



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

Processo n° 13882.000354/2004-50
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° **9101-001.828 – 1ª Turma**
Sessão de 20 de novembro de 2013
Matéria SIMPLES
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ALR SUPERMERCADO LTDA EPP

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

Ano-calendário: 2002

SIMPLES

Se o órgão gestor do SIMPLES, assim definido pela lei, editou instrução para aplicação da regra da Lei Complementar n° 123/06 para determinados casos ocorridos na vigência da lei anterior, cabe à fiscalização e aos órgãos julgadores seguirem este entendimento, com fulcro no artigo 100 do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao Recurso. Vencidos os Conselheiros Marcos Aurélio Pereira Valadão e Henrique Pinheiro Torres.

Henrique Pinheiro Torres – Presidente Substituto.

Susy Gomes Hoffmann- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Henrique Pinheiro Torres (Presidente – Substituto), Marcos Aurélio Pereira Valadão, José Ricardo da Silva, Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, Karen Jureidini Dias, Valmar Fonseca de Menezes, Valmir Sandri, Jorge Celso Freire da Silva, João

Carlos de Lima Júnior, Susy Gomes Hoffmann (Vice-Presidente). Ausente, justificadamente, o Conselheiro Otacílio Dantas Cartaxo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional, que visa desconstituir acórdão proferido pela extinta 3ª Turma Especial do Terceiro Conselho de Contribuintes, que julgou irregular a exclusão do Simples Nacional.

Contra a Contribuinte foi expedido o Ato Declaratório Executivo DRF/TAU nº 465.283 de 7 de agosto de 2003 (fls.08), excluindo-a do SIMPLES a partir de 01/01/2002, sob a justificativa de ter em seus quadros sócio ou titular que participa de outra empresa com mais de 10%, e por a receita bruta global no ano calendário de 2001, ter ultrapassado o limite legal, nos termos do artigo 9º, inciso IX, da Lei 9.317/96.

Devidamente cientificada do ato excludente, a Contribuinte apresentou às fls. 01/02, dos autos pedido de revisão da notificação visando restabelecer o estado de optante pelo sistema simplificado de tributação.

Ao apreciar o pleito (fls.46/47), a Delegacia da Receita Federal de Taubaté, **INDEFERIU** o pedido de reinclusão e manteve o Ato Declaratório Executivo de exclusão em seu inteiro teor.

Irresignada, a empresa apresentou impugnação, (fls.49/58) aduzindo preliminarmente a tempestividade do pedido de reconsideração e o cabimento da presente impugnação. No mérito, alegou que sua exclusão se deu por erro no sistema da Secretaria da Receita Federal, pois, a sócia Raquel dos Santos Fialho Ribeiro, sempre deteve apenas 2%, do capital social da empresa, nos termos do contrato social (fls.59/60) e da informação de apoio para emissão de certidão, emitida pelo próprio órgão fazendário, que nestes termos conferiu interpretação equivocada ao artigo 9º, IX da Lei 9.317/96.

Argumentou também, que a Lei 11.196/05, que alterou o limite de receita bruta estabelecido para o regime simplificado, deveria retroagir para ser aplicada em benefício da Contribuinte, vez que a decisão indeferitória do pedido de reconsideração se deu quando já se encontrava em vigência esta lei.

No mais, pleiteou pela procedência da impugnação, para determinar a reinclusão da Contribuinte no SIMPLES a partir de 1 de janeiro de 2002.

Encaminhado para decisão, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Campinas, indeferiu a pretensão da Contribuinte, ratificando sua exclusão do SIMPLES nos seguintes termos:

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

Ano-calendário: 2002

PARTICIPAÇÃO DE SÓCIO EM OUTRA EMPRESA. EXCLUSÃO.

Constatado que o sócio participa de outra empresa com mais de 10% do capital social e que a receita bruta global ultrapassou o limite legal, é cabível a exclusão da sistemática do Simples.

Tempestivamente, a Contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls.72/76), reiterando os argumentos já aduzidos na impugnação, referente a participação da sócia Raquel dos Santos Fialho Ribeiro, em apenas 2% do capital social da empresa e a aplicação ao caso dos autos do artigo 33 da Lei 11.196/05, que alterou o limite legal de receita bruta imposta às empresas de pequeno porte para permanência no SIMPLES.

No mais, requereu a reinclusão no SIMPLES com data retroativa a 01/01/2002 até 31/12/2003.

Ao apreciar a questão (fls.80/85), a Terceira Turma Especial do extinto Terceiro Conselho de Contribuintes, julgou procedente o Recurso Voluntário em acórdão que restou assim ementado:

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

Ano-calendário: 2002

Simples. Não exclusão. Participação superior a 10% de sócio desta no capital de outra sociedade empresária beneficiada pelo simples. Limite ultrapassado quando considerado o somatório da receita bruta. LC 123/06. Aplicação retroativa benéfica.

