



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

Processo n° 19647.008371/2004-02
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9101-003.730 – 1ª Turma
Sessão de 09 de agosto de 2018
Matéria IRPJ
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado RANGEL COMÉRCIO E VAREJO LTDA. ME

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

Ano-calendário: 2000

SIMPLES. LEI COMPLEMENTAR 123/06. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA.

A Lei Complementar n° 123/2006 não tem efeitos retroativos, nos termos da Súmula CARF n° 81. Recurso especial parcialmente provido, reconhecendo a impossibilidade de aplicação retroativa da Lei Complementar 123/2006.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em dar-lhe provimento parcial quanto à retroatividade da Lei Complementar n° 123/2006, com retorno dos autos ao colegiado de origem.

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo -Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Flávio Franco Corrêa, Luis Flávio Neto, Viviane Vidal Wagner, Gerson Macedo Guerra, Demetrius Nichele Macei e Rafael Vidal de Araújo (Presidente em Exercício).

Relatório

Trata-se de processo originado por exclusão do Simples Federal, por meio de Ato Declaratório Executivo DRF / REC nº 521.432, de 02 de agosto de 2004 (fls. 6 – pdf 5), no qual se identifica como causas de exclusão:

Art. 1º Fica o contribuinte, a seguir identificado, excluído do Simples a partir do dia 01/01/2002 pela ocorrência da situação excludente indicada abaixo (...)

- Descrição: sócio ou titular participa de outra empresa com mais de 10% e a receita bruta global no ano-calendário de 2000 ultrapassou o limite legal. CPF 274.151.204-34. CNPJ 02.344.375/001-02, 10.922.375/0001-62 35.601.061/0001-99 03.885.338/0001-66

- Data da ocorrência: 31/12/2000

- Fundamentação legal: Lei nº 9.317, de 05/12/1996: art. 9º, IX; art.12: art.14, I; art.15, II. Medida Provisória nº 2.158-34, de 27/07/2001;art.73. Instrução Normativa SRF nº 355, de 29/08/2003; art.20, IX; art.21; art.23, I; art. 24, II. c/c parágrafo único.

O contribuinte apresentou pedido de revisão da exclusão do Simples, que foi indeferido pela Delegacia da Receita Federal em Recife:

No ano calendário de 2000, além de ser sócio da empresa requerente (fls. 10), o titular do CPF Nº 274.151.204-34 também era sócio das empresas identificadas as fls. 11 a 14, com participação superior a 10% e a receita bruta global superou o limite legal para permanência no Simples (fls. 15 a 17). Desta forma, a requerente incorreu na vedação descrita pelo artigo 9º, inciso IX, da Lei Nº 9. 317/96.

A data do efeito da exclusão está de acordo com o artigo 24, inciso II, § único, da IN SRF nº 355/2003, em vigor na época.

Diante do exposto, em vista a consistência do Ato Declaratório, proponho o indeferimento do requerimento do interessado (...)

Tendo sido apresentada Manifestação de Inconformidade, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife manteve a exclusão do Simples (fls. 51):

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

Ano-calendário: 2000

EXCLUSÃO SIMPLES. PARTICIPAÇÃO DO SÓCIO EM OUTRA EMPRESA.

Dá-se ensejo A situação excludente do sistema simplificado quando o sócio de empresa optante pelo SIMPLES participa com mais de 10% no capital da outra empresa e ocorre de o faturamento global superar, em todo o Ano-calendário, o limite máximo legalmente estabelecido para optar/permanecer.

Solicitação Indeferida

Contra tal decisão, o contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 57), alegando, em síntese:

(i) “*se o contribuinte alega na fase preliminar que alterou seus estatutos sociais arquivando-os na Junta Comercial como sendo a expressão da verdade dos fatos cometidos e comeditos, se ao Órgão fiscalizador ou Julgador achar dúvida, é de acionar o seu Sistema de Informação do qual é detentor para confirmar ou não a verdade destes fatos*”.

(ii) a alteração do contrato social tem validade desde o momento em que assinada, não do arquivamento perante a Junta Comercial;

(iii) A Receita Federal teria, tacitamente, admitido a continuidade da empresa no Simples, na medida em que recepcionou as declarações apresentadas após o Ato Declaratório de Exclusão do Simples.

