



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

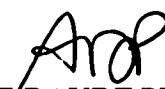
Processo nº : 10580.007607/2002-61
Recurso nº : 132.870
Acórdão nº : 303-33.659
Sessão de : 19 de outubro de 2006
Recorrente : RECANTO DE VIVER SERVIÇOS DE INFÂNCIA LTDA.
Recorrida : DRJ/SALVADOR/BA

Simples. Reclusão. Atividade excetuada da suposta restrição. Retroatividade da lei interpretativa.

As creches e as pré-escolas, pela Lei 10.034, de 2000, com as alterações introduzidas pela Lei 10.684, de 2003, foram excetuadas da suposta restrição imposta pelo inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317, de 1996, fato com repercussão pretérita por força do caráter interpretativo daquelas normas jurídicas e da retroatividade prevista no artigo 106, I, do Código Tributário Nacional.
Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


TARASIO CAMPELO BORGES
Relator

Formalizado em: 24 NOV 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Nanci Gama, Zenaldo Loibman, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa, Nilton Luiz Bartoli e Sérgio de Castro Neves.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso voluntário contra acórdão da Quarta Turma da DRJ DRJ Salvador (BA) que, por unanimidade de votos, julgou parcialmente procedente a manifestação de inconformidade contra o indeferimento do pedido de reinclusão no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples).

A exclusão, levada a efeito em 1º de março de 1999, estava motivada no exercício de atividade vedada: serviços de creche¹.

Regularmente intimada do indeferimento do pedido, a interessada instaurou o contraditório com as razões de folhas 91 a 105, assim sintetizadas no relatório do acórdão recorrido:

3. Ciente do indeferimento em 18/09/2004 (fls. 224), a requerente o impugnou em 18/10/2004 (fls. 91/105), pedindo reconsideração do referido Parecer, no sentido de incluir a empresa no Simples a partir de 02/03/1999, alegando, em síntese: (i) que a atividade de creche foi excluída das vedações contidas no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, pela Lei nº 10.034, de 24/10/2000; (ii) que o ato de exclusão é nulo, pois a requerente não teria tomado ciência do mesmo, dado que o Aviso de Recebimento (AR) não fora recepcionado por nenhum preposto da empresa, caracterizando cerceamento do direito de defesa na forma do art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988); (iii) o ato declaratório também seria nulo na forma do art. 37 da mesma CF/1988, uma vez que não foi publicado no Diário Oficial da União (DOU); (iv) que o art. 1º, § 3º, da Instrução Normativa (IN) SRF nº 115, de 2000, tem que ser interpretado com cautela para não ofender ao princípio da igualdade previsto no art. 150, II, da CF/1988; (v) que, em face de erro de fato, por não ter sido notificada da exclusão, a requerente tem direito de ser reintegrada ao Simples, por decisão administrativa, consoante termos do Ato Declaratório Interpretativo (ADI) nº 16, de 2002 – cita ementa de acórdão do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

¹ Parecer DRF/SDR/Secat 513, de 2004, acostado às folhas 80 a 83 (ver primeiro e segundo parágrafos da segunda folha).

Processo nº : 10580.007607/2002-61
Acórdão nº : 303-33.659

O órgão de primeira instância administrativa julgou procedente o indeferimento do pedido com os fundamentos que ora transcrevo:

4. A manifestação de inconformidade é tempestiva, instaura o litígio e merece ser conhecida. A requerente está representada pelos seus advogados, conforme procuração de fls. 85.

5. Importa lembrar que não compete à instância administrativa apreciar argüições a respeito de constitucionalidade, legalidade ou equidade de atos legais. Esta é uma prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, por designação da CF/1988. A norma legal em vigor tem presunção de legitimidade, situação que é vinculante para a administração tributária, a menos que tenha sido declarada a sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, quando a lei ou dispositivo que se opõe ao disposto na Carta Magna é banido do mundo jurídico.

