



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

Processo n° 10880.006670/99-75
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° **9101-001.249 – 1ª Turma**
Sessão de 22 de novembro de 2011
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Recorrente PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL
Interessado COLÉGIO JOAQUIM MARIA MACHADO DE ASSIS S/C LTDA.

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

Ano-calendário: 1999

Ementa:

SIMPLES.APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEGISLAÇÃO. Nos termos da jurisprudência consolidada do STJ, o art. 106 do CTN, que estabelece quando a lei tributária será aplicada a atos ou fatos pretéritos, não se aplica ao caso das vedações aos optantes pelo SIMPLES.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Otacílio Dantas Cartaxo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Valmar Fonsêca de Menezes - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo (Presidente), Susy Gomes Hoffmann, Karem Jureidini Dias, Antonio Carlos Guidoni

Filho, Joao Carlos de Lima Junior, Alberto Pinto Souza Junior, Valmar Fonseca de Menezes, Jorge Celso Freire da Silva, Valmir Sandri e Claudemir Rodrigues Malaquias.

Relatório

Adoto, por oportuno e suficiente, o relatório do acórdão recorrido, o qual transcrevo, a seguir, in verbis:

“O contribuinte acima qualificado, media te Ato Declaratório de I emissão/I do Sr. Delegado da Receita Federal em São Paulo, foi is excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e i Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, SIMPLES, ao qual havia anteriormente optado, na forma da Lei nº 9.317, 05/12/1996 e alterações posteriores,

De acordo com os artigos 14 e 15 do Decreto nº 70.235, de 1 06/03/1972, com nova redação dada pela Lei nº 8.748/1993, o i contribuinte apresentou impugnação (fls. 30 a 42), através de sua procuradora, Dra Cenise G. F. Salomão, OAB/SP 124.088, com ! procuração à fl. 18, alegando, em síntese:

1. A Constituição Federal garante ao cidadão o direito de livre exercício de profissão bem como a constituição de empresas sejam elas de I qualquer porte. /Garante, também, às microempresas e empresas de pequeno porte, tratamento diferenciado conforme expresso no art. 179.

Por seu turno, a Lei nº 9.317/1996 veio regular tal situação dando as hipóteses e a forma para o exercício de tal prerrogativa Constitucional,

2. A Lei nº 9.317/19, 96 na parte que estabelece condições qualificativas e I não apenas quantitativas para opção pelo regime diferenciado, certamente exorbitou, transformando-se em um verdadeiro, "monstrengo legislativo", eivado de inconstitucionalidades.

3. Pelo art. 1791 da CF, evidente está que caberia apenas à lei infraconstitucional a função de definir quantitativamente o que sejam' microempresas, e empresas de pequeno porte. Em momento algum, o constituinte delegou ao legislador comum o poder de fixação ou até mesmo de definição de atividades excluídas do benefício.

4. Não bastasse, /o texto leal referido traz ainda uma evidente quebra da /igualdade tributária (art. 150, inciso II da Constituição Federal). nesse sentido, pode-se afirmar que a decisão ora impugnada concluiu.

5 A atividade, empresarial exercida pela prestadora de serviços educacionais é muito mais ampla que a desenvolvida pelo professor ou assemelhado', esta sim absurda e inconstitucionalmente "vedada" pela legislação ordinária. Muito embora não haja referência expressa que a atividade da escola é assemelhada a do professor. A escola para exercer sua atividade

necessita um complexo de instalações, de insumos, de , valores, às vezes mais expressivos que o custo da mão1 de , obra do professor.

6. Por ocasião da Lei nº 7.256/1984, a exemplo do que ocorre hoje, em razão dos' absurdos de interpretação que vinham ocorrendo, a matéria foi levada a apreciação do Conselho de Contribuintes, que decidiu favoravelmente ao enquadramento dos estabelecimentos de ensino como microempresa. As disposições contidas no art. 90 da Lei nº9.317/1996 é praticamente "bis in idem" daquelas contidas no inciso VI, do art. 3º da Lei nº 7.256/1984.

7. A entidade mantenedora educacional não é uma sociedade de profissionais para o exercício da profissão de professor. A entidade é sim uma sociedade entre empresários, sem exigência de qualificação profissional e livre para contratar profissionais devidamente qualificados e habilitados para o exercício de suas profissões."

