



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

| | |
|--------------------|--------------------------|
| Processo n° | 10935.000484/2003-51 |
| Recurso n° | 135.343 Voluntário |
| Matéria | SIMPLES - EXCLUSÃO |
| Acórdão n° | 303-34.490 |
| Sessão de | 04 de julho de 2007 |
| Recorrente | LOTÉRICA SÃO PAULO LTDA. |
| Recorrida | DRJ/CURITIBA/PR |

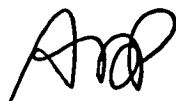
Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples

Data do fato gerador: 28/01/2003

Ementa: SIMPLES. LOTERIAS. ATIVIDADE PERMITIDA. RESTABELECIMENTO DA OPÇÃO COM EFEITOS RETROATIVOS À DATA DA OPÇÃO ORIGINAL. Para o caso de casa lotérica excluída do SIMPLES exclusivamente por decorrência do disposto no inciso XIII do art.9º da Lei 9.317/96, em face da nova norma permissiva, pela qual passou a ser atividade expressamente admitida a partir da nova redação dada ao art.1º da Lei 10.034/00 pela Lei 10.684/2003, deve ser a reinclusão retroativa ao SIMPLES, cujo procedimento, por analogia, deve seguir o mesmo rito determinado expressamente pelos §§1º, 2º e 3º do art.4º da Lei 10.964/04, devendo, neste caso, ser a reinclusão retroativa à data da opção original da empresa pelo SIMPLES, em 28.08.1997.

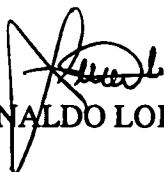
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator. Vencido o Conselheiro Luis Marcelo Guerra de Castro, que negava provimento.



ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente



ZENALDO LOIBMAN

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Nilton Luiz Bartoli, Marciel Eder Costa e Tarásio Campelo Borges.

Relatório

A interessada foi excluída do SIMPLES mediante o ato declaratório executivo (ADE) n.º 201/2003 expedido pela DRF/Cascavel, com efeitos a partir de 01.11.2000. A causa da exclusão foi o exercício de atividade impedida, qual seja a de serviços comissionados – casa lotérica, que representava infração ao disposto no inciso XVI do art.9º da Lei 9.317/96.

A interessada apresentou a SRS, mas a autoridade administrativa manteve a exclusão por meio do despacho decisório de fls. 60/61.

Inconformada, a interessada apresentou tempestiva impugnação às fls.64/66, onde em resumo pede sua permanência no SIMPLES com base no disposto no art.20, XII, §9º, da IN SRF 355/2003.

A DRJ/Curitiba, por sua 2ª Turma, por unanimidade, decidiu indeferir o pedido, conforme se vê às fls.69/72, na qual apresentou, em resumo, as seguintes razões principais:

- 1. A IN SRF 355/2003 somente foi editada após o advento da Lei 10.684, de 30.05.2003. A norma anteriormente vigente disposta no inciso XIII do art.9º da lei 9.317/96 assinalava o impedimento de opção pelo SIMPLES por prestadoras de serviços profissionais de corretor e representante comercial. O Parecer Normativo CST 80/76 caracterizava as casas de recepção de apostas da Loteria Esportiva como assemelhada a representante comercial com intermediação de operações por conta de terceiros.*
- 2. O mesmo entendimento foi corroborado através do BC 55/97, segundo o qual as casas lotéricas exerciam atividade assemelhada à de representação comercial e corretagem.*
- 3. Este entendimento perdurou até a edição da Lei 10.684, de 30.05.2003, quando a atividade de agência lotérica foi excetuada da restrição pelo art.24, permitindo-se a partir de então a inclusão no SIMPLES, ou seja, a partir de 01.01.2004, já que a opção deve ser exercida no início do exercício. A vigência da norma nova, veiculada no art.24, se deu a partir de 31.05.2003 (data da publicação no DOU). No art. 29 da mesma lei se estabeleceu que alguns de seus dispositivos retroagiriam e que outros só vigorariam no futuro, mas o art.24 somente entrou em vigor na data de publicação da Lei.*
- 4. É importante salientar que a opção de tributação eleita pela pessoa jurídica deve prevalecer para todo o ano-calendário, o que significa que o contribuinte neste caso só pode aderir ao SIMPLES a partir de 01.01.2004, e assim não há como acolher o pedido de desconsideração do ADE de exclusão para manter a empresa no SIMPLES desde sua opção inicial sem solução de continuidade.*

