



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

Processo n° 10830.003537/2003-63
Recurso n° 392.602 Especial do Procurador
Acórdão n° **9101-001.103 – 1ª Turma**
Sessão de 29 de junho de 2011
Matéria SIMPLES- Inclusão Retroativa
Recorrente Fazenda Nacional
Interessado Krassner & Krassner Ltda. ME

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

Exercício: 1999

SIMPLES – INCLUSÃO RETROATIVA - ATIVIDADE VEDADA À OPÇÃO PELO SIMPLES FEDERAL E ADMITIDA PELA LEI DO SIMPLES NACIONAL- IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO- 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, § 1º (incisos I e XVI), que não trata de infração, mas de condições de opção por regime especial de tributação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso da Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO

Presidente

(assinado digitalmente)

Valmir Sandri

Relator

Processo nº 10830.003537/2003-63
Acórdão n.º **9101-001.103**

CSRF-T1
Fl. 2

Participaram do julgamento os Conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo, Francisco Sales Ribeiro de Queiroz, João Carlos de Lima Junior, Claudemir Rodrigues Malaquias, Antonio Carlos Guidoni Filho, Viviane Vidal Wagner, Karem Jureidini Dias, Alberto Pinto Souza Junior, Valmir Sandri e Suzy Gomes Hoffmann.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela D. Procuradoria da Fazenda Nacional, contra a decisão da Terceira Turma Especial do extinto Terceiro Conselho de Contribuintes, consubstanciada no Acórdão nº 393-00084, que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso apresentado pela empresa contra indeferimento de sua manifestação de inconformidade ante a negativa de reenquadramento no Simples, com efeitos retroativos a partir de 1997.

Alega a Fazenda Nacional que a Turma infringiu a lei ao determinar a retroatividade de dispositivo legal sem que tenha havido determinação legal expressa nesse sentido e sem que estivessem presentes as hipóteses tratadas no art. 106 do CTN, quais sejam, lei interpretativa e de "lei *mitior*" quanto a infrações ou penalidades.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Valmir Sandri, Relator

O recurso atende os requisitos que o legitimam, devendo ser conhecido.

Conforme se depreende do relatório, a Fazenda Nacional contesta a decisão da Terceira Turma Especial do Terceiro Conselho de Contribuintes que, ao dar provimento ao recurso voluntário da empresa, nos termos do voto do relator, deferiu sua inclusão retroativa no sistema simplificado. Alega a Fazenda Nacional, por seu procurador, que a decisão é contrária à lei e à prova dos autos.

Pelos elementos constantes dos autos, tem-se que a empresa exerceu opção pelo Simples em 1997, foi dele excluída em 1999 por exercer atividade vedada, e em 2003, pelo presente processo, requereu sua reinclusão retroativa a 1997, que foi indeferida.

Na manifestação de inconformidade deduzida perante a Delegacia de Julgamento de Campinas, a interessada informou que iniciou suas atividades em 04/06/1973, dedicando-se ao ensino fundamental, tendo constado na descrição de seu objeto social a possibilidade da prática de ensino de idiomas. Em 08/06/2000 alterou seu objeto social, passando a ter como objetivo o ensino infantil, fundamental e médio, ficando mantida a possibilidade do ensino de idiomas. Afirmou, contudo, que em nenhum momento teve como atividade principal o "Ensino de Idiomas", e que essa possibilidade constou do seu objeto social como "projeção estratégica".

A Turma de Julgamento indeferiu a manifestação de inconformidade por constar do objeto da sociedade atividade vedada à opção, não tendo a interessada trazido nenhuma prova de que não a exerce.

No recurso voluntário, a interessada invocou o art. 1º da Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000, que excetuou da restrição as atividades de pré-escola e ensino fundamental, reafirmou nunca ter exercido a atividade de ensino de idiomas, e trouxe notas fiscais com o intuito de demonstrar que sempre se dedicou à atividade de ensino infantil.

A Terceira Turma Especial do Terceiro Conselho de Contribuintes, ao dar provimento ao recurso, deferiu a inclusão retroativa a 1997.

A linha de argumentação desenvolvida pelo acórdão recorrido para dar provimento ao recurso do contribuinte foi, em síntese, a seguinte:

- A Lei Complementar nº 123/06, estabeleceu que as atividades de creche, pré-escola, ensino fundamental e escolas livres de língua estrangeira podem optar pelo Simples Nacional, e seu art. 16, §4º, dispôs que "*Serão consideradas inscritas no Simples Nacional as microempresas e empresas de pequeno porte regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma vedação imposta por esta Lei Complementar*".
- A Lei Complementar nº. 123, de 14/12/2006, dispôs que a opção pelo 'Simples Nacional' das ME (microempresas) e EPP (empresas de pequeno porte) será na forma

estabelecida pelo Comitê Gestor, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, para tratar dos aspectos tributários da Lei Geral do Simples.

- O art. 18 da Resolução CGSN, de 14/12/2006, com a redação dada pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007, estabeleceu:

Art. 18-Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as ME e EPP regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma das vedações previstas nesta Resolução. (.)

(...)

§4º Para fins de opção tácita de que trata o caput, consideram-se regularmente optantes as ME e as EPP, inscritas no CNPJ como optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317/96, que até 30 de junho de 2007 não tenham sido excluídas dessa sistemática de tributação ou, se excluídas, que até essa data não tenham obtido decisão definitiva da esfera administrativa ou judicial com relação a recurso interposto."

- O artigo 106, do Código Tributário Nacional (Lei nº. 5.172, de 25/10/1966), estipula que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito quando, em se tratando de ato não definitivamente julgado deixe de defini-lo como infração.
- Dessa forma, há que se reconhecer a aplicação retroativa benéfica do disposto no art. 17, §1º, incisos I e XVI da LC nº 123/06, para incluir a empresa no SIMPLES retroativamente a 1997.

Com a devida *vênia* ao entendimento acima esposado, entendo equivocada a interpretação adotada pela Turma recorrida, eis que o inciso II do art. 106 do CTN, trata da retroatividade benigna de disposição legal em matéria de penalidades e infrações, e o dispositivo legal cuja aplicação a decisão fez retroagir não trata dessa matéria, mas de condições de opção por regime especial de tributação.

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.

Logo, não se tratando de hipóteses que se enquadrem no art. 106 do CTN para admitir sua aplicação a fatos pretéritos, a norma do art. 17 da Lei Complementar 123/2006, não se presta para permitir a inclusão da interessada no SIMPLES antes de 1º de julho de 2007.

Observe-se que o próprio ato do Comitê Gestor, invocado pelo Relator do voto condutor do Acórdão recorrido, e que trata da opção tácita pelo Simples Nacional, estabelece que serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as ME e EPP regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317/1996, considerando-se como regularmente optantes as que até 30/07/2007 não tenham sido excluídas ou, se excluídas, não tenham obtido decisão definitiva com relação a recurso interposto.

No caso em análise, a empresa foi definitivamente excluída por Ato Declaratório de 1999, e o que se encontrava pendente de decisão definitiva em 30/07/2007 era sua solicitação de reinclusão retroativa.

Processo nº 10830.003537/2003-63
Acórdão n.º **9101-001.103**

CSRF-T1
Fl. 6

Tendo em vista as razões expostas, DOU provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, para reformar o Acórdão n. 393-00.084, e com isso, confirmar o indeferimento da inclusão retroativa a partir de 1997.

Sala das Sessões, em 29 de junho de 2011.

(assinado digitalmente)

Valmir Sandri