



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

**Processo nº** 13028.000095/2004-37  
**Recurso nº**  
**Acórdão nº** 9101-01.147 – 1ª Turma  
**Sessão de** 2 de agosto de 2011  
**Matéria** Simples - exclusão  
**Recorrente** FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** ANA ALBERTON GETELINA - ME

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

Exercício: 2002

EXCLUSÃO. ATIVIDADE POSTERIORMENTE PERMITIDA. NÃO RETROATIVIDADE. A Lei Complementar nº 123, de 2006, não retroage para permitir a permanência no SIMPLES de prestadora de serviço de ensino de língua estrangeira devidamente excluída com base na legislação vigente à época.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

*(assinado digitalmente)*

Otacílio Dantas Cartaxo - Presidente

*(assinado digitalmente)*

Viviane Vidal Wagner – Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo, Valmar Fonseca de Menezes, João Carlos de Lima Júnior, Alberto Pinto Souza Júnior, Karem Jureidini Dias, Claudemir Rodrigues Malaquias, Antônio Carlos Guidoni Filho, Viviane Vidal Wagner, Valmir Sandri e Susy Gomes Hoffmann.

## Relatório

Trata-se de recurso especial em face de acórdão nº 393-00063, prolatado pela antiga Terceira Turma Especial do Terceiro Conselho de Contribuintes, em procedimento decorrente de solicitação de revisão da exclusão da opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples.

A exclusão, a partir de 01.04.2004, se deu pelo Ato Declaratório Executivo DRF/PFO nº 544016, de 02.08.2004 (fls. 04).

A Câmara *a quo*, por maioria de votos, deu provimento ao recurso voluntário, consignando a seguinte ementa:

*Ano-calendário: 2004 Simples. não Exclusão, curso de idiomas.  
LC 123/06. Aplicação retroativa benéfica.*

*A Lei Complementar nº 123/06 ao comportar aplicação retroativa benéfica configura legítima a permanência no Simples de pessoa jurídica que se dedique à atividade de curso de idiomas.*

Inconformada, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional interpôs recurso especial com fulcro no art. 7º, inciso I, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 147/2007 c/c art. 4º do novo regimento, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, alegando contrariedade ao art. 9º, XIII da Lei nº 9.317/96, o arts. 88 e 89 da Lei Complementar nº 123/2006 e o art. 106 do CTN. Sustenta que a LC nº 123/2006 não retroage, conforme jurisprudência pacífica do STJ, já que não existe qualquer infração de natureza tributária.

Em contrarrazões, o contribuinte sustenta a possibilidade da referida lei retroagir para permitir sua permanência no Simples.

É o relatório.

## Voto

Conselheira Viviane Vidal Wagner, Relatora

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos, pelo que dele conheço.

A discussão cinge-se à possibilidade de permanência da recorrida na sistemática do Simples instituída pela Lei nº 9.317/96.

A Lei nº 9.317/96 estabeleceu as regras determinantes ao enquadramento no Simples, determinando, em seu art. 9º, que ficava impedida de optar pelo Simples a pessoa jurídica que prestasse serviço de professor e assemelhados.

A evolução legislativa, com a criação do Simples Nacional pela Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006, que veio substituir o Simples Federal da Lei nº 9.317/96, trouxe a regra explícita de que os estabelecimentos de ensino, incluindo de línguas estrangeiras, podem ser optantes.

A atividade praticada pela recorrida, consoante previsto em sua declaração de firma individual, às fls. 07, compreende “comércio varejista de livros, papelaria, cursos de línguas estrangeiras”.

O acórdão recorrido, reconhecendo a prática de atividade de ensino de língua estrangeira pela recorrida, a partir da evidência das provas, como demonstra o trecho a seguir reproduzido, aplicou retroativamente o dispositivo da Lei Complementar nº 123, de 2006, que passou a permitir a opção pelo Simples de prestadores desses serviços, com fulcro no art. 106 do CTN.