A decisão de primeira instância foi assim ementada:

“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte Simples Ano-calendário: 1999

Ementa: SIMPLES

Não podem optar pelo SIMPLES as pessoas jurídicas cuja atividade não esteja contemplada pela legislação de regência, tal como é o caso de prestação de serviços de professor.

Solicitação indeferida”

No seu recurso, o contribuinte repisa os argumentos trazidos com a impugnação.

O recurso foi posto em mesa para julgamento em 30 de agosto de 2001, tendo sido decidida a conversão do julgamento em diligência para intimar a contrib4inte a informar se a pessoa jurídica presta outros serviços que não estão enquadrados na Lei ° 10.034/2000, como', por exemplo, ensino de segundo grau.

A contribuinte responde a intimação recebida juntando aos aut s cópia de seu contrato social.

O processo entrou novamente em pauta para julgamento deste Colegiado, em 17 de setembro de 2004, tendo o julgamento sido novamente convertido em diligência, para:

apurar se o serviço de educação para jovens e adultos era fundamental, médio ou superior, ou todos eles, tendo em vista que esta informação não ficou clara na primeira diligência.

Em resposta à diligência foi informado pela recorrente, que junta os documentos comprobatórios respectivos, e relatado pelo

fiscal responsável que:

“1. A partir de fevereiro de 1999, a recorrente atuava somente com ensino Infantil e ensino Fundamental I;

2. Em janeiro de 2001, a recorrente passou também a atuar no Ensino Fundamental H; e Somente em janeiro de 2003, há o início das atividades relativas ao ensino Médio no estabelecimento da recorrente.”

A Segunda Câmara do Terceiro Conselho, assim decidiu a questão, conforme ementa a seguir:

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

Ano-calendário: 1999

Ementa: SIMPLES - ENSINO FUNDAMENTAL

Empresas que se dediquem ao ensino Infantil e Fundamental podem optar pela ! sistemática de tributação do SIMPLES. 1

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO”.

Inconformada, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresenta recurso especial de divergência, admitido pelo despacho constante nos autos, nos seguintes termos.

“a) Acontece que' no presente caso, a exclusão da recorrida do SIMpLES se deu sob a égide da Lei n2 9.317/1996. Na época, o desempenho da atividade acima mencionada , impedia a empresa de aderir ao sistema por expressa vedação constante do art. 92, XII, da referida Lei

b) PORTANTO, A LEI N2 10.034/00 JAMAIS PODERIA ESTAR' "DEIXANDO

DE DEFINIR UMA INFRAÇÃO", POIS INFRAÇÕES NÃO HAVIA.

Nobres Conselheiros, "retroatividade benigna" no direito tributário refere-se às sanções e o CTN deixa isso muito claro. Não é qualquer tratamento benéfico da legislação que retroage, não é essa a inteligência do sistema tributário.”

A interessada apresentou contra-razões, pleiteando, ao final, que:

“Inobstante as considerações supramencionadas, certo é que a retroação sio art. 106 pode atingir até penalidades já em fase de cobrança executiva e, por analogia, atingir aos atos administrativos não definitivamente julgados.

Sendo assim, haja vista que sobreveio lei nova beneficiando a ora Recorrida pela caracterização de duas hipóteses previstas nas alíneas "a" e "b" do inciso II, do artigo 106 do CTN, é que', ao presente recurso deve ser negado provimento.

(...)

Recurso apresentado pelo contfribuinte ter sido julgado procedente, convalidando desta forma uma situação de fato e de direito, que até a presente data ainda não foi modificada, e também pende de trânsito em julgado.”

É o relatório.

Voto

Conselheiro Valmar Fonsêca de Menezes, Relator.

Preliminarmente, passo à análise dos pressupostos de admissibilidade do presente recurso.

Verifico que a divergência foi bem caracterizada nos autos, razão por que estou de acordo com o despacho de admissibilidade.

Desta forma, conheço o recurso especial interposto.

Inicialmente, cabe ressaltar de conhecimento de todos que por várias vezes já votei neste Colegiado no mesmo sentido do acórdão recorrido. No entanto, a evolução da jurisprudência me fez adotar, hoje, a posição do Superior Tribunal de Justiça, à qual me curvo, passando, a seguir a transcrevê-la, in verbis, por oportuno e suficiente para decisão:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. RESTRIÇÃO. EXCEÇÃO PROMOVIDA PELA LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. RETROATIVIDADE INVIÁVEL. PRECEDENTES.

