



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 13888.000720/2005-00
Recurso nº 139.922 Voluntário
Acórdão nº 3801-00.043 – 1ª Turma Especial
Sessão de 17 de março de 2009
Matéria Simples - Exclusão
Recorrente JMR TELECOMUNICAÇÕES LTDA. - ME
Recorrida DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

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

Ano-calendário: 2003

SIMPLES. EXCLUSÃO. ATIVIDADE IMPEDITIVA.

É vedada a opção pelo Simples de pessoa jurídica que preste serviços próprios de engenheiro ou de profissões assemelhadas ou que sejam dependentes de habilitação profissional legalmente exigida, nos termos do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL (PAF). NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO.

O Ato Declaratório Executivo que excluiu o contribuinte do Simples é válido, preenchendo todos os requisitos fundamentais para a individualização de seu objeto, tendo sido assegurados ao contribuinte o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, nos termos contidos na Constituição Federal e no PAF.

Recurso Voluntário Negado.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos em negar provimento ao recurso.


HENRIQUE PINHEIRO TORRES - Presidente


HÉLCIO LAFETÁ REIS - Relator

EDITADO EM: 13/09/2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Alex Oliveira Rodrigues de Lima e Hécio Lafetá Reis.

Relatório

Em 8 de março de 2005, o contribuinte apresentou impugnação (fls. 1 a 27) contra decisão da Delegacia da Receita Federal em Piracicaba/SP (fl. 22 - verso) que indeferiu sua Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples – SRS (fl. 22), em face do Ato Declaratório Executivo (ADE) DRF/PCA nº 566.192, de 2 de agosto de 2004 (fl. 27), que excluiu a sociedade do Simples por exercer atividade econômica vedada: 5271-0/02 Reparação e manutenção de aparelhos telefônicos.

Em sua impugnação, junta cópia do Contrato de Constituição da sociedade (fls. 16 a 17) e requer o cancelamento da exclusão do Simples, alegando, em síntese, o seguinte:

a) *o serviço prestado pela Impugnante não se encontra relacionado nas hipóteses de vedação à opção, previstas pelo artigo 9º da Lei nº 9.317/1996 (fl. 3), sendo sua atividade desempenhada por trabalhadores minimamente qualificados (fl. 4);*

b) *a opção pelo SIMPLES não pode comportar interpretação restritiva, visto que os artigos 170 e 179 da Constituição Federal instituem tratamento jurídico diferenciado para as micro e pequenas empresas (fl. 5);*

c) *os serviços por ele prestados são semelhantes aos previstos na Lei nº 10.964/2004, alterada pela Lei nº 11.051/04, sendo-lhe, portanto, assegurada a opção pelo Simples;*

d) *o efeito retroativo atribuído ao ato de exclusão fere o Princípio da Irretroatividade e da Segurança Jurídica, além do direito adquirido (fl. 8).*

A DRJ Ribeirão Preto/SP indeferiu a solicitação (fls. 34 a 37), considerando que a atividade desempenhada pelo contribuinte exige profissional legalmente habilitado, fato esse que veda a opção pelo Simples, e que a exclusão de ofício não fere o princípio da irretroatividade.

Em Recurso tempestivo (fls. 44 a 69), o contribuinte repisa os mesmos argumentos e alega, em síntese, o seguinte:

a) *o ato declaratório de exclusão é nulo por não atender requisitos fundamentais, não indicando com precisão os motivos de fato nos quais se fundamenta (fl. 45);*

b) *a vedação do art. 9º da Lei nº 9.317/1996 deve ser aplicado com cautela, sob pena de dispensarmos tratamento não-isonômico a contribuintes que, de fato, encontram-se em pé de igualdade (“para conditio”). Mais acabaríamos fazendo tábula rasa dos mandamentos constitucionais que prestigiam as micro e pequenas empresas (fl. 46);*



c) não possui em seus quadros nenhum engenheiro, sendo seus empregados qualificados como técnicos de manutenção de sistemas e instrumentos;

d) *no curso normal de suas atividades (...) vende e presta serviço de manutenção e orientação em aparelhos atendendo solicitação de seus clientes naquelas oportunidades em que verificam a ocorrência de problemas em seus aparelhos e periféricos (fl. 50);*

e) *é inegável que para atingir seus objetivos a recorrente utiliza mão-de-obra qualificada cuja ocupação encontra-se classificada pela COB (Classificação Brasileira de Ocupações). Contudo, essa mão-de-obra representa apenas uma parcela dos serviços de manutenção de aparelhos e sistemas (...). Com efeito, a atividade fim da recorrente não é somente aquela realizada por técnicos. Essas funções servem de meio para que a recorrente atinja seu objetivo social (de maior envergadura e amplitude), mas igualmente não qualificável como uma atividade profissional singular (ou a conjugação delas) inserta na vedação de que trata o art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/96 (fls. 52 a 53);*

f) *a recorrente repara eventuais defeitos em aparelhos celulares e suas partes componentes, instala facilidades operacionais, atualiza softwer (sic), treina e orienta os usuários para a correta utilização do aparelho e seus componentes, além de elaborar e redigir documentação técnica necessária a respeito dos serviços realizados (fl. 53).*

Ao final, após reproduzir decisões administrativas, requer provimento ao seu recurso e anexa cópia do contrato social, de documentos do representante legal e de notas fiscais de sua emissão.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro HÉLCIO LAFETÁ REIS, Relator

O recurso é tempestivo e reúne as condições de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

I. Alegação de nulidade do ato declaratório

Nos termos do art. 15, § 3º, da Lei nº 9.317/1996, a *exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.*

O Ato Declaratório Executivo DRF/PCA nº 566.192, de 2 de agosto de 2004 (fl. 27), contém todos os elementos de identificação dos motivos da exclusão do Simples, encontrando-se objetivamente descritos a situação excludente, a data da ocorrência dessa situação, a fundamentação legal, a autoridade emitente, bem como orientações quanto ao exercício da ampla defesa e do contraditório, nos termos do Decreto nº 70.235/19972 (Processo Administrativo Fiscal – PAF).



O contribuinte, valendo-se da prerrogativa de defesa, apresentou Solicitação de Revisão da Exclusão do Simples – SRS (fl. 22), que fora apreciada pela autoridade administrativa, tendo, ainda, apresentado impugnação à autoridade julgadora de 1ª instância, de cuja decisão recorre a este Conselho.

A ele foi oportunizada a apresentação de todos os meios de prova, tudo nos termos da legislação que rege o PAF, não tendo havido em momento algum cerceamento do direito de defesa.

Logo, descabida a alegação de não-atendimento dos requisitos fundamentais exigidos para o ato declaratório.

II. Princípio da isonomia – Simples – Vedações da Lei nº 9.317/1996

A ordem constitucional pátria, ao garantir o princípio da isonomia aos contribuintes, o fez no sentido de assegurar igual tratamento aos que se encontrassem em situação equivalente.

O art. 150, II, da Constituição Federal assim dispõe:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

As pessoas jurídicas hábeis a se enquadrarem nos conceitos de microempresa e de empresa de pequeno porte, não obstante o liame de receita bruta que as une, são distintas entre si, possuindo outros traços que as diferenciam.

A fim de tornar isonômico o tratamento dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte, não se detendo apenas em seu faturamento, necessários se fizeram os ajustes garantidores de tratamento igualitário em face da capacidade contributiva de cada uma delas (igualdade material).

Nesse sentido, a Lei nº 9.317/1996, em seu artigo 9º, veio equalizar a situação diferenciada de pessoas jurídicas que, em razão tão-somente de seu porte, foram agrupadas em um universo multifacetado.

Como a sistemática de apuração do Simples engloba um número considerável de tributos, muitas das sociedades enquadráveis, em razão de seu faturamento, como microempresas ou empresas de pequeno porte, em face de suas peculiaridades, foram excluídas da possibilidade de optar pelo Simples, buscando-se dar maior efetividade ao princípio da isonomia, tendo em vista a possibilidade de se favorecer umas mais que outras.

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.643, decidiu da seguinte forma:



EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
(...) PESSOAS JURÍDICAS IMPEDIDAS DE OPTAR PELO REGIME. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Há pertinência temática entre os objetivos institucionais da requerente e o inciso XIII do artigo 9º da Lei 9317/96, uma vez que o pedido visa a defesa dos interesses de profissionais liberais, nada obstante a referência a pessoas jurídicas prestadoras de serviços. 2. (...) 3. Por disposição constitucional (CF, artigo 179), as microempresas e as empresas de pequeno porte devem ser beneficiadas, nos termos da lei, pela "simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas" (CF, artigo 179). 4. Não há ofensa ao princípio da isonomia tributária se a lei, por motivos extrafiscais, imprime tratamento desigual a microempresas e empresas de pequeno porte de capacidade contributiva distinta, afastando do regime do SIMPLES aquelas cujos sócios têm condição de disputar o mercado de trabalho sem assistência do Estado. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (grifei)

Verifica-se, portanto, que, muito antes de ferir o princípio da isonomia, o art. 9º da Lei nº 9.317/1996 veio adequar a sistemática simplificada de pagamentos de tributos (Simples) às diferentes capacidades contributivas das pessoas jurídicas envolvidas. Ofensa ao princípio haveria se não se distinguíssem os diferentes atores em face de seu potencial econômico e empresarial.

III. Vedação do art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996

O inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/1996 assim dispõe:

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; (grifei)

Do disposto no dispositivo legal acima reproduzido, é possível aferir que a vedação do inciso XIII do art. 9º direcionou-se a profissionais em cuja atividade predominam os serviços de natureza profissional. Não se restringe a atividades de nível superior – exemplificativamente, o corretor e o despachante não necessitam de graduação universitária –, mas alcança os serviços técnicos que, por sua natureza, revelam-se inerentes ao exercício de qualquer profissão dependente de habilitação profissional, regulamentada ou não (PN CST nº 8/1996).

As Leis nº 10.964 e 11.051, ambas de 2004, excetuaram alguns serviços da restrição contida no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/1996, com efeitos retroativos à data



da opção pelo Simples. Dentre esses serviços, não consta aquele desempenhado pela Recorrente.

Ressalte-se que, uma vez ter havido a necessidade de excetuar expressamente determinados serviços assemelhados àqueles arrolados no citado inciso XIII – como, por exemplo, serviços de manutenção e reparação de aparelhos eletrodomésticos –, não restam dúvidas de que o rol abrange atividades técnicas similares independentemente de habilitação profissional.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu nesse sentido ao apreciar o REsp nº 760.496, julgado em 18/12/2007, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. EMPRESA QUE PRESTA SERVIÇOS REFERENTES À ASSISTÊNCIA TÉCNICA EM EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA. RESTRIÇÃO CONTIDA NA LEI 9.317/96.

1. O TRF da 4ª Região entendeu que a recorrente, ao prestar serviços "de assistência técnica em equipamentos de informática e equipamentos de escritório, exerce atividade 'assemelhada' à de engenheiro" (fl. 123-verso). Esse entendimento coaduna-se com o disposto no art. 9º, I, da Resolução 218/73 (que regulamentou a Lei 5.194/66), segundo o qual "compete ao Engenheiro Eletrônico ou ao Engenheiro Eletricista, Modalidade Eletrônica ou ao Engenheiro de Comunicação" a assistência técnica e consultoria em relação "a materiais elétricos e eletrônicos; equipamentos eletrônicos em geral; sistema de comunicação e telecomunicações; sistemas de medição e controle elétrico e eletrônico; seus serviços afins e correlatos". Considerando que os equipamentos de informática enquadram-se no conceito de equipamentos eletrônicos, é imperioso concluir que a vedação contida no art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96, atinge as empresas que prestam assistência técnica e consultoria em relação a tais equipamentos.

2. É certo que a restrição em comento foi afastada pelo art. 4º da Lei 10.964/2004 (com as alterações promovidas pela Lei 11.051/2004). Contudo, a orientação prevalente nas Turmas de Direito Público deste Tribunal firmou-se no sentido de que o direito à opção pelo SIMPLES, com fundamento na legislação superveniente, somente pode ser exercido a partir da vigência de tal legislação.

3. Recurso especial desprovido. (grifei)

O próprio Recorrente afirma que é *inegável* que para atingir seus objetivos a recorrente utiliza mão-de-obra qualificada cuja ocupação encontra-se classificada pela COB (Classificação Brasileira de Ocupações). Contudo, essa mão-de-obra representa apenas uma parcela dos serviços de manutenção de aparelhos e sistemas (...). Com efeito, a atividade fim da recorrente não é somente aquela realizada por técnicos. Essas funções servem de meio para que a recorrente atinja seu objetivo social (de maior envergadura e amplitude), mas



igualmente não qualificável como uma atividade profissional singular (ou a conjugação delas) inserta na vedação de que trata o art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/96 (fls. 52 a 53).

O fato de que a prestação de serviços com utilização de mão-de-obra qualificada representa apenas uma parcela das atividades da sociedade empresária não é o bastante para afastar a vedação prevista no art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996. Tal dispositivo não exige que as atividades ali relacionadas devam ser prestadas de forma exclusiva, mas, tão-somente, que a execução dos serviços profissionais identificados veda a opção pelo Simples às microempresas e às empresas de pequeno porte.

Logo, em razão da prestação de serviços próprios de engenheiro ou de profissões assemelhadas ou que sejam dependentes de habilitação profissional legalmente exigida, o Recorrente encontrava-se, no período sob exame, impossibilitado de optar pelo Simples.

IV. A Lei Complementar nº 123/2006 - Irretroatividade

A Lei complementar nº 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, definiu, em seu art. 17, as pessoas jurídicas que estariam impossibilitadas de optar pelo “Simples Nacional”. O inciso XI desse artigo traz dispositivo semelhante ao do inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/1996, *in verbis*:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

(...)

XI – que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios; (grifei)

Verifica-se que a Lei Complementar explicitou que tais atividades vedadas podem se referir ou não a profissão regulamentada.

Contudo, essa mesma lei complementar, com redação dada pela Lei Complementar nº 128/2008, em seu art. 18, § 5º-B, assim prevê:

§ 5º-B. Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, serão tributadas na forma do Anexo III desta Lei Complementar as seguintes atividades de prestação de serviços: (Redação dada pela Lei Complementar nº 128, de 2008)

(...)

IX – serviços de instalação, de reparos e de manutenção em geral, bem como de usinagem, solda, tratamento e revestimento em metais; (Redação dada pela Lei Complementar nº 128, de 2008)



Constata-se que a atual redação do dispositivo acima reproduzido é bastante abrangente, abarcando os serviços de manutenção de forma genérica, o que possibilitaria, a partir da vigência da Lei Complementar nº 128/2008, a adesão da Recorrente ao Simples Nacional, observada a ressalva do citado Anexo III do mesmo diploma legal.

Contudo, pela natureza da norma superveniente, não se vislumbra a possibilidade de retroatividade de seu comando a situações ou a atos praticados em momento anterior à sua vigência, não se lhe aplicando o contido no art. 106 do Código Tributário Nacional (CTN), *in 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) quando lhe comine **penalidade** menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. (grifei)*

Por não se tratar de lei expressamente interpretativa, nem se referir a ato não definitivamente julgado que antes era tratado como infração, penalidade ou contrário à lei, as disposições do art. 106 do CTN acima transcritas não autorizam a aplicação retroativa da Lei Complementar nº 123/2006 ao presente caso.

Para esclarecer essa questão, reproduzo lição do professor Hugo de Brito Machado acerca do alcance do contido nas alíneas “a”, “b” e “c” do inciso II do art. 106 do CTN:

Não conseguimos ver qualquer diferença entre as hipóteses da alínea “a” e da alínea “b” do inciso II do art. 106. Na verdade, tanto faz deixar de definir um ato como infração, como deixar de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão. Por isso nos parece que a retroatividade benigna ocorre em duas hipóteses. Primeira, quando a lei nova suprime a infração, vale dizer, deixa de considerar o ato em questão como infração à legislação tributária. E, segunda, quando comine penalidade menos severa. (In Comentários ao Código Tributário Nacional – Artigos 96 a 138. Volume II. São Paulo/SP: Editora Atlas, 2004, pp. 177 e 178).

Nesse mesmo sentido, já se posicionou Luciano Amaro ao tratar da retroatividade benigna presente na alínea “b” do inciso II do art. 106 do CTN, a saber:

Já a alínea ‘b’ do dispositivo conflita com o previsto na alínea ‘a’. Com efeito, cuida a alínea ‘b’ da hipótese em que certo ato, que era contrário a uma exigência legal (de ação ou de



omissão), deixou de ser tratado como tal pela lei nova. Vale dizer: o ato configurava uma infração à lei da época de sua prática, mas a lei nova deixa de considerá-lo como infração. Ora, essa é exatamente a hipótese da alínea 'a' (AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2006).

As infrações tributárias abrangem tanto o fato jurídico do não cumprimento da obrigação tributária principal (pagamento de tributo) e acessória (deveres instrumentais) quanto as infrações penais tributárias (crimes fiscais).

No primeiro caso, tem-se a infração tributária como o fato jurídico ilícito consistente no não cumprimento do dever de pagar o tributo ou de cumprir com as obrigações tributárias acessórias.

O descumprimento da obrigação tributária, principal ou acessória, enseja a imposição de uma penalidade, que, em Direito Tributário, consiste na aplicação de multas, ora de caráter moratório, ora com viés sancionatório.

Constata-se, portanto, que o art. 106, inciso II, alíneas “a”, “b” e “c”, ao prever a retroatividade benigna, está a se referir às infrações tributárias e às penalidades advindas de seu cometimento, sendo esse o entendimento exarado pelo professor Alexandre Rossato da Silva Ávila que assim se pronunciou:

Na hipótese do inciso II do art. 106 do CTN, a lei tributária posterior à ocorrência da infração que for mais benéfica ao contribuinte deverá ser aplicada retroativamente. A lei do presente, por ser mais benigna em relação à vigente por ocasião das infrações pretéritas, produzirá os seus efeitos no passado. O dispositivo refere-se exclusivamente às penalidades impostas por infração à legislação tributária. Ou seja, diz respeito apenas às multas, sejam moratórias ou punitivas. O princípio a ser aplicado é o mesmo do direito penal (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”). Podemos dizer, a lei tributária não retroagirá, salvo, em matéria de penalidades, para beneficiar o contribuinte. A retroatividade benigna não abrange o tributo, os juros ou a correção monetária. O tributo deverá ser apurado de acordo com a lei vigente no momento do fato gerador, não podendo ser invocada a aplicação retroativa quando a norma posterior reduzir a carga tributária (ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. Curso de direito tributário. Verbo Jurídico. Porto Alegre: 2008, p. 197). Grifei.

O Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, conhecido simplesmente como Simples, consiste em uma sistemática de apuração de tributos, cuja concretização deve se dar em conformidade com a legislação tributária, precipuamente com as normas gerais definidoras da obrigação tributária, do lançamento e do crédito tributário.

A Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional - CTN), recepcionada pela atual Constituição Federal com status de lei complementar, em seus artigos 3º e 142, define, respectivamente, “tributo” e “lançamento”, *in verbis*:



*Art. 3º **Tributo** é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, **que não constitua sanção de ato ilícito**, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. (grifei)*

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)

Art. 144. **O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador** da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. (grifei)

Conforme se verifica dos dispositivos acima reproduzidos, o tributo, que não se constitui sanção de ato ilícito (penalidade), deve ser apurado em conformidade com a lei vigente à época do fato gerador.

Ora, a sistemática de apuração do Simples não pode fugir à regra do Código Tributário Nacional, devendo o lançamento respectivo se reportar ao momento do nascimento da obrigação tributária, observando-se a legislação tributária vigente.

Alterações posteriores na forma de apuração do tributo somente serão aplicáveis para as situações futuras, salvo quando se referir à imposição de multas, que, nesses casos, poderão retroagir nos termos do art. 106, II, do CTN (retroatividade benigna).

Havendo uma norma posterior deixando de definir a referida falta de comunicação como infração ou aplicando-lhe penalidade menos severa, nesses casos, poder-se-ia argumentar acerca da aplicabilidade da retroatividade benigna do CTN; mas não para abranger a opção indevida de determinadas pessoas jurídicas que se encontravam impossibilitadas de aderir ao Simples naquela época, pois o lançamento do tributo se reporta ao momento do fato gerador, aplicando-se a legislação então vigente.

Tudo isso exposto vem confirmar o alcance dos termos utilizados no art. 106, II, do CTN, ao tratar de infrações e penalidades, restringindo-os à aplicação de multa em face do descumprimentos de obrigação tributária principal ou acessória.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao apreciar o Agravo Regimental no nº 442.007/RJ, que trata da irretroatividade da LC nº 87/1996, na sessão de 10/02/2004, posicionou-se no sentido de que *a lei nova não retroage para beneficiar o contribuinte* nos casos de novo disciplinamento *alterando a metodologia da forma de cálculo do estorno do ICMS relativo a mercadorias exportadas*. No mesmo julgado, o STJ afirmou que a retroatividade benigna do art. 106, II, do CTN, se aplica tão-somente às multas ou a qualquer outra penalidade.



O mesmo STJ também decidiu nesse sentido ao apreciar o REsp nº 760.496, julgado em 18/12/2007, julgado esse que também serviu de referência à matéria tratada no item 1 deste voto, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. EMPRESA QUE PRESTA SERVIÇOS REFERENTES À ASSISTÊNCIA TÉCNICA EM EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA. RESTRIÇÃO CONTIDA NA LEI 9.317/96.

1. O TRF da 4ª Região entendeu que a recorrente, ao prestar serviços "de assistência técnica em equipamentos de informática e equipamentos de escritório, exerce atividade 'assemelhada' à de engenheiro" (fl. 123-verso). Esse entendimento coaduna-se com o disposto no art. 9º, I, da Resolução 218/73 (que regulamentou a Lei 5.194/66), segundo o qual "compete ao Engenheiro Eletrônico ou ao Engenheiro Eletricista, Modalidade Eletrônica ou ao Engenheiro de Comunicação" a assistência técnica e consultoria em relação "a materiais elétricos e eletrônicos; equipamentos eletrônicos em geral; sistema de comunicação e telecomunicações; sistemas de medição e controle elétrico e eletrônico; seus serviços afins e correlatos". Considerando que os equipamentos de informática enquadram-se no conceito de equipamentos eletrônicos, é imperioso concluir que a vedação contida no art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96, atinge as empresas que prestam assistência técnica e consultoria em relação a tais equipamentos.

2. É certo que a restrição em comento foi afastada pelo art. 4º da Lei 10.964/2004 (com as alterações promovidas pela Lei 11.051/2004). Contudo, a orientação prevalente nas Turmas de Direito Público deste Tribunal firmou-se no sentido de que o direito à opção pelo SIMPLES, com fundamento na legislação superveniente, somente pode ser exercido a partir da vigência de tal legislação.

3. Recurso especial desprovido.

Tais entendimentos encontram-se conforme o comando constitucional que restringe a retroatividade da lei àquelas de natureza penal, ou seja, que cuida das infrações e das penalidades, *in verbis*:

Art. 5º (...)

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

A Lei nº 9.784/1999, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e que se aplica, subsidiariamente, aos processos administrativos específicos – dentre os quais se inclui o Processo Administrativo Fiscal – nos termos do seu art. 69, assim dispõe:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade,



proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Não há, portanto, suporte legal para a aplicação retroativa da Lei Complementar nº 123/2006, com redação dada pela Lei Complementar nº 128/2008, ao presente caso.

V. Conclusão

Em face do exposto, encontrando-se a sociedade empresária impedida de optar pelo Simples e pelo Simples Nacional até a vigência da Lei Complementar nº 128/2008, que alterou a Lei Complementar nº 123/2006, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, em razão do exercício, pela Recorrente, de atividades vedadas pelo art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/1996 e pelo art. 17, XI, da Lei Complementar nº 123/2006 em sua redação original. //



HÉLCIO LAFETÁ REIS