



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

Processo nº 13660.000301/2007-96
Recurso nº 506.324 Voluntário
Acórdão nº 1401-00.426 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de janeiro de 2011
Matéria SIMPLES
Recorrente MG SUL TELECOM - SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Data do fato gerador: 01/07/2007

SIMPLES NACIONAL. PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES.

A atividade de serviços de comunicações consistia em atividade vedada à opção pelo Simples Nacional, até 31/12/2008.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, para INDEFERIR a solicitação da contribuinte, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

VIVIANE VIDAL WAGNER - Presidente.

(assinado digitalmente)

FERNANDO LUIZ GOMES DE MATTOS - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Viviane Vidal Wagner, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Antonio Bezerra Neto, Maurício Pereira Faro, Alexandre Antonio Alkmim Teixeira e Karem Jureidini Dias.

Relatório

Por bem descrever os fatos, transcrevo e adoto o relatório que integra o Acórdão recorrido (fls. 40):

A contribuinte acima identificada apresenta manifestação de inconformidade contra o "Termo de Indeferimento de Opção pelo Simples Nacional", alegando, em síntese, que:

1) existe liminar da justiça federal de Brasília (mandado de segurança coletivo) favorecendo provedores para poderem optar pelo Simples Nacional;

2) A Resolução CGSN 20/2007 incluiu no Anexo II, abrangendo atividades permitidas e impeditivas, o CNAE 6311-9/00 — Tratamento de dados, provedores de serviços de aplicação e serviços de hospedagem na internet;

3) Os provedores de acesso a internet estavam impedidos de optar pelo Simples Nacional, pois, segundo o CGSN se enquadravam na vedação contida no artigo 17, inciso IV; da LC 123/2006. No entanto, a legislação do segmento de comunicação não os enquadra como serviços de comunicação, podendo, assim, exercerem a opção.

A 2ª Turma da DRJ Juiz de Fora, por unanimidade, indeferiu a solicitação da contribuinte, por meio do Acórdão nº 09-24.054, assim ementado (v. fls. 39):

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/07/2007

OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL -

A atividade de serviços de comunicações consistia em atividade vedada à opção pelo Simples Nacional, até 31/12/2008.

Solicitação Indeferida

Intimada desse Acórdão em 09/06/2009 (fls. 44), a contribuinte apresentou em 08/07/2009 o Recurso Voluntário de fls. 45-47, com base nas seguintes alegações:

a) a pessoa jurídica utilizava o CNAE 6190-6/01 por ser este o único existente à época da inscrição no CNPJ;

b) após a criação do código “6311-9/00”, que lhe permitia a opção pelo Simples Nacional, foi protocolizado o recurso junto à SRF (em 20/05/2009). Assim, se houvesse o julgamento em tempo hábil (ou seja, dentro do ano de 2007), a empresa poderia ter feito a alteração a tempo, podendo ingressar no Simples Nacional a partir de janeiro de 2008;

c) a lei tributária mais benéfica e aquela meramente interpretativa retroagem, a teor do disposto no art. 106, I e II do CTN. Assim, inserida a atividade da Recorrente no rol daquelas que permitem a opção pelo Simples Nacional (Resolução CGSN nº 50, de 22/12/2008), deve ser reconhecida a retroatividade da lei em benefício da contribuinte;

d) A lei fiscal deve ser interpretada sempre em favor do contribuinte.

Nestes termos, requereu a reforma da decisão proferida pela DRJ Juiz de Fora, assegurando-se o direito de a Recorrente ingressar no Simples Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Fernando Luiz Gomes de Mattos

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

A SRF indeferiu a opção da contribuinte pelo Simples Nacional, mediante Termo de Indeferimento de fls. 04, em razão de exercer atividade vedada para este regime simplificado.

A referida atividade – provedores de acesso às redes de comunicações – enquadra-se no CNAE Fiscal 6190-6/01. Tal CNAE constava expressamente no Anexo I da Resolução CGSN nº 6, de 18/06/2007 que, à época, estabelecia o rol de “Códigos Previstos na CNAE Impeditivos ao Simples Nacional”.

Vale dizer que a referida restrição à opção pelo Simples Nacional encontrava amparo legal no art. 17 da Lei Complementar 123/2006 (redação original), *verbis*:

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

[...]

IV— que preste serviço de comunicação;

Em sua peça recursal, a Recorrente admite expressamente que exercia – e que ainda exerce – a referida atividade (provedor de internet). No entanto, invoca a aplicação retroativa das normas que admitiram esta atividade no âmbito do Simples Nacional, a partir de 2009.

É certo que legislação posterior admitiu, no âmbito do Simples Nacional, o ingresso/permanência de empresas que exercem a atividade de provedor de internet.