1. O art. 90, XIII, da Lei 9.317/96, não permite que os estabelecimentos de ensino optem pelo SIMPLES, porquanto prestam serviços profissionais de professor. Com o advento da Lei 10.034/2000, afastou-se a restrição em relação às pessoas jurídicas que explorem exclusivamente a atividade de creche, pré-escola ou de ensino fundamental.

2. Contudo, a orientação prevalente nas Turmas de Direito Público deste Tribunal firmou-se no sentido de que o direito à opção pelo SIMPLES, com fundamento na legislação superveniente, somente pode ser exercido a partir da vigência de tal legislação.

3. Recurso especial provido."

(STJ, RESP 829059, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 07.02.2008, pg. 01)

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. RESTRIÇÃO CONTIDA NA LEI 9.317/96. EXCEÇÃO PROMOVIDA PELA LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. RETROATIVIDADE INVIÁVEL. PRECEDENTES

A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção/STJ firmou-se no sentido de que a Resolução 74/98 do CONTRAN regulamenta a exigibilidade de habilitação para a prestação do serviço de formação de condutores de veículos, impondo a certificação na Controladoria Regional de Trânsito - CRT - e o credenciamento nos órgãos executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal. Desse modo, tratando-se de profissão cujo exercício depende de habilitação profissional legalmente exigida, não é possível a opção pelo SIMPLES. Nesse sentido: REsp 509.434/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 20.10.2003; REsp 479.0321SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 1 0.2.2005; REsp 499.597/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 6.6.2005.

2. Por outro lado, é certo que a partir da vigência da Lei 10.684/2003 (que alterou a Lei 10.034/2000) a restrição em comento deixou de existir, pois, nos termos da legislação mencionada, "ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 90 da Lei 9.317/96 (...) as pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às Seguintes atividades: (...) centros de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e de carga".

No entanto, a orientação prevalente nas Turmas de Direito Público deste Tribunal firmou-se no sentido de que o direito à opção pelo SIMPLES, com fundamento na legislação superveniente, somente pode ser exercido a partir da vigência de tal legislação. Precedentes: REsp 884.1861RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 11.6.2007; REsp 722.307/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.5.2005. 3. Recurso especial desprovido".

(STJ, RESP 764.307, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 19.11.2007, pg. 187)

"TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. INSTITUIÇÃO DE ENSINO ATIVIDADE DE CRECHE. PRÉ-ESCOLA E ENSINO FUNDAMENTAL. LEI 10.034/2000. APLICAÇÃO INCIDENTAL. SÚMULA 07/STJ

1. O art. 1º, inciso I e II, da Lei 10.034/2000, com a redação dada pela Lei 10.684/2003, reconhece o direito de as instituições de ensino que se dediquem exclusivamente às atividades de creche, pré-escolas e ensino fundamental optarem pelo SIMPLES (RESP 603.451/PE, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 28.06.2004). Por outro lado, o direito à referida opção somente pode ser exercido a partir da vigência da norma em comento (RESP. 722.3071SC, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 16.05.2005).

2. A análise com conteúdo fático-probatória da demanda encontra óbice na Súmula 07/STJ.

3. Recurso especial a que se dá parcial provimento."

(STJ, RESP 884186, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ. 11.06.2007, pg. 288)

"TRIBUTÁRIO. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. OPÇÃO. ART. 90, INCISO XIII, DA LEI N.º 9.317/96. RESTRIÇÃO, ART. 10 DA LEI N.º 10.034/00. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Com o advento da Lei n.º 10.034/2000, as pessoas jurídicas dedicadas às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental foram excluídas das restrições impostas pelo art. 90 da Lei n.º 9.317/96, permitindo-se-lhes a opção pelo SIMPLES.

2. O art. 106 do CTN, em seus incisos, estabelece quando a lei tributária será aplicada a atos ou fatos pretéritos. O caso dos autos não se enquadra nas hipóteses, de modo que descabido cogitar de retroação da Lei n.º 10.034/00.

3. A pessoa jurídica que se dedica à creche, pré-escola e ao ensino fundamental somente tem direito a optar pelo SIMPLES a partir da vigência da Lei n.º 10.034/00, que não pode ter aplicação retroativa.

4. Recursos especiais providos."

(STJ, RESP 721675, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 19.09.2005, pg. 297)"

Diante de todo o exposto, dou provimento ao recurso da Fazenda Nacional.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Valmar Fonsêca de Menezes Relator