



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

Processo nº 15374.002973/2003-63
Recurso nº 338.601 Voluntário
Acórdão nº 1201-00.287 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de julho de 2010
Matéria SIMPLES
Recorrente ARTE E FANTASIA DOIS PRESENTES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2001

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

Constatado que o sócio participa de outras empresas com mais de 10% do capital social e que a receita bruta global, no ano-calendário de 2001, ultrapassou o limite legal, é cabível a exclusão da sistemática do Simples, com efeitos a partir de 01/01/2002.

ALTERAÇÃO CONTRATUAL. EFEITOS. REGISTRO.

Os documentos necessários ao registro deverão ser apresentados no prazo de trinta dias, contado da lavratura dos atos respectivos e, se requerido após esse prazo, o registro somente produzirá efeito a partir da data de sua concessão.

LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. RETROATIVIDADE BENIGNA. IMPOSSIBILIDADE.

A alteração da legislação disciplinadora do regime de impedimentos à opção pelo Simples não autoriza a aplicação da retroatividade benigna prevista no art. 106 do Código Tributário Nacional. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

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 votos que integram o presente julgado.

Claudemir Rodrigues Malaquias - Presidente.

Flávio Vilela Campos - Relator.

EDITADO EM: 05 AGO 2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Claudemir Rodrigues Malaquias (Presidente), Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Marcos Vinícius Barros Ottoni (Suplente convocado), Flávio Vilela Campos (Substituto de Conselheiro), Antonio Carlos Guidoni Filho (Vice Presidente). Ausente justificadamente os Conselheiros Marcelo Cuba Netto. Regis Magalhães Soares Queiroz. e Valmir Sandri (Suplente convocado).

Relatório

Em razão de conter os elementos necessários à compreensão dos fatos e dos fundamentos que permeiam o litígio, adoto o relatório constante da decisão de primeira instância, o qual transcrevo adiante:

O presente processo tem origem no Ato Declaratório nº 447.521, de 07/08/2003 (fl. 03), expedido pelo Delegado da Receita Federal de Administração Tributária no Rio de Janeiro - Derat/RJO, que excluiu a Interessada do regime do SIMPLES, por conta do sócio ou titular, CPF 521.857.377-91, Daniele Scialom, participar também de outra empresa, CNPJ 27.870.450/0001-91, Daniele Dessim presentes Ltda - EPP, com mais de 10% e pela receita bruta global no ano - calendário de 2001 ultrapassar o limite legal permitido.

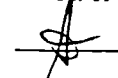
Cientificada do referido ato, a Interessada solicitou revisão da exclusão junto àquela delegacia (SRS fls. 01/02), mas teve seu pleito indeferido, em 05/09/2006, com base no despacho, fl. 2.

Em razão desse indeferimento, a interessada apresentou, em 29/11/2006, a manifestação de inconformidade de fl. 26, onde alega resumidamente que a análise da SRS levou em consideração que a sócia Daniele Scialom, CPF 521.857.377-91, detém uma participação de 95% (noventa e cinco por cento), contrariando o instrumento de alteração contratual (fls. 34/39) celebrado em 30 de novembro de 2001, arquivado na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro - JUCERJA, sob o nº 00001217352, em que consta tal participação no percentual de 5% (cinco por cento).

Outrossim, acrescenta que não foi ultrapassado o limite atual de R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), valor este que deve servir como parâmetro com base nas disposições atuais contidas no artigo 106 do Código Tributário Nacional - CTN segundo ao qual a lei não retroage, desde que seja mais benéfica ao contribuinte.

Juntado, nesta data, pesquisa ao Sistema da SRF (fls. 54/59).





Face aos fatos aqui apresentados, requer a procedência do recurso e a sua reinclusão no cadastro do Simples.

A autoridade julgadora de primeira instância manteve o indeferimento da opção da contribuinte do SIMPLES, fundamentando sua decisão, em especial:

- pela constatação nos sistemas da RFB da participação de sócio em mais de 10% em empresas cujo somatório de receita bruta totalizou R\$ 1.328.409,92, situação que caracteriza óbice ao Simples, com fulcro no art. 9º, inciso IX, da Lei 9.317/1996.

- pelo fato da alteração contratual com redução da participação da sócia só ter sido registrada em 04/02/2002, prazo superior aos 30 dias prescritos na legislação como necessário para retroagir os efeitos do arquivamento.

- por não ser tratar de aplicação de penalidade, não é aplicável o efeito retroativo do novo limite do Simples de R\$ 2.400.000,00.

Inconformada, a querelante interpôs recurso reiterando argumentos já espostos na SRS e impugnação, em especial:

- que o prazo de 30 dias para apresentação da alteração contratual foi cumprido, conforme guia JUCERJA paga no dia 28/12/2001.

- Sendo a alteração no prazo legal, seus efeitos retroagem à assinatura, 30/11/2001, motivo que não tendo mais a participação superior a 10% no mês de dezembro/2001, não houve superação da receita bruta até o mês de novembro de 2001.

Por meio da Resolução nº 303-01.443 o presente processo foi encaminhado em diligência para anexar comprovação da data em que a recorrente foi intimada da decisão de primeira instância, sendo juntado AR de fl. 85 pela Derat/RJ.

É o relatório.



Voto

Conselheiro FLÁVIO VILELA CAMPOS, Relator.

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 06/03/1972. Assim sendo, dele conheço.

A questão fundamental trazida à apreciação deste Conselho é a exclusão da contribuinte do SIMPLES, em razão de existência de sócio ou titular participante de outra empresa com mais de 10% e o fato de a receita bruta global no ano-calendário de 2001 ter ultrapassado o limite legal (CPF 521.857.377-91, CNPJ 27.870.460/0001-91), com data de ocorrência em 31/12/2001.

A Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o regime tributário das microempresas e empresas de pequeno porte e instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples, determina no Art. 14 c/c a alínea "a" do inciso II do Art. 13, que a pessoa jurídica será excluída de ofício do SIMPLES quando incorrer em qualquer das situações constantes no Art. 9º da referida Lei, sendo uma delas, a prevista em seu inciso IX:

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 brida global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art. 2º:

Quanto ao limite acima previsto, temos que:

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\$ 120.000.00 e igual ou inferior a R\$ 1.200.000.00. (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)

Do exame dos demonstrativos referentes à receita bruta da interessada (fls. 19, 54 e 57) e da empresa Daniele Dessim Presentes Ltda-EPP (fls. 20, 55 e 56), verifica-se que, efetivamente, o somatório de suas rendas brutas, respectivamente de R\$ 635.840,01 e R\$ 692.569,91, perfaz o total de R\$ 1.328.409,92, superior ao limite previsto na legislação de regência. **Cumprе, portanto, verificar se no ano-calendário de 2001, havia a situação excludente do Simples, em relação à sócia, com fulcro no Art. 9º, IX da Lei nº 9.317, de 1996.**

Alega a querelante que a sócia Daniele Scialon havia reduzido em 29/11/2006 sua participação na empresa de 95% para 5%, percentual que passou a deter a partir de 01/12/2001.

A Lei de Registros Públicos, Lei 8.934/1994, assim dispõe quanto à eficácia do arquivamento da alteração contratual:

Da Apresentação dos Atos e Arquivamento

Art. 36. Os documentos referidos no inciso II do art. 32 deverão ser apresentados a arquivamento na junta, dentro de 30 (trinta) dias contados de sua assinatura, a cuja data retroagirão os efeitos do arquivamento; fora desse prazo, o arquivamento só terá eficácia a partir do despacho que o conceder.

Art. 32. O registro compreende:

(...)

II - O arquivamento:

a) dos documentos relativos à constituição, alteração, dissolução e extinção de firmas mercantis individuais, sociedades mercantis e cooperativas; (destaquei).

No mesmo sentido, ao disciplinar o contrato de sociedade, o Código Civil, nos termos do art. 1.151, § 1º e 2º, determina a apresentação ao registro dos documentos no prazo máximo de 30 dias contado da lavratura, dispondo que além desse prazo, só produzirão efeitos a partir da data de sua concessão. Complementa o art. 1.154, que o ato sujeito a registro não pode, antes de do cumprimento das respectivas formalidades (no caso, o registro), ser oposto a terceiro, *verbis*:

LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.

Art. 1.151. O registro dos atos sujeitos à formalidade exigida no artigo antecedente será requerido pela pessoa obrigada em lei, e, no caso de omissão ou demora, pelo sócio ou qualquer interessado.

§ 1º Os documentos necessários ao registro deverão ser apresentados no prazo de trinta dias, contado da lavratura dos atos respectivos.

§ 2º Requerido além do prazo previsto neste artigo, o registro somente produzirá efeito a partir da data de sua concessão.

§ 3º As pessoas obrigadas a requerer o registro responderão por perdas e danos, em caso de omissão ou demora.

(...)