Irresignada a interessada apresentou o tempestivo recurso voluntário de fls.79/82, no qual reapresenta as mesmas razões articuladas na fase de impugnação, insistindo principalmente nos seguintes aspectos:

a) *A IN SRF 355/2003, ao tratar das vedações ao SIMPLES, em seu art.20, XVIII, §9º especifica que o disposto no inciso XII não se aplica à atividade de agência lotérica. Ora, no ADE de exclusão atacado o enquadramento legal apontou a vedação disposta no art.9º,XIII, da Lei 9.317/96, cujo texto é exatamente o mesmo constante do art.20, XII, da IN SRF 355/03.*

b) *A referida IN SRF elimina qualquer dúvida quanto a ser a atividade de agência lotérica de alguma forma semelhante a corretagem ou representação comercial.*

c) *A atividade desenvolvida não é serviço comissionado. Os bilhetes de loteria são tabelados, adquiridos por determinado preço e revendido por outro também tabelado. As remunerações recebidas das respectivas Companhias em decorrência da recepção de contas de água, luz e telefone, são feitas por unidade e não por comissão. Assim, mesmo antes do advento da Lei 10.684/03 não havia impedimento legal a esta atividade. Na verdade a ora recorrente não representa nenhuma outra empresa e nem consigna bens ou valores para outrem, apenas adquire bens e os revende, ou ainda, recebe valores para outrem mediante pagamento de quantia de valor líquido e certo.*

d) *É surpreendente que justamente quando a Lei 10.684/03 vem para colocar termo em qualquer discussão acerca da matéria que aqui se discute, a decisão recorrida insista em decidir de forma ilegal e abusiva. A referida lei exclui expressamente da vedação ao SIMPLES a atividade de agência lotérica.*

e) *Os nossos tribunais também vêm decidindo que esta atividade não estava vedada ao SIMPLES. Além do mais, é princípio geral de direito tributário que a legislação deve ser interpretada de forma mais benéfica ao contribuinte, e considerando ainda o princípio da legalidade, deve ser completamente vedada a interpretação extensiva e analógica para excluir benefício da interessada, conforme pretendeu a decisão recorrida.*

f) *A exclusão se baseou no art.9º da Lei 9.779/96 conforme registrou o ADE 201/2003, tendo operado com base em semelhança inexistente e arbitrária, com infração ao p. da legalidade. Outrossim, há que se reconhecer a retroatividade da lei mais benéfica ao contribuinte, pois tal desconsideração ofenderia à própria noção do contrato social estabelecido na Constituição.*

g) *Por fim, ainda se houvesse alguma irregularidade, seria inadmissível a retroação dos efeitos da exclusão. Devem ser repudiados a retroação da lei mais maléfica e o não reconhecimento da retroatividade mais benéfica.*

Pede que seja cancelado o ADE de exclusão para se manter a recorrente enquadrada no SIMPLES sem solução de continuidade.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro ZENALDO LOIBMAN, Relator

Trata-se de matéria de competência do Terceiro Conselho, e estão presentes os demais requisitos para a admissibilidade do recurso.

No caso concreto verifica-se que é fato incontroverso que a empresa ora recorrente desempenha a atividade de prestação de casa lotérica.