Nesse contexto, a Turma *a quo* deu provimento ao recurso voluntário, em acórdão cuja ementa se transcreve a seguir (fls. 68):

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

Ano-calendário: 2000

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

Os autos foram remetidos à Procuradoria em 27/04/2010 (fls.73), que interpôs recurso especial em 10/06/2010 (fls. 74), com fundamento no artigo 7º, I, da Portaria MF nº 147/2007, **sustentando contrariedade ao artigo 9º, IX, da Lei nº 9.317/1996 e a inaplicabilidade do artigo 3º, §12, da Lei Complementar nº 123/06.**

O recurso especial foi admitido, conforme razões a seguir reproduzidas pelo então Presidente da 1ª Câmara da 1ª Seção (fls. 81/83):

Saliente-se que, embora não esteja previsto no atual Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), o recurso especial por contrariedade à lei ou a evidência da prova, referente a acórdão prolatado em sessão de julgamento ocorrida da vigência da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, será processado de acordo com o rito previsto no artigo 4º do RICARF, Regimento Interno da CSRF em vigor à época da interposição do recurso.

Visto que a decisão recorrida não foi unânime, que a sessão de julgamento é anterior a 1º de julho de 2009 e que houve a demonstração de à lei; considero que foram preenchidos os requisitos necessários ao recebimento do recurso interposto com fulcro no inc. I do art. 7º do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais – RICSRF, vigente até 21 de junho de 2009

DOU SEGUIMENTO ao recurso.

O contribuinte foi intimado em 17/05/2016 (fls. 95), sem que tenha apresentado contrarrazões ao recurso especial.

É o relatório.

Voto

Conselheira Cristiane Silva Costa, Relatora

Adoto as razões do Presidente de Câmara para conhecimento do recurso especial, na forma autorizada pelo artigo 59, §1º, da Lei nº 9.784/1999. Passo a enfrentar o mérito.

A Turma *a quo* julgou recurso voluntário, decidindo por provê-lo com a aplicação retroativa da Lei Complementar nº 123/2006. As razões do voto condutor são a seguir reproduzidas (fls. 68):

O objeto da lide refere-se à exclusão de empresa do Simples, em razão de um de seus sócios participar com capital superior a 10% do capital de outra empresa (fls.10) e por ter a receita bruta global ultrapassado o limite legal para permanência no regime simplificado.

Por ter o Ato Declaratório de Exclusão do Simples sido expedido nos exatos termos da legislação (Lei nº 9.317/96), merece retoques se considerarmos o que dispõe a Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006:

"Art 3º - § 4º - inciso IV que não se inclui no regime diferenciado e favorecido previsto nesta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica, 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 lido caput deste artigo".

"Art. 3º - § 12 - A exclusão do regime desta Lei Complementar de que tratam os §§ 10 e 11 deste artigo não retroagirá ao início das atividades se o excesso verificado em relação a receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) dos respectivos limites referidos naqueles parágrafos, hipótese em que os efeitos da exclusão dar-se-ão no ano calendário subsequente."

Por todo o exposto, CONCEDO PROVIMENTO AO RECURSO.

A exclusão do Simples Federal foi motivada pela infração ao artigo 9º, XI, da Lei nº 9.317/1996, que previa:

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

IX - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art. 2º ;

Assim, bastava que o sócio do optante pelo Simples Federal fosse também sócio de outra pessoa jurídica, com receita bruta global ultrapassando o limite previsto em lei, para que fosse efetuada a exclusão do Simples.

A Lei Complementar nº 123/2006 efetivamente ampliou a possibilidade de empresas aderirem ao Simples Nacional, na forma mencionada pelo acórdão recorrido, como se observa do seu artigo 3º, §4º, IV:

Art. 3º (...) § 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta 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;

Não obstante isso, equivocada a decisão recorrida por vislumbrar a possibilidade de retroatividade dos efeitos da Lei Complementar nº 123, afinal, não há fundamento legal para retroatividade da legislação que trata do regime simplificado (Simples Nacional) - estabelecido pela Lei Complementar nº 123/2006 -, para assegurar a opção quanto ao Simples Federal - que tem regramento próprio, em especial a Lei nº 9.317/1996.

