



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 10730.000887/99-59
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9101-000.842 – 1ª Turma
Sessão de 22 de fevereiro de 2011
Matéria SIMPLES
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado HILDA DE LIMA MARRASCHI & CIA. LTDA.

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 1999

Ementa: SIMPLES. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. OPÇÃO.

Até o advento da Lei nº 10.034/00, as pessoas jurídicas que se dediquem à atividade de creche, ensino infantil e ensino fundamental, por assemelhar-se à de professor, estavam impedidas de optar pelo SIMPLES.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional e restabelecer a vedação à opção pelo SIMPLES até a entrada em vigor da Lei nº 10.034/2000, nos termos do voto do Relator.

CAIO MARCOS CÂNDIDO - Presidente.

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Relator.

EDITADO EM:

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Caio Marcos Cândido, Francisco Sales Ribeiro de Queiroz, Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, Leonardo de Andrade Couto, Karen Jureidini Dias, Claudemir Rodrigues Malaquias, Antonio Carlos Guidoni Filho, Viviane Vidal Wagner, Valmir Sandri e Suzy Gomes Hoffman.

Assinado digitalmente em 14/03/2011 por LEONARDO DE ANDRADE COUTO, 21/03/2011 por CAIO MARCOS CANDIDO

○

Autenticado digitalmente em 14/03/2011 por LEONARDO DE ANDRADE COUTO

Emitido em 22/03/2011 pelo Ministério da Fazenda

Relatório

Trata o presente de recurso especial (fls. 123/147) interposto pela Fazenda Nacional contra o Acórdão 302-39.828 (fls. 113/119) que, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso voluntário anteriormente apresentado pelo sujeito passivo e reconheceu o direito da pessoa jurídica à opção pelo SIMPLES.

No entendimento da decisão recorrida, a atividade exercida pela interessada (estabelecimento de ensino) estaria de fato incluída nas vedações à opção estabelecidas no inciso XIII, do art. 9º, da Lei nº 9.317/96.

Segundo o acórdão questionado, essa restrição foi excluída pela Lei nº 10.034/2000, o que permitiria à pessoa jurídica manter-se na sistemática. Além disso, o STJ estaria se pronunciando nessa mesma linha.

A Fazenda Nacional sustenta que a decisão sob exame estaria em desacordo com outros julgados deste Colegiado para os quais a Lei nº 10.034/2000, não teria aplicação retroativa.

De acordo com a recorrente; não se trata o presente caso de quaisquer das hipóteses de retroatividade da lei tributária mais benéfica, previstas no art. 106 do CTN.

Isso porque a citada Lei não deixou de definir como infração ato assim definido na legislação anterior (inc. II, a); tampouco cominou a determinado ato pena menos severa do que aquela prevista na lei vigente ao tempo da sua prática (inc. II, c). Por fim, ainda que se considere que a Lei 10.034/00 deixou *de* tratar a adesão da contribuinte ao SIMPLES como ato contrário a qualquer exigência de ação ou omissão prevista na legislação tributária, o que, a princípio, ensejaria o seu enquadramento na hipótese prevista no inc. II, b do art. 106 do CTN, é de se destacar que desse ato (opção pelo SIMPLES) resultou (ou teria resultado) a falta de pagamento de tributos por parte da contribuinte, o que, por si só, afasta a possibilidade de aplicação retroativa da Lei 10.034/00.

Conclui a Fazenda Nacional que a aplicação retroativa das leis que criaram exceções às restrições previstas na Lei 9.317/96, de que é exemplo a Lei 10.034/2000, significa, em verdade, conceder anistia aos créditos tributários devidos pelos contribuintes naquele período anterior à nova disciplina legal, o que, à evidência, não pode ser admitido.

Em contrarrazões (fls. 150/91), a interessada reitera as razões de decidir do acórdão recorrido e suscita o caráter interpretativo da nº 10.034/2000, com vistas à aplicação do que seria a retroativa benigna estabelecida pela norma em questão.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro LEONARDO DE ANDRADE COUTO

Na análise da presente questão, as razões pelas quais a decisão recorrida acolheu o recurso voluntário limitaram o cerne da lide à discussão quanto aos efeitos no tempo da legislação superveniente.

Isso porque, ao decidir pela aplicação retroativa dos efeitos da Lei nº 10.034/2000, o acórdão recorrido explicitou que a atividade desenvolvida pela interessada sujeitava-se à vedação ao SIMPLES imposta por dispositivos da Lei nº 9.317/96, vedação essa que foi eliminada por aquela Lei; cuja eficácia deveria retroagir para cancelar os efeitos do Ato Declaratório.

Em outras palavras, a decisão hostilizada acatou como fato incontroverso que a interessa exerce atividade incluída pela Lei nº 9.317/96 no rol das vedações à opção pelo SIMPLES.

O que está em discussão é o alcance da Lei nº 10.034/2000 que excluiu a atividade da pessoa jurídica da vedação supra mencionada.

No entendimento da recorrente a situação sob exame não pode ser enquadrada em nenhuma das hipóteses previstas no art. 106, do CTN, de forma a justificar a retroatividade da exclusão perpetrada pela norma em comento.

Já a interessada argumenta em sentido diverso, pleiteando o enquadramento no dispositivo do CTN, com vistas à ampliação do alcance da Lei nº 10.034/2000.

Penso que assiste razão à recorrente. Não consigo vislumbrar a natureza interpretativa da Lei nº 10.034/2000 nos moldes suscitados pela interessada, de modo a enquadrá-la no inciso I, do art. 106, do CTN.

Também não entendo as limitações à opção pelo SIMPLES definidas no inciso XIII, do art. 9º, da Lei nº 9.317/96 como definição de infração ou estabelecimento de penalidade, a justificar a subsunção às alíneas “a” ou “c” desse dispositivo.

Quanto à alínea “b”, concordo com a recorrente quando afirma que opção pelo SIMPLES) resultou (ou teria resultado) na falta de pagamento de tributos por parte da contribuinte, o que, por si só, afasta a possibilidade de aplicação retroativa da Lei 10.034/00, em função do exposto na parte final do inc. II, b do art. 106 do CTN.

Assim, não há justificativa para que a Lei nº 10.034/00 tenha seus efeitos retroagidos. A decisão recorrida mencionou o posicionamento do STJ quanto ao tema. Nesse ponto, convém salientar que o Tribunal consolidou entendimento pela não retroatividade da norma em discussão (REsp 1021263 / SP - Ministro LUIZ FUX, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, julgamento em 25/11/2009, DJe 18/12/2009) – destaques acrescidos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL

REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA ART. 543-C, DO

Assinado digitalmente em 14/03/2011 por LEONARDO DE ANDRADE COUTO em nome do CANDIDATO

○

Autenticado digitalmente em 14/03/2011 por LEONARDO DE ANDRADE COUTO

Emitido em 22/03/2011 pelo Ministério da Fazenda

CPC. TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. INSTITUIÇÕES DE ENSINO MÉDIO QUE SE DEDIQUEM EXCLUSIVAMENTE ÀS ATIVIDADES DE CRECHE, PRÉ-ESCOLAS E ENSINO FUNDAMENTAL. ARTIGO 9º, XIII, DA LEI 9.317/96. ARTIGO 1º, DA LEI 10.034/2000. LEI 10.684/2003.

- 1. A Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996 (revogada pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006), dispunha sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, instituindo o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES*
- 2. O inciso XIII, do artigo 9º, do aludido diploma legal, ostentava o seguinte teor:*

"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;

(...)"

- 3. A constitucionalidade do inciso XIII, do artigo 9º, da Lei 9.317/96, uma vez não vislumbrada ofensa ao princípio da isonomia tributária, restou assentada pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, quando do julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.643-DF, oportunidade em que asseverou:*

"... a lei tributária - esse é o caráter da Lei nº 9.317/96 – pode discriminar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, como na hipótese vertente, derivada de uma finalidade objetiva e se aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria.

A razoabilidade da Lei nº 9.317/96 consiste em beneficiar as pessoas que não possuem habilitação profissional exigida por lei, seguramente as de menor capacidade contributiva e sem estrutura bastante para atender a complexidade burocrática comum aos empresários de maior porte e os profissionais liberais.

Essa desigualdade factual justifica tratamento desigual no âmbito tributário, em favor do mais fraco, de modo a atender também à norma contida no § 1º, do art. 145, da Constituição

Federal, tendo-se em vista que esse favor fiscal decorre do implemento da política fiscal e econômica, visando o interesse social. Portanto, é ato discricionário que foge ao controle do Poder Judiciário, envolvendo juízo de mera conveniência e oportunidade do Poder Executivo."

(ADI-MC 1643/UF, Rel. Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 30.10.1997, DJ 19.12.1997)

4. A Lei 10.034, de 24 de outubro de 2000, alterou a norma inserta na Lei 9.317/96, determinando que:

"Art. 1o Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9o da Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental."

5. A Lei 10.684, de 30 de maio de 2003, em seu artigo 24, assim dispôs:

"Art. 24. Os arts. 1o e 2o da Lei no 10.034, de 24 de outubro de 2000, passam a vigorar com a seguinte redação:

□ 'Art. 1o Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9o da Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às seguintes atividades:

I – creches e pré-escolas;

II – estabelecimentos de ensino fundamental;

III – centros de formação de condutores de veículos automotores de

transporte terrestre de passageiros e de carga;

IV – agências lotéricas;

V – agências terceirizadas de correios;

VI – (VETADO)

VII – (VETADO)' (NR)

(...)"

6. A irretroatividade da Lei 10.034/2000, que excluiu as pessoas jurídicas dedicadas às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental das restrições à opção pelo SIMPLES, impostas pelo artigo 9º, da Lei n.º 9.317/96, restou sedimentada pelas Turmas de Direito Público desta Corte consolidaram o entendimento da irretroatividade da Lei uma vez inexistente a subsunção a quaisquer das hipóteses previstas no artigo 106, do CTN, verbis:

"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."

7. Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 1056956/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/05/2009, Dje 01/07/2009; Agg no REsp 1043154/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 16/02/2009; AgRg no REsp 611.294/B, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 19/12/2008; REsp 1.042.793/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 22.04.2008, Dje 21.05.2008; REsp 829.059/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18.12.2007, DJ 07.02.2008; e REsp 721.675/ES, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 23.08.2005, DJ 19.09.2005).

8. In casu, à data da impetração do mandado de segurança (07/07/1999), bem assim da prolação da sentença (11/10/1999), não estava em vigor a Lei 10.034/2000, cuja irretroatividade reveste de legalidade o procedimento administrativo que inadmitiu a opção do SIMPLES pela escola recorrida

*9. Recurso Especial provido. **Acórdão submetido ao regime do art.543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.***

Considerando a submissão da decisão ao regime do art. 543-C, do CPC, veja-se o previsto no Regimento Interno do CARF (destaques adicionados):

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Do exposto, meu voto é no sentido de dar provimento parcial ao recurso da Fazenda Nacional para manter os efeitos do Ato Declaratório, pelo qual a interessada foi excluída do SIMPLES, até a entrada em vigor da Lei nº 10.034/2000.

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Relator

