



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

Processo n° 16637.000023/2008-33
Recurso n° 144.764 Voluntário
Acórdão n° **1402-00.245 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 3 de agosto de 2010
Matéria SIMPLES
Recorrente CASA DE CARNES E CONVENIÊNCIAS CASTRO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2005

SIMPLES. EXCLUSÃO. SÓCIO COM PARTICIPAÇÃO MAIOR QUE 10% DO CAPITAL DE OUTRA EMPRESA. RECEITA BRUTA GLOBAL SUPERIOR AO LIMITE LEGAL. EFEITOS DA EXCLUSÃO.

Tendo o sócio participado do capital de outra pessoa jurídica, com mais de 10% de participação e tendo a receita bruta global ultrapassado o limite legal, não é permitido à pessoa jurídica ser optante do Simples. Tendo o sujeito passivo optado pelo regime do Simples durante a vigência da Lei 9.317/96, que impôs a restrição contida no seu art. 9º, IX, e levando em conta o disposto no art. 15, II, da mesma Lei, com a redação da MP 255/2005, descabe sua pretensão de que a exclusão se dê somente a partir da ciência do Ato Declaratório.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. Ausente justificadamente o Conselheiro Carlos Pelá. Ausente momentaneamente o Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima – Presidente e Relatora.

EDITADO EM: 23/09/2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Sérgio Luiz Bezerra Presta, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Albertina Silva Santos de Lima.

Relatório

O presente processo refere-se a exclusão do regime do Simples, por meio do ADE DRF/PEL nº. 6, de 10.06.2008, fl. 50, sob o fundamento de que o sócio titular da pessoa jurídica participava no capital de outra empresa com mais de 10%, e de que a receita bruta global ultrapassou o limite legal, fato que veda a opção pelo Simples, nos termos do art. 9º, IX, da Lei 9.317/96, regulamentado pelo art. 20 da IN 608/2006.

Os efeitos da exclusão se deram a partir de 03.06.2005, em obediência ao disposto no art. 15 da Lei 9.317/96, com suas alterações, regulamento pelos arts. 22 a 24 da IN mencionada, sujeitando-se a pessoa jurídica, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, nos termos do art. 16 da mencionada Lei.

O sócio Flávio Luiz Maahs de Castro participava com 60% do capital social na empresa Frigorífico Castro Ltda desde 02.09.2004 e o somatório da receita bruta de ambas as empresas ultrapassou o limite previsto no inciso II, do art. 2º da Lei 9.317/96.

O ADE foi emitido com base no despacho decisório de fl. 49 e Parecer de fl. 45/48.

Segundo o Parecer da autoridade administrativa, conforme consulta ao quadro societário do sistema do CNPJ, de fls. 39 a 44, comprova-se que o sócio Flávio Maahs de Castro, participa com 95% do capital social da empresa Casa de Carnes e Conveniência Castro Ltda, desde 03.06.2005 e com 60% do capital social na empresa Frigorífico Castro Ltda, desde 02.09.2004, e que segundo a Representação fiscal, o somatório da receita bruta de ambas as empresas ultrapassa o limite previsto no inciso II do art. 2º da Lei 9.317/96.

Concluiu pela opção indevida, em razão da IN SRF 608/2006, que prevê que a exclusão do Simples será feita de ofício quando não comunicada pela pessoa jurídica, nos termos dos arts. 22 e 23 da IN, surtindo seus efeitos a partir da data da opção, haja vista que a situação excludente ocorreu naquela data, conforme art.24, IX, da IN.

A interessada apresentou manifestação de inconformidade, fls. 62/85, com o argumento de que houve mudança de critério, uma vez que apresentava as mesmas condições do momento de sua opção em 2005, quando foi admitida no regime do Simples, havendo presunção de legitimidade. Também insurge-se contra os efeitos retroativos do ADE. Pediu a anulação do ADE.

