



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

**Processo n°** 10805.000415/2005-94  
**Recurso n°** Especial do Procurador  
**Acórdão n°** 9101-001.534 – 1ª Turma  
**Sessão de** 22 de novembro de 2012  
**Matéria** ENQUADRAMENTO NO SIMPLES - ATIVIDADE ECONOMICA.  
**Recorrente** FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** B&A NATAÇÃO LTDA. - ME

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2002

RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. CONFIGURAÇÃO DE DIVERGÊNCIA. Confirmada a divergência jurisprudencial, cumpre apreciar o mérito do recurso.

SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA À OPÇÃO PELO SIMPLES FEDERAL E ADMITIDA PELA LEI DO SIMPLES NACIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI NOVA. A Lei Complementar 123/2006 entrou em vigor a partir de 1º de julho de 2007. A alínea a do inciso II do art. 106 do CTN não autoriza a aplicação retroativa de seu art. 17, que não trata de infração, mas de condições de opção por regime especial de tributação. (Acórdão 9101-001.376)

Recurso Especial Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dado provimento ao Recurso Especial interposto pela PFN, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

*(Assinado digitalmente)*

Otacílio Dantas Cartaxo – Presidente

*(Assinado digitalmente)*

Jorge Celso Freire da Silva – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo (Presidente), Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, João Carlos de Lima Junior, Jorge Celso Freire da Silva, Karem Jureidini Dias, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira

(suplente convocado), Valmir Sandri, Valmar Fonsêca de Menezes, José Ricardo da Silva e Plínio Rodrigues de Lima.

## Relatório

A PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL cientificada do Acórdão 391-000.52 (cópia à fl. 88/91), proferido na sessão de 21/10/2008 da Primeira Turma Especial do Terceiro Conselho de Contribuinte, apresentou RECURSO ESPECIAL À CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS - CSRF, com fulcro no artigo 7º do Regimento Interno da CSRF, aprovado pela Portaria MF nº 147/2007, vigente à época da decisão.

A recorrente contesta a decisão do colegiado quanto a matéria “Enquadramento no Simples – Atividade Econômica Vedada – Retroatividade da Lei Complementar 123/2006”.

Mediante despacho 1100-00.030-2010, de 18/02/2010 (fl.114/115), o recurso TEVE SEGUIMENTO nos seguintes termos:

“(…)

*Da contraposição dos fundamentos expressos nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos, evidencia-se que a recorrente logrou êxito em comprovar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial, pois em situações fáticas semelhantes, chegou-se a conclusões distintas.*

*O voto do relator do acórdão recorrido conclui pela aplicação retroativa da Lei Complementar 123/2006, entendendo que a restrição constante da lei vigente A época do fato julgado, a Lei nº9.317/196, autorizaria a incidência do art. 106, do CTN. Em sentido inverso é o entendimento do acórdão paradigma, qual seja, da impossibilidade de aplicação retroativa de alteração da legislação disciplinadora do regime de impedimentos A opção pelo Simples.*

*Destarte, em vista do exposto DOU SEGUIMENTO ao recurso especial impetrado pela Fazenda Nacional.*

*Encaminhem-se os autos à DRF de origem para cientificar a contribuinte do acórdão recorrido, notificando para apresentação de contrarrazões ao Recurso especial da PFN em 15 dias, se desejar.*

(…)”

Cientificado, o sujeito passivo apresentou contrarrazões em 31/10/2010, fls. 116 e seguintes, no qual alega em preliminar que o acórdão apontado como paradigma não se presta para configurar a divergência, e no mérito, propugna pela confirmação do acórdão recorrido.

É o breve relatório.

## Voto

Conselheiro Jorge Celso Freire da Silva p- Relator

O Recurso Especial da Fazenda Nacional atende aos pressupostos Regimentais, logo deve ser admitido e apreciado.

Inicialmente, registro que o Recurso Especial de Divergência tem por escopo uniformizar o entendimento da legislação tributária entre as Turmas Ordinárias e Especiais deste Conselho. Não se trata de uma terceira instância administrativa. Nesse sentido, dispõe o Regimento Interno do CARF em seu art. 67 (anexo II) que a divergência jurisprudencial ocorre quanto a “*decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF*”.

No presente litígio, instaurado pela PFN questiona o entendimento do acórdão recorrido quanto a aplicação retroativa da Lei Complementar 123/2006, tendo cancelado o Ato Declaratório que excluiu a contribuinte do Simples a partir do ano de 2002.