O artigo 106, I, do Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a retroatividade, limita-se à hipótese de norma interpretativa, que exclua a aplicação de penalidade, hipótese distinta do caso dos autos. É o teor do artigo 106:

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.

Nesse sentido, destaco o Enunciado da Súmula do CARF impedindo a retroatividade em casos de atividade anteriormente vedada, *verbis*:

Súmula CARF nº 81: É vedada a aplicação retroativa de lei que admite atividade anteriormente impeditiva ao ingresso na sistemática do Simples.

Dentre os acórdãos que originaram a Súmula 81, alguns tratam exatamente da irretroatividade da Lei Complementar 123/2006, quais sejam: **9101-000.809**, **9101-00980** e **3803-00.045**.

Ademais, dentre os acórdãos que originaram a Súmula CARF 81, o de nº **303-35326**, trata exatamente da irretroatividade da alteração do limite de receita bruta, por norma posterior, para legitimar a permanência no Simples Fderal. Extrai-se do acórdão nº 303-35326:

O ADE foi expedido com base na Declaração Anual Simplificada (fls.44), cuja receita bruta teria ultrapassado o permissivo legal, qual seja, à época dos fatos, R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

Cumprasse assinalar que a redação do texto legal supramencionado poderia ser aquela dada pela Lei nº 9.732/98, tendo em vista sua vigência à época dos fatos, o que nos levaria à conclusão de que a receita global não poderia ultrapassar R\$ 1.200.000,00.

*Ocorre que, referido limite foi modificado, tendo em vista alterações na Lei nº 9.317/96, advindas da Lei nº11.196/2005. (trecho do **voto vencido**)*

Efetivamente, a alteração da legislação que trata das vedações à opção ao Simples, em verdade, institui um novo regime que, ainda que mais benéfico, somente produz efeitos a partir da sua vigência.

*Nesse aspecto, peço licença para transcrever trecho do voto condutor do acórdão que inaugurou tal exegese, hoje pacífica no Superior Tribunal de Justiça, que ilustra os fundamentos que reforçaram a necessidade de rever o posicionamento antes defendido. (trecho do **voto vencedor**)*

Diante disso, voto pelo **provimento parcial** ao recurso especial, reconhecendo a irretroatividade da Lei Complementar nº 123, na forma estabelecida pela Súmula CARF 81. Esclareço que o provimento é parcial pois a Procuradoria pede que seja “mantida a decisão de primeira instância”. A Delegacia da Receita Federal de Julgamento havia mantido a exclusão da empresa do Simples (a conclusão do voto condutor é nesse sentido: “voto no sentido de INDEFERIR A SOLICITAÇÃO da empresa Rangel Comércio e Varejo Ltda, mantendo a exclusão da em presa do SIMPLES” – fls. 54)

Ocorre que nem todos os argumentos do contribuinte, veiculados em recurso voluntário, foram apreciados pelo Colegiado *a quo*. Com efeito, o contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 57), alegando, em síntese:

(i) *“se o contribuinte alega na fase preliminar que alterou seus estatutos sociais arquivando-os na Junta Comercial como sendo a expressão da verdade dos fatos cometidos e comeditos, se ao Órgão fiscalizador ou Julgador achar dúvida, é de acionar o seu Sistema de Informação do qual é detentor para confirmar ou não a verdade destes fatos”*.

(ii) a alteração do contrato social teria validade desde o momento em que assinada, não do arquivamento perante a Junta Comercial;

(iii) A Receita Federal teria, tacitamente, admitido a continuidade da empresa no Simples, na medida em que recepcionou as declarações apresentadas após o Ato Declaratório de Exclusão do Simples.

Os temas não foram apreciados pelo Colegiado *a quo*, razão pela qual voto pela baixa dos autos para apreciação das razões de recurso voluntário.

Por tais razões, voto por **dar parcial provimento ao recurso especial** quanto à retroatividade da Lei Complementar nº 123/2006, determinando a baixa dos autos à Turma *a quo* para julgamento dos demais temas de recurso voluntário.

Conclusões

Por tais razões, voto por **conhecer e dar parcial provimento ao recurso especial** da Procuradoria quanto à retroatividade da Lei Complementar nº 123/06. Voto, ainda, pela baixa dos autos para pronunciamento da Turma quanto às razões de recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa