



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

Processo nº 11543.001442/00-16
Recurso nº 331.108 Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-001.376 – 1ª Turma
Sessão de 04 de junho de 2012
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES
Recorrente Fazenda Nacional
Interessado Jatfibra- Jateamento e Artefatos de Fibra Ltda- ME

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.

SIMPLES- EXCLUSÃO - ATIVIDADE VEDADA - Não comprovado o exercício de atividade impeditiva, mantém-se a inscrição no regime simplificado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO

Presidente

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri

Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo, Valmar Fonseca de Menezes, José Ricardo da Silva, Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz,

Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira, Alberto Pinto Souza Junior, Valmir Sandri, Jorge Celso Freire da Silva, Karem Jureidini Dias e Suzy Gomes Hoffmann.

CÓPIA

Relatório

A Fazenda Nacional interpõe recurso especial contra a decisão consubstanciada no Acórdão nº 301-34578, mediante a qual a Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes deu provimento ao recurso interposto por Jatfibra Jateamento e Artefatos de Fibras Ltda., e cancelou sua exclusão do SIMPLES, que havia sido confirmada pela DRJ no Rio de Janeiro.

O Acórdão combatido ostenta a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES - EXCLUSÃO - 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 regra do artigo 106 do CTN.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

A Recorrente alega dissídio jurisprudencial quanto à matéria “retroatividade da Lei Complementar 123/2006”, indicando vários paradigmas, dos quais apenas os dois primeiros foram tomados para análise da admissibilidade, como autoriza o Regimento.

Os paradigmas analisados são os seguintes:

Acórdão 302-36070:

SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – SIMPLES EXCLUSÃO POR ATIVIDADE ECONÔMICA. Não Poderia optar pelo Simples a pessoa jurídica que, até 31/05/2003, prestava serviços assemelhados aos de representação comercial (art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, e art. 1º, inciso IV, da Lei nº 10.034/2000, com a redação dada pelo art. 24 da Lei nº 10.684/2003, publicada em 31/05/2003).

NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

Acórdão nº 303-35325

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte —

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

O Presidente da 1ª Câmara da 1ª Seção do CARF deu seguimento ao recurso, por tempestivo e comprovado o dissídio jurisprudencial.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Valmir Sandri, Relator

O recurso especial de divergência não tem por escopo a reavaliação de provas, mas tão somente a uniformização da jurisprudência.

No caso posto a exame, o contribuinte contestou sua exclusão do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, cuja motivação, expressa no Ato Declaratório, foi “*exercício de atividades vedadas à opção pela sistemática tributária em questão, no caso, de engenheiro ou assemelhados*”.

As atividades constantes do contrato social do contribuinte são “fabricação de peças em fibra de vidro”, “fabricação de artefatos de concreto e cimento”, “preparação de superfícies através de jateamento”; “serviços de manutenção mecânica, elétrica e instrumentação”, e “serviços de montagem e reparos de materiais em fibra de vidro”.

A DRJ manteve a exclusão do Simples sob o argumento de que “as atividades de Serviços de Manutenção Mecânica, Elétrica e Instrumentação (CNAE 74.99-3) e Serviços de Montagem e Reparos de Materiais em Fibra de Vidro (CNAE 74.99-3), são atividades típicas de engenheiro e de técnicos nas devidas especialidades”.

Ao iniciar o julgamento do recurso voluntário interposto, a 1ª Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por não encontrar nos autos elementos que permitissem identificar precisamente quais os serviços prestados pela contribuinte, de maneira a aferir sua complexidade, converteu o julgamento em diligência para o fim de verificar a real atividade da empresa.

O relatório da diligência apresentou a seguinte conclusão:

“Diante do exposto, entendemos que a empresa, embora discrimine em seu contrato social atividades que não permitem sua inclusão e permanência no simples, s.m.j., a realização dessas operações, não entendemos devidamente comprovadas.”

A partir do resultado da diligência, a Primeira Câmara do Terceiro Conselho deu provimento ao recurso do contribuinte nos termos do voto da Relatora, que assim se exprimiu:

“Diante de tal constatação, depreende-se que, na verdade, não restou devidamente comprovado que o recorrente exerce atividades que são vedadas ao Simples.

Se houvesse comprovação nos autos que o recorrente exerce atividade de engenharia, essa vedação estaria conforme entendimento exarado no Ato Declaratório Executivo (fl.109), ou seja, tratava-se de atividade assemelhada à prestação de serviços de engenheiro (art. 9º, inciso XIII da Lei 9.317/96).

Ocorre que o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — Simples, mudou e transformou-se no SIMPLES NACIONAL, com o advento da Lei Complementar nº 123/96, que trouxe novas possibilidades em matéria de atividades que podem optar pelo SIMPLES NACIONAL.

Dessa forma, a atividade de "construção de imóveis e obras de engenharia em geral" deixou de ser vedada ao SIMPLES, na forma do artigo 17 parágrafo 10 inciso XIII.

Além disso, no parágrafo 2º do mesmo artigo 17, há disposição no sentido de que qualquer outra atividade poderá optar pelo SIMPLES NACIONAL, ou seja, as microempresas ou empresa de pequeno porte que se dedique à prestação de outros serviços que não tenham sido objeto de vedação expressa no artigo 17 e desde que não incorra em nenhuma das hipóteses de vedação previstas na Lei Complementar 123, poderá optar pelo SIMPLES NACIONAL.

Assim, não obstante as razões de recurso e os fundamentos da decisão de primeira instância recorrida, ainda que houvesse a comprovação de a atividade exercida era de engenharia, o serviço prestado pela Recorrente dentro da exegese do novo manto legal, vale dizer, LC 123 de 14/12/2006 com a redação dada pela LC 127/07, não está vedada a opção pelo SIMPLES NACIONAL.

Contudo, impõe-se ao caso a retroatividade da lei superveniente acima citada, como atividade econômica beneficiada pelo recolhimento de impostos e contribuições na forma simplificada, fato com repercussão pretérita por força do princípio da retroatividade benigna previsto no Código Tributário Nacional.

*Diante do exposto, e considerando o princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106, II, "b" do Código Tributário Nacional, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, mantendo a recorrente no Simples”.*

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:

"É cediço que, em regra, aplica-se o princípio da irretroatividade das leis ao Direito Tributário. O art. 106 do Código Tributário Nacional traz as hipóteses excepcionais em que a lei tributária poderá ser aplicada a ato ou fato pretérito, consoante se constata de seu teor, a seguir transcrito:

"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".

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.

O art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, vigente no momento em que a recorrida passou a ser optante do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, tem a seguinte redação:

"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;

(...)"

Portanto, as empresas que prestassem serviços profissionais educacionais eram atingidas pela vedação imposta. Não se cuida aqui de infração ou penalidade, devendo ser afastadas, de pronto, as letras "a" e "c" do art. 106 do Código Tributário Nacional.

Poder-se-ia entender pela incidência, na espécie, do previsto na letra "b" do artigo em alusão. Ocorre que a simples leitura da parte final de tal alínea impossibilita essa conclusão, pois o fato de o recorrido ter optado pelo SIMPLES quando não era permitido certamente importou em falta de pagamento de tributo, na forma como era devido à época.

O recorrido foi excluído da restrição constante da Lei nº 9.317/96 apenas com o advento da Lei nº 10.034/00, cujo art. ° preceitua:

"Art. 1º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 92 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".

Cumpre registrar, unicamente a título de informação, que o dispositivo mencionado foi alterado pela Lei nº 10.684/03, passando a vigor nos moldes abaixo:

"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"

Assim, o aresto hostilizado merece reparos, uma vez que, somente a partir da vigência da Lei nº 10.034/00, o recorrido teve o direito de optar pelo SIMPLES, não podendo retroagir a norma em comento para alcançar atos ou fatos pretéritos."

Contudo, a Câmara assentou que não restou comprovado nos autos que a empresa exercia atividade impeditiva, e a aplicação retroativa da Lei Complementar deu-se a título de reforço de fundamentação, como se verifica no seguinte excerto do voto condutor:

" (...) ainda que houvesse a comprovação de a atividade exercida era de engenharia, o serviço prestado pela Recorrente dentro da exegese do novo manto legal, vale dizer, LC 123 de 14/12/2006 com a redação dada pela LC 127/07, não está vedada a opção pelo SIMPLES NACIONAL. ".

No seu recurso, argumenta a douta PFN:

“Inobstante a Douta Relatora do acórdão hostilizado tenha entendido que “não restou devidamente comprovado que o recorrente exerce atividades que são vedadas ao Simples”, tem-se que, permissa venia, não assiste razão à Il. Conselheira e a seus pares que acompanharam seu posicionamento.

Com efeito, a decisão recorrida não encontra ressonância nas provas acostadas aos autos, tampouco foi proferida nos termos da legislação de regência.”

Contudo, essas considerações não podem ser levadas em conta, eis que se não se trata de recurso especial contra de decisão não unânime, fundada em contrariedade à lei ou à prova dos autos. Nesse passo, só se abre oportunidade a esta Câmara Superior para decidir sobre a divergência jurisprudencial.

Por todo o exposto, entendo correto o entendimento da D. Procuradoria da Fazenda Nacional no sentido de que, a alínea “b” do inciso II do art. 106 do CTN não autoriza a aplicação retroativa de art. 17 da Lei Complementar 123, de 2006, que não trata de infração, mas de condições de opção por regime especial de tributação.

Por outro lado, ratifico a decisão recorrida, no que se refere à manutenção da empresa no SIMPLES, por não ter restado comprovado o exercício de atividades impeditivas.

Isto posto, NEGÓ provimento ao recurso da Fazenda Nacional.

É como voto.

Sala das Sessões, em 04 de junho de 2012.

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri