



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

Processo n° 13855.001581/2004-20
Recurso n° 339.571 Especial do Procurador
Acórdão n° **9101-001.672 – 1ª Turma**
Sessão de 16 de maio de 2013
Matéria SIMPLES- Exclusão
Recorrente Fazenda Nacional
Interessado H.R. Sports e Marketing S/C Ltda.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

Ementa:

SIMPLES - INCLUSÃO RETROATIVA - ATIVIDADE VEDADA À OPÇÃO PELO SIMPLES FEDERAL E ADMITIDA PELA LEI DO SIMPLES NACIONAL - IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO.

A Lei Complementar 123/2006 entrou em vigor a partir de 1º de julho de 2007. A alínea “a” do inciso II do art. 106 do CTN não autoriza a aplicação retroativa de seu art. 17, § 1º (incisos I e XVI), eis que não se trata de infração, mas de condições de opção por regime especial de tributação.

NORMAS PROCESSUAIS - RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA - DESCUMPRIMENTO DE REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE.

Não demonstrado que o acórdão recorrido deu à lei tributária interpretação divergente da que lhe conferiu outro colegiado ao analisar situação idêntica, não se conhece do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL. EFEITOS.

Se o acórdão recorrido apresentou mais de um fundamento para o provimento do recurso, e se o recurso de divergência foi conhecido apenas quanto a um deles, permanece o decidido com base no fundamento não reformado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso da Fazenda Nacional, por ausência de pressuposto de admissibilidade.

(documento assinado digitalmente)

Henrique Pinheiro Torres

Presidente Substituto

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri

Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros: Henrique Pinheiro Torres (Presidente Substituto), Viviane Vidal Wagner (Suplente Convocada), José Ricardo da Silva, Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, João Carlos de Lima Junior, Plínio Rodrigues Lima, Valmir Sandri, Jorge Celso Freire da Silva e Suzy Gomes Hoffmann. Ausente, justificadamente a Conselheira Karem Jureidini Dias.

Relatório

Na sessão plenária de 22/10/2008, a Terceira Turma Especial do Terceiro Conselho de Contribuintes julgou recurso voluntário de interesse de H R Sports e Marketing SC Ltda. e, mediante Acórdão nº 393-00047, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso voluntário.

Aludido acórdão recebeu a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2002

Conforme o disposto no artigo 17, § 1º, inciso XVII, da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006 c/c o disposto no artigo 18 e § 1º da Resolução CGSN nº 4, de 30/05/2007 do Comitê Gestor de Tributação da ME e EPP, podem optar pelo Simples as empresas promotoras de eventos.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

A decisão de primeiro grau, que foi reformada pelo acórdão do Terceiro Conselho (ora recorrido), confirmara a exclusão da empresa do SIMPLES ao fundamento de que a atividade exercida se enquadra na vedação às atividades de professor ou consultor ou assemelhados.

O voto condutor do acórdão recorrido indica, como fundamentos para o provimento do recurso: (a) o fato de a Lei Complementar 123/2006 ter revogado a Lei nº 9.317/96, em cujo art. 9º estava fundamentada a exclusão, e ter disposto, no art. 17, inciso XVII, que as vedações não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente a atividades artísticas e culturais; (b) que mesmo à luz da Lei 9317/96, não se pode considerar

que a produção de um evento desportivo (mesmo com palestra ou orientações) seja equivalente ou assemelhada à atividade de consultor ou professor.

Cientificada, a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial de Divergência.

Pondera a Recorrente que da leitura do inteiro teor do acórdão se depreende que dois foram os fundamentos invocados para dar provimento ao recurso da empresa: (a) entendimento de que a Lei n.º 9.317/1996 não vedava às pessoas jurídicas cuja atividade econômica fosse produção de eventos desportivos a opção pelo Simples, visto que essa atividade não é assemelhada à de consultor ou professor; (b) mesmo que assim fosse, tal óbice não remanesceu após a edição da Lei Complementar n.º 123/2006, motivo pelo qual os dispositivos desse diploma legal devem retroagir para alcançar os fatos ocorridos antes da sua vigência, porquanto mais benéficos ao contribuinte (retroatividade benigna).

Cita como paradigmas os julgados nos acórdãos nºs 105-14.110, 101-94931 (retroatividade benigna), e 301-32584 (atividade assemelhada à de consultor), a seguir reproduzidos por suas ementas, no que interessa ao presente:

Ac. 105-14110:

IRRF - RETROATIVIDADE BENIGNA DA LEI. O instituto da retroatividade benigna, no âmbito tributário, está relacionado à aplicação de penalidade, não se confundindo com modificações produzidas na determinação da base de cálculo da exigência, onde dispositivos legais posteriores determinaram nova forma de apuração.

Ac.101-94931

CSLL - ANISTIA. MULTA POR LANÇAMENTO DE OFÍCIO. JUROS DE MORA NORMAS TRIBUTÁRIAS. APLICAÇÃO. RETROATIVIDADE BENIGNA. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador e rege-se pela legislação então vigente sujeitando-se à incidência de juros de mora o recolhimento, fora do prazo legal, de multa por lançamento de ofício referente a fatos geradores ocorridos até 31/12/1994. Nos termos do artigo 106, inciso II, "c", a lei aplica-se a ato ou fato pretérito quando lhe comina penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática, sendo devidos os juros de mora previstos pela legislação de regência em razão de sua natureza remuneratória.

Acórdão n.º 301-32.584:

OPÇÃO PELO SIMPLES. EXCLUSÃO. É vedada opção pelo SIMPLES à pessoa jurídica que preste serviços profissionais de produção, de serviços técnicos e de criação nas áreas de cinema, vídeo e televisão, além de diretor ou produtor de espetáculos, de consultor ou assemelhados, e de qualquer profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

O contribuinte apresentou contrarrazões defendendo a manutenção da decisão.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Valmir Sandri, Relator.

Inicialmente, não é demais reafirmar que o recurso especial de divergência tem por escopo apenas uniformizar a jurisprudência, não representando uma nova instância para revisão do julgado. Assim, sem a perfeita caracterização de interpretações divergentes, não se pode conhecer do recurso.

A divergência jurisprudencial ocorre em relação a matérias de direito. Ela se caracteriza quando, em relação a uma mesma norma, haja a dissensão no entendimento de sua aplicação a uma situação comum em dois acórdãos.

Portanto, a divergência exige interpretação de uma mesma norma e situação comum nos dois acórdãos.

Quanto à retroação da Lei Complementar 123/2006, cabe conhecer do recurso, eis um dos fundamentos indicados pelo voto condutor foi que a Lei Complementar 123 não vedaria a opção às atividades da empresa que, segundo entendimento do julgado, se enquadrariam como “atividade artística e cultural”.

Por oportuno destaco que não cabe, em sede de recurso de divergência, questionar o entendimento de que a atividade desenvolvida pela empresa se enquadre como “produção cultural e artística”., eis que a matéria objeto de recurso de divergência é a aplicação retroativa da Lei Complementar 123, de 2006.

A esse respeito, encontra-se pacificado na Câmara Superior o entendimento de que a Lei Complementar nº 123 não retroage por não se enquadrar em nenhuma das hipóteses excepcionais de retroatividade previstas no artigo 106 do CTN. Primeiro porque não se constitui em lei interpretativa; segundo porque não pertence, a matéria, à seara das infrações tributárias (Acórdãos 9101-00.979, 9101-00.980, 9101-01.046, 9101-01.047, 9101-01.081, 9101-01.000, 9101-01.001, 9101-01.021, 9101-01.103, 9101-01.147, 9101-01.152, 9101-01.219, 9101-01.295, 9101-01.376).

Tal entendimento foi objeto da Súmula CARF nº 81, que enuncia:

É vedada a aplicação retroativa de lei que admite atividade anteriormente impeditiva ao ingresso na sistemática do Simples.

Assim, fosse esse o único fundamento da decisão, mereceria reforma o acórdão combatido.

Contudo o voto condutor apresenta, como fundamento adicional, que, à luz da Lei 9317/96, não se pode considerar que a produção de um evento desportivo (mesmo com palestra ou orientações) seja equivalente ou assemelhada à atividade de consultor ou professor.

Esse entendimento também é objeto de recurso especial, sob alegação de divergência com outro colegiado na interpretação do inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/96.

Dado o conteúdo amplo e aberto da norma interpretada (inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96), o qual, após relacionar várias categorias de serviços profissionais que vedam a opção, inclui na vedação os “assemelhados” e “qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida”, entendo que a caracterização do dissídio exige maior identidade das situações fáticas analisadas pelos julgados confrontados.

O paradigma trazido apreciou situação de empresa cujo código de atividade é 92.11-8/99 (outras atividades relacionadas à produção de filmes e fitas de vídeo), e cujo objeto indicado no contrato social é a *produção e prestação de serviços técnicos e de criação nas áreas de cinema, vídeo e televisão, incluindo aqui argumento, roteiro, direção, produção, distribuição, exibição, preparação de projetos, fotografia, iluminação, sonorização, edição, montagem, cenografia, maquinaria de filmagem, transporte de equipe e equipamentos, divulgação, formação de equipe e elenco, interpretação, preparação de atores, consultoria nas áreas de cinema, vídeo, TV e organização, elaboração e coordenação de festivais e cursos de cinema* (destaquei).

Naquele caso, o juízo de primeira instância entendera que produção cinematográfica se enquadra em produção de espetáculo, e que as atividades descritas a título de objeto social da empresa encontram-se elencadas dentre as profissões cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida, ou às mesmas assemelhadas, impeditivas à opção pelo Simples.

O voto condutor do acórdão paradigma assentou que o inciso XIII do art. 9º da Lei 9317/96 faz restrições à inclusão no Simples para as atividades *de empresário, diretor ou produtor de espetáculos, de consultor, ou de assemelhados, de forma genérica* (destaquei).

O acórdão guerreado apreciou situação fática referente à atividade do código 9261-4/02 – “Organização e exploração de atividades desportivas”, e o objeto da sociedade descrito no Contrato Social é “*Prestação de serviços de organização e exploração de atividades desportivas e de imagens, promoções e orientações técnicas, palestras e outros eventos inerentes ao ramo esportivo*”, sendo que os dois sócios integrantes, Helio Rubens Garcia e Hélio Rubens Garcia Filho exercem a profissão de, respectivamente, técnico desportivo e atleta desportivo, manifestando entendimento de que *a produção de um evento desportivo (mesmo com palestra ou orientações) não é equivalente ou assemelhada à atividade de consultor ou professor.*”

Como visto, a divergência apontada, no caso, seria com referência à atividade de *consultor*.

O paradigma, analisando uma situação fática de empresa cujo contrato social prevê a *consultoria nas áreas de cinema, vídeo, TV*, manifestou o entendimento de que a restrição alcança a atividade de consultor, de forma genérica.

Na situação de que trata o acórdão recorrido, o objeto previsto no contrato social da empresa não inclui a atividade de consultoria. O acórdão vergastado, analisando as atividades previstas no contrato social, entendeu que *a produção de um evento desportivo*

(mesmo com palestra ou orientações) não é equivalente ou assemelhada à atividade de consultor ou professor.

Ou seja, enquanto o paradigma analisa uma previsão expressa no contrato, de serviço de consultor, e diz que a vedação a serviço de consultor prevista na lei é genérica, o acórdão recorrido aprecia uma situação em que o contrato não prevê serviço de consultor, e analisa a previsão do contrato de produção de evento esportivo, com palestras ou orientações, e assenta que essa atividade não equivale ou se assemelha à de consultor. Melhor dizendo, o acórdão vergastado assenta que determinada atividade (produção de eventos esportivos, com palestras ou orientações) não equivale à atividade de consultor, mas não afirma que a atividade de consultor, de forma genérica, não é impeditiva.

Nessas circunstâncias, entendo não caracterizada a divergência de interpretação, e não conheço do recurso quanto a essa matéria.

A vista do acima exposto, NACO CONHECERdo recurso da Fazenda Nacional apenas no que tange à questão da retroatividade da lei, dando-lhe provimento parcial para declarar que é vedada a aplicação retroativa da Lei Complementar nº 123/2006, para validar opção pelo Simples Federal quanto à atividade anteriormente impeditiva, mas mantenho o decidido pelo Acórdão Recorrido, que traz fundamento adicional suficiente para cancelar a exclusão, e para o qual o recurso de divergência não foi admitido.

É como voto.

Sala das Sessões, em 16 de maio de 2013.

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri - Relator.