



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

Processo nº 13971.001434/2003-42
Recurso nº 173.374 Voluntário
Acórdão nº 1401-00.338 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 2 de setembro de 2010
Matéria SIMPLES - EXCLUSÃO
Recorrente W BLUMENAU SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 1997

SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA.

Conforme dispõe o item XIII do artigo 9º da Lei nº 9.317/96, não poderá optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica que preste serviços profissionais de professor ou assemelhados.

LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. RETROATIVIDADE BENIGNA. IMPOSSIBILIDADE.

O direito à opção pelo SIMPLES com fundamento na Lei Complementar nº 123/2006 somente pode ser exercido a partir de sua vigência, vez que seus dispositivos não tem o condão de afastar restrição contemplada no regime jurídico da Lei nº 9.317/96. Tal situação não se enquadra em qualquer das hipóteses do art.106 do Código Tributário Nacional.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1997

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA.

Quando comprovado que o contribuinte conhecia perfeitamente as razões de fato e de direito que levaram à sua exclusão do SIMPLES, não há se falar em nulidade a viciar o procedimento fiscal em decorrência de imperfeições no Ato Declaratório que a formalizou.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso, nos termos do voto do Relator

(assinado digitalmente)
Viviane Vidal Wagner – Presidente

(assinado digitalmente)
Eduardo Martins Neiva Monteiro - Relator

13 OUT 2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Antonio Bezerra Neto, Maurício Pereira Faro, Eduardo Martins Neiva Monteiro, Alexei Marcorin Vivan, Viviane Vidal Wagner e Guilherme Pollastri Gomes da Silva.

Relatório

Trata-se de exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, decorrente de proposta do Instituto Nacional de Previdência Social – INSS, após constatar que “... a empresa presta serviços profissionais de professor previsto no Capítulo V, inciso XIII do Art.9º da Lei nº 9.317” (fl.02).

Expediu-se o Ato Declaratório Executivo nº 25, de 09/06/03, com efeitos retroativos a 01/01/02 (fl.26), tendo o contribuinte apresentado manifestação de inconformidade de fls.30/36.

A DRJ manteve a exclusão, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

OPÇÃO PELO SIMPLES – CONDIÇÃO VEDADA – IMPOSSIBILIDADE Não pode optar pelo Simples a pessoa jurídica que incorre em uma ou mais das vedações à opção estabelecidas em lei.

No Recurso Voluntário (fls.63/72) interposto tempestivamente alega-se, em síntese:

- nulidade do ADE nº 25/2003, “...na medida em que exclui 4 empresas diversas do SIMPLES, colaciona 3 enquadramentos legais distintos (incisos IV, XII, alínea “f” e XIII, do art 9º, da Lei 9.317/96), sem especificar qual a atividade prestada por cada empresa, relacionando-a ao dispositivo legal infringido individualmente”. Seria necessário, para que o ato de exclusão pudesse surtir efeitos, identificar minuciosamente as razões de direito e o correspondente fato concreto;

- a atividade explorada (ensino de idiomas) teria sido expressamente autorizada pelo art.17, §1º, XVI, da Lei Complementar nº 123/06, razão pela qual, com base no art 106, II, alíneas “a” e “b”, deveria tal permissivo retroagir, conforme decisões do Conselho de Contribuintes e Superior Tribunal de Justiça.

É o que importa relatar.

Assinado digitalmente em 13/10/2010 por EDUARDO MARTINS NEIVA MONTEIRO 13/10/2010 por VIVIANE VIDAL WAGNER

Autenticado digitalmente em 13/10/2010 por EDUARDO MARTINS NEIVA MONTEIRO

Emilido em 13/10/2010 pelo Ministério da Fazenda

Voto

Conselheiro Eduardo Martins Neiva Monteiro, Relator.

De acordo com o Recurso Voluntário, percebe-se que não há mais discussão sobre se a atividade desempenhada poderia levar ou não à exclusão do SIMPLES, tendo o recorrente restringido sua defesa a alegações de nulidade e de retroatividade da LC nº 123/06.

