Ato Declaratório Executivo Derat nº 538.071/2004.

Neste panorama, assiste razão à recorrente, que pede seja considerado nulo o ADE de exclusão, pelo fato deste fundamentar a eliminação no excesso de receita bruta global do ano de 2000, quando nenhuma das duas empresas era optante pelo Simples. Isto transparece muito claramente no ADE (fl. 12), na parte que descreve a situação excludente: *“sócio ou titular participa de outra empresa com mais de 10% e a receita bruta global no ano-calendário de 2000 ultrapassa o limite legal”*.

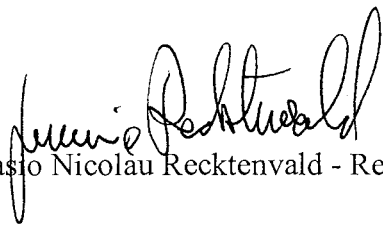
Parece evidente que a vedação expressa no artigo 9º, inciso IX, no que tange à receita bruta global, é somente direcionada à receita bruta auferida no decorrer da opção pelo Simples, e não à receita bruta global em ano calendário anterior à opção. Se assim fosse, o legislador teria incluído expressamente uma referência ao ano calendário anterior, a exemplo do contido nas vedações dos incisos I e II do art. 9º da Lei 9.317/96.

E mesmo que o ADE tivesse usado o ano calendário de 2001 como parâmetro para medir a receita bruta global, ano em que ambas as empresas iniciaram a tributação pelo Simples, ainda assim a exclusão não poderia prosperar, pois antes mesmo do somatório das receitas brutas atingir o limite de R\$ 1.200.000,00, a participação vedada foi desfeita.

Ante o exposto, e considerando o fato do Ato Declaratório Executivo Derat/RJO nº 538.071, de 02.08.2004, ter usado parâmetros não previstos em Lei para fundamentar a exclusão da recorrente do Simples a partir de 01/01/2002, tal ato não pode produzir os efeitos nele indicados, sendo, pois, cabível a permanência da Sociedade Educacional Sarah Dawsey Ltda. no Simples.

Nestes termos, dou provimento ao recurso.

É o meu voto.


Gervásio Nicolau Recktenvald - Relator

