



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

Processo nº 10980.006275/2004-56
Recurso nº 336.939 Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-001.152 – 1ª Turma
Sessão de 02 de agosto de 2011
Matéria SIMPLES
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado INOVADOOR PORTÕES AUTMÁTICOS LTDA.

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

Ano-calendário: 2002

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Otacílio Dantas Cartaxo - Presidente.

Susy Gomes Hoffmann - Relatora.

Editado em: 03 NOV 2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo (Presidente), Claudemir Rodrigues Malaquias, Valmir Sandri, Viviane Vidal Wagner, Karem Jureidini Dias, Alberto Pinto Souza Junior, João Carlos de Lima Junior, Antonio Carlos Guidoni Filho e Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz e Susy Gomes Hoffmann.

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

O contribuinte foi excluído do Simples, com fundamento no artigo 9º, incisos V e XIII, da Lei nº 9.317/96, por prestar serviços de montagem e de manutenção de equipamentos industriais, equiparáveis a prestação de serviços de engenharia (despacho presta às fls. 26/29).

O contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (fls. 34/45).

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento indeferiu a solicitação do contribuinte, nos termos da seguinte ementa:

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

Data do fato gerador: 01/01/2002

Ementa: SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA

O desempenho de atividade complementar à construção civil impede a permanência no Simples.

Solicitação Indeferida”

O contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 80/97).

A antiga Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes deu provimento ao recurso do contribuinte (fls. 100/108). Eis a ementa do julgado:

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

Data do fato gerador: 01/01/2002

SIMPLES - EXCLUSÃO - Fabricação e prestação de serviços em portas em PVC, portas automatizadas, portais de selamento para docas e automação e serviços de serralheria em geral. Prestação de serviços de instalação de portas automáticas e serralheria em geral são atividades complementares ou auxiliares da construção civil.

SIMPLES - ATIVIDADES VEDADAS.

Verificado que pela Lei Complementar n.º 123/2006, que instituiu o Simples Nacional, as atividades exercidas pela pessoa jurídica não são vedadas, é de se rever a exclusão do SIMPLES.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO”

A Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs o presente recurso especial de divergência (fls. 112/129).

Trouxe à tona acórdãos paradigmas no sentido de que as atividades de construção civil, obras e serviços auxiliares e complementares a construção civil, é vedada pelo Simples. Suscitou divergência, outrossim, no que tange à aplicação retroativa da lei complementar nº 123/06, fundamento do acórdão recorrido. No mérito, teceu argumentos neste sentido.

O contribuinte apresentou suas contra-razões (fls. 141/145).

É o relatório.



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.

"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).

Com efeito, no caso não se vislumbra hipótese cabível de retroatividade da Lei Complementar nº 123. Isto porque, também aqui, tanto quanto na hipótese discutida no recurso repetitivo julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, não se caracteriza quaisquer dos casos previstos de retroatividade, conforme estabelecido no artigo 106 do Código tributário Nacional, que dispõe nos seguintes termos:

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

*Nessa medida, o dispositivo protetor dá azo à retro-operância da lei mais branda, intitulada Lex mitior, na esteira da retroatividade benéfica ou benigna em Direito Tributário, exclusivamente para as infrações”.*¹

Inequivocamente, não pertence, a matéria ora em julgamento, à seara infracional do direito tributário. As normas que a integram, assim como no Direito Penal, atendem a uma estrutura característica, composta pelo preceito primário, na qual se prevê a conduta proibida, o fato típico; e pelo preceito secundário, consistente na sanção conseqüente à prática do fato descrito no tipo.

No presente caso, cuida-se apenas de rol de atividades, antes previstas na Lei nº 9.317/96, e hoje na Lei Complementar nº 123/06, proibidas de serem exercidas pelo contribuinte que pretende optar pelo Simples. Trata-se, pois, tão-somente de condições à participação do contribuinte no Simples.

Neste sentido:

“Quanto à segunda exceção legal, também se entremostra impossível a sua configuração. Isso porque as leis em cotejo não versam, absolutamente, sobre infrações ou penalidades. Em termos mais claros: a opção do contribuinte pelo Simples em desacordo com a Lei nº 9.317/96 não é tipicamente uma infração, nem tampouco a sua exclusão da sistemática simplificada pode ser admitida como uma penalidade.

A retroatividade benigna contemplada pela regra em comento deita raízes no Direito Penal, fonte na qual se deve buscar inspiração para interpretação em análise. Nesse cenário, a infração tributária deve ser entendida como o descumprimento de uma ordem emanada da norma, o cometimento de um ato ilícito, uma afronta a um fazer ou não fazer expressamente ditado pelo legislador. A penalidade, por sua vez, é uma decorrência dessa inobservância, e tem caráter nitidamente punitivo, sancionador a exemplo de aplicação de multa.

A par disso, o que se tem na hipótese ora debatida não é infração, nem penalidade, mas, isto sim, um programa governamental de incentivo previsto em lei, no qual se delimitam condições aos pretensos participantes para que nele possam ingressar. Aqueles que preenchem os requisitos podem ser inseridos no Simples; caso contrário não será autorizado o ingresso ou a permanência no regime simplificado.

*Se os dispositivos das normas em apreço versam particularmente sobre requisitos de acesso a um regime tributário especial voltado a determinadas empresas, é inconcebível rotulá-los como veículos legislativos que estabelecem infrações”.*²

¹ SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 158/159.

² JÚNIOR, Bernardo Alves da Silva. A Injuricidade da Aplicação Retroativa da Lei Complementar nº 123/06 para a Reinclusão de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte no Regime do Simples. Revista Dialética de Direito Tributário nº 169. Outubro de 2009. p. 21.

Diante disso, tendo em vista não se enquadrar, a Lei Complementar nº 123, em nenhuma das hipóteses excepcionais de retroatividade prevista no artigo 106 do Código Tributário Nacional, não há como se aquiescer com o desfecho dado ao caso pelo órgão *a quo*.

Diante disso, restaria a análise acerca da compatibilidade da atividade desempenhada pelo contribuinte com o regime estabelecido pela Lei nº 9.317/96. Contudo, conforme já referido, já se fixou, no próprio acórdão recorrido, que, segundo a Lei nº 9.317/96, o contribuinte não poderia valer-se do Simples.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.


Susy Gomes Hoffmann - Relatora