Da alegação de nulidade

A arguição de nulidade baseia-se em ausência de explicitação específica, no ato de exclusão, dos fundamentos de fato e de direito, o que teria comprometido o exercício do direito de defesa. Levando-se em conta o fato de que a microempresa não levou à unidade de julgamento de primeira instância tal argumento, cabe dizer que apenas será conhecido por se tratar de matéria de ordem pública.

Do Ato Declaratório Executivo nº 25/2003 percebe-se realmente que, ao formalizar a exclusão de quatro pessoas jurídicas do regime simplificado, a autoridade fazendária deixou de correlacionar a cada uma delas as respectivas razões. Vejamos:

“(.) Art.1º - Excluir, do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, as pessoas jurídicas abaixo relacionadas, por exercício de atividade vedada à legislação do SIMPLES (art.9º, incisos IV, XII – alínea “f”, XIII, da Lei 9317/96 e art.20, incisos IV, XI – alínea “e”, XII, da IN SRF 250/02) (.)”

Apesar de tal impropriedade, levando-se em conta os dispositivos mencionados e a atividade desempenhada pelo contribuinte (“prestação de serviços de ensino de idiomas e o comércio de material didático” – **fls.04/05**) era possível a este conhecer as razões de fato e de direito correspondentes à sua situação. Dispõe a Lei nº 9.317/96:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica

IV - cuja atividade seja banco comercial, banco de investimentos, banco de desenvolvimento, caixa econômica, sociedade de crédito, financiamento e investimento, sociedade de crédito imobiliário, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, distribuidora de títulos e valores mobiliários, empresa de arrendamento mercantil, cooperativa de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização e entidade de previdência privada aberta;

XII - que realize operações relativas a:

f) prestação de serviço vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra,

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

Ainda que se entenda pela necessidade de uma adequada motivação e clareza do Ato de exclusão, o que pode conduzir à sua nulidade exatamente por não permitir que a pessoa prejudicada possa adequadamente se defender, na hipótese dos autos há provas de que o contribuinte conheceu não apenas a atividade que justificou a exclusão, mas também o respectivo fundamento legal, não se podendo falar em cerceamento.

Na manifestação de inconformidade, por exemplo, daqueles dispositivos legais contemplados no ADE nº 25/2003, mencionou-se apenas o art.9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, exatamente o fundamento adotado pela Receita Federal, tendo inclusive sido na oportunidade objeto de transcrição. Também a atividade foi expressamente explicitada, *in verbis*:

"() E, diga-se, a atividade de escolas de idiomas não se confunde e nem se pode assemelhar às mencionadas no art.9º, inciso XIII da Lei n. 9.317/96

Não se confunde pelo fato de que as escolas de idiomas não prestam serviços de professor, mas sim de ENSINO "

Ao receber cópia integral do processo após a decisão da DRJ, o novo patrono certamente teve conhecimento não apenas da peça processual produzida pelo anterior, em parte reproduzida acima, mas também da Representação Fiscal do INSS (fls.02/03) e da informação produzida pela Seção de Controle e Acompanhamento Tributário da DRF – Blumenau (SC) (fls.24/25), em que a atividade ("serviços profissionais de professor") e o fundamento legal (art.9º, XIII, da Lei nº 9.317/96) foram as razões de decidir.

Some-se a tais constatações a seguinte passagem, ao final do recurso voluntário, que reafirma o pleno conhecimento do contribuinte quanto à atividade, cujo exercício levou à exclusão do SIMPLES:

"Assim, por se tratar de fato novo, a alteração no regime simplificado, promovida pela LC 123/06, publicada em 15/12/2006, ocorrida no curso da discussão administrativa do ato de exclusão do SIMPLES, pode ser aqui suscitada e utilizada para manter a Recorrente no SIMPLES. O fundamento legal que possibilitou a exclusão e a autuação foi modificado, passando a autorizar o ingresso e permanência de escolas de idiomas no SIMPLES, como é o caso da Contribuinte "

Logo, com a manifestação de inconformidade o recorrente já demonstrou que conhecia perfeitamente as razões que levaram à exclusão do regime simplificado, não havendo se falar em cerceamento do direito de defesa. O Ato Declaratório, mesmo não tendo sido tecnicamente bem elaborado, cumpriu sua finalidade.

Da irretroatividade da Lei Complementar nº 123/06

Sustenta-se no recurso voluntário a tese de que a Lei Complementar nº 123/06, em razão de não impedir às microempresas e às empresas de pequeno porte que

exercçam atividade de ensino de idiomas a adesão ao SIMPLES Nacional, deveria ser aplicada retroativamente com base no art. 106, II, alíneas "a" e "b" do Código Tributário Nacional.

Importa esclarecer que a LC nº 123/06 na verdade estabeleceu uma outra sistemática de tratamento diferenciado e favorecido dispensado àquelas sociedades no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dissociada do regulamento estatuído pela Lei nº 9.317/96, aplicável à hipótese dos autos. Em comum apenas o fato de concretizarem comandos constitucionais voltados à possibilidade de implementação de regime tributário simplificado.

Se a atividade exercida pelo recorrente não representou, como afirma, motivo suficiente para impedir a sua adesão ao SIMPLES Nacional, significa apenas que o legislador complementar entendeu por bem contemplá-la no novo e distinto regime de tributação simplificado, quando comparado ao da Lei nº 9.317/96.

Ao contrário do que se sustenta no recurso voluntário, o Superior Tribunal de Justiça – STJ recentemente consolidou o entendimento da Corte no Enunciado nº 448 de sua Súmula de Jurisprudência Dominante, cuja construção interpretativa pode se estender a situações semelhantes. Eis o teor:

"A opção pelo Simples de estabelecimentos dedicados às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental é admitida somente a partir de 24/10/2000, data de vigência da Lei nº 10.034/2000"

Para uma melhor compreensão, cabe esclarecer que a Lei nº 10.034/00 excetuou da restrição de que trata o art.9º, XIII, da Lei nº 9.317/96, pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente a determinadas atividades por ela mencionadas, entre as quais creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental.

No precedente mais recente daquele enunciado (Resp nº1.021.263-SP, Primeira Seção, Julg. 25/11/09, Dje 18/12/09), já se aglutinava a jurisprudência da Corte acerca da impossibilidade da retroatividade de norma que possibilitava a opção ao SIMPLES de pessoas jurídicas dedicadas a atividades antes vedadas. Se tal interpretação foi conferida diante de um mesmo regime jurídico, no caso o traçado pela Lei nº 9.317/96, com mais propriedade justifica-se em um cenário marcado pela diferença entre os quadros normativos envolvidos, como o posto pelo recorrente. Vejamos:

"(...) Ocorre que as Turmas de Direito Público desta Corte consolidaram o entendimento da irretroatividade da Lei 10.034/2000 (que excluiu as pessoas jurídicas dedicadas às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental das restrições à opção pelo SIMPLES, impostas pelo artigo 9º, da Lei nº 9.317/96), 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) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática."

À guisa de exemplo, confirmam-se as ementas dos seguintes julgados desta Corte

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO OPÇÃO PELO SIMPLES INSTITUIÇÕES DE ENSINO MÉDIO QUE SE DEDIQUEM EXCLUSIVAMENTE ÀS ATIVIDADES DE CRECHE, PRÉ-ESCOLAS E ENSINO FUNDAMENTAL. ARTIGO 9º, XIII, DA LEI 9.317/96 ARTIGO 1º, DA LEI 10.034/2000. LEI 10.684/2003 PRECEDENTE EDCL no RESP Nº 882553/RS, julgado em 23/04/2009

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 Microempresas 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. O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, quando do julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.643-DF, pugnou pela constitucionalidade do inciso XIII, do artigo 9º, da Lei 9.317/96, uma vez não vislumbrada ofensa ao princípio da isonomia tributária. Isto porque: " 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

Assinado digitalmente em 13/10/2010 por **empresários de maior porte e os profissionais liberais**; VIDAL WAGNER

Autenticado digitalmente em 13/10/2010 por EDUARDO MARTINS NEIVA MONTEIRO

Emitido em 13/10/2010 pelo Ministério da Fazenda

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 Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 30.10.1997, DJ 19.12.1997)

4. Nada obstante, 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 às seguintes atividades: creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental."

5. Em 30 de maio de 2003, sobreveio a Lei 10.684, que, 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 de carga; IV – agências lotéricas; V – agências terceirizadas de correios; VI – (VETADO) VII – (VETADO)' (NR) ()"

6. As Turmas de Direito Público desta Corte consolidaram o entendimento da irretroatividade da Lei 10.034/2000 (que excluiu as pessoas jurídicas dedicadas às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental das restrições à opção pelo SIMPLES, impostas pelo artigo 9º, da Lei nº 9.317/96), uma vez inexistente a subsumção a quaisquer das hipóteses previstas no artigo 106, do CTN ()

7. Precedentes das Turmas de Direito Público: 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. Conseqüentemente, ante a irretroatividade do benefício fiscal instituído pela Lei 10.034/2000, reveste-se de legalidade o procedimento administrativo que inadmitiu a opção do SIMPLES pela escola recorrida, no período anterior a 25.10.2000.

9. *Recurso especial provido (REsp 1056956/MG, Rel Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 01/07/2009)*

TRIBUTÁRIO – SIMPLES – CRECHE E ESCOLA MATERNAL – ENQUADRAMENTO – ART. 1º DA LEI N 10.034/2000 – LEI N 10.684/2003 – SUPERVENIÊNCIA – IRRETROATIVIDADE – PRECEDENTES

1. *O artigo 1º da Lei n. 10.034/2000 excluiu da restrição imposta ao benefício fiscal de opção pelo SIMPLES os estabelecimentos de ensino que se dediquem exclusivamente às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental. Posteriormente, a Lei n. 10.684/2003 retirou da exclusão as creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, possibilitando sua adesão ao regime de tributação*

2. *A jurisprudência dominante nas Turmas que compõem a Seção 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. *O art 106 do Código Tributário Nacional confirma este entendimento pois, se ele veda a retroatividade do gênero lei tributária, da qual a lei isentiva é espécie, para afastar o pagamento de tributo, conseqüentemente, impede também sua retroação para a não-realização do fato jurídico tributário, que antecedente lógico daquele Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1043154/SP, Rel Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 16/02/2009)*

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. OPÇÃO PELO "SIMPLES". ART. 9º, XIII, DA LEI 9.317/1996. AGRAVO REGIMENTAL. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. *O art. 9º, XIII, da Lei 9.317/1996, veda aos estabelecimentos de ensino a opção pelo SIMPLES. A Lei 10.034/2000 afastou a restrição em relação às pessoas jurídicas que explorem exclusivamente a atividade de creche, pré-escola ou de ensino fundamental.*

2. *É vedada a inovação na lide por meio de Agravo Regimental.*

3. *Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 611.294/PB, Rel Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 19/12/2008)*

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SIMPLES. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. POSSIBILIDADE DE OPÇÃO SOMENTE COM A VIGÊNCIA DA LEI N. 10.034/2000. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO.

1. *Cuida-se de recurso especial interposto pela Fazenda*

Assinado digitalmente em 13/10/2010 por ~~Nacional contra a decisão que autorizou a empresa autora~~ VIDAL WAGNER

Autenticado digitalmente em 13/10/2010 por EDUARDO MARTINS NEIVA MONTEIRO

Emitido em 13/10/2010 pelo Ministério da Fazenda

a optar pelo SIMPLES Sustenta a Fazenda Nacional que a Lei n.º 9.317/96 não autorizou as empresas que exploram atividade de ensino optarem pelo SIMPLES, ademais não há que se falar em aplicação retroativa da Lei n.º 10.034/2000

2. Entendimento deste Tribunal de que somente com a vigência da Lei n.º 10.034/2000 é que foi admitida a opção pelo SIMPLES dos estabelecimentos que se dediquem exclusivamente às atividades de creches, pré-escolas e ensino fundamental

3. Nesse sentido, registro a linha de pensar de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção deste STJ:

- O art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96, não permite que os estabelecimentos de ensino optem pelo SIMPLES, porquanto prestam serviços profissionais de professor. Com o advento da Lei 10.034/2000, afastou-se a restrição em relação às pessoas jurídicas que explorem exclusivamente a atividade de creche, pré-escola ou de ensino fundamental.

- 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. (REsp 829.059/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 07.02.2008)

- A pessoa jurídica que se dedica à pré-escola e ao ensino fundamental somente tem direito a optar pelo SIMPLES a partir da vigência da Lei n.º 10.034/00 que não pode ter aplicação retroativa. (REsp 722.307/SC, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.5.2005)

4. Recurso especial provido." (REsp 1.042.793/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 22.04.2008, Dje 21.05.2008)

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. RESTRIÇÃO. EXCEÇÃO PROMOVIDA PELA LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. RETROATIVIDADE INVIÁVEL. PRECEDENTES

1. O art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96, não permite que os estabelecimentos de ensino optem pelo SIMPLES, porquanto prestam serviços profissionais de professor. Com o advento da Lei 10.034/2000, afastou-se a restrição em relação às pessoas jurídicas que explorem exclusivamente a atividade de creche, pré-escola ou de ensino fundamental

2. 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 provido " (REsp 829 059/RJ, Rel Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18 12 2007, DJ 07 02 2008)

"TRIBUTÁRIO. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES ESTABELECIMENTO DE ENSINO OPÇÃO ART. 9º, INCISO XIII, DA LEI N.º 9 317/96 RESTRIÇÃO ART. 1º DA LEI Nº 10 034/00 RETROAÇÃO IMPOSSIBILIDADE

1 Com o advento da Lei n.º 10.034/2000, as pessoas jurídicas dedicadas às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental foram excluídas das restrições impostas pelo art. 9º da Lei n.º 9 317/96, permitindo-se-lhes a opção pelo SIMPLES

2 O art. 106 do CTN, em seus incisos, estabelece quando a lei tributária será aplicada a atos ou fatos pretéritos. O caso dos autos não se enquadra nas hipóteses, de modo que descabido cogitar de retroação da Lei n.º 10.034/00

3. A pessoa jurídica que se dedica à creche, pré-escola e ao ensino fundamental somente tem direito a optar pelo SIMPLES a partir da vigência da Lei n.º 10 034/00, que não pode ter aplicação retroativa

4 Recursos especiais providos." (REsp 721 675/ES, Rel Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 23 08.2005, DJ 19 09 2005)

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros das 1ª, 2ª e 3ª Seções, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, com fins de cumprimento do disposto no parágrafo 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil (arts 5º, II, e 6º, da Resolução 08/2008)."

Também no âmbito administrativo colhem-se, a título exemplificativo, paradigmas sobre a impossibilidade de inclusão retroativa no SIMPLES. Eis a ementa comum aos dois julgados:

LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE INCLUSÃO RETROATIVA IMPOSSIBILIDADE A alteração da legislação disciplinadora do regime de impedimento 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 (3º CC, 3ª Câmara, Acórdãos nº 303-35.326 e 303-35 327, de 19/05/08, Rel Luis Marcelo Guerra de Castro)

Não se acolhe, portanto, a pretensão de aplicação retroativa da Lei Complementar nº 123/06.

Pelo exposto, VOTO no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

(assinado digitalmente)
Eduardo Martins Neiva Monteiro