Todavia, no período em análise (negativa de inclusão no Simples Nacional com efeitos a partir de 01/07/2007), havia vedação expressa no art. 17 da Lei Complementar 123/2006 e no Anexo I da Resolução CGSN nº 6, de 18/06/2007.

Por sua vez, já se encontra pacificada no Superior Tribunal de Justiça a inaplicabilidade do art 106, do CTN, para fins de retroatividade de normas que admitem o ingresso de contribuintes na sistemática simplificada de recolhimentos, cujas atividades eram antes vedadas.

Veja-se a referência mais recente ao tema:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. INSTITUIÇÕES DE ENSINO QUE SE DEDIQUEM EXCLUSIVAMENTE ÀS ATIVIDADES DE CRECHE, PRÉ-ESCOLA 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

[...]

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 subsunção a quaisquer das hipóteses previstas no artigo 106 do CTN, verbis:

[...]

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.

As razões dos precedentes mencionados foram originalmente estabelecidas pelo Ministro Castro Meira, no Resp nº 722.307/SC, do qual se extraem os seguintes trechos:

TRIBUTÁRIO. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE -SIMPLES. ESTABELECIMENTO DE ENSINO PRÉ-ESCOLAR E FUNDAMENTAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. ART. 557 DO CPC. FALTA DE INTERESSE EM RECORRER. LEI Nº 10.034/00. IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO.

[...]

3. O art. 106, em seus incisos, estabelece quando a lei tributária será aplicada a atos ou fatos pretéritos. O caso dos autos não se enquadra em qualquer das hipóteses, não havendo de se falar em retroação da Lei nº 10.034/00.

4. 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 nº 10.034/00 que não pode ter aplicação retroativa.

5. Recurso especial provido.

[...]

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator):

[...]

É cediço que, em regra, aplica-se o princípio da irretroatividade das leis ao Direito Tributário. O art. 106 do Código Tributário Nacional traz as hipóteses excepcionais em que a lei tributária poderá ser aplicada a ato ou fato pretérito, consoante se constata de seu teor, a seguir transcrito:

"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".

Da leitura de seus incisos, não verifico a possibilidade de retroação da lei pela mera existência de regra mais benéfica ao contribuinte.

O primeiro inciso restringe-se à lei expressamente interpretativa, o que não é o caso. Já o segundo inciso, subdividido em alíneas, estabelece quando a lei pode retrooperar para atingir atos não definitivamente julgados. A hipótese dos autos não se enquadra em qualquer das alíneas desse último inciso.

O art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, vigente no momento em que a recorrida passou a ser optante do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, tem a seguinte redação:

"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;

(...)".

Portanto, as empresas que prestassem serviços profissionais educacionais eram atingidas pela vedação imposta. Não se cuida aqui de infração ou penalidade, devendo ser afastadas, de pronto, as letras "a" e "c" do art. 106 do Código Tributário Nacional.

Poder-se-ia entender pela incidência, na espécie, do previsto na letra "b" do artigo em alusão. Ocorre que a simples leitura da parte final de tal alínea impossibilita essa conclusão, pois o fato de o recorrido ter optado pelo SIMPLES quando não era permitido certamente importou em falta de pagamento de tributo, na forma como era devido à época.

O recorrido foi excluído da restrição constante da Lei nº 9.317/96 apenas com o advento da Lei nº 10.034/00, cujo art. 1º preceitua:

"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".

Cumprir registrar, unicamente a título de informação, que o dispositivo mencionado foi alterado pela Lei nº 10.684/03, passando a vigor nos moldes abaixo:

"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"

Assim, o aresto hostilizado merece reparos, uma vez que, somente a partir da vigência da Lei nº 10.034/00, o recorrido teve o direito de optar pelo SIMPLES, não podendo retroagir a norma em comento para alcançar atos ou fatos pretéritos.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial.

Os efeitos destas decisões, relativamente à atividade ali tratada, inclusive, foram recentemente consolidadas na Súmula nº 448 do STJ (*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*).

Claro está, portanto, que não se trata de lei expressamente interpretativa, cuja retroação se dá a teor do art. 106, I do CTN, bem como não trouxe, ela, qualquer "retroatividade benigna", a invocar a aplicação do inciso II daquele dispositivo, pois apenas se presta a desenhar o escopo de vedação ao ingresso no Simples Nacional (ou de permissão, dependendo do ponto de vista), sob a ótica da atividade econômica explorada.

Diante do exposto, meu voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao presente recurso, indeferindo a solicitação da interessada.

(assinado digitalmente)

Fernando Luiz Gomes de Mattos - Relator