A Turma Julgadora indeferiu a solicitação da interessada. As ementas proferidas relativas ao acórdão 10-17.768 da 4ª Turma da DRJ de Porto Alegre são as seguintes:

*EXCLUSÃO DO SIMPLES – PARTICIPAÇÃO DE SÓCIO EM
OUTRA PESSOA JURÍDICA.*

Participando um sócio do capital social de outra pessoa jurídica com mais de 10% e a receita bruta global tendo ultrapassado o limite legal, não pode a empresa ser optante do Simples.

EXCLUSÃO DO SIMPLES – EFEITOS.

Para a hipótese de exclusão do Simples, fundada no inciso IX do art. 9º da Lei 9.317/96, os seus efeitos é o previsto no inciso II do art. 15 da mesma Lei, ou seja a partir da data de ocorrência da situação excludente.

Afirmou que o sócio Sr. Flávio Luiz Maahs de Castro participava de outras sociedades com mais de 10% do capital social, cujo total das receitas ultrapassou o limite legal, fls. 1, 2 e 37 a 44, o que não permitia que a contribuinte fosse optante pelo regime do Simples, nos termos do art. 9º, IX, do art. 9º da Lei 9.317/96. Ressaltou que para esses casos, conforme o art. 15, II, a exclusão do Simples, deverá surtir efeito a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, e que a situação excludente não é a notificação, mas sim, a participação em outra sociedade, cuja receita bruta global ultrapassou o limite legal, que neste caso, se deu a partir de 03.06.2005.

Sobre a invocação do art. 3º, § 4º, IV da LC 123/2006, como suposta mudança de interpretação fazendária, alegando que seria vedado, anteriormente, só a participação do sócio em outra ME ou EPP, fl. 68, vindo a ser vedada a participação em empresas sob outras formas de tributação, somente após a LC 123/2006, a Turma Julgadora destacou que o enquadramento legal a que se subsume a ocorrência é o reproduzido pelo inciso IX, do art. 9º da Lei 9.317/96, que em nada difere da especificação dada pelos incisos III e IV do art. 3º, § 4º, da LC 123/2006, que apenas abriu e determinou o termo genérico e abrangente “outra” do mencionado inciso IX, como já o fazia a IN SRF 608/2006, fl. 67 e 68..

Conclui que não houve inovação jurídica para o impedimento de opção ao Simples, o que deveria ser observado pela contribuinte, no momento de sua opção.

Destacou que não tendo sido observado o impedimento pela contribuinte, no momento da opção, a autoridade administrativa deverá fazer a exclusão de ofício, conforme arts. 12 a 14 da Lei 9.317/96, não existindo presunção de legitimidade.

Afirma que o ADE de fls. 50, está de acordo com a Lei 9.317/96, e suas alterações posteriores, e que a normatização da SRF mencionada que tinham vigência para o período, tratando-se meramente de aplicação de lei material, não possuindo natureza de infração ou punição. Lembra ainda que a IN SRF 608/2006 é ato que vincula os julgadores da DRJ, nos termos do art. 7º da Portaria MF 58/2006.

A ciência da decisão foi dada em 24.12.2008. Em 20.01.2009, a contribuinte apresentou recurso voluntário.

A recorrente argumenta que não incorreu nas hipóteses excludentes do regime do Simples e que manteve as mesmas condições originais que permitiram o ingresso no Simples, e que em último caso, os efeitos da referida exclusão não poderiam retroagir, uma vez que decorrentes de atos do próprio ente público.

Alega que a exclusão fere as normas, uma vez ausente fato novo que viesse a justificar o afastamento do regime de tributação menos gravoso. Aduz que a condição de EPP é a mesma desde o momento da opção pelo Simples.