*Com efeito, as notas fiscais acostadas a fls. 63 e 64 trazem a logomarca com os dizeres "Inglês Wisdom Conversação" e descrevem o serviço prestado como "orientação", no caso, serviço prestado para a empresa Frigorífico Masbella Ltda. que, devidamente intimada, respondeu tratar-se serviços referentes a "Curso de Inglês, ou Orientação do Livro 3" (fl. 74).*

Neste ponto, considerando a excepcionalidade da norma que trata da retroatividade da legislação tributária, discordo do entendimento do colegiado *a quo*, por entender que a vedação a uma determinada forma de tributação não pode ser equiparada à penalidade pelo cometimento de infração tributária, verdadeiro alvo da norma da retroatividade.

De acordo com o art. 106 do CTN, a legislação tributária deve ser aplicada a ato ou fato pretérito, ainda que assim não disponha, quando seja expressamente interpretativa (inciso I) ou, nos casos de ato não definitivamente julgado, quando deixe de defini-lo como infração (inciso II, alínea a); quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de

ação ou omissão não fraudulenta e que não implique falta de pagamento de tributo (inciso II, alínea b) ou, finalmente, quando comine ao ato penalidade menos severa que a prevista à época de sua ocorrência (inciso II, alínea c).

Sabe-se que toda norma excepcional deve ser interpretada de forma estrita. A hipótese de enquadramento na sistemática do Simples foi conferida aos contribuintes pela Lei nº 9.317/96 (e posteriormente, pela LC nº 123/2006) como uma forma opcional de tributação simplificada. Para que essa sistemática alcançasse o escopo pretendido pelo legislador, sob a égide da diretriz constitucional, não bastou permitir o enquadramento de todas as micro e pequenas empresas utilizando apenas o critério do montante das receitas auferidas.

Diversos outros parâmetros foram criados para definir quais pessoas jurídicas poderiam ser optantes e quais não poderiam ser. E o legislador previu a consequência para quem optasse indevidamente: a exclusão do regime, consoante o disposto nos arts. 13 e 14 da Lei nº 9.317/96.

Assim, não há que se confundir uma eventual opção indevida pela sistemática do Simples, quando não permitida, com a infração caracterizada pelo descumprimento de uma obrigação tributária. Não há qualquer semelhança entre os comandos normativos que prevêm as consequências da opção indevida do Simples ou do descumprimento de uma obrigação tributária, a qual corresponde a uma norma de conduta, como bem tratado pelo jurista Luciano Amaro (2004, p. 405), *in verbis*:

*as obrigações tributárias (quer respeitem à prestação de tributos, quer se refiram a deveres formais ou instrumentais) supõem a possibilidade de descumprimento. Como se dá com quaisquer normas de conduta, o destinatário do comando pode, por variadas razões (desde o simples desconhecimento do preceito normativo até a vontade consciente de adotar uma conduta contrária ao comando legal), proceder de modo diferente do querido pela ordem jurídica.*

Nesse quadro se insere a noção de infração dada pelo mesmo autor (2004, p. 406), como sendo uma conduta (omissiva ou comissiva) contrária ao direito, que “*enseja a aplicação de remédios legais, que ora buscam repor a situação querida pelo direito (mediante execução coercitiva da obrigação descumprida), ora reparar o dano causado ao direito alheio, através de prestação indenizatória, ora punir o comportamento ilícito, inflingindo-se um castigo ao infrator*”.

Em razão dessa definição, entendo que não cabe aplicar a norma da retroatividade benigna da lei, destinada às infrações tributárias, aos casos em que ocorrem mudanças nos critérios de enquadramento em determinado regime de tributação.

Caso desejasse que a nova regra permissiva da opção pelo Simples retroagisse para alcançar as pessoas jurídicas já optantes, o legislador teria incluído uma ressalva expressa, o que não fez.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem corroborando o entendimento de que o direito à opção pelo Simples, com fundamento na legislação superveniente somente pode ser exercido a partir da vigência dessa legislação.

Processo nº 13028.000095/2004-37  
Acórdão n.º **9101-01.147**

**CSRF-T1**  
Fl. 5

---

Assim, a melhor interpretação conferida ao caso é a de que não se aplica retroativamente a legislação que passou a permitir a opção pelo Simples da atividade exercida pela recorrida, sem prejuízo de poder solicitar sua inclusão a partir da vigência da nova lei.

Isto posto, voto no sentido de dar provimento ao recurso da Fazenda Nacional para manter a exclusão do Simples conforme determinada no ADE DRF/PFO nº 544016.

*(assinado digitalmente)*

Viviane Vidal Wagner