

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

Processo nº 10070.001241/2004-38
Recurso nº 138.610 Voluntário
Acórdão nº 1401-00.252 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de maio de 2010
Matéria SIMPLES - INCLUSÃO
Recorrente ANROMA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

SIMPLES. INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADES.
VEDAÇÕES.

1. versa o presente contencioso apenas em relação à pretensa agressão ao princípio constitucional da irretroatividade da norma jurídica, ao se determinar a exclusão do contribuinte do SIMPLES, com eficácia a partir do mês subsequente àquele em que teria ocorrido a situação excludente.
2. a instância administrativa não é competente para apreciar arguição de inconstitucionalidade de lei formal vigente.
3. Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) determina, em seu artigo 62, que “fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.”
4. Recurso Voluntário conhecido e improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Viviane Vidal Wagner - Presidente

Maurício Pereira Faro - Relator

EDITADO EM: 06/08/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Viviane Vidal, Alexandre Antônio Alkmin Teixeira, Antonio Bezerra Neto, Mauricio Pereira Faro, Fernando Luis Mattos e Sandra Maria Dias Nunes.

Relatório

Consta dos autos que a contribuinte pleiteou sua inclusão retroativa na sistemática do SIMPLES a partir de maio de 2004 (fl. 01).

A Administração indeferiu o pleito ao argumento de que a sócia Andréa Bandeira de Mello Tinoco participava com mais de 10% do capital social de outra sociedade.

Insurgindo-se contra a referida decisão, a Recorrente apresentou impugnação alegando, em síntese, que (i) a sócia Andréa Bandeira de Mello Tinoco não participa com mais de 10% na sociedade Rancho Inn Comércio de Alimentos – EPP desde 30.11.2005, que (ii) deve ser incluída retroativamente no SIMPLES até a data de 01.01.2005, já que não mais inclusa em uma das vedações legais e que (iii) teria sido violado o princípio da irretroatividade tributária.

A DRJ/RJOI, à unanimidade de votos, indeferiu o pedido formulado por considerar que

(a) não tem competência para o exame da constitucionalidade de leis;

(b) o art. 9º, inciso IX, da Lei nº 9.317 de 1996 veda a opção pelo Simples quando um sócio participa com mais de 10% no capital de outra empresa de desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art. 2º;

(c) o indeferimento à solicitação de inclusão retroativa da empresa no Simples se deu em virtude de um dos sócios (Andréa Bandeira de Mello Tinoco), durante o ano de 2004 – data do pedido inicial – e de 2005 (exclusão do sócio só ocorreu em 30 de novembro de 2005) ter participação em outra empresa;

(d) *“como se observa do documento juntado aos autos (alteração contratual – fls. 46/51) o registro do documento só foi efetuado em 13/03/2006, ou seja, apenas a partir desta data é que o mesmo surtiria os efeitos contra terceiros, não havendo sustentação para as alegações da interessada de que sua sócia (...) não fazia mais parte da sociedade Rancho Inn desde 30 de dezembro de 2005. Mais do que isso, mesmo que o prazo fosse contado a partir dessa última data, também não poderia aceitar a inclusão a partir de 01 de janeiro de 2005, eis que praticamente todo o ano de 2005 a sócia participava das duas empresas”* (fl. 38).

Inconformada, a Recorrente interpôs recurso voluntário, pleiteando a reforma da decisão da DRJ, tão somente ao argumento de que, com base no inciso II, artigo 15, da Lei nº 9.317/96 foi expedido “Ato Declaratório Executivo” determinando a exclusão da Recorrente do SIMPLES, com eficácia a partir do mês subsequente ao que teria ocorrido a situação excludente, o que representaria ofensa ao princípio constitucional da irretroatividade.

No dia 16 de outubro de 2008, através da Resolução nº 303-01.495, os Membros da 3ª Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, decidiram converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do Relator, tendo em vista que não se encontravam nos autos quaisquer documentos que comprovem quais foram as receitas brutas das empresas, nos anos-calendário 2005 e 2006, para que se verifique se,

também nos anos de 2005 e 2006 houve receita bruta global acima do limite legal para a empresa de pequeno porte, que era de R\$ 1.200.000,00.

Assim, o julgamento foi convertido em diligência para que a Unidade de origem procedesse a juntada de documentos para comprovar as receitas brutas, nos anos de 2005 e de 2006, das empresas Rancho Inn Comércio de Alimentos Ltda. e Anroma Comércio de Alimentos Ltda.

De acordo com os documentos juntados aos autos, foram as seguintes receitas brutas das empresas supramencionadas:

1. Ano-calendário de 2005, R\$ 1.113.809,74 –Rancho Inn Comércio de Alimentos Ltda. e R\$ 681.969,38 – Anroma Comércio de Alimentos Ltda.
2. Ano-calendário de 2006, R\$ 1.202.190,28 –Rancho Inn Comércio de Alimentos Ltda. e R\$ 743.933,39 – Anroma Comércio de Alimentos Ltda.

Instada a se manifestar, a Recorrente repisou suas alegações.

É o sucinto relatório.

Voto

Conselheiro Maurício Pereira Faro - Relator

Decido.

Conheço do recurso voluntário, vez que tempestivo e interposto pela parte legítima.

Primeiramente, ressalte-se que a presente lide não se trata de exclusão da Recorrente do SIMPLES e, sim, do indeferimento de seu requerimento para enquadramento retroativo ao início de suas atividades, em maio de 2004.

A sua opção pelo SIMPLES foi indeferida em 07.04.2006, mediante despacho decisório de autoridade da Secretaria da Receita Federal (fl. 37), pelo fato de que a pessoa jurídica possuía sócio que participava com mais de 10% do capital de outra empresa, e a receita bruta global ultrapassava o limite de que trata o inciso II do art. 2º, da Lei nº 9.317/96, incidindo, portanto, a vedação à opção prevista no art. 9º, inciso IX daquela lei.

A DRJ/Rio de Janeiro I entendeu que, uma vez que o documento juntado aos autos (alteração contratual – fls. 46/51), somente teve seu registro efetuado em 13.03.2006, os efeitos contra terceiros existem apenas a partir desta data, não havendo sustentação para as alegações da contribuinte em sede de sua impugnação, de que a sócia Andréa não fazia mais parte da sociedade Rancho Inn desde 30.11.2005, razão pela qual havia pleiteado a retroação do SIMPLES até 01.01.2005.

Em seu recurso, a Recorrente não contesta o fato de que a sócia Andréa Bandeira de Mello Tinoco participava, em 2004, com mais de 10% do capital social da empresa Rancho Inn Comércio de Alimentos Ltda. Do mesmo modo, mesmo após a conversão em diligência, não se insurge com a constatação de que a Rancho Inn e a Anroma auferiram, nos anos de 2004, 2005 e 2006, receita bruta global acima do limite legal para empresa de pequeno porte, qual seja, de R\$ 1.200.000,00.

Dessa forma, versa o presente contencioso apenas em relação à pretensa agressão ao princípio constitucional da irretroatividade da norma jurídica, ao se determinar a exclusão do contribuinte do SIMPLES, com eficácia a partir do mês subsequente àquele em que teria ocorrido a situação excludente. Para a Recorrente, não se poderia admitir que o mês em que ocorreu a situação excludente seja outro senão aquele em que recebida pela Recorrente a notificação do Ato Declaratório Executivo.

Relativamente à questão, tenho conhecimento da existência de decisões judiciais entendendo pela inaplicabilidade da exclusão retroativa, conforme determina a legislação ordinária, em cumprimento à irretroatividade constitucional tributária.

Não obstante, a instância administrativa não é competente para apreciar arguição de inconstitucionalidade de lei formal vigente. Entendo que as leis nascem com a presunção de constitucionalidade que somente pode ser enfrentada em foro próprio, qual sejam na esfera judicial.

Ademais, o próprio Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) determina, em seu artigo 62, que “fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.”

Nesse sentido, confira-se a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello:

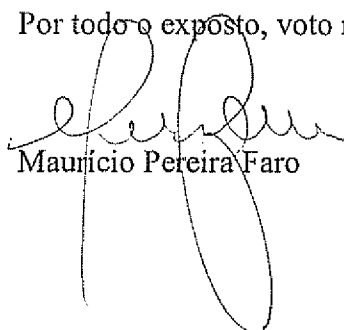
“A meu ver o Executivo não pode descumprir lei inconstitucional, e não pode fazê-lo porque o Executivo não tem o poder jurídico de expulsar uma norma do sistema, ele não a pode expelir do sistema. Ele pode expelir atos administrativos do sistema mas não pode expelir leis. E não apenas expelir; o juízo que o Executivo faz a respeito de uma lei é irrelevante para fins de sua não aplicação. Com efeito, mesmo deixando de lado trilhas puramente lógicas de investigação sobre quem tem ou não o poder de expulsar algo do sistema – e acho até que vale retomar isso –, eu lembraria que, se o Executivo pudesse descumprir lei inconstitucional, de que valeria a derrubada do veto? Sabe-se que o Chefe do Poder Executivo pode vetar uma lei, e pode vetá-la por quê? Será que é inconstitucional? Esta é uma das causas do veto – e o Legislativo derruba o veto. De que adiantaria o Legislativo derrubar o veto, se depois o Executivo não cumprir a lei? O que representaria esse poder de derrubar o veto? Nada! Estaria nas mãos do Executivo obedecer ou não à norma, ainda que o Legislativo pretendesse ir contra. (...) O senhor de introdução de uma lei no sistema é o Poder Legislativo. O senhor da retirada dessa lei do sistema, por inválida, por inconstitucional, é o Poder Judiciário. Diante de uma lei, quaisquer de nós poderá dizer: esta lei é inconstitucional, esta lei agride o sistema normativo, tal como ele tem que ser lisamente constituído. Todos nós podemos fazê-lo. Pergunta-se: e por causa disto a lei deixa de ser aplicada? Posso eu ter essa opinião, pode o Prof. Aires Fernandino Barreto ter esta opinião, pode o Prof. Osiris de Azevedo Lopes Filho ter essa opinião, podemos todos nós ter essa opinião. Mas isso é irrelevante, isso é uma opinião fundada ao lume da Ciência do Direito. Mas o direito positivo

estabelece os mecanismos e sistemas pelos quais uma norma perde sua força jurídica, seja no caso concreto, seja em tese.”¹

Na mesma toada, veja-se a jurisprudência do antigo Terceiro Conselho de Contribuintes:

“SIMPLES. VEDAÇÕES. (...) NORMAS PROCESSUAIS - PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADES. Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, uma vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhes execução. RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO” (1ª Câmara, Recurso 331315, Processo 10166.010427/2003-38, Rel. Valmar Fonseca de Menezes, Sessão de 25/01/2006).

Por todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso.



Maurício Pereira Faro

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Controle da Constitucionalidade pelos Tribunais Administrativos no Processo Administrativo Fiscal. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: nº 75, 1999, pp. 15 e 16.