



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

Processo nº 13839.001967/2004-30
Recurso nº 138.707 Especial do Procurador
Acórdão nº **9101-002.038 – 1ª Turma**
Sessão de 09 de outubro de 2014
Matéria SIMPLES - Exclusão
Recorrente Fazenda Nacional
Interessado Magnusson & Fattori Terraplenagem Ltda.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

Ementa:

NORMAS PROCESSUAIS - RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA - DESCUMPRIMENTO DE REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. Não demonstrado que o acórdão recorrido deu à lei tributária interpretação divergente da que lhe conferiu outro colegiado ao analisar situação idêntica, não se conhece do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL - EFEITOS. Se o acórdão recorrido apresentou mais de um fundamento para o provimento do recurso, e se o recurso de divergência foi conhecido apenas quanto a um deles, permanece o decidido com base no fundamento não reformado.

ACORDAM os membros da 1ª Turma da CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS, por unanimidade dos votos, recurso não conhecido.

(documento assinado digitalmente)

Otacílio Dantas Cartaxo

Presidente

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri

Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo, Marcos Aurélio Pereira Valadão, Valmar Fonseca de Menezes, Rafael Vidal de Araujo, Jorge

Celso Freire da Silva, Karem Jureidini Dias, Valmir Sandri, João Carlos de Lima Junior, Paulo Roberto Cortez (Suplente Convocado) e Antonio Lisboa Cardoso (Suplente Convocado).

Relatório

Na sessão plenária de 21/10/2008, a Primeira Turma Especial do Terceiro Conselho de Contribuintes julgou recurso voluntário de interesse de Magnusson & Fattori Terraplenagem Ltda. e, mediante Acórdão nº 391-00039, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso voluntário.

Aludido acórdão recebeu 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. ATIVIDADE IMPEDITIVA EXCETUADA PELA NOVA LEI.

O artigo 17 §1º, inciso XIII da lei complementar nº 123 de 14.12.2006 excetua as restrições impostas 'pelo inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317/1996 com as alterações introduzidas pela Lei 10.684/2003.

RETROATIVIDADE DA LEI NOVA. EFEITOS. JULGAMENTOS PENDENTES.

O fato tem repercussão pretérita por força do caráter interpretativo daquelas normas jurídicas impeditivas, revogadas pela nova legislação, devendo seus efeitos se subsumirem a regra da retroatividade prevista no artigo 106, inciso I, do Código Tributário Nacional.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO”.

A decisão de primeiro grau, que foi reformada pelo acórdão do Terceiro Conselho (ora recorrido), confirmara a exclusão da empresa do SIMPLES ao fundamento de que a atividade exercida (terraplenagem) se enquadra como serviço auxiliar à construção civil, indicando como fundamento à vedação da opção o inciso V e § 4º do art. 9º da Lei nº 9.317/96, bem como o Ato Declaratório Normativo Cosit nº 30/99, que inclui expressamente a atividade de terraplenagem como auxiliar de construção de imóveis.

O voto condutor do acórdão recorrido deu provimento ao recurso voluntário aos fundamentos de que: (i) a atividade não se assemelha à de engenheiro, tratando-se, na verdade de pura e simples empresa de terraplenagem; (ii) o art. 17, § 1º, inciso XIII da Lei Complementar supriu a vedação imposta pelo artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/2003; (iii) a nova lei que instituiu o Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte permite o ingresso no regime às empresas que se dedicam a obras de engenharia em geral; (iv) uma vez levantada a restrição — fato com repercussão pretérita por força do caráter interpretativo da

legislação e da retroatividade prevista no artigo 106 do CTN, autoriza-se a aplicação da nova norma com efeitos retroativos -.

Cientificada, a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial de Divergência.

Pondera a Recorrente que o Colegiado entendeu ser o caso de aplicação retroativa da Lei Complementar 123/2006, § 1º, inciso XIII, mas essa interpretação diverge da abraçada por outros colegiados, que não admitem a retroatividade da Lei Complementar nº 123/2006, indicando como paradigma o Acórdão 303-35326, cuja ementa assenta:

Ementa :Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples Ano-calendário: 2002 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 recurso especial teve seguimento tendo em vista que, segundo o Presidente da 1ª Câmara deste CARF:

“O voto do relator do acórdão recorrido conclui pela aplicação retroativa da Lei Complementar 123/2006, entendendo que a restrição constante da lei vigente à época do fato julgado, a Lei nº 9.317/96, autorizaria a incidência do art. 106, do CTN. Em sentido inverso é o entendimento do acórdão paradigma, qual seja, da impossibilidade de aplicação retroativa de alteração da legislação disciplinadora do regime de impedimentos à opção pelo Simples.”

