



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

Processo n° 10855.003100/99-02
Recurso n° 326859 Especial do Procurador
Acórdão n° 9101-001.321 – 1ª Turma
Sessão de 25 de abril de 2012
Matéria Normas Gerais - Processo Tributário
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ANGRIZANI & GARROTE S/C. LTDA. — ME.

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

Ano – calendário: 2000

RECURSO ESPECIAL. LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06. IRRETROATIVIDADE. MUDANÇA DO ROL DE ATIVIDADES VEDADAS AO SIMPLES. Não retroage a lei complementar nº 123/06, que inaugurou o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, tendo em vista que não se enquadra em nenhuma das hipóteses excepcionais de retroatividade prevista no artigo 106 do CTN, portanto, não há que se falar na inclusão retroativa da contribuinte no regime simplificado de tributação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em DAR provimento ao recurso, para afastar a aplicação retroativa da Lei Complementar 123/2006 e determinar o retorno dos autos ao colegiado recorrido para examinar as demais questões trazidas no recurso voluntário nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

HENRIQUE PINHEIRO TORRES - Presidente Substituto

(assinado digitalmente)

JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Henrique Pinheiro Torres, Susy Gomes Hoffmann, Karem Jureidini Dias, João Carlos de Lima Junior, José Ricardo da Silva, Alberto Pinto Souza Junior, Valmar Fonseca de Menezes, Jorge Celso Freire da Silva, Valmir Sandri e Francisco Sales Ribeiro de Queiroz.

Trata-se de recurso especial, com fulcro no art. 7º, II, do antigo Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, portaria nº 55, de 12/03/1998, interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional contra o v. acórdão proferido pela Colenda Terceira Câmara da primeira Turma do Conselho de Contribuintes que deu provimento ao recurso voluntário.

O recurso especial foi interposto em face da decisão que, por unanimidade de votos, decidiu pelo provimento do recurso voluntário a fim de considerar a contribuinte incluída no Simples a partir do ano-calendário de 1999, conforme a ementa do julgado transcrito:

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

Ano-calendário: 2000

SIMPLES - INCLUSÃO - RETROATIVA - ATIVIDADES DE ENGENHARIA - LEI COMPLEMENTAR 123/2006. As atividades de construção de imóveis e de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada, não são mais vedadas ao SIMPLES nos termos do artigo 17, § 1º, inciso XIII, da LC 123/2006. Aplicação retroativa em virtude do artigo 106, inciso II, alínea "b", do Código Tributário Nacional.

SIMPLES. RETROATIVIDADE DE LEI NOVA. JULGAMENTOS PENDENTES. EFEITOS. A lei nova tem repercussão pretérita aos casos pendentes de julgamento, por força do caráter interpretativo da norma jurídica impeditiva anterior, revogada pela nova legislação, devendo seus efeitos se subsumirem à rega do artigo 106 do CTN.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Inconformada com a decisão da Colenda Turma, a Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs recurso especial, baseado na divergência jurisprudencial e para tanto, apresentou acórdão paradigma com a seguinte ementa:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples Ano-calendário: 2003

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 reincluir contribuinte regularmente excluído com base na legislação vigente à época do ato. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Aduz a Fazenda, em suas razões recursais, que a mudança legislativa implica a possibilidade futura de inclusão no sistema, e não a retroatividade da legislação.

Assim, expõe que a hipótese de retroatividade foi descartada, tendo em vista o entendimento de que a lei posterior teria apenas efeitos pro futuro.

Argumenta, ainda, que o artigo 106 do CTN traz hipóteses excepcionais no qual o caso concreto não se adequa.

Desta feita, expõe que a retroatividade benigna somente pode se operar quando se tratar de penalidade pelo descumprimento da legislação tributária (art. 106, II, CTN) o que não se observa no caso em tela, visto que a retroatividade da Lei Complementar 123/06 não se enquadra em qualquer hipótese prevista no aludido artigo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Carlos de Lima Junior, Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço o presente recurso especial.

O caso em tela versa sobre a proibição de adesão ao Simples pelas empresas que exercem atividades previstas como impeditivas pelo art. 9º, XIII da Lei 9.317/96, tendo em vista sua posterior revogação pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006 que afastou tal proibição.

Assim, o cerne da questão é se a Lei Complementar nº 123/06, que inaugurou o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, retroage ou não, no que se refere às hipóteses de vedação de opção pelo Simples, para beneficiar o contribuinte que, excluído com base na lei nº 9.317/96, não mais o seria com base naquela Lei Complementar.

O assunto que ora se discute foi analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso repetitivo (recurso especial nº 1.021.263), referente à irretroatividade da Lei nº 10.034/2000 que excluiu atividades do rol restritivo estabelecido pelo artigo 9º, XIII, da Lei 9.317/96.

O entendimento da Corte foi no seguinte sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO 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; AgRg no REsp 1043154/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 16/02/2009; AgRg no REsp 611.294/PB, 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.

Do mesmo entendimento compartilha esta Câmara Superior, que em recente decisão sobre caso análogo entendeu pela irretroatividade da Lei Complementar 123/06, nos termos da seguinte ementa:

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

Ano calendário: 2000

LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06. REDUÇÃO DO ROL DE ATIVIDADES VEDADAS AO SIMPLES. IRRETROATIVIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO DE NENHUMA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ARTIGO 106 DO CTN.

Não retroage a lei complementar nº 123, por não se enquadrar em nenhuma das hipóteses excepcionais de retroatividade previstas no artigo 106 do CTN. Primeiro porque não se constitui em lei interpretativa; segundo porque não pertence, a matéria, à seara das infrações tributárias. (CSRF, 1ª Turma, Acórdão nº 9101-001.219, sessão de 18/10/2011)

Dessa maneira, embora a Lei Complementar 123/06 permita o que se vedava à época em que a contribuinte apresentou seu requerimento para o Simples, é cediço, conforme expôs o STJ, que referida Lei não se enquadra em nenhuma das hipóteses excepcionais de retroatividade prevista no artigo 106 do CTN, portanto, não há que se falar na inclusão retroativa da contribuinte no regime simplificado de tributação.

Assim, assiste razão a Fazenda Nacional em seu recurso especial. No entanto, o indeferimento pela adesão ao Simples à contribuinte se deu em vista da atividade desenvolvida pela empresa, porém, argui em sua defesa que a atividade que exerce não é impeditiva e tampouco se enquadra como excludente da opção, visto que não se assemelha a nenhuma das hipóteses previstas no art. 9º, XIII ou no Ato Declaratório Normativo nº 4. Esclarece, ainda, que para sua atividade não é necessário profissional habilitado, bastando o conhecimento adquirido pela prática.

Ocorre que, em que pese a diligência requerida em segunda instância para obter maiores informações acerca da real atividade exercida pela empresa, a 1ª Câmara do 3º Conselho de Contribuintes julgou pela retroatividade da Lei Complementar 123/06 e deixou de analisar o mérito, assim, para evitar ausência de análise do mérito na fase administrativa, qual seja, se a natureza das atividades exercidas pela contribuinte recorrida se assemelha ou não às

Processo nº 10855.003100/99-02
Acórdão n.º **9101-001.321**

CSRF-T1
Fl. 4

atividades do profissional da engenharia, é imperioso o regresso do mesmo a 1ª Câmara do 3º Conselho de Contribuintes.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso especial da Procuradoria da Fazenda Nacional para afastar a retroatividade da Lei Complementar 123/06 e determino o retorno dos autos à Câmara de origem para que seja apreciado o mérito do recurso voluntário relativo a real atividade exercida pela contribuinte.

É como voto.

JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR

Relator