



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16306.000092/2010-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-005.074 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de outubro de 2020
Recorrente CIDADE JARDIM COMERCIAL E EDUCACIONAL LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2006

SIMPLES FEDERAL. PARTICIPAÇÃO DE SÓCIO EM OUTRA EMPRESA COM MAIS DE 10% (DEZ POR CENTO) DO CAPITAL SOCIAL. RECEITA BRUTA GLOBAL SUPERIOR AO LIMITE LEGAL.

A pessoa jurídica 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 da receita bruta anual não pode optar pelo Simples Federal. A exclusão produz efeitos a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, **por unanimidade de votos**, negar provimento ao recurso voluntário, mantendo os efeitos do Ato Declaratório Executivo da DERAT/SÃO PAULO/SP que excluiu a recorrente do regime do SIMPLES FEDERAL a partir de 1º de janeiro de 2006.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogério Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Wilson Kazumi Nakayama (suplente convocado), Paula Santos de Abreu, Luciano Bernart e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela contribuinte acima identificada em face de decisão exarada pela 1ª Turma da DRJ/SP1, sessão de 29 de agosto de 2011, que indeferiu a manifestação de inconformidade apresentada (fls. 124/131)¹ e ratificou o entendimento da DERAT/SÃO PAULO/SP, expresso no Ato Declaratório Executivo nº 23/2010, de 04 de maio de 2010 (fls. 97), mediante o qual a recorrente foi excluída do regime do SIMPLES FEDERAL (Lei nº 9.317/1996), em virtude da seguinte situação: “CPF : 056.446.958-08 - MARGARIDA MARIA MACHADO Situação excludente (evento 321): - Descrição : cujo titular ou sócio participe com mais de 10% do capital de outra empresa desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art.2º - Data da ocorrência: 31/12/2005; - Fundamentação legal: Lei nº 9.317, de 05/12/1996: art. 9º, I e II; art. 12, ; art. 14, I; art. 15, IX, §3 e art. 16”.

O ADE, na íntegra, está abaixo reproduzido:

	MINISTÉRIO DA FAZENDA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO – DERAT/SPO
Processo nº : 16306.000092/2010-11 Ato Declaratório Executivo Derat/SPO, nº 23/2010.	
Declara excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) o contribuinte que menciona.	
O CHEFE DA EQUIPE-DE RAT/SPO- Substituto , no uso das atribuições que lhe confere o Art. 1º da Portaria de Delegação de Competência nº 413, publicada no DOU em 15 de Outubro de 2009, declara:	
Art. 1º Fica o contribuinte, a seguir identificado, excluído do Simples a partir do dia 01/01/2006 pela ocorrência da situação excludente indicada abaixo.	
Nome : CIDADE JARDIM COMERCIAL E EDUCACIONAL LTDA-ME.. - PLAY PEN ESCOLA MATERNAL LTDA CNPJ : 03.541.163/0001-70 Data da opção pelo Simples Federal: 05/11/1999 CPF : 056.446.958-08 - MARGARIDA MARIA MACHADO Situação excludente (evento 321): - Descrição : cujo titular ou sócio participe com mais de 10% do capital de outra empresa desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art.2º.; - Data da ocorrência: 31/12/2005; - Fundamentação legal: Lei nº 9.317, de 05/12/1996: art. 9º, I e II; art. 12, ; art. 14, I; art. 15, IX, §3 e art. 16.	
Art. 2º A exclusão do Simples surtirá os efeitos previstos nos artigos 15 e 16 da Lei nº 9.317, de 1996, e suas alterações posteriores.	
Art. 3º Poderá o contribuinte, dentro do prazo de trinta dias contados a partir da data do recebimento deste Ato, manifestar sua inconformidade, por escrito, nos termos do Decreto nº 70.235, de 7 de março de 1972, e suas alterações posteriores, relativamente à exclusão do Simples Federal, ao Delegado da Receita Federal de Julgamento de sua Jurisdição, assegurados o contraditório e a ampla defesa.	
Art. 4º Não havendo manifestação no prazo previsto no artigo anterior, a exclusão do Simples tornar-se-á definitiva.	

