

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

Processo nº 13896.000722/2004-19
Recurso nº 340.889 Voluntário
Acórdão nº 1103-00.259 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 6 de julho de 2010
Matéria SIMPLES
Recorrente WORLD SPORTS PAISAGISMO E JARDINAGEM LTDA.
Recorrida 1ª TURMA DA DRJ/Campinas

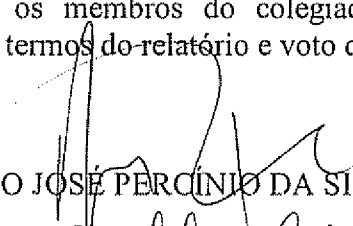
Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

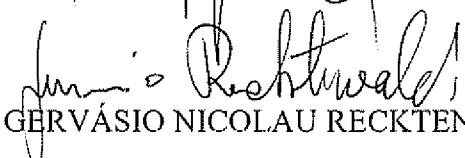
Ano-calendário: 2001

Ementa: SIMPLES – VEDAÇÕES À OPÇÃO – Não poderá optar pelo SIMPLES, ao teor do disposto no inciso IX do art. 9º da Lei nº 9.317/96, a pessoa jurídica cujo titular ou sócio participe com mais de dez por cento do capital de outra empresa, desde que a receita bruta global, no ano, ultrapasse o limite para as empresas referidas no inciso II do art. 2º da Lei nº 9.317/1996, fixado em R\$ 1.200.000,00 para o ano calendário de 2001 (Lei nº 9.732/98, art. 3º).

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.


ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA - Presidente.


GERVÁSIO NICOLAU RECKTENVALD - Relator.

EDITADO EM: 05 AGO 2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Aloysio José Percínio da Silva (Presidente da Turma), Gervásio Nicolau Recktenvald, Hugo Correia Sotero (Vice Presidente), Eric Moraes de Castro e Silva, Mario Sergio Fernandes Barroso e Marcos Shiguelo Takata.

Relatório

A demanda em discussão neste processo tem origem na exclusão do Simples, da empresa World Sports Paisagismo e Jardinagem Ltda., tendo em vista, segundo a Administração Tributária, ter sido constatada a participação de sócio desta no capital de outras empresas, com mais de 10%, e ainda, a soma das receitas brutas das empresas envolvidas ultrapassou, em 2001, o limite de isenção para enquadramento no Simples.

A controvérsia se instaurou com a promulgação do Ato Declaratório Executivo DRF/OSA nº 465.827, de 07 de agosto de 2003 (fl. 26), que excluiu a recorrente do Simples a partir de 01/01/2002, porque em 2001 um sócio (CPF 112.872.368-98 – Roberto Junqueira Gonçalves Gomide) participava de outras empresas (CNPJ 04.176.179/0001-93 e CNPJ 60.233.483/0001-04) com mais de 10%, e a receita bruta global, no ano calendário de 2001, ultrapassou o limite legal de R\$ 1.200.000,00.

A fundamentação legal da exclusão, referida no ADE, é o inciso IX do art. 9º da Lei nº 9.317/96.

Ciente do ADE, a interessada solicitou revisão da exclusão (fl. 117), insurgindo-se, basicamente, contra a forma de apuração, para fins de limite, da receita bruta anual global de 2001 que somou R\$ 1.287.065,31. Segundo a recorrente, a receita bruta deveria ter sido considerada proporcionalmente, o que evitaria o excesso, pois o sócio com a participação excedente teria ingressado na empresa excluída, na condição de quotista, somente em 18/07/2001 (fl. 118).

A administração tributária, todavia, não acolheu as arguições da requerente, dizendo que a motivação da exclusão estaria incluída dentre as vedações ao Simples (fl. 119).

Na sequência, a interessada propôs a impugnação perante a DRJ de Campinas (fl. 120), reprisando, basicamente, a questão da receita bruta proporcional, já argüida na solicitação de revisão da exclusão, conforme acima sintetizado. Ainda, a impugnação contesta o entendimento de que a empresa teria exercido uma pretensa atividade incompatível.

Cabe esclarecer que a manifestação concernente à suposta atividade incompatível, contida na impugnação, decorreu de um equivocado arremate do analista do SECAT (fl. 119), o qual, em seu despacho, fez uma indevida referência a esse segundo motivo, imputando também a esse força de exclusão. Porém, esse motivo deve ser ignorado, pois não foi referido no ADE (fl. 26), o qual assoalhou a exclusão unicamente na participação societária excedente.

A DRJ, através do Acórdão 05-16.693, da 1ª Turma da DRJ/CPS (fl. 153), manteve a exclusão, cujos argumentos estão sintetizados na ementa produzida:

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 ultrapassou o limite legal, é cabível a exclusão da sistemática do Simples.

Suplementarmente, a DRJ recorrida manifestou-se pela legalidade da retroatividade da exclusão, declarada pelo ADE, bem como declarou-se incompetente para se pronunciar acerca de supostas ofensas a disposições constitucionais que teriam viciado, segundo a impugnante, o procedimento administrativo de exclusão.



Tempestivamente, a recorrente apresentou recurso voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (fls. 180), alegando, em síntese, o que segue:

- inicialmente, após confirmar que a receita bruta global anual de 2001, das três empresas envolvidas na participação comum de um dos sócios, era de R\$ 1.287.065,31, repisou a questão de proporcionalidade, uma vez que o sócio Roberto Junqueira Gonçalves Gomide - sócio comum - teria ingressado na sociedade recorrente apenas em 18.07.2001; diante disso, argumenta que receita do período de 2001, produzida anteriormente àquela data, não deveria ser computada para fins de limite; dessa forma, não haveria excesso, pois a receita bruta de 2001, computada desde o ingresso do sócio, até 31/12/2001, atingiria apenas R\$ 506.886,60;

- em seguida, defendeu-se da pretensa exclusão por vedação à atividade de serviços, o que, conforme esclarecido acima, não é controverso nos autos;

- um terceiro ponto abordado na defesa, diz respeito à exclusão retroativa, implementada pelo ADE; a recorrente aduz que o ato fere o princípio constitucional da irretroatividade da norma jurídica tributária, conforme previsto no art. 150, inciso III, da Carta Maior;

- em outro aspecto, requer seja aplicada a retroatividade benigna (106 do CTN), tendo em vista que a Lei Complementar nº 123/2006 ampliou o limite da receita bruta para ingresso e permanência no Simples Nacional; segundo o entendimento, o novo limite, de R\$ 2.400.000,00, se aplicado retroativamente a 2001, superaria o limite considerado pelo ADE, mesmo sem a aplicação da proporcionalidade requerida;

- a recorrente insurge-se, ainda, contra a forma discricionária que teria conduzido a exclusão, levada a efeito por mero Ato Declaratório Executivo, “*ao arrepio dos Princípios do devido processo legal, Contraditório e Ampla Defesa*” (fl. 199) e com ofensa a diversos outros aspectos constitucionais que relaciona;

- por último, a defesa requer a reforma do acórdão recorrido, a decretação da nulidade do ADE e a consequente reinclusão da recorrente no Simples Nacional.

Feitas essas considerações, e antes de expor as razões do voto, cumpre informar que não há nos autos qualquer notícia de que a administração tributária tivesse constituído algum lançamento tributário em decorrência da exclusão da recorrente do Simples a partir de 01/01/2002. Portanto, a questão posta para deslinde restringe-se à exclusão do Simples, a partir de 2002, em vista das participações societárias combinadas de um dos sócios, vedadas ao Simples conforme dispões o inciso IX do art. 9º da Lei nº 9.317/96.

É o Relatório



Voto

Conselheiro Gervásio Nicolau Recktenvald

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

Conforme relatado, a matéria central da demanda é relacionada à exclusão do Simples, através do Ato Declaratório Executivo DRJ/OSA nº 465.827, de 07 de agosto de 2003, com enquadramento no inciso IX do art. 9º da Lei nº 9.317/93, que prevê: *“Não poderá optar pelo Simples, a pessoa jurídica cujo 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”*.

A primeira parte da vedação, quanto ao concernente à participação societária de um sócio que detém mais de 10% das quotas em outra empresa, não apresente maiores controvérsias, pois a litigante concorda que esta efetivamente havia se verificado a partir de 18/07/2001.

A grande divergência no sentir da recorrente, ao menos no que concerne diretamente ao fato que provocou a exclusão, está na segunda parte da vedação do inciso IX, e diz respeito à forma de medir, para fins de limite, a receita bruta.

Segundo o Fisco, havendo participação de um sócio, excedente a 10%, em outra empresa (o que é incontroverso nestes autos), e se naquele ano a receita bruta global das empresas de que o sócio participa é superior ao limite de R\$ 1.200.000,00 (2001), ao teor do disposto no inciso IX do art. 9º da Lei nº 9.317/96 a empresa estará excluída do Simples a partir do ano seguinte.

De outra parte, a recorrente, admitindo que a receita bruta das empresas envolvidas, em todo o ano de 2001, foi de R\$ 1.287.065,31, defende a tese de que essa receita deveria ser proporcionalizada, pois o sócio, cerne da polêmica, ingressou na sociedade recorrente apenas em 18/07/2001. Segundo seu ponto de vista, no cômputo para fins de limite, deveria ser considerada apenas a receita bruta gerada a partir de 18/07/2001, até 31/12/2001. Assim, não haveria excesso em contraposição ao valor de R\$ 1.200.000,00, pois a receita parcial do ano alcançaria apenas R\$ 506.886,60.

Portanto, a questão toda cinge-se à aplicabilidade, ou não, da tese da receita bruta proporcional (pleiteada pela recorrente), relevante nos casos em que o sócio que provoca a participação excedente ingressa na sociedade excluída no decorrer do ano calendário.

Feitas estas considerações, e enfrentando a controvérsia, é meu entendimento que a tese da recorrente não encontra guarida na legislação de regência. Isso está expresso no próprio IX do art. 9º da Lei nº 9.317/96 que, no caso de participação excedente, manda comparar a receita bruta global com o limite referido no inciso II desse mesmo artigo. E, frise-se, esse limite é anual. Então, é lógico e racional inferir que o limite para permanecer no Simples, isto é, o do inciso II, que também é representativo de receita bruta anual, quando da interpretação do inciso IX, deva ser comparado com a receita bruta global, também no padrão anual.



Segundo a interpretação que adoto, que extraio do exposto no art. 9º, inc. IX, da Lei nº 9.317/96, se em algum dia de determinado ano algum dos sócios detinha mais de 10% das quotas de outra sociedade, e se o somatório da receita bruta das sociedades envolvidas, acumulada até aquele dia, desde o início daquele ano, ultrapassa o limite para permanecer no Simples, essa sociedade deve ser excluída do sistema de tributação favorecida a partir do ano seguinte. Evidentemente, poderá retornar ao Simples, ressalvadas outras vedações, depois de transpor um ano calendário sem incorrer na situação excludente em tela.

No que concerne à outra questão arguida no recurso voluntário, na qual a recorrente hostiliza a formalização retroativa da exclusão do Simples, determinada pelo ADE combatido, cujo foi lavrado em 07 de agosto de 2003, mas determinou a exclusão a partir de 01/01/2002, esta não encontra óbice na legislação. De fato, a situação excludente verificou-se em 2001, tendo a exclusão sido processada legalmente, nos termos do disposto nos artigos 13, 14 e 15 da Lei nº 9.317/96.

Em outro pleito, a litigante requer seja aplicada a retroatividade benigna, com previsão, segundo a defesa, no art. 106 do CTN. Com isso pretende seja adotado, para o caso aqui discutido, retroativamente a 2001, o novo limite estabelecido pela Lei Complementar nº 123/2006, de R\$ 2.400.000,00, em vez do limite considerado pelo ADE, de R\$ 1.200.000,00, vigente em 2001. Argumenta que a aplicação retroativa do novo limite seria possível, apesar de envolver o ano calendário de 2001, em vista da controvérsia ainda não ter sido definitivamente julgada. Nessa condição, mesmo sem a aplicação da proporcionalidade acima discutida, reivindicada pela recorrente, não haveria excesso de receita bruta global em 2001, o que, consequentemente, condenaria a exclusão à insubsistência.

Essa pretensão, entretanto, ao menos no meu modo de pensar, não encontra amparo no disposto no art. 106 do CTN. O citado artigo do CTN, que trata de aplicação da lei a ato ou fato pretérito, não abarca situações como a cogitada pela recorrente, pois a modificação que quer ver aplicada retroativamente, cinge-se a ato legal superveniente que apenas atualiza o valor parâmetro para o limite de ingresso ou permanência no (agora) Simples Nacional. Ademais, não vejo na legislação tributária outro dispositivo legal que pudesse dar guarida à reivindicação formulada.

Quanto à acusação de que o procedimento de exclusão do Simples estaria “*eivado de ilegalidade e inconstitucionalidade*” (fl. 203) e que o procedimento teria sido conduzido “*ao arrepio dos Princípios do devido processo legal, Contraditório e Ampla Defesa*” (fl. 199) e com ofensa a diversos outros aspectos constitucionais que relaciona, em nada socorre a interessada, principalmente pelo fato do procedimento, no meu modo de ver, não ter infringido as disposições referidas. Ademais, conforme dispõe o art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009, é vedado às Turmas Julgadoras deste CARF deixar de aplicar Lei, sob fundamento de inconstitucionalidade, a não ser que já tenha sido declarada inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, os alegados problemas decorrentes da pretendida reinclusão no Simples (possível por ter sido desfeita a participação excludente), cuja nova opção estaria sendo negada sob o argumento de que a empresa já é optante dessa sistemática de tributação, não podem ser apreciados por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, na forma pedida, pois não compete a este colegiado examinar e opinar sobre pedidos iniciais de reinclusão de empresas no Simples.



A apreciação seria possível, o que não é o caso dos autos, se a matéria tivesse sido encaminhada nos termos do art. 19 da Lei nº 10.833/2003, que inseriu no art. 8º da Lei nº 9.317/96 o § 6º. Esse dispositivo passou a garantir o contencioso administrativo, disciplinado pelo Decreto nº 70.235/72, nos casos de indeferimento da opção para o ingresso no SIMPLES, desde que determinado por despacho de autoridade administrativa da Secretaria da Receita Federal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.


GERVASIO NICOLAU RECKTENVALD