Acrescenta que o ingresso da empresa nesse regime ocorreu em 03.06.2005, início da vigência do regime, e que já houvera ultrapassado mais de 3 anos, período em que a RFB deferiu a opção, fiscalizou e a manteve no regime sem objeção; que o Sr. Flávio ingressou como sócio em 24.10.90 no Frigorífico Castro Ltda e que em 20.05.2005, Flávio juntamente com Graziela Maahs de Castro constituíram a EPP, a Choperia Cruz de Malta Ltda, conforme registro na JUCESP de 03.06.2005.

Dessa forma, a participação societária de Flávio no Frigorífico Castro Ltda, era de pleno conhecimento da RFB quando da opção pelo Simples e que não houve qualquer insurgência por parte da autoridade administrativa desde a opção por esse regime. Aduz que se a opção foi admitida, o ato administrativo estaria revestido de presunção de legitimidade, que só pelos meios próprios poderá ser desconstituído.

Argumenta que não alterou a atividade, manteve a mantém Flávio como sócio, não superou o limite de faturamento e nem incorreu nas causas excludentes do Simples e que o sócio Flávio já participava com 60% do capital social do Frigorífico Castro quando a autoridade administrativa concedeu a admissão da empresa no regime.

Reforça que houve mudança de critério jurídico, aplicando-se na espécie, caso mantido o vergastado ADE, o disposto no art. 146 do CTN. Aduz que a autoridade administrativa ao examinar a documentação da recorrente e investigar a respeito dos sócios integrantes do CPF, conduta rotineira como provaria a documentação de fls. 37 a 40, interpretou (nos idos de 2005 e no correr dos anos seguintes) como inaplicável à espécie dos autos a vedação contida no inciso IX do art. 9º da Lei 9.317/96.

Salienta que agiu assim porque a expressão “outra empresa” foi interpretada corretamente como sendo “outra empresa” do tipo microempresa ou empresa de pequeno porte, diante do que dispõe o cap. I, das disposições preliminares do Estatuto do Simples, pois ali o legislador fixou o marco divisor de águas, atribuindo às regras de regência apenas às ME e EPP (restrito às empresas do Simples), e quando no texto legal faz referência à “empresa” estaria sempre focando aquelas empresas beneficiadas pelo Simples, e que no caso, o Frigorífico Castro Ltda, empresa de porte médio, sempre se sujeitou à tributação pelo regime do lucro real, conforme DIPJ de fls. 4 a 7, e 9 a 12.

Com a advento da IN a interpretação a respeito era a mesma adotada desde 01.01.97, considerando como impedidas de ingresso ao regime àquelas ME e EPP em que o titular ou sócio participasse com mais de 10% do capital de outra empresa (ME ou EPP, regime simplificado), desde que a receita bruta global ultrapassasse o limite de que trata o inciso II do art. 2º da Lei 9.317/96.

Afirma que somente com a LC 123/2006, art. 3º, § 4º, IV, passou a existir a vedação do ingresso no Simples as empresas cujo titular ou sócio participe, dentro das condições previstas na disposição mencionada, no capital social de outra empresa não beneficiada pelo regime tributário de menor onerosidade.

Acrescenta que mantida a exclusão, os efeitos não poderão se dar a contar de 03.06.2005, e que a posição da irretroatividade dos efeitos da exclusão encontraria respaldo no art. 146 e na jurisprudência do TRF04, chancelada pelo STJ, vertida no RESP 996.098-RS. Aduz que em caso análogo, o TRF04, entendeu que a alteração de critério jurídico por parte da administração não tem o condão de ensejar a revisão do lançamento, e por conseguinte, atribuir

efeitos retroativos ao ato de exclusão, respaldando a exigência do pagamento de diferenças de tributos.

Cita jurisprudência judicial.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Albertina Silva Santos de Lima

O recurso é tempestivo e deve ser conhecido.

A interessada foi excluída do Simples, em razão do sócio-gerente Flávio Luiz Maahs de Castro deter mais de 10% do capital social da empresa Frigorífico Castro Ltda. Os efeitos da exclusão se deram desde a data inicial de ingresso no regime do Simples.