Aduz a recorrente que “(...) *In casu, verifica-se que a Lei Complementar nº 123/2006, no capítulo referente às disposições finais e transitórias, não dispõe expressamente sobre a possibilidade de retroatividade da lei. Ao contrário, os arts. 88 e 89 são claros em afirmar que o regime de tributação instituído pela Lei do Super Simples somente entrará vigor a partir de 01 de julho de 2007, momento em que ficará revogada a Lei nº 9.317/1996. ... A retroação prevista no CTN, deve-se analisar seu art. 106 que excepciona a regra da irretroatividade. O referido dispositivo legal permite a lei voltar-se ao passado, dispensando-se, pois, disposição expressa de lei, nas hipóteses de lei interpretativa e de "lei mitior" quanto a infrações ou penalidades... A LC 123/06 jamais poderia estar "deixando de definir uma infração", pois infrações não havia. Em verdade, estamos diante de dois sistemas (com relevantes diferenças) de pagamento unificado de tributos - Lei nº 9.317/96 e LC 123/06 - que se sucederam no tempo ambos atendendo a razões de política tributário-financeira reinantes em suas respectivas épocas. Não podemos confundir os regimes e objetivar aplicá-los fora do período de vigência estabelecido.... Ademais, a análise da opção da empresa ao Simples é feita com base em critérios objetivos, ou seja, pela análise do objeto social. Assim entendendo essa Turma, aduz-se em inovação da legislação, o que seria proibido a esse órgão administrativo. .... Portanto, os preceptivos apontados não deixam dúvida de que a atividade exercida pela recorrida é assemelhada à de professores especializados ou fisicultores, e, por isso, tem-se que agiu com acerto a DRJ ao manter o Ato Declaratório de exclusão do Simples.*”

Por sua vez, a contribuinte apresentou contrarrazões aduzindo em preliminar que não restou configurada a divergência e que no mérito cabe aplicar retroativamente a LC 123/2006.

Rejeito de plano a preliminar, haja vista que, embora não tenha tratado especificamente sobre o enquadramento retroativo no Simples em razão da atividade, e sim em face do limite da receita bruta, o Acórdão 303-35.326, apontado como paradigma pela PFN (cópia às fl. 103-111), enfrentou a matéria de fundo objeto do presente litígio, qual seja: a

aplicação retroativa da LC 123/2006. Isso está patente no voto condutor e também na ementa, que foi aprovada por aquele colegiado, nos seguintes termos:

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

*Ano-calendário: 2002*

*Legislação Superveniente. Inclusão Retroativa. 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, para efeito de re-incluir contribuinte regularmente excluído com base na legislação vigente à época do ato.*

*Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.*

*RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.”*

No mérito, a questão é conhecida deste Colegiado que firmou entendimento que a Lei Complementar 123/2006 também não se aplica retroativamente para permitir a permanência no Simples de empresas que se dediquem a atividades anteriormente vedadas. Nesse sentido cite-se o acórdão 9101-001.376, de 4/06/20012, cuja decisão unânime é sintetizada pela seguinte ementa:

*‘SIMPLES ATIVIDADE VEDADA À OPÇÃO PELO SIMPLES FEDERAL E ADMITIDA PELA LEI DO SIMPLES NACIONAL IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI NOVA A Lei Complementar 123/2006 entrou em vigor a partir de 1º de julho de 2007. A alínea a do inciso II do art. 106 do CTN não autoriza a aplicação retroativa de seu art. 17, que não trata de infração, mas de condições de opção por regime especial de tributação.’*

fundamentos do voto condutor do aludido Acórdão destacam-se os seguintes excertos:

*“(…)*

*Quanto à divergência apontada, qual seja, retroatividade da Lei Complementar nº 123/2006, entendo assistir razão à Fazenda Nacional, sendo equivocada a interpretação adotada pela Câmara recorrida.*

*O regime de tributação das microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar 123/2006, entrou em vigor a partir de 1º de julho de 2007, conforme dispôs seu art. 88, data em que ficou revogada a Lei nº 9.317/96, conforme art. 89.*

*O inciso II do art. 106 do CTN trata da retroatividade benigna de disposição legal em matéria de infrações, e o dispositivo legal cuja aplicação a decisão fez retroagir não trata de infração, mas de condições de opção por regime especial de tributação.*

*Uma vez que a norma do art. 17 da Lei Complementar 123/2006 não se enquadra em qualquer das hipóteses previstas no art. 106 do CTN, não se presta, ela, para permitir a manutenção da interessada no SIMPLES antes de 1º de julho de 2007.*

*Sobre o tema (retroatividade de dispositivo mais benéfico) vale transcrever o voto do relator, Ministro Castro Meira, no RESP 722.307, Segunda Turma, trazido a lume pela ilustre representante da Fazenda Nacional:*

(...)

***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.***

(...)” (Grifei)

Pois bem, no presente caso é incontroverso que a contribuinte exercia atividade vedada pela Lei 9.317/1996, vigente no ano de 2002, qual seja: Academia de Ginástica. Isso porque, as atividades descritas no contrato social do contribuinte são impeditivas à opção pela sistemática, por demandarem professores especializados ou fisicultores, que possibilitam um acompanhamento contínuo aos clientes.

### Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de inadmissibilidade do recurso e, no mérito, dar provimento ao Recurso Especial interposto pela PFN e restabelecer os efeitos do Ato Declaratório Executivo DRF/SAE 473.822, de 07 de agosto de 2008, que excluiu a contribuinte do Simples (fl. 23).

*(Assinado digitalmente)*  
Jorge Celso Freire da Silva