O contribuinte apresentou contrarrazões defendendo a manutenção da decisão.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Valmir Sandri, Relator.

Inicialmente, não é demais reafirmar que o recurso especial de divergência tem por escopo apenas uniformizar a jurisprudência, não representando uma nova instância para revisão do julgado. Assim, sem a perfeita caracterização de interpretações divergentes, não se pode conhecer do recurso.

A divergência jurisprudencial se caracteriza quando, em relação a uma mesma norma, haja a dissensão no entendimento de sua aplicação a uma situação comum em dois acórdãos.

Portanto, a divergência exige interpretação de uma mesma norma e situação comum nos dois acórdãos.

A Fazenda Nacional postula a reforma o Acórdão nº 391-00039, alegando que a interpretação no sentido da aplicação retroativa da Lei Complementar 123/2006 com base no art. 106 do CTN, contraria a jurisprudência do CARF.

Quanto à retroação da Lei Complementar 123/2006, cabe conhecer do recurso, eis um dos fundamentos indicados pelo voto condutor foi que o “*Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte permite o ingresso no regime às empresas que se dedicam a obras de engenharia em geral*” e, “*uma vez levantada a restrição — fato com repercussão pretérita por força do caráter interpretativo da legislação e da retroatividade prevista no artigo 106 do CTN, autoriza-se a aplicação da nova norma com efeitos retroativos*”.

Por oportuno destaque que não cabe, em sede de recurso de divergência, discutir se a atividade de terraplenagem está alcançada pela vedação prevista no inciso V e § 4º da Lei nº 9.718/97, eis que a matéria objeto de recurso de divergência é a aplicação retroativa da Lei Complementar 123, de 2006.

A esse respeito, encontra-se pacificado na Câmara Superior o entendimento de que a Lei Complementar nº 123 não retroage 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 (Acórdãos ns. 9101-00.979, 9101-00.980, 9101-01.046, 9101-01.047, 9101-01.081, 9101-01.000, 9101-01.001, 9101-01.021, 9101-01.103, 9101-01.147, 9101-01.152, 9101-01.219, 9101-01.295, 9101-01.376).

Tal entendimento foi objeto da Súmula CARF nº 81, que enuncia:

É vedada a aplicação retroativa de lei que admite atividade anteriormente impeditiva ao ingresso na sistemática do Simples.

Assim, fosse esse o único fundamento da decisão, mereceria reforma o acórdão combatido.

Contudo, o voto condutor apresenta a retroatividade como fundamento adicional. De fato, assentou o voto condutor que: (i) a atividade desenvolvida pela recorrente é terraplenagem; (ii) não se vislumbra atividade assemelhada à de engenheiro; (iii) **além disso**, a vedação deixou de existir com a superveniência da Lei Complementar 123, aplicável retroativamente.

O paradigma trazido não se presta a demonstrar entendimento divergência de entendimentos quanto à caracterização da atividade de terraplenagem como impeditiva da opção.

Observo que o Acórdão recorrido não se manifestou a respeito de a atividade de terraplenagem se inserir na vedação de que trata o inciso V do art. 9º da Lei nº 9.317/96, que foi o fundamento do ato declaratório da exclusão, bem como da decisão de primeiro grau. Porém, a Fazenda Nacional não apresentou embargos de declaração.

Processo nº 13839.001967/2004-30
Acórdão n.º **9101-002.038**

CSRF-T1
Fl. 6

Assim, está provado o dissídio quanto à tese da aplicação retroativa da Lei Complementar 123/2006, mas não está demonstrada divergência de interpretação quanto à vedação da opção às empresas de terraplenagem, ou seja, insuficiência recursal, eis que o acórdão recorrido deu provimento por dois argumentos, ao passo que a Fazenda só recorreu de um.

Sala das Sessões, em 09 de outubro de 2014.

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri - Relator.