Transcrevo o caput do art. 9º e inciso IX da Lei 9.317/96:

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 ;

A legislação é clara. A pessoa jurídica cujo titular ou sócio participe com mais de 10% do capital de outra empresa, não poderá optar pelo Simples, caso o somatório da receita bruta de ambas empresas ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art. 2º.

A contribuinte quer caracterizar o termo “outra empresa” como sendo outra empresa submetida a tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, aplicável às microempresas e empresas de pequeno porte, a que se refere o art. 1º da Lei 9.317/96, mas, não é essa a interpretação que deve ser feita. Se o legislador quisesse se referir apenas a outra empresa submetida a esse regime, assim, o teria explicitado.

§ 4º, III e IV:

A LC 123/2006 não inovou em relação a essa restrição. Transcrevo o art. 3º,

Lei Complementar nº 123 de 14.12.2006:

Art.3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

§4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

III- de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

IV- cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

O inciso IV utilizou o termo “outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar”, em razão do inciso III referir-se a restrição de participação no capital da pessoa jurídica (sem restringir o percentual de participação) que receba tratamento diferenciado nos termos daquela Lei Complementar.

Sobre os efeitos da exclusão que se deram a partir da opção ao regime, argumenta a recorrente que a Receita Federal não se opôs à opção e que somente após três anos se manifestou contrariamente à adesão, e que se fosse o caso, os efeitos deveriam se dar somente após a ciência da exclusão. Transcrevo alguns dispositivos legais da lei 9.317/96:

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

II - a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIX do art. 9º (Redação dada pela MP 2.158-35, de 2001)

Portanto, quando da adesão ao Simples, em 03.06.2005, já vigia a MP 2.158-35, de 2001, que previa a exclusão do Simples a partir do mês subsequente ao que incorrida a situação excludente na hipótese de que trata o inciso IX do art. 9º da Lei 9.317/96. Com a edição da MP 255, de 01.07.2005, a redação do inciso II foi novamente alterada, mas não houve mudança em relação à hipótese mencionada, conforme trecho abaixo transcrito:

II – a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º desta Lei.

Não houve mudança de critério jurídico, pois a legislação era clara desde o momento da opção da contribuinte ao regime do Simples. Apenas a detecção da irregularidade por parte da autoridade fiscal se deu após o prazo de 3 anos da adesão ao regime, entretanto, a situação de impossibilidade de adesão ao regime do Simples no momento da opção já era de conhecimento da contribuinte.

Consequentemente, não é o caso de aplicação do art. 146 do CTN, pleiteada pela recorrente, que a seguir transcrevo:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Da jurisprudência judicial, cito decisão do STJ, Recurso Especial nº 1.124.507 – MG (2009/0029627-7), de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL.

VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 535 e 468 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. LEI 9.317/96. SIMPLES. EXCLUSÃO.

ATO DECLARATÓRIO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE.

INTELIGÊNCIA DO ART. 15, INCISO II, DA LEI 9.317/96. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Controvérsia envolvendo a averiguação acerca da data em que começam a ser produzidos os efeitos do ato de exclusão do contribuinte do regime tributário denominado SIMPLES. Discute-se se o ato de exclusão tem caráter meramente declaratório, de modo que seus efeitos retroagiriam à data da efetiva ocorrência da situação excludente; ou desconstitutivo, com efeitos gerados apenas após a notificação ao contribuinte a respeito da exclusão.

2. Não merece conhecimento o apelo especial quanto às alegações de contrariedade aos artigos 458 e 535 do CPC, porquanto a recorrente apresentou argumentação de cunho genérico, sem apontar quais seriam os vícios do acórdão recorrido, que justificariam sua anulação. Incidência da Súmula 284/STF.

