



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

Processo nº 13839.001583/2004-17
Recurso nº 138.857 Voluntário
Acórdão nº 3102-00.028 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de março de 2009
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Recorrente METALÚRGICA MÚRCIA LTDA.
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

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

Ano-calendário: 2002

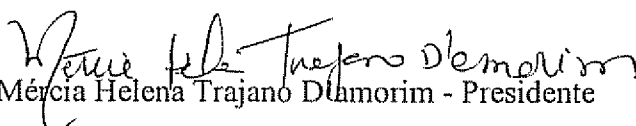
SIMPLES. EXCLUSÃO. SÓCIO COM PARTICIPAÇÃO SOCIAL SUPERIOR A 10% EM OUTRA EMPRESA. PREVISÃO LEGAL.

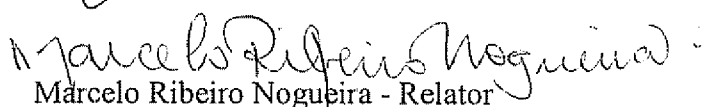
Deve ser mantida a exclusão do SIMPLES quando comprovada a situação prevista no inciso IX do art. 9º da Lei n.º 9.317/96, qual seja, sócio com participação social superior a 10% em outra empresa.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do redator designado. Vencidos os Conselheiros Marcelo Ribeiro Nogueira (Relator), Judith do Amaral Marcondes Armando e Beatriz Veríssimo de Sena. Designado o Conselheiro Luciano Lopes de Almeida Moraes para redigir o voto vencedor.


Mércia Helena Trajano Damorim - Presidente


Marcelo Ribeiro Nogueira - Relator


Luciano Lopes de Almeida Moraes - Redator Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Mércia Helena Trajano D'amorim, Ricardo Paulo Rosa, Corinto Oliveira Machado, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Marcelo Ribeiro Nogueira, Beatriz Veríssimo de Sena, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro e Judith do Amaral Marcondes Armando.

Relatório

Adoto o relatório da decisão de primeira instância por entender que o mesmo resume bem os fatos dos autos até aquele momento processual:

Trata o processo Solicitação de Revisão de exclusão da Opção pelo Simples (SRS – fls. 01/02 e 32). O contribuinte foi excluído por meio do Ato Declaratório de Exclusão (ADE) nº 448.439, de 07 de agosto de 2003 (fl. 04), pelo motivo "sócio ou titular participar de outra empresa de outra empresa com mais de 10% do capital social e a receita bruta global no ano-calendário de 2001 ultrapassou o limite legal. CPF 848.896.598-20, CNPJ 48.623.755/0001-79.

A Delegacia da Receita Federal em Jundiaí indeferiu a SRS do contribuinte (fl. 32), fundamentando: não ter havido qualquer irregularidade/ilegalidade na exclusão em comento; incabível a alegação de que a Medida Provisória 2.158-35/2001 não pode ser aplicada por ainda não ter sido convertida em lei, pois a Constituição Federal lhe atribui força de lei

Cientificado dessa decisão em 05/07/2004 (fl. 36), o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade em 02/08/2004 (fls. 37/48), alegando, em síntese e fundamentalmente, que:

Desconhecia o faturamento do CNPJ 48.623.755/0001-79, que tem como sócio um dos sócios da reclamante;

O artigo 15 da Lei nº 9.317/96 foi alterado pela Lei nº 9.732/98, segundo a qual os efeitos da exclusão do Simples devem ocorrer a partir do mês subsequente ao que se proceder a exclusão;

A Medida Provisória 2.158-35/2001, em sua 34ª reedição, que pretende alterar o artigo 15 da Lei nº 9.317/96, ainda não se tornou lei, portanto não pode ser aplicada. Conforme disposições constitucionais (artigo 62) "a medida provisória equipara-se à lei ordinária, desde que encampada pelo Congresso". Também não pode ser aplicada a Instrução Normativa SRF nº 250/2002, pois ela não tem condão de alterar a lei.

A decisão recorrida recebeu de seus julgadores a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2002

*OPÇÃO. REVISÃO. EXCLUSÃO. RETROATIVA.
POSSIBILIDADE.*

A opção pela sistemática do Simples é ato do contribuinte sujeito a condições, e passível de fiscalização. A exclusão com efeitos retroativos, quando verificado que o contribuinte incluiu-se indevidamente no sistema, é admitida pela legislação.

Solicitação Indeferida.

