



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

Processo nº 13888.000316/2003-66
Recurso nº 139.870 Especial do Procurador
Acórdão nº **9101-001.752 – 1ª Turma**
Sessão de 18 de setembro de 2013
Matéria SIMPLES
Recorrente UNIÃO (FAZENDA NACIONAL)
Interessado GAVASERVIÇOS TÉCNICOS S/C LTDA

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

Ano-calendário: 2003

SIMPLES - OPÇÃO RETROATIVA - IRRETROATIVIDADE DA LEI COMPLEMENTAR nº 123/2006, COM REDAÇÃO DETERMINADA PELA LEI COMPLEMENTAR 128/2008 - NÃO CONFIGURAÇÃO DE NENHUMA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ARTIGO 106 DO CTN.

A Lei Complementar nº123/06, com redação determinada pela Lei Complementar nº128/08, não retroage por não se enquadrar em nenhuma das hipóteses de retroatividade prevista no artigo 106 do CTN.

Primeiro porque não se constitui em lei interpretativa; segundo porque não pertence a Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, com retorno dos autos à Câmara de Origem.

(assinado digitalmente)

Otacílio Dantas Cartaxo

Presidente

(assinado digitalmente)

Susy Gomes Hoffmann

Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo (Presidente), Marcos Aurélio Pereira Valadão, José Ricardo da Silva, Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, Karem Jureidini Dias, Valmar Fonseca de Menezes, Valmir Sandri, Jorge Celso Freire da Silva, João Carlos de Lima Júnior e eu Susy Gomes Hoffmann.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de divergência, interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional, que visa desconstituir acórdão proferido pela Terceira Seção de Julgamento deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que determinou a retroatividade da Lei Complementar nº 123/06, com redação determinada pela Lei Complementar nº 128/08.

Por intermédio de requerimento administrativo (fls.01), a Contribuinte pleiteou junto a Delegacia da Receita Federal de Piracicaba sua inclusão retroativa no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES).

Referido pedido, pretendeu que a inclusão fosse reconhecida pelo órgão fazendário desde a abertura da empresa, vez que **a não opção** se deu por erro do próprio contribuinte no preenchimento da Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica- FCPJ, deixando de incluir o código 301.

Ao apreciar o pedido, a Autoridade Fazendária indeferiu o requerimento da Contribuinte, em despacho decisório (fls. 28/34), que restou assim ementado:

EMENTA: OPÇÃO PELO SIMPLES. FCPJ- FICHA CADASTRAL DA PESSOA JURÍDICA. RETROATIVIDADE. ATIVIDADE VEDADA. A autoridade fiscal com jurisdição sobre o domicílio do contribuinte pode retificar de ofício a omissão do evento relativo à opção pelo SIMPLES quando da apresentação da FCPJ, porém não cabe retificação se a pessoa jurídica não poderia optar pelo SIMPLES por exercer atividade vedada.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Art. 8 e 9 da Lei n.º 9.317/96, ADI SREJ6/02.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA.

Inconformada com a decisão supra, a Contribuinte apresentou impugnação (fls. 39/48) junto a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/SP, aduzindo em síntese que:

- Não presta serviços profissionais de engenharia ou a ele equiparados, cujo exercício dependa de habilitação profissionalmente exigida.

- Os serviços realizados, limitam-se a verificação dimensional de peças fabricadas, mediante usinagem mecânica e de peças de caldeiraria fabricadas pelas empresas contratantes dos serviços.

- A documentação técnica constante no contrato social, se refere a reparação de documentação na forma de livros de dados.

- O Fisco interpreta e aplica de forma desvirtuada o artigo 9º, XIII, da Lei 9.317/1996.

- Se confirmada a sua exclusão do SIMPLES, os tributos e contribuições decorrentes deste ato só serão exigidos a partir de 01/01/2002.

- Ao fundamentar sua decisão, no Boletim Interno da Secretaria da Receita Federal nº55, de 24/03/1997, a autoridade fazendária acabou por violar os princípios constitucionais da segurança jurídica e da moralidade, vez que a exclusão do Simples não pode se dar por mera interpretação.

Finalmente, pleiteou a reforma total do despacho decisório, declarando-o nulo no que tange a proibição de a Contribuinte optar pelo Simples.

Em acórdão proferido pela 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, a impugnação foi julgada IMPROCEDENTE sob o fundamento de que **é vedada a inscrição no Simples de pessoas jurídicas que desenvolvam atividade para a qual é exigida conhecimento técnico-científico haurido mediante adequada habilitação profissional em escolas técnicas, faculdades ou universidades.**

Devidamente cientificada da decisão desfavorável, a Contribuinte apresentou Recurso Voluntário, (fls.68/87), alegando que:

- Enquadra-se no limite de receita bruta estipulado pelo art.2º da Lei 9.317/96, e portanto, deve receber o tratamento diferenciado estipulado pela Constituição Federal (art. 170, IX e art. 179).

- Não presta serviços profissionais privativos de engenheiro ou a ele equiparados, cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

No mais, reiterou os argumentos da impugnação.

A 1ª Câmara da 1ª Turma Ordinária, da Terceira Seção de Julgamento deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, proferiu acórdão (fls.99/102), que por unanimidade de votos deu provimento ao recurso voluntário interposto, restando assim ementado:

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

Ano-calendário: 2003

SIMPLES.

A atividade da Recorrente está enquadrada na Lei Complementar nº 128/2008 que manteve o artigo 17, inciso XI, da Lei Complementar nº 123/06.

Recurso voluntário provido.

Irresignada, a Fazenda Nacional apresentou Recurso Especial de Divergência (fls. 105/119), alegando haver contradição entre o acórdão que deu provimento ao

Recurso Voluntário e o acórdão paradigma proferido pela Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes (fls. 107), que assim decidiu:

"SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICRO EMPRESAS 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.12, 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." (3 2 CC; Segunda Câmara; Recurso nº 127.455, Rel. Cons. Maria Helena Cotta, Acórdão nº 2 302-36070;15.04.2004).

Alegou ainda:

A violação ao princípio da irretroatividade e exceções na seara tributária;

A pacificação de entendimento no Superior Tribunal de Justiça, quanto a irretroatividade das leis tributárias que não se enquadram nas hipóteses previstas no artigo 106 do CTN.

A vedação à opção pelo SIMPLES sob a égide da Lei nº 9.317/96.

E ao final requereu o provimento do presente Recurso Especial para reformar a decisão recorrida e restaurar o inteiro teor da decisão de primeira instância.

Às fls. 126/127, foi proferido despacho de admissibilidade, que deu seguimento ao Recurso Especial.

Notificada, a Contribuinte apresentou Contrarrazões (fls.129/152) ao Recurso Especial, argumentando em síntese que:

Preliminarmente, o Recurso Especial não deve ser conhecido porque o acórdão paradigma colacionado aos presentes autos, fundamenta-se em entendimento jurisprudencial ultrapassado, incidindo assim a norma do artigo 67, §10º do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que dispõe:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

(...)

§10º. O acórdão cuja tese, na data de interposição do recurso, já tiver sido superada pela CSRF, não servirá de paradigma, independente da reforma específica do paradigma indicado.

E no mérito sustentou que:

A atual legislação que regulamenta o Simples Nacional, lei complementar 123/2006, em seu artigo 17, § 2º, com redação dada pela lei complementar 127/2007, deixou de considerar como atividade vedada a opção pelo Simples a prestação de serviços de engenharia.

E com base no artigo 106, II, "b" do CTN, deve esta lei complementar ser aplicada ao presente caso.

No mais, reiterou os argumentos já expostos quando da apresentação de sua impugnação e da impetração do recurso voluntário.

Voto

Conselheira Susy Gomes Hoffmann

O Recurso Especial é tempestivo.

Primeiramente, passo a análise da preliminar suscitada pela Contribuinte.

Em sede preliminar, pleiteia a Contribuinte o não conhecimento do presente recurso, porque segundo alega, o acórdão paradigma utilizado para sua interposição encontra-se baseado em entendimento jurisprudencial ultrapassado deste Conselho.

E nos termos do artigo 67, §10 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, isso inválida o acórdão paradigma, ocasionando o não conhecimento do Recurso Especial.

No entanto, não é esse o caso dos autos.

Como bem salientado pela Recorrente (fls. 108):

“a divergência jurídica requerida para admissibilidade do recurso especial não exige identidade fática das situações, mas sim controvérsia jurídica. Trata-se de analisar se os colegiados estão aplicando o direito de forma distinta.”

É exatamente o que ocorre no caso em análise, pois como é possível aferir pelos vários julgados que foram colacionados aos autos pelas partes, a discussão jurídica sobre a aplicação da lei tributária no tempo ainda permanece indefinida e é pertinente para a controvérsia que se estabeleceu nos presentes autos, vez que ainda está sendo aplicada de forma distinta.

Sendo assim, rejeito a preliminar suscitada para conhecer do presente recurso.

O Recurso Especial versa sobre a impossibilidade da irretroatividade da Lei Complementar 123/2006.

Sobre este tema, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça em Recurso Repetitivo (REsp nº 1.021.263), nos seguintes termos:

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:

"Art1º. 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;

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) 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.

Considerando a submissão da decisão ao artigo 543–C do Código de Processo Civil, 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.

Assim, deve ser o Acórdão recorrido reformado, para afastar a retroatividade benigna da Lei Complementar 123/2006.

No mais, compulsando os autos, verifico que a Contribuinte vem desde o primeiro momento em que se manifestou, alegando que a atividade por ela desenvolvida não constitui em **“PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA”**, nos termos do estipulado pelo inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317/96.

E como este tema não foi superado, dou provimento a Recurso da Fazenda, para afastar a retroatividade benigna e determinar o retorno dos autos para a Câmara a quo para que analise as demais questões de mérito, em especial, para verificar se a atividade da contribuinte se caracteriza como serviços de engenharia.

Sala das Sessões, 18 de setembro de 2013.

(assinado digitalmente)

Susy Gomes Hoffmann

Relatora