¹ Inexistindo menção em contrário, a numeração referida será sempre a digital.

Cientificada e irresignada, a contribuinte acostou MI (fls. 124/131), alegando:

1. erro na tipificação legal do ato excludente, o que levaria à nulidade do ADE;
2. que o fato de existir contratos de mútuo entre ela, recorrente, e a empresa Play Pen Escola Maternal Ltda. não afetaria a sua opção e permanência no SIMPLES FEDERAL;
3. que o Decreto nº 5.028/2004 alterou, para mais, o limite do faturamento para que as empresas possam permanecer no regime simplificado.

Submetida à apreciação da 1ª Turma da DRJ/SP1, foi prolatada decisão (fls. 1736/178, valendo destacar os pontos principais focados pelo voto condutor:

8.	Efetuada pesquisa nos sistemas CNPJ e Sincor da RFB, constatou-se que a sócia da contribuinte, Sra. Margarida Maria Machado (CPF 056.446.958-08), integra o quadro societário da interessada desde 07/06/2005 (fls. 158 e 162).
9.	Verificou-se, ainda, que participa com <u>98,00%</u> do capital social da empresa Play Pen Escola Maternal Ltda (CNPJ 45.110.749/0001-20), desde 16/12/1980 (fl. 162).
10.	Conduzida pesquisa nos sistemas da RFB, para o ano-calendário 2005, observou-se que a defendente acumulou receita bruta de R\$ 1.125.751,54 (fl. 75), ao passo que a empresa Play Pen Escola Maternal Ltda (CNPJ 45.110.749/0001-20) gerou receita bruta de R\$ 1.516.308,63 (fl. 79), resultando em um somatório de R\$ <u>2.642.060,17</u> .
11.	Assim, configurou-se óbice ao Simples, com fulcro no art. 9º, inciso IX, da Lei nº 9.317/1996 (a receita acumulada permaneceu superior ao limite em 2006, ano em que atingiu R\$ 3.484.248,84 – fls. 76 e 80).
12.	Pugna a defendente que a referida exclusão não deve subsistir tendo em vista que há indubitável incongruência entre o motivo que teria acarretado a exclusão do Simples e a fundamentação legal registrada no ADE, o que, na sua interpretação, implica violação ao princípio da motivação dos atos administrativos (transcreve doutrina de Diógenes Gasparini à fl. 120).
13.	Realmente, assiste razão à interessada, porquanto o ato de exclusão foi fundamentado no art. 9º, incisos I e II, da Lei nº 9.317/1996, estando ausente do mesmo <u>a menção ao art. 9º, inciso IX, da Lei nº 9.317/1996</u> .
14.	Entretanto, o ADE registra a descrição da situação excludente do Simples como “cujo titular ou sócio participe com mais de 10% do capital de outra empresa desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art. 2º”, referência que permitiu que a recorrente fizesse imediata associação ao art. 9º, inciso IX, da Lei nº 9.317/1996 (transcrito por ela à fl. 121), e tecesse considerações à vedação ao regime simplificado nele consignada, exercendo, assim, plenamente seu direito de defesa.
15.	Veja-se que o fundamento legal para a exclusão (art. 9º, inciso IX, da Lei nº 9.317/1996) encontra-se perfeitamente identificado na Representação Fiscal para exclusão (fls. 4 e 5 – equivalente ao art. 192, inciso IX, do RIR/1999), a qual ela teve pleno conhecimento em razão do Termo de Vistas e Ciência de Processos assinado pela subscritora da defesa que se examina em 10/06/2010 (fls. 84 a 89).