O contribuinte, restando inconformado com a decisão de primeira instância, apresentou recurso voluntário no qual ratifica e reforça os argumentos trazidos em sua peça de impugnação.

Os autos foram enviados ao antigo Terceiro Conselho de Contribuintes e fui designado como relator do presente recurso voluntário, na forma regimental. Tendo sido criado o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pela Medida Provisória nº 449, de 03 de dezembro de 2008, e mantida a competência deste Conselheiro para atuar como relator no julgamento deste processo, na forma da Portaria nº 41, de 15 de fevereiro de 2009, requisitei a inclusão em pauta para julgamento deste recurso.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Marcelo Ribeiro Nogueira, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos requisitos legais, assim deste tomo conhecimento.

Observo que o Ato Declaratório de Exclusão do contribuinte, ora recorrente, é baseado na alegada participação de um de seus sócios em outra empresa e a receita bruta global no ano-calendário de 2001 ultrapassou o limite legal a permitir a opção pela sistemática do Simples. Observo, ainda, que após esta informação consta do documento que retrata tal ADE, no mesmo item denominado "Descrição", um número de CPF e outro de CNPJ, que se presume pertencer, respectivamente, ao sócio e à outra sociedade deste.

Apesar de pobre e pouco clara, esta menção parece ser suficiente para a defesa do contribuinte, dentro de um mínimo significativo das informações constantes do referido documento, já que outra razão não haveria para que tais informações constem do mesmo e que o contribuinte já conhece o número do CPF de seu sócio, que consta do contrato social, ou seja, da página dos autos imediatamente seguinte à da cópia do referido ADE.

Portanto, não me parece ser possível acolher a preliminar de nulidade argüida pelo contribuinte, pois o ADE, neste ponto, atende aos requisitos legais que possibilitariam a defesa do contribuinte.

O que me chama a atenção é que não consta dos autos qualquer documento que comprove a alegação da autoridade fiscal de que a soma das receitas das duas sociedades ultrapasse o limite legal, nem que a participação do referido sócio ultrapassa os alegados 10% do capital social da outra empresa e, por fim, nem se prova que a segunda sociedade é uma empresa (pois pode-se tratar de sociedade civil ou mesmo sem registro empresarial).

A ausência destes elementos de prova, quando o ônus da prova, tratando-se de processo de exclusão, recai sobre a autoridade fiscal, é que justifica acolher a preliminar argüida de nulidade do ato administrativo de exclusão.

Note-se que estas provas não podem ser exigidas do contribuinte, pois temos aqui caso envolvendo pessoas (jurídicas e naturais) distintas e informação protegida por sigilo (receita bruta de terceiro), que somente deveria ter sido alcançada pela própria autoridade administrativa e fornecida ao contribuinte para que este pudesse ter se defendido de forma ampla e irrestrita.

Noto ainda, quanto às informações não sigilosas, quais sejam: a natureza empresária da sociedade na qual o sócio teria participação e o percentual desta participação; entendo que mesmo estas informações deveriam obrigatoriamente constar do processo de exclusão de forma que o contribuinte pudesse se defender de forma ampla. Também esta omissão causa a nulidade do administrativo de exclusão.

Assim, VOTO por conhecer do recurso e dar-lhe provimento para declarar a nulidade do Ato Declaratório Executivo nº 488.439, de 7 de agosto de 2003.


Marcelo Ribeiro Nogueira

Voto Vencedor

Conselheiro Luciano Lopes de Almeida Moraes, Redator Designado

A lei assegurou expressamente às pequenas empresas o acesso a um regime tributário mais benéfico, denominado SIMPLES, instituído pela Lei n.º 9.317/96.

Entretanto, também foram previstas possibilidades de exclusão/impedimento de ingresso naquele sistema, quando não obedecidos determinadas condições, como vemos:

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

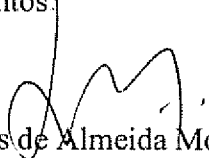
...

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; (...)

Portanto, para efeito de enquadramento no Simples, quando o titular ou sócio da empresa possuir participação superior a 10% no capital social da outra empresa, deve ser considerada a soma das receitas brutas de ambas as empresas até o limite legal estabelecido na norma.

No presente caso, restou comprovada a existência da situação impeditiva supra, motivo pelo qual não há como ser atendido o pleito da recorrente.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso interposto, prejudicados os demais argumentos.


Luciano Lopes de Almeida Moraes