A Lei Complementar nº 123/06 comporta aplicação retroativa ao disciplinar que a outra empresa da qual o sócio ou titular participe com mais de 10% a ser considerada no cálculo da receita bruta global não seja beneficiada pelo regime simplificado.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Inconformada, a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial (fls. 91/102), com fundamento no artigo 7º, I do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, amparada pelo artigo 4º da Portaria MF 256/2009, aduzindo em síntese que:

- a contrariedade ao dispositivo legal restou configurada, quando da aplicação indevida de norma que se quer existia a época dos fatos, interpretando-se equivocadamente o artigo 106, II do CTN.

- a Lei Complementar 123/2006, não pode retroagir para atingir atos praticados durante a vigência da Lei 9.317/1996, pois, não se enquadra nas hipóteses previstas no artigo 106 do CTN e contraria entendimento pacífico do STJ sobre a questão.

- o acórdão a quo deve ser reformado para restaurar-se o inteiro teor da decisão de primeira instância, mantendo-se o ato de exclusão da Contribuinte do Simples.

Às fls. 103/104, dos autos foi proferido despacho de admissibilidade pelo Presidente da 1ª Câmara da 1ª Seção do CARF, dando seguimento ao Recurso Especial.

Cientificada, a Contribuinte apresentou Contrarrazões (fls.107/111) alegando preliminarmente o não cabimento do recurso especial interposto pela recorrente, vez que não demonstrou a contrariedade à Lei ou à evidência de prova.

No mérito, pugnou pela aplicação retroativa da Lei Complementar 123/06, com fundamento no artigo 106 do Código Tributário Nacional.

Em síntese é o Relatório

Voto

Conselheira Susy Gomes Hoffmann

O presente recurso especial é tempestivo.

Inicialmente passo a análise da preliminar arguida pela Contribuinte, de não conhecimento do Recurso Especial.

Como se pode aferir ao analisar a peça recursal, a recorrente obteve êxito em demonstrar a contrariedade existente entre o acórdão proferido pela Terceira Turma Especial do Terceiro Conselho de Contribuintes e o artigo 106 do CTN.

Portanto, preenche o Recurso Especial os requisitos de admissibilidade, tendo em vista que a recorrente logrou comprovar a existência de possível afronta à legislação que regulamenta a matéria.

Afasto assim a preliminar.

MÉRITO

A questão sobre a qual recai os presentes autos, consiste em saber se a Lei Complementar 123/06, que inaugurou o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, pode retroagir, no que se refere às hipóteses de vedação de opção pelo Simples, para beneficiar o Contribuinte que, excluído com base na Lei nº 9.317/96, não mais o seria com base naquela Lei Complementar, ou em outra lei superveniente.

Inicialmente, considero importante que nos atentemos para as datas em que os fatos ocorreram:

O ato declaratório de exclusão foi expedido em 07 de agosto de 2003 (fls. 08).

A Contribuinte tomou ciência do ato de exclusão em 07 de outubro de 2003 (fls. 09).

Em 8 de março de 2007, apresentou impugnação(fls. 49/58).

E em 14 de janeiro de 2008, apresentou Recurso Voluntário (72/76)

A Lei Complementar 123/06, entrou em vigor em 1º de julho de 2007, dispondo em seu Art. 3º, §4º, IV, que:

Art. 3º (...)

§4º Não se inclui no regime diferenciado e favorecido previsto nesta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

(...)

IV – cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa **não beneficiada por esta Lei Complementar**, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo.

Como se pode perceber, esta Lei Complementar inovou em relação ao diploma normativo anterior, impondo limite apenas à participação no capital de outras empresas que não as beneficiadas pelo Simples, ou seja, para empresas optantes por este regime simplificado não há limites para participação no capital social de outras empresas.

E é justamente o que ocorre no caso dos autos.

Tanto a empresa ALR Supermercados Ltda., como a RFR Supermercados Ltda., são optantes pelo Simples e por isso não podem ser excluídas do Simples, vez que se enquadram no dispositivo legal que deve ser aplicado retroativamente.

No que se refere à aplicação retroativa da Lei Complementar 123/06, entendo ser está de rigor.

Dispõe o seu artigo 2º, § 6º:

Art. 2º O tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o art. 1º desta Lei Complementar será gerido pelas instâncias a seguir especificadas:

(...)

§ 6º Ao Comitê de que trata o inciso I do caput deste artigo compete **regulamentar a opção, exclusão, tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, dívida ativa, recolhimento e demais itens relativos ao regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, observadas as demais disposições desta Lei Complementar.** (negritei).

Como é possível aferir, foi a própria Lei Complementar quem criou o Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), vinculado ao Ministério da Fazenda, atribuindo a ele dentre outras funções, as de gerir e regulamentar a opção e exclusão do Simples.

Assim, com fundamento neste dispositivo legal, foi que o CGSN, editou e fez publicar a Resolução nº 04 de 30 de maio de 2007, que em seu artigo 18, §1º, asseverou:

Art. 18. Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as ME e EPP regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma das vedações previstas nesta Resolução. (Redação dada pela Resolução CGSN nº 20, de 15 de agosto de 2007)

(...)

§1º Para fins de opção tácita de que trata o caput, consideram-se regularmente optantes as ME e as EPP, inscritas no CNPJ como optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº. 9.317/96, **que até 30 de junho de 2007 não tenham sido excluídas dessa sistemática de tributação ou, se excluídas, que até essa data não tenham obtido decisão definitiva da esfera administrativa ou judicial com relação a recurso interposto."**

Apesar de toda a discussão que envolve a retroatividade da referida Lei Complementar, o Conselho Gestor dentro das atribuições que a ele foram conferidas editou resolução que passou a regulamentar situação anterior a entrada em vigor da Lei Complementar que o criou.

Mais especificamente, passou a considerar como optantes pelo Simples as micro empresas e as empresas de pequeno porte que **até 30 de junho de 2007, não tenham sido excluídas desta sistemática de tributação ou, se excluídas, que até essa data não tenham obtido decisão definitiva da esfera administrativa ou judicial com relação a recurso interposto.**

Pelas datas inicialmente elencadas, **em 14 de janeiro de 2008**, a Contribuinte interpôs Recurso Voluntário, ou seja, o ato de exclusão ainda estava pendente de decisão definitiva.

Portanto, considerando o dispositivo supracitado encontra-se ela abrangida pelo dispositivo regulamentador, e por isso deveria ser considerada como optante pelo Simples.

Assim, entendo que neste caso não deve ser aplicado o decidido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso repetitivo (recurso especial nº 1.021.263), analisou tema semelhante, referente à irretroatividade da Lei nº 10.034/2000, porque tratou da retroatividade de atividades empresariais que poderiam ser optantes do SIMPLES, o que diverge do caso ora em análise. O entendimento do STJ ficou exteriorizando no seguinte sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. INSTITUIÇÕES DE ENSINO MÉDIO QUE SE DEDIQUEM EXCLUSIVAMENTE AS ATIVIDADES DE CRECHE, PRÉ-ESCOLAS E ENSINO FUNDAMENTAL. ARTIGO 90, XIII, DA LEI 9.317/96. ARTIGO 1º, DA LEI 10.034/2000. LEI 10.684/2003.

- 1. A Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996 (revogada pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006), dispunha sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, instituindo o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Micro empresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.*
- 2. O inciso XIII, do artigo 9º, do aludido diploma legal ostentava o seguinte teor:*

“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; (...)”

- 3. A constitucionalidade do inciso XIII, do artigo 9º, da Lei 9.317/96, uma vez não vislumbrada ofensa ao princípio da isonomia tributária, restou assentada pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, quando do julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.643-DF, oportunidade em que asseverou:*

“... a lei tributária - esse é o caráter da Lei nº 9.317/96 – pode discriminar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, como na hipótese vertente, derivada de uma finalidade objetiva e se aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria. A razoabilidade da Lei nº 9.317/96 consiste em beneficiar as pessoas que não possuem habilitação profissional exigida por lei, seguramente as de menor capacidade contributiva e sem estrutura bastante para atender a complexidade burocrática comum aos empresários de maior porte e os profissionais liberais. Essa desigualdade factual justifica tratamento desigual no âmbito tributário, em favor do mais fraco, de modo a atender também à norma contida no § 1º, do art. 145, da Constituição Federal, tendo-se em vista que esse favor fiscal decorre do implemento da política fiscal e econômica, visando o interesse social. Portanto, é ato discricionário que foge ao controle do Poder Judiciário, envolvendo juízo de mera conveniência e oportunidade do Poder Executivo.” (ADI-MC 1643/UF, Rel. Ministro Mauricio Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 30.10.1997, DJ 19.12.1997)

4. A Lei 10.034, de 24 de outubro de 2000, alterou a norma inserta na Lei 9.317/96, determinando que:

"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 as seguintes atividades: creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental ."

5. A Lei 10.684, de 30 de maio de 2003, em seu artigo 24, assim dispôs:

"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 c/c carga;

IV — agências lotéricas;

V — agências terceirizadas de correios;

VI — (VETADO)

VI! — (VETADO)' (NR)

(...)" 6. A irretroatividade da Lei 10.034/2000, que excluiu as pessoas jurídicas dedicadas as atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental das restrições à opção pelo SIMPLES, impostas pelo artigo 90, 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;

li - 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) c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na Lei vigente ao tempo de sua prática.”

7. Precedentes das Turmas de Direito Público: Resp1056956/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 01/07/2009; AgRg no REsp1043154/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).

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.

9. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

Deste modo, entendo que não estamos frente ao caso de aplicação do que dispõe o “caput” do artigo 62-A do Regimento Interno deste Conselho:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Com efeito, apesar de toda a celeuma que envolve a retroatividade da Lei Complementar nº 123/06, entendo que este caso é o caso específico de utilização do previsto no artigo 106, II, a do Código Tributário Nacional, que assim estatui:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

Desta feita, aplico retroativamente o artigo 3º, §4º, IV da Lei Complementar 123/06, para desconsiderar do cálculo da receita bruta global obtido pela empresa RFR Supermercado Ltda, EPP, que também era tributada pelo Simples no ano de 2001.

E em face do exposto, NEGO provimento o recurso especial da Fazenda Nacional para manter integralmente o acórdão “a quo”.

Sala das Sessões, 20 de novembro de 2013.

(assinado digitalmente)

Susy Gomes Hoffmann - Relatora

CÓPIA