16. No que se relaciona à afirmação da interessada, de que o simples fato de haver nos autos Instrumento Particular de Contrato de Mútuo celebrado entre ela e a empresa Play Pen Escola Maternal Ltda (CNPJ 45.110.749/0001-20 - menção na Representação) não implica em satisfazer as duas condições impostas na legislação para fins de exclusão, esclareça-se que a situação excludente consignada no ato de exclusão em comento não faz menção a qualquer contrato celebrado entre as empresas que compõem a receita bruta acumulada.
17. Por fim, quanto à menção ao Decreto nº 5.028, de 31/03/2004, que tece considerações acerca de limites dispostos no Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, Lei nº 9.841, de 05/10/1999, refere-se aos tratamentos administrativo, creditício e financeiro, dispensados às empresas que se enquadrem em suas condições, não tendo efeitos tributários, o que aliás ficou assentado no artigo 10 da MP 2.004-5, de 11/01/2000, convertida na Lei 9.964, de 10/04/2000:
- Art. 10. O tratamento tributário simplificado e favorecido das microempresas e das empresas de pequeno porte é o estabelecido pela Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e alterações posteriores, não se aplicando, para esse efeito, as normas constantes da Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999. (grifos acrescidos)*
18. Assim, não há nenhuma dúvida de que, em matéria tributária, o regime simplificado é aquele estatuído pela Lei nº 9.317/1996, não cabendo discutir, portanto, considerações constantes no contraditório e alusivas a dispositivo legal não pertinente ao comando legal que fundamenta o ato de exclusão que se examina.
20. Em consonância com o exposto, voto por julgar improcedente a manifestação de inconformidade da contribuinte.

A decisão restou assim ementada:

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

Ano-calendário: 2006

SÓCIO DE OUTRA EMPRESA. PARTICIPAÇÃO MAIOR QUE 10%. RECEITA BRUTA GLOBAL. ULTRAPASSAGEM DO LIMITE LEGAL. EXCLUSÃO.

Constatado que o sócio participa de outra empresa com mais de 10% do capital social e que a receita bruta global, no ano-calendário 2005, ultrapassou o limite legal, é cabível a exclusão da sistemática do Simples com efeitos a partir de 01/01/2006.

SIMPLES. LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA.

O tratamento tributário simplificado e favorecido das microempresas e das empresas de pequeno porte é o estabelecido pela Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e alterações posteriores, não se aplicando, para esse efeito, as normas constantes da Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Sem Crédito em Litígio

Discordando do r. *decisum*, a contribuinte acostou recurso voluntário (fls. 182/193), no qual rebateu a decisão da DERAT/SÃO PAULO/SP e da DRJ/SP1 e, no mérito, reafirmou os argumentos expendidos na MI, ou seja, i) teria havido erro na tipificação legal do ato excludente, o que levaria à nulidade do ADE; ii) o fato de existir contratos de mútuo entre ela, recorrente, e a empresa Play Pen Escola Maternal Ltda., não implicaria afetar a sua opção e permanência no SIMPLES FEDERAL; e, iii) que o Decreto nº 5.028/2004 alterou, para mais, o limite do faturamento para que as empresas possam permanecer no regime simplificado.

No fim, pede provimento para o RV.

É o relatório do essencial, em apertada síntese.

Voto

Conselheiro Paulo Mateus Ciccone - Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo (ciência do acórdão recorrido em 07/05/2012 – fls. 181, protocolização da peça recursal de 2ª Instância em 06/06/2012 – fls. 182), a representação da recorrente está corretamente formalizada (fls. 194/210), e os demais pressupostos para sua admissibilidade foram atendidos, pelo que o recebo e dele conheço.

De plano, é consabido que o SIMPLES FEDERAL é regime que, além de trazer verdadeiro benefício fiscal aos contribuintes, não deriva de imposição legal, mas de opção da pessoa jurídica que, se a ele resolver aderir, deve se submeter a todas as regras impostas, dentre estas, **não ter em seu quadro societário, sócio que participe em outra empresa com mais de 10% do capital social e que a receita bruta global, no ano-calendário respectivo, não ultrapasse o limite legal fixado pela legislação.**

Significa dizer que, ao estabelecer tratamento diferenciado, simplificado e favorecido quanto ao recolhimento de diversos impostos e contribuições, o diploma legal que instituiu o SIMPLES FEDERAL previu condições especiais para o ingresso e permanência no novel regime e, dentre elas, como dito, aquelas estampadas no seu art. 9º, inciso IX, e art. 2º, inciso II, *verbis*:

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. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

II - empresa de pequeno porte a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais). [Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005](#)

Pois bem, no caso concreto, a Autoridade Tributária da DERAT/São Paulo/SP emitiu o Ato Declaratório Executivo nº 23/2010, de 04 de maio de 2010 (fls. 97), mediante o qual a recorrente foi excluída do regime do SIMPLES FEDERAL (Lei nº 9.317/1996), em face da ocorrência do seguinte evento: “*situação excludente (evento 321): - Descrição : cujo titular ou sócio participe com mais de 10% do capital de outra empresa desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art.2º - Data da ocorrência: 31/12/2005; - Fundamentação legal: Lei nº 9.317, de 05/12/1996: art. 9º, I e II; art. 12, ; art. 14, I; art. 15, IX, §3 e art. 16”*.

Em suas duas peças recursais, a recorrente insistiu na tese de erro de direito na fundamentação do ADE e aumento do limite da receita bruta para fins de permanência no regime, por força do Decreto nº 5.028/2004.

Em relação ao primeiro ponto suscitado, há que se dar, inicialmente, razão à recorrente, posto que não foi mencionado, dentre os dispositivos infracionais, o inciso IX, do artigo 9º, da Lei nº 9.317/1996, JUSTAMENTE o que trata do tema em discussão (presença de sócio com mais de 10% em outra empresa e cujo faturamento global supere o limite legal, no caso, R\$ 2.400.000,00).

Todavia, como sabido, no processo administrativo-fiscal impera o formalismo moderado, de modo que, contrariamente à rigidez do procedimento na justiça, neste segmento do direito é possível mitigar o rigor formal e assim atender ao princípio da busca da verdade material, corolário do sistema.

Nesse cenário, como já bem alertado pela decisão *a quo*, o ADE, apesar da falha citada, registra claramente a descrição excludente, referenciando-se à situação “*cujo titular ou sócio participe com mais de 10% do capital social de outra empresa desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art. 2º*” relato que permitiu à contribuinte apresentar suas duas peças de defesa, apondo nelas os argumentos que entendia cabíveis, inclusive em relação à situação fática, ou seja, participação de MARGARIDA MARIA MACHADO em duas empresas (nesta e na Play Pen Escola Maternal Ltda., com faturamento acima de R\$ 2.400.000,00).

Ademais, consabidamente, em que pese a omissão citada, no processo administrativo tributário, o sujeito passivo (contribuinte ou responsável solidário) defende-se dos fatos que lhe são imputados, e não necessariamente da capitulação legal da infração.

Se os fatos imputados estiverem devidamente narrados ou descritos, de modo a permitir que o interessado deles se defenda plenamente (como no caso presente), eventual capitulação legal equivocada, insuficiente ou deficiente, não tem o condão de inquinar o feito fiscal.

Nesse sentido, até mesmo em relação ao ato de lançamento, é a posição do Colegiado Administrativo de 2º Grau:

“ERRO NO ENQUADRAMENTO LEGAL - NULIDADE - O erro no enquadramento legal da infração cometida não acarreta a nulidade do auto de infração, quando comprovado, pela judicosa descrição dos fatos nele contida e a alentada impugnação apresentada pelo contribuinte contra as imputações que lhe foram feitas, que inocorreu preterição do direito de defesa.” (Acórdão nº 103-12.119/92, Primeiro Conselho de Contribuintes).

AUTO DE INFRAÇÃO – DISPOSIÇÃO LEGAL INFRINGIDA – O erro no enquadramento legal da infração cometida não acarreta a nulidade do auto de infração, quando comprovado, pela judicosa descrição dos fatos nele contida e a alentada impugnação apresentada pelo contribuinte contra as imputações que lhe foram feitas, que inocorreu preterição do direito de defesa (Acórdão nº 103-13.567, DOU de 28/05/1995);

NULIDADE – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – CAPITULAÇÃO LEGAL E DESCRIÇÃO DOS FATOS INCOMPLETA – IRF – Anos 1991 a 1993 – O auto de infração deverá conter, obrigatoriamente, entre outros requisitos formais, a capitulação legal e a descrição dos fatos. Somente a ausência total dessas formalidades é que implicará na invalidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa. Ademais, se a Pessoa Jurídica revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante defesa, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa (Acórdão nº 104-17.364, de 22/02/2001, 1º CC).

Na mesma linha, o entendimento jurisprudencial da Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (Ac. CSRF/01-03.264, de 19/03/2001, publicado no DOU em 24/09/2001), *verbis*:

A imperfeição na capitulação legal do lançamento não autoriza, por si só, sua declaração de nulidade, se a acusação fiscal estiver claramente descrita e propiciar ao contribuinte dele se defender amplamente, mormente se este não suscitar e demonstrar o prejuízo sofrido em razão do ato viciado.

Postas estas colocações, pode-se ver o cenário estampado:

1. Margarida era sócia da recorrente desde 07/06/2005;
2. desde 16/12/1980 também era sócia de Play Pen Escola Maternal Ltda., com participação de 98,00% no seu capital social;
3. em 2005, a recorrente teve receita bruta global de R\$ 1.125.751,54, enquanto a Play Pen obteve receitas da ordem de R\$ 1.516.308,63, atingindo a somatória de ambas o volume de R\$ 2.642.060,17.

Com isso, inequívoco que a sócia Margarida participava, em 2005, de outra empresa, com 98,00% do capital social; ao mesmo tempo, inegável que a somatória da receita bruta global da Play Pen e da Cidade Jardim atingiu R\$ 2.642.060,17, acima, portanto, do limite legal de R\$ 2.400.000,00 fixado para permanência no SIMPLES FEDERAL.

Contra esses fatos, a recorrente não conseguiu opor argumentos, por isso o ato excludente deve ser mantido.

Essa a linha jurisprudencial do CARF:

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

Ano-calendário: 2003

SIMPLES FEDERAL. PARTICIPAÇÃO DE SÓCIO EM OUTRA EMPRESA COM MAIS DE 10% (DEZ POR CENTO) DO CAPITAL SOCIAL. RECEITA BRUTA GLOBAL SUPERIOR AO LIMITE LEGAL.

Constatando-se que o sócio ou titular da recorrente participa de outra empresa com mais de 10% do capital social, e que a receita

bruta global ultrapassou o limite legal, tem-se como devida a exclusão da contribuinte do Simples. (Ac.1001-001.779 – sessão de 02/06/2020 –Rel. André Severo Chaves).

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

Ano-calendário: 2002

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA.

A pessoa jurídica 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 da receita bruta anual não pode optar pelo Simples Federal. A exclusão produz efeitos a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente. (Ac.1001-002.075 – sessão de 03/09/2020 –Rel. Sérgio Abelson).

Repelem-se, assim, os argumentos da recorrente neste tópico.

Acerca do mútuo existente entre as duas empresas em nada afeta o que aqui se discute, posto tratar-se de operações contábeis de cunho patrimonial e não de resultado, irrelevantes para o deslinde da lide.

Finalmente, sobre o aumento do limite da receita bruta global introduzido pelo Decreto nº 5.028/2004, como bem alertado pela decisão *a quo*, o dispositivo direciona-se ao mercado financeiro e para fins de linha de crédito, sem qualquer efeito tributário.

Na verdade, a própria identificação do objetivo do Decreto mostra isso:

DECRETO Nº 5.028, DE 31 DE MARÇO DE 2004

Altera os valores dos limites fixados nos incisos I e II do art. 2º da Lei nº 9.841 de 5 de outubro de 1999, que instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Por sua vez, a Lei referenciada:

LEI Nº 9.841, DE 5 DE OUTUBRO DE 1999.

Institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal.

E para concluir (Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000):

Art. 10. O tratamento tributário simplificado e favorecido das microempresas e das empresas de pequeno porte é o estabelecido pela Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e alterações posteriores, não se aplicando, para esse efeito, as normas constantes da Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999.

Desse modo, a exclusão da recorrente do regime do SIMPLES FEDERAL é medida que se impõe, pelo que chancelo o trabalho fiscal e a decisão recorrida.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, mantendo os efeitos do Ato Declaratório Executivo nº 23/2010, de 04 de maio de 2010 (fls. 97) da DERAT/SÃO PAULO/SP que, nos termos do artigo 1º do referido ADE, excluiu a recorrente do regime do SIMPLES FEDERAL a partir de 1º de janeiro de 2006.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone