



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13897.000547/2004-41
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-005.187 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 08 de outubro de 2020
Recorrente SINGULAR SERVICOS LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE.

Conhece-se de Recurso Especial de Divergência, quando resta demonstrado o alegado dissídio jurisprudencial. Há que se falar em divergência interpretativa, quando o acórdão recorrido guarda similitude fática com o paradigma, nos termos do art. 67, Anexo II do RICARF.

SIMPLES. CESSAÇÃO DA CAUSA IMPEDITIVA DE ADEÇÃO E PERMANÊNCIA. PERÍODO DE OCORRÊNCIA NÃO ABRANGIDO NO ATO DE EXCLUSÃO. INSUBSISTÊNCIA.

Verificado que a situação motivadora da exclusão do SIMPLES deixou de existir, os efeitos da exclusão não podem abranger tal período. Uma vez que o Ato de exclusão apenas produziria seus efeitos em momento posterior à cessação da causa impeditiva, o mesmo apresenta-se insubsistente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial, vencido o conselheiro Caio Cesar Nader Quintella (relator), que não conheceu do recurso. No mérito, por unanimidade de votos, acordam em dar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Viviane Vidal Wagner, Fernando Brasil de Oliveira Pinto (suplente convocado) e Andrea Duek Simantob. Designada para redigir o voto vencedor, quanto ao conhecimento, a conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto.

(documento assinado digitalmente)

Andrea Duek Simantob - Presidente.

(documento assinado digitalmente)
Caio Cesar Nader Quintella - Relator.

(documento assinado digitalmente)
Amélia Wakako Morishita Yamamoto – Redatora Designada.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Viviane Vidal Wagner, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Fernando Brasil de Oliveira Pinto (suplente convocado), Luis Henrique Marotti Toselli, Caio Cesar Nader Quintella e Andrea Duek Simantob (Presidente em Exercício).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial (fls. 142 a 195) interposto pela Contribuinte em face do v. Acórdão nº 3803-000.070 (fls. 131 a 137), proferido pela C. 3ª Turma Especial da 3ª Seção deste E. CARF, em sessão de 19 de novembro de 2008, que negou provimento ao Recurso Voluntário apresentado pela Contribuinte, mantendo a exclusão do SIMPLES, nos termos do ADE. Confira-se:

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

Ano-calendário: 2002

NULIDADE. FALTA DE MOTIVAÇÃO DO ADE. ARGÜIÇÃO DE VIOLAÇÃO DA AMPLA DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO.

Cabe à pessoa jurídica a verificação da inoccorrência de qualquer das hipóteses de vedação à opção pelo SIMPLES, previstas na lei que rege o regime favorecido, razão pela qual descabe a argüição de ausência no ADE de informações acerca do percentual de participação do sócio no capital social de outra empresa e da receita bruta global das empresas das quais o sócio participa. Porquanto tais informações devem, obrigatoriamente, ser do conhecimento prévio da pessoa jurídica, sendo indispensáveis para o seu ingresso no SIMPLES.

O direito de o Fisco verificar o efetivo cumprimento dos requisitos necessários ao ingresso da pessoa jurídica na sistemática do SIMPLES somente se extingue após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador.

VEDAÇÃO À OPÇÃO. INOBSERVÂNCIA DE REQUISITOS ESSENCIAIS. EXCLUSÃO.

Mantendo o sócio participação no capital social de outras empresas, é vedada a opção da pessoa jurídica pelo SIMPLES se na data de ingresso no regime tal

participação superava 10% (dez por cento) e a receita bruta global dessas empresas excedia o limite legal previsto na legislação de regência.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Em resumo, a contenda tem como objeto exclusão da Contribuinte do SIMPLES, em face da constatação de que seu sócio possuía participação societária superior a 10% em outra empresa, sendo que a *receita bruta global* de ambas entidades superava o limite legal vigente de R\$ 1.200.000,00, no ano-calendário de 2000, nos termos do Ato Declaratório de Exclusão (ADE) n.º 561.290, de 02 de agosto de 2004.

A seguir, para um maior aprofundamento, adota-se trecho do relatório do v. Acórdão de Recurso Voluntário, ora recorrido:

(...)

Trata o processo de manifestação de inconformidade contra o indeferimento de sua Solicitação de Revisão de Exclusão da Opção pelo Simples (SRS fl. 44).

O contribuinte foi excluído por meio do Ato Declaratório de Exclusão (ADE) n.º 561.290, de 02 de agosto de 2004 (fl. 04), pelo motivo "sócio ou titular participar de outra empresa com mais de 10% do capital social e a receita bruta global no ano-calendário de 2000 ultrapassou o limite legal. CPF 151.234.53857; CNPJ 02.654.979/000147".

A Delegacia da Receita Federal em Taboão da Serra indeferiu a SRS do contribuinte (fl. 44 verso), por ter se confirmado a situação excludente nas pesquisas efetuadas nos sistemas da SRF.

Aquela DRF esclareceu ao contribuinte o motivo da exclusão, tendo em vista sua SRS ter versado somente sobre o faturamento do ano-calendário 2000.

Cientificado dessa decisão em 10/11/2004 (fl. 43), o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade em 16/11/2004 (fls. 01/40), alegando que:

- Em que pese o motivo da exclusão ter ocorrido em 31/12/2000, continuou a adotar os procedimentos da sistemática simplificada, acreditando não haver restrições, pois não se pronunciou a autoridade fiscal;
- A exclusão do Simples em 2004 consiste em violação dos princípios do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, pois a reversão dos procedimentos adotados nos anos de 2001 a 2003 lhe causará prejuízos de difícil reparação;
- O Ato Declaratório Interpretativo SRF n.º 16 de 2002 dispõe sobre a intenção inequívoca de aderir ao Simples, tal como sempre procedeu ao contribuinte, nunca deixando de cumprir suas obrigações.

Os argumentos aduzidos pelo Recorrente, no entanto, não foram conhecidos pela primeira instância de julgamento administrativo fiscal, conforme ementa do Acórdão abaixo transcrito:

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 posterior. A exclusão com efeitos retroativos, quando verificado que o contribuinte incluiu-se indevidamente no sistema, é admitida pela legislação.

Solicitação Indeferida

Cientificada da referida decisão em 14/05/2007 (fl. 71), a Recorrente, em 12/06/2007 (fl. 72), tempestivamente portanto, apresentou o recurso voluntário de fls. 72/88, com as alegações resumidamente abaixo transcritas:

Dos Fatos

A Recorrente optou pelo SIMPLES, em 1º de janeiro de 2000, e a partir da referida data vem cumprindo com todas as suas obrigações de natureza fiscal.

Que foi excluído do Sistema por meio do Ato Declaratório de Exclusão ADE nº 561.290, de 02 de agosto de 2004, pelo motivo "sócio ou titular participar de outra empresa com mais de 10% do capital e a receita bruta global no ano-calendário de 2000 ultrapassar o limite legal, CP17 151.234.53857 e CNPJ 02.654.979/000147, de cuja exclusão só tomou a Requerente ciência em 16/11/2004. Exclusão essa com data RETROATIVA a 10 de Janeiro de 2000.

Das Receitas efetivadas pela Recorrente

É de mister consignar que no ano calendário de 2000, a Recorrente teve uma Receita Bruta que somados a participação de um dos sócio em outra empresa efetivamente ultrapassara o limite previsto, portanto, correta esta essa exclusão. Efetua a demonstração de seu faturamento no ano calendário de 2000.

É de suma importância frisar, que muito embora tenha a Recorrente ultrapassado o limite no Ano Calendário de 2000, porém, nos anos-calendários seguintes, a mesma preenchia perfeitamente os requisitos legais para a continuação de sua inclusão no Regime do SIMPLES, pois, sua receita anual foram as seguintes: (segue demonstrações de 2001 a 2006).

Segue argumentando sobre as definições Constitucionais e legais do que seria a definição de empresa de Pequeno Porte, discorre sobre o Estatuto da Micro Empresa e da criação do SIMPLES, concluindo que duas Leis, se definiram o que se entende por micro empresa e empresa de pequeno porte, nos termos do art. 179, da Constituição Federal.

Ressalta que o presente PAF, cujo Acórdão ora se recorre, iniciou-se em 02/08/2004, o qual não teve o desfecho definitivo até a presente data, ou seja, não transitou em julgado, logo se a Recorrente não preencheu os requisitos legais no que tange a opção do "SIMPLES" somente no ano-calendário de 2000, sendo que os efeitos da exclusão somente ocorrerão a partir de 01/01/2002, e em face de sua receita ter ultrapassado limite de R\$ 1.200.000,00, a sua EXCLUSÃO só se faz necessário nesse ano-calendário de 2001.

Por outro prisma, tendo em vista que a sua receita referente aos anos-calendários: 2002; 2003; 2004; 2005; 2006, foram inferiores aos valor de R\$ 1.200.000,00, a Recorrente entende continuar fazendo jus ao benefício do "SIMPLES", isto porquê, a mesma preenche os requisitos das duas Leis nºs: 9.317/96 e 9841/99, e art. 170 e 179, da CF, que definiram o que se entende por Micro Empresa e Empresa de Pequeno Porte.

Do Pedido

Requer que seja acolhido o presente recurso no sentido de permanecer a Recorrente como optante pelo Regime do "SIMPLES" nos anos-calendários de 2002; 2003; 2004; 2005; 2006 e 2007, porque suas receitas não ultrapassaram os limites previstos em Lei, excluindo-se tão somente o ano-calendário de 2000, o qual efetivamente ultrapassou o limite de R\$ 1.200.000,00.

Como visto, a DRJ negou provimento à Manifestação de Inconformidade da Contribuinte, mantendo o ADE combatido na sua integralidade. Inconformada, a ora Recorrente apresentou Recurso Voluntário a este E. CARF, reiterando seus argumentos, defendendo que a violação ocorrida ao limite para adesão e permanência no SIMPLES, de valor pífio, deu-se apenas no ano 2000, sendo indevida a manutenção de sua exclusão para os demais anos.

Quando do julgamento de tal primeiro *Apelo*, entendeu a C. Turma Extraordinária, por unanimidade de votos, que eram improcedentes as razões de *defesa*, mantendo aquilo decidido pela DRJ *a quo*.

Diante de tal revés, a Contribuinte não apresentou Embargos de Declaração, interpondo o Recurso Especial ora sob julgamento, demonstrando a suposta existência de dissídio jurisprudencial, trazendo decisões em que fora determinada a *reinclusão* do contribuinte no SIMPLES, partir dos anos-calendários em que o limite de *receita bruta* não fora extrapolada, pugnando que esta deveria ter sido a solução adotada pelo C. Colegiado.

Processado, o Recurso Especial da Contribuinte teve seu prosseguimento determinado, através do r. Despacho de Admissibilidade de fls. 228 e 233, concluindo que o *confronto das situações alvo de julgamento administrativo - no 1.º paradigma e no acórdão recorrido - revela resultados divergentes ligados à interpretação do que determina o art. 9.º, IX, da Lei n.º 9.317/96. Portanto, reconheço a divergência de interpretação da legislação por conta da matéria reinclusão no SIMPLES quando posteriormente afastada a vedação do art. 9.º, inc. IX, da Lei n.º 9.137/96.*

Intimada, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional apresentou Contrarrazões (fls. 235 a 242), defendendo a manutenção do v. Acórdão recorrido.

Em seguida, o processo foi sorteado para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, Relator.

Admissibilidade

Reitera-se a tempestividade do Recurso Especial da Contribuinte, conforme atestado anteriormente no r. Despacho de Admissibilidade. Considerando a data de sua interposição, como igualmente antes já registrado, seu cabimento estava sujeito à hipótese regida pelo art. 67 do RICARF, instituído pela Portaria MF nº 343/2015.

Conforme relatado, a Fazenda Nacional, em suas Contrarrazões, não se insurge propriamente sobre o conhecimento.

Contudo, verificando o v. Acórdão recorrido em confronto com aquele trazido como paradigma no *Apelo* Especial, entende-se ser cabível aqui uma análise mais aprofundada de seu cabimento.

Em suma, no v. Acórdão nº 3803-000.070, agora sob questionamento, reiterando as razões de decidir da DRJ, entendeu-se que não se aplicaria ao caso da Contribuinte o *Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16 de 2002*, sendo devida a sua exclusão (que ocorreria apenas a partir do ano-calendário 2002 e não do ano-calendário de 2000, como veio a alegando), entendendo plenamente lícita a manobra do Fisco. Confira-se:

(...)

VEDAÇÃO À OPÇÃO. INOBSERVÂNCIA DE REQUISITOS ESSENCIAIS. EXCLUSÃO.

Mantendo o sócio participação no capital social de outras empresas, é vedada a opção da pessoa jurídica pelo SIMPLES se na data de ingresso no regime tal participação superava 10% (dez por cento) e a receita bruta global dessas empresas excedia o limite legal previsto na legislação de regência.

(...)

Nota-se que a Recorrente não se insurge sobre a hipótese de vedação/exclusão do Simples apontada no Ato Declaratório, limitando-se a questionar os efeitos de sua exclusão do Sistema, aduzindo ter demonstrado intenção inequívoca em aderir. Admite que no ano calendário de 2000, teve uma Receita Bruta que somados a participação de um dos sócio em outra empresa efetivamente ultrapassara o limite previsto, portanto, correta esta essa exclusão. Efetua a demonstração de seu faturamento no ano-calendário de 2000. Ressalta que muito embora tenha ultrapassado o limite no ano-calendário de 2000, porém, nos anos-calendários seguintes, a mesma preenchia perfeitamente os requisitos legais para a continuação de sua inclusão no Regime do SIMPLES, pois, sua receita anual foram as seguintes: (segue demonstrações de 2001 a 2006).

Pois bem. Conforme muito bem pontuado pela decisão recorrida, as disposições do Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16 de 2002 aplicam-se aos casos de o contribuinte não constar como optante pelo SIMPLES em razão de erro de fato quando de sua opção, situação em que, vislumbrada a intenção de optar, através de pagamentos e declarações naquela sistemática, e não incidindo em hipóteses de vedação à opção, admite-se a regularização cadastral do contribuinte para "optante pelo SIMPLES". Destarte, em nada se aplica ao caso em tela, em que o contribuinte era formalmente optante, e foi excluído por incidir em vedação legal.

O referido Acórdão segue consignando que:

(...)

Constata-se, portanto, que as aludidas instruções normativas, ao fixarem a data de início dos efeitos da exclusão, bem conjugaram as disposições da Medida Provisória nº2.158-34, de 2001, que passou a autorizar a exclusão com efeitos retroativos, com a previsão do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1.999, que determina à Administração a observância do princípio da segurança jurídica.

Nem se diga que estaria ocorrendo aplicação retroativa de nova interpretação, o que também é vedado à Administração, pelo inciso XIII do citado art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, haja vista que as atividades da contribuinte impediam o seu ingresso na sistemática do Simples, tendo ela, contribuinte, efetuado a opção por sua conta e risco e, portanto, sujeita à fiscalização posterior.

Assim, diferentemente do que acredita o contribuinte, embora a situação excludente tenha se dado no ano-calendário 2000, os efeitos da exclusão somente ocorrerão a partir de 01/01/2002.

Portanto, mantendo o sócio participação no capital social de outras empresas, é vedada a opção da pessoa jurídica pelo SIMPLES se na data de ingresso no regime tal participação superava 10% (dez por cento) e a receita bruta global dessas empresas excedia o limite legal previsto na legislação de regência.

Como visto, está-se diante, pois, de hipótese de vedação à opção, tendo em vista que seu ingresso deu-se de modo irregular. Logo, impõe-se sua exclusão desta sistemática.

(destacamos)

Como se observa de todo o teor decisório do v. Acórdão recorrido, o I. Relator não enfrentou, expressa e diretamente, a suposta possibilidade da Recorrente ser reincluída no SIMPLES a partir de 2001, sob argumento e demonstração de que a irregularidade que motivou sua exclusão apenas deu-se durante o ano-calendário de 2000, cessando posteriormente sua ocorrência.

Na verdade, este Conselheiro entende que naquele r. Julgado, ora combatido, houve, primeiro, um afastamento da *premissa* da tese que arrima o pedido da Contribuinte, inclusive elucidando que sua exclusão somente surtiria efeitos a partir de 01/01/2002 e, depois, conclui que, no presente caso, a própria opção pelo SIMPLES, per si considerada, foi indevida, vez que em tal momento de exercício de vontade, reconhecidamente, o sócio da contribuinte possuía participação superior a 10% em outra companhia, cujas as receitas brutas somadas extrapolavam R\$ 1.200.000,00.

Frise-se a Contribuinte poderia ter oposto Embargos de Declaração, mas optou por não fazê-lo.

Por sua vez, o primeiro paradigma, v. Acórdão nº 303-33.683, único acatado pelo r. Despacho Decisório, tratou de hipótese em que se reconhece a mesma causa impeditiva de permanência no SIMPLES, mas determina a *reinclusão* no ano-calendário posterior a cessação de tal fato impeditivo. Confira-se:

Simples. Exclusão. Limite da receita bruta ultrapassado quando considerada a participação superior a 10% de sócio desta sociedade empresária no capital de outra.

É legítima a exclusão de pessoa jurídica do Simples quando motivada na inobservância do limite da receita bruta decorrente da participação superior a 10% de sócio desta sociedade empresária no capital de pessoa jurídica tributada com base no lucro real ou presumido. Se declarada posteriormente à extinção do impedimento, a exclusão somente produz efeitos no período alcançado pelos fatos motivadores da vedação.

Recurso voluntário provido em parte

(...)

Por outro lado, é fato reconhecido no próprio voto condutor do acórdão recorrido que o motivo da exclusão já inexistia em agosto de 2004, data da expedição do ato declaratório de folha 27, tendo em vista a alteração do contrato social da pessoa jurídica Posto Itapuã Ltda., registrada na Junta Comercial do Estado da Bahia no dia 9 de julho de 2004.

Logo, a despeito de legítima a exclusão do Simples declarada posteriormente à extinção do impedimento, seus efeitos não podem extrapolar o período alcançado pelos fatos motivadores dessa vedação.

Nesse sentido, faço uso da inteligência do § 2º do artigo 8º da Lei 9.317, de 1996, 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.

Com essas considerações, dou provimento parcial ao recurso voluntário, para reincluir a ora recorrente no Simples a partir de 1º de janeiro de 2005.

(destacamos)

Ainda que o arcabouço fático envolvido nesse v. Acórdão paradigma, em relação à *causa* da exclusão seja a mesma, no julgamento daquele outro processo **não é, em momento algum, explicitado se o ingresso do contribuinte no SIMPLES foi regular ou se o ano-calendário da ocorrência da causa impeditiva foi o mesmo da opção.** Em relação a *reinclusão*, apenas se invoca a *inteligência* do §2º do art. 8º da Lei nº 9.317/96 para fundamentar tal conclusão.

Cotejando ambos os v. Acórdãos, recorrido e paradigma, temos que 1) no recorrido fora afastada a premissa da *tese* e do *pedido* da Contribuinte, enquanto tal situação não é explorada no paradigma, 2) no recorrido se conclui que **a opção e o ingresso da Recorrente no regime do SIMPLES fora indevido**, enquanto no paradigma nada se esclarece ou é abordado sobre o *ingresso*, 3) no recorrido a *reinclusão* no SIMPLES **não** foi objetivamente explorada, sendo expressamente tratada no paradigma e 4) no paradigma o fundamento para a *reinclusão* é o §2º do art. 8º da Lei nº 9.317/96, dispositivo esse que não foi abordado no v. Acórdão recorrido.

Data maxima venia, diferente daquilo concluído no r. Despacho Decisório, no sentido de que teria havido *resultados divergentes ligados à interpretação do que determina o art. 9.º, IX, da Lei n.º 9.317/96* [vedação referente ao sócio que possui mais 10% do capital de outra empresa, cujas as receitas brutas somadas extrapolam o limite legal da opção], a matéria em tela **não** se relaciona ao dispositivo que trata da causa da exclusão. Nisso, ambos v. Acórdãos são convergente.

Sem margens para dúvidas, não está claro que as ocorrências verificadas em cada um dos v. Acórdãos são as mesmas, fragilizando a demonstração da similitude fática necessária, e os dispositivos legais expressamente explorados são distintos, bastando para não restar evidente a *interpretação divergente* da mesma legislação.

A análise de admissibilidade e conhecimento do Recurso Especial, seja manejado pelo contribuinte ou pela Fazenda Nacional, é tema objetivo, de pertinência processual e regimental – independentemente da correção ou improcedência do r. *decisum* combatido.

Posto isso, entende-se que o v. Acórdão acatado previamente como paradigma não satisfaz a hipótese do art. 67 do RICARF para o conhecimento do Recurso Especial.

Desse modo, o *Apelo* não deve ser conhecido e julgado.

Mérito

Caso vencido, tendo de se conhecer do Recurso Especial interposto pela Contribuinte, passa-se a apreciar a matéria submetida a julgamento, qual seja, o *direito a reinclusão no regime do SIMPLES, após cessada a causa da exclusão*.

Como visto, a Recorrente reconhece que, no ano-calendário 2000, incorria na vedação do inciso IX do art. 9 da Lei nº 9.713/96, vez que seu sócio efetivamente possuía mais de 10% de participação societária em outra empresa, cujas *receitas brutas* combinadas exorbitavam o limite vigente de R\$ 1.200.000; mas defende, e requer, a sua *reinclusão* no regime a partir de janeiro de 2001, sendo incontroverso que cessada a causa de sua exclusão a partir de tal ano-calendário seguinte.

Analisando a jurisprudência deste E. CARF sobre esse tema específico, observa-se que a manifestação mais recente dessa 1ª Turma da CSRF deu-se por meio do v. Acórdão nº 9101-002.220, de votação unânime, de relatoria da I. Pres. Conselheira Adriana Gomes Rego, publicado em 20/02/2016:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

Ementa: SIMPLES. EXCLUSÃO. REINCLUSÃO DE OFÍCIO. ADMISSIBILIDADE.

Verificado que a situação motivadora da exclusão de ofício deixou de existir, estando o Ato Declaratório com seus efeitos suspensos desde a data da instauração da lide, deve a autoridade julgadora determinar tão somente o interregno de tempo em que teria surtido efeito a exclusão.

Recurso Especial do Contribuinte Provido.

(...)

No mérito, discute-se a possibilidade ou não deste Conselho poder determinar a reinclusão de ofício no Simples, eis que não mais presentes as razões que ensejaram a exclusão e, sendo possível, se no caso concreto haveria motivos para a reinclusão.

Para tanto, entendo oportuno destacar os seguintes fatos e datas:

1) O Ato Declaratório de Exclusão foi editado em 02/08/2004 (fl. 3), com ciência ao contribuinte em 30/08/2004 (fl. 28), em razão de o sócio OTABIO KATSUO NAKAMURA participar de outras empresas – NKC REPRESENTAÇÕES LTDA e POSTO DE GASOLINA GUADIANA LTDA – com mais de 10% do Capital Social e a receita bruta global no ano calendário de 2002 ultrapassar o limite legal, haja vista o disposto nos arts. 9º, inciso IX, 13, inciso II, alínea “a”, 14, inciso I e 15, inciso II, da Lei nº 9.317/96.

2) Em 13 de setembro de 2004, o Sr. OTÁBIO deixou de figurar no quadro societário do POSTO DE GASOLINA GUADIANA LTDA (conforme fls. 15 e 47).

3) Somente em 04 de julho de 2005, o referido sócio deixou o quadro societário da empresa NKC REPRESENTAÇÕES LTDA (v. fls. 48).

Assim, de pronto, já é possível identificar, no caso dos autos, que os motivos que ensejaram a exclusão da contribuinte do SIMPLES deixaram de existir somente após a edição do Ato Declaratório. Ou seja, a exclusão se deu em 02/08/2004, com ciência em 30/08/2004, sendo que os motivos que causaram a exclusão teriam cessado apenas em 04/07/2005.

Neste caso, cessados os motivos que ensejaram a exclusão, a requerente teria o direito de retornar ao SIMPLES a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme o disposto no art. 8º, § 2º, da Lei nº 9.317/96.

Após ter sido cientificada do Ato Declaratório de Exclusão (fls. 28), a recorrente apresentou a Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples Federal SRS (fls. 01/02) propugnando pela revisão do ato administrativo. Com a apresentação da SRS, foram tomadas as providências necessárias pela autoridade administrativa para a suspensão da exclusão até que a demanda fosse definitivamente solucionada, conforme o disposto no art. 3º da Lei nº 9.732/98. É o que se verifica do extrato do sistema SIVEX – Vedações e Exclusões (fls. 18 e 28/29).

Assim, na prática, para os sistemas da Receita Federal e para a própria contribuinte, nunca houve exclusão de fato (fls. 21/22), tendo a mesma apresentado suas declarações feito seus pagamentos sempre na sistemática do SIMPLES, desde a época da edição do Ato Declaratório de Exclusão. Se não tivesse impugnado o ato de exclusão, estaria efetivamente fora da sistemática do SIMPLES. Neste caso, cessados os motivos que motivaram sua exclusão, bastaria fazer nova alteração cadastral, via FCPJ, para se ver reincluída do sistema simplificado a partir do ano seguinte àquele em adquiriu as condições necessárias para tanto, conforme o disposto no art. 8º, § 2º, da Lei nº 9.317/96 c/c art. 16, §3º, da Instrução Normativa SRF nº 355/2003.

Mas, não sendo esse o caso dos autos, cabe aqui determinarmos o interregno de tempo em que a exclusão teria surtido seus efeitos, haja vista que, desde o primeiro momento em que se manifestou nos autos, a contribuinte pede a revogação de sua exclusão, conseqüentemente, manifestando o interesse em permanecer no SIMPLES. In casu, o sócio Sr. OTÁBIO deixou a sociedade da empresa POSTO DE GASOLINA GUADIANA em 13 de setembro de 2004 e da empresa NKC REPRESENTAÇÕES LTDA somente em 04 de julho de 2005, devendo ser esta a data de referência para a decisão.

Que a requerente tem o direito de retornar ao SIMPLES após cessados os motivos que ensejaram sua exclusão, não há a menor dúvida; que o Ato Declaratório de Exclusão foi considerado totalmente hígido, restou claro até o

presente momento; portanto, a "reinclusão" deve ser admitida somente a partir do primeiro dia do ano seguinte à extinção dos motivos que ensejaram a exclusão, ou seja, 01 de janeiro de 2006.

Ante todo o exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Especial da Contribuinte, considerando-a reincluída no SIMPLES a partir de 01 de janeiro de 2006.

Como se observar, no *precedente* dessa C. 1ª Turma não foi feita a análise se a causa impeditiva da permanência no SIMPLES existia no momento da adesão, diferente do v. Acórdão recorrido. Porém, lá se entendeu ser inquestionável o direito do contribuinte ser reincluído na *sistemática* tributária em questão, após o afastamento da causa impeditiva.

Analizando os termos e prescrição da Lei nº 9.713/97 - que derradeiramente regem a matéria e podem estabelecer limitações e ônus aos contribuintes - principalmente os dispositivos que tratam da exclusão e adesão, este Conselheiro não encontra *discrimén* que justifique, no presente caso, a impossibilidade da Recorrente optar novamente ou mesmo ser *reincluída* no SIMPLES, depois do momento em que cessada a hipótese do inciso IX do art. 9 da Lei nº 9.713/96.

Tendo em vista que a Contribuinte, no ano-calendário de 2001 e seguintes, teve conduta e postura de optante junto ao Fisco, dentro de circunstância em que não existia mais o empecilho legal do inciso IX do art. 9 da Lei nº 9.713/96, o fato de que, originalmente, a opção feita inicialmente ter se mostrado indevida, não pode repercutir indefinidamente nos períodos posteriores.

Em relação ao fato da Contribuinte adotar a premissa de que a exclusão se daria a partir do ano-calendário 2000, requerendo sua *reinclusão* a partir de 2001 – enquanto, na verdade, os efeitos do ADE só surtiriam efeitos a partir de janeiro de 2002 - tal *falha* postulatória não lhe prejudica.

Muito pelo contrário, na verdade.

Isso pois, tendo sido o Ato Declaratório de Exclusão (ADE) nº 561.290 emitido em 02 de agosto de 2004, para que a exclusão somente gerasse seus efeitos a partir de janeiro de 2002, sendo que o motivo e o fundamento para a sua exaração somente perdurou durante ano-calendário de 2000 (restando comprovada sua cessação já em 2001), certamente é inócua e insubsistente a manobra da Autoridade Fiscal, devendo ser cancelado o Ato da Fiscalização.

Diante do exposto, voto por dar provimento ao Recurso Especial da Contribuinte, para cancelar o Ato Declaratório de Exclusão (ADE) nº 561.290 de 02 de agosto de 2004.

(documento assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella - Relator

Voto Vencedor

Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Redatora Designada

Este voto vencedor serve apenas para tratar do conhecimento do Recurso Especial do Contribuinte.

Com a devida vênia, em que pese o relator não ter conhecido do recurso, a maioria do Colegiado entendeu conhecê-la, pelas seguintes razões:

O acórdão recorrido entendeu que a recorrente admitiu que no ano-calendário de 2000 teve receita bruta que ultrapassavam o limite previsto em lei, quando somados a participação de um dos sócios em outra empresa, e que tal exclusão do Simples estaria correta para o ano-calendário 2001.

Diante deste fato, entendeu que embora a situação excludente tenha se dado no ano-calendário 2000, os efeitos da exclusão somente ocorreriam a partir de 01/01/2002.

Já o acórdão paradigma apresentado e aceito pelo despacho de admissibilidade, Ac. 303-33.683, assim se posiciona, em igual situação de inobservância de limite de receita bruta:

Logo, a despeito de legítima a exclusão do Simples declarada posteriormente à extinção do impedimento, seus efeitos não podem extrapolar o período alcançado pelos fatos motivadores dessa vedação.

Nesse sentido, faço uso da inteligência do § 2º do artigo 8º da Lei 9.317, de 1996 [5], 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.

Com essas considerações, dou provimento parcial ao recurso voluntário, para reincluir a ora recorrente no Simples a partir de 1º de janeiro de 2005.

Ou seja, os efeitos da exclusão somente para o ano em que ocorreu a inobservância do limite.

Tendo em vista tal conclusão, já se verifica a divergência jurisprudencial, já que entendeu que a exclusão somente se aplicaria ao ano em que ocorreu a vedação e portanto a exclusão, e não nos anos subsequentes, como entendeu o acórdão recorrido.

É certo que tal paradigma não menciona expressamente a reinclusão como colocou o ilustre relator, porém, o fato de se aplicar a exclusão somente para o ano em que ocorreu a vedação, implicitamente permite a sua inclusão para os anos posteriores.

Assim, vejo que o paradigma preenche os requisitos legais para o conhecimento.

Conclusão

Dessa forma, voto por conhecer do Recurso Especial do contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Amélia Wakako Morishita Yamamoto