3. No caso concreto, foi vedada a permanência da recorrida no SIMPLES ao fundamento de que um de seus sócios é titular de outra empresa, com mais de 10% de participação, cuja receita bruta global ultrapassou o limite legal no ano-calendário de 2002 (hipótese prevista no artigo 9º, inciso IX, da Lei 9.317/96), tendo o Ato Declaratório Executivo n. 505.126, de 2/4/2004, da Secretaria da Receita Federal, produzido efeitos a partir de 1º/1/2003.

4. *Em se tratando de ato que impede a permanência da pessoa jurídica no SIMPLES em decorrência da superveniência de situação impeditiva prevista no artigo 9º, incisos III a XIV e XVII a XIX, da Lei 9.317/96, seus efeitos são produzidos a partir do mês subsequente à data da ocorrência da circunstância excludente, nos exatos termos do artigo 15, inciso II, da mesma lei. Precedentes.*

5. *O ato de exclusão de ofício, nas hipóteses previstas pela lei como impeditivas de ingresso ou permanência no sistema SIMPLES, em verdade, substitui obrigação do próprio contribuinte de comunicar ao fisco a superveniência de uma das situações excludentes.*

6. *Por se tratar de situação excludente, que já era ou deveria ser de conhecimento do contribuinte, é que a lei tratou o ato de exclusão como meramente declaratório, permitindo a retroação de seus efeitos à data de um mês após a ocorrência da circunstância ensejadora da exclusão.*

7. *No momento em que opta pela adesão ao sistema de recolhimento de tributos diferenciado pressupõe-se que o contribuinte tenha conhecimento das situações que impedem sua adesão ou permanência nesse regime. Assim, admitir-se que o ato de exclusão em razão da ocorrência de uma das hipóteses que poderia ter sido comunicada ao fisco pelo próprio contribuinte apenas produza efeitos após a notificação da pessoa jurídica seria permitir que ela se beneficie da própria torpeza, mormente porque em nosso ordenamento jurídico não se admite descumprir o comando legal com base em alegação de seu desconhecimento.*

8. *Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.*

9. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.*

Cito também decisão do STJ, AgRg no Recurso Especial nº 791.832 – MG (2005/0168533-1), de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. REGIME TRIBUTÁRIO "SIMPLES". EXCLUSÃO. RETROAÇÃO DOS EFEITOS.

POSSIBILIDADE. PREVISÃO PROIBITIVA DA OPÇÃO PELA EMPRESA JÁ EXISTENTE À ÉPOCA DA ADESÃO.

1. *É firme a jurisprudência entre as Turmas de Direito Público no sentido da possibilidade de conferir efeitos retroativos ao ato de exclusão do regime tributário "SIMPLES", caso a Administração constate que a empresa optante não preenche os requisitos legais para a permanência no sistema.*

2. No caso, a empresa optou pelo regime em 20.3.1997, ou seja, durante a vigência da Lei n. 9.137/96. Portanto, à época do cadastro, deveria ter conhecimento da restrição contida no art. 9º, XIII, da referida legislação, razão pela qual mostra-se descabida qualquer pretensão da empresa no sentido de beneficiar-se de sua própria torpeza.

3. Agravo regimental não provido.

Do exposto, oriento meu voto para negar provimento ao recurso..

Albertina Silva Santos de Lima - Relatora



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento produzido eletronicamente com garantia da origem e de seu(s) signatário(s), considerado original para todos efeitos legais. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA em 23/09/2010 20:08:07.

Documento autenticado digitalmente por ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA em 23/09/2010.

Documento assinado digitalmente por: ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA em 23/09/2010.

Esta cópia / impressão foi realizada por MARIA MADALENA SILVA em 06/03/2018.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

1) Acesse o endereço:

<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>

2) Entre no menu "Outros".

3) Selecione a opção "eAssinaRFB - Validação e Assinatura de Documentos Digitais".

4) Digite o código abaixo:

EP06.0318.17160.FQ7C

5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.

Código hash do documento, recebido pelo sistema e-Processo, obtido através do algoritmo sha1:

2D821D37EFA55D9DC04951396E87E2FD09F5A65F