O ADE de exclusão n.º 201/2003, de 28.01.2003, que precedeu à edição da Lei 10.684, de 30.05.2003, determinou a exclusão da empresa do SIMPLES por apontar a atividade de serviços comissionados - casa lotérica como sendo vedada ao SIMPLES, com supedâneo no inciso XIII do art.9º da Lei 9.317/96, com efeitos a partir de 01.01.2002, com base no disposto no art.15, II, da mesma Lei, com a redação dada pela MP 2.156-35/2001.

A lide está em que a recorrente afirma que sua atividade em nada se assemelha a corretagem ou a serviços comissionados, e que, além disso, a IN SRF 355/2003, assim como a Lei 10.684/03 vieram esclarecer expressamente que não cabe vedar a inclusão das casas lotéricas no SIMPLES.

Como se sabe não há nenhuma dúvida que a partir da vigência da lei 10.684/03 não há nenhum impedimento à inclusão de casas lotéricas no SIMPLES, o que resta apreciar é se a atividade desenvolvida se assemelha, ou não, a serviços comissionados, que eram vedados pelo art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96, e, por outro lado, se a permissão legal expressa de opção ao SIMPLES por parte das casas lotéricas veiculadas na lei nova editada em 2003 pode retroagir para beneficiar a ora recorrente excluída do sistema no início de 2003.

Observem-se os §§ 1º, 2º, 3º E 4º do art.4º da Lei n.º 10.964/2004. Menciona-se expressamente no §4º que o disposto no art.2º da Lei n.º 10.034/00 só vigora a partir de 01.01.2004. Mas, nada menciona quanto ao início da vigência do disposto na nova redação do art.1º da Lei 10.034/00, pelo que se poderia tomar por analogia o disposto no §3º da Lei 10.964/2004.

O art.24 da Lei 10.684/03 modificou a redação dos artigos 1º e 2º da Lei 10.034/00. É na nova redação do art.1º que está a permissão legal das casas lotéricas ao SIMPLES

A Lei n.º 10.964/04, art.4º, promove novas exceções da restrição de que trata o inciso XIII do art.9º da Lei 9.317/96 (Por exemplo, com relação a manutenção e instalação de eletrodomésticos).

O § 1º do art.4º assegura a permanência no regime simplificado das empresas de que trata o *caput* do artigo (novas permitidas). Registra expressamente que se assegura a inclusão com efeitos retroativos à data da opção feita em data anterior à de publicação desta Lei, desde que não haja outro tipo de impedimento.

O § 2º estabelece que as pessoas jurídicas (PJ) que tenham sido excluídas em decorrência exclusivamente do disposto no inciso XIII do art.9º da Lei 9.317/96 poderão

solicitar retorno ao sistema com efeitos retroativos à data de opção, desde que não se enquadrem nas demais hipóteses de vedação legalmente previstas.

O § 3º prevê que para as exclusões ocorridas, conforme o §2º durante o ano de 2004, mas antes da publicação desta Lei, a SRF promoverá a reinclusão de ofício dessas PJ retroativamente à data de opção da empresa.

O § 4º do art.4º da Lei nº 10.964/04 determina que o disposto no art.2º da Lei 10.034/00 somente se aplica a partir de 01.01.2004.

A tendência neste caso é de se catar a retroatividade da permissão de casa lotérica à data de opção da empresa. Como a exclusão foi em janeiro de 2003 e a Lei foi editada em maio de 2003, poderia e até deveria ter havido mesmo a reinclusão de ofício por parte da SRF retroativamente à data de opção, no rastro do que especifica a Lei 10.964/04, que assim como a Lei 10.684/03 pretendeu modificar a redação da Lei 10.034/00, promovendo novas exceções à restrição de opção ao SIMPLES de que trata o inciso XIII do art.9º da lei original do SIMPLES.

Pelo exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso para reconhecer o direito da recorrente de ser reincluída no SIMPLES com efeitos retroativos à data de opção original em 28.08.1997.

Sala das Sessões, em 04 de julho de 2007


ZENALDO LOIBMAN - Relator