Art. 1.154. O ato sujeito a registro, ressalvadas disposições especiais da lei, não pode, antes do cumprimento das



respectivas formalidades, ser oposto a terceiro, salvo prova de que este o conhecia.

Parágrafo único. O terceiro não pode alegar ignorância, desde que cumpridas as referidas formalidades. (destaquei)

Comentando o art. 1.151 do Código Civil, ensina Marcelo Fortes Barbosa Filho: “no geral, persiste a eficácia retroativa, que se reporta à data do documento já referido, mas diante da demora, isto é, se ultrapassados os trinta dias da elaboração de tal documento, os efeitos exteriorizam-se ex nunc, apenas a partir da data do ato de registro materializado”. (BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. *Código Civil Comentado*. In PELUSO. Cezar (coordenador). Barueri, SP: Manole, 2007, p. 951.)

Para fins de comprovação de que foi cumprido o prazo de 30 dias para apresentação da alteração contratual, a recorrente junta cópia de Guia JUCERJA paga no dia 28/12/2001.

Entendo que o pagamento da Guia não comprova o cumprimento do prazo legal, mas tão somente o pagamento das custas exigidas para o protocolo do pedido de arquivamento da alteração contratual.

As cópias da alteração contratual (fls. 39/40) trazem como data de registro e despacho a data de 04/02/2002. Para ilidir esta data de registro, seria necessário que a recorrente apresentasse protocolo ou outro documento que demonstrasse cabalmente ter sido protocolizado o arquivamento da alteração contratual na JUCERJA no prazo legal e não apenas simples comprovante de pagamento de custas. Entretanto assim não procedeu.

Destarte, a exclusão da sócia da pessoa jurídica só produziu efeito perante a terceiros a partir do registro do ato de alteração contratual na junta comercial, qual seja, 04/02/2002.

No que tange ao requerimento de efeito retroativo quanto ao novo limite de receita bruta como impedimento ao Simples, destaco que a alteração da legislação que trata das vedações à opção ao Simples, em verdade, institui um novo regime que, ainda que mais benéfico, somente produz efeitos a partir da sua vigência.

Nesse aspecto, peço licença para transcrever trecho do voto condutor do acórdão que inaugurou tal exegese, hoje pacífica no Superior Tribunal de Justiça, que ilustra os fundamentos da irretroatividade das alterações da legislação do Simples:

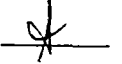
Analizando a questão, ousou divergir de tal posicionamento. É cediço que, em regra, aplica-se o princípio da irretroatividade das leis ao Direito Tributário. O art. 106 do Código Tributário Nacional traz as hipóteses excepcionais em que a lei tributária poderá ser aplicada a ato ou fato pretérito, consoante se constata de seu teor, a seguir transcrito:

"Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:





- a) *quando deixe de defini-lo como infração;*
- b) *quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;*
- c) *quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática".*

Da leitura de seus incisos, não verifico a possibilidade de retroação da lei pela mera existência de regra mais benéfica ao contribuinte.

O primeiro inciso restringe-se à lei expressamente interpretativa, o que não é o caso. Já o segundo inciso, subdividido em alíneas, estabelece quando a lei pode retrooperar para atingir atos não definitivamente julgados. A hipótese dos autos não se enquadra em qualquer das alíneas desse último inciso.

O art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, vigente no momento em que a recorrida passou a ser optante do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, tem a seguinte redação:

"Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica: (...)

XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;

(...)"

Portanto, as empresas que prestassem serviços profissionais educacionais eram atingidas pela vedação imposta. Não se cuida aqui de infração ou penalidade, devendo ser afastadas, de pronto, as letras "a" e "c" do art. 106 do Código Tributário Nacional.

Poder-se-ia entender pela incidência, na espécie, do previsto na letra "b" do artigo em alusão. Ocorre que a simples leitura da parte final de tal alínea impossibilita essa conclusão, pois o fato de o recorrido ter optado pelo SIMPLES quando não era permitido certamente importou em falta de pagamento de tributo, na forma como era devido à época. (Resp 722.307 – SC, Ministro Castro Meira, DJ 16.05.2005)

O STJ, em questão análoga ao caso sob análise, pacificou a irretroatividade da legislação do SIMPLES no que tange às atividades de ensino, conforme Súmula nº 448/2010:



SÚMULA Nº 448, de 2010: "A opção pelo Simples de estabelecimentos dedicados às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental é admitida somente a partir de 24/10/2000, data de vigência da Lei n. 10.034/2000". (PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010)

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 09 de julho de 2010


Flávio Vilela Campos - Relator