6. Ainda mais, o julgador na instância administrativa está obrigado a observar as normas legais que regem a matéria em litígio, bem como o entendimento da Secretaria da Receita Federal (SRF) expresso em atos tributários e regulamentares, como determina o art. 7º da Portaria do Ministro da Fazenda (MF) nº 258, de 24 de agosto de 2001, infracitado:

Art. 7º O julgador deve observar o disposto no art. 116, III, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, bem assim o entendimento da Secretaria da Receita Federal (SRF) expresso em atos tributários e aduaneiros.

7. Portanto, o mérito da lide será apreciado com fundamento na Lei nº 10.034, de 2000, que alterou a Lei nº 9.317, de 1996, para permitir a opção pelo SIMPLES a empresas prestadoras de serviços de creche, pré-escola e estabelecimentos de ensino fundamental, com majoração de percentuais. Contando também com a IN SRF nº 115, de 2000, que disciplinou os procedimentos necessários à opção já efetuada ou a ser efetuada por essas empresas.

8. Passando ao caso concreto, constata-se que a empresa optou indevidamente pelo Simples em 01/01/1997, sendo, por isso excluída de ofício em 01/03/1999, por exercer atividade vedada, qual seja, prestação de serviços de creche (fls. 02/10).

9. A requerente alude que o ato de exclusão é nulo, porque não teria tomado ciência do AD, frisando que o AR fora assinado por pessoa estranha aos quadros da empresa. Eis o que dispõe sobre a



Processo nº : 10580.007607/2002-61
Acórdão nº : 303-33.659

matéria o art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972, parcialmente citado:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

(...)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo:

(...).

§ 2º Considera-se feita a intimação:

(...).

II - no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação.

(...).

§ 4º - Considera-se domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo o do endereço postal, eletrônico ou de fax, por ele fornecido, para fins cadastrais, à Secretaria da Receita Federal. (Grifos do relator)

10. De acordo com o dispositivo retro, não assiste razão à requerente de que não teria sido comunicada da exclusão, pois se vê na cópia do AR, anexo às fls. 79, que a correspondência foi enviada e recebida exatamente no endereço informado pela contribuinte, que é o mesmo que consta do seu cadastro no CNPJ (fls. 10). Para efeitos tributários é bastante a prova de que a comunicação tenha sido entregue no domicílio eleito pelo sujeito passivo, como ocorre neste caso, independente de quem a receba. Por este aspecto, não há que se falar de cerceamento de direito de defesa.

11. Outrossim, o fato do AD não ter sido publicado no DOU não caracteriza cerceamento do direito defesa, pois está comprovado nos autos que a requerente tomou ciência do ato administrativo (vide AR de fls. 79), e a partir daí teve oportunidade de apresentar a sua irresignação dentro do prazo regulamentar.

12. Já se viu que a requerente perdeu o prazo para apresentar sua contestação ao Ato Declaratório em epígrafe, por isso a petição de



Processo nº : 10580.007607/2002-61
Acórdão nº : 303-33.659

fls. 77 foi considerada como um pedido de inclusão retroativa no sistema, tendo sido objeto do Parecer/Secat nº 513/2004.

13. Neste sentido, verifica-se que o art. 1º da Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000, excetua da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 2000, as pessoas jurídicas que se dedicam às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental. No entanto, a autorização trazida pela sobredita lei, para inclusão de instituições de ensino que exerçam as referidas atividades, por se tratar de uma exceção à regra de tributação normal, não pode ser aplicada de maneira extensiva, fazendo retroagir a períodos anteriores, na ausência de disposição expressa neste sentido.

14. A propósito, faz sentido lembrar o art. 111, incisos II e III, do Código Tributário Nacional, que ensina que se deve interpretar literalmente a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção e dispensa do cumprimento de obrigações acessórias. Ora, o Simples nada mais é do que um sistema que dispensa obrigações acessórias para as microempresas e empresas de pequeno porte credenciadas, fato que não ocorre com as pessoas jurídicas submetidas à tributação normal.

15. Tanto é assim que só a empresa que tenha iniciado atividade a partir de 25 de outubro de 2000(após editada a lei), e formalizado a opção na Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica – FCPJ, poderá submeter-se ao SIMPLES no próprio ano-calendário de 2000, conforme dispõe o art. 1º, § 2º, da IN SRF nº 115/, de 2000, editada para normatizar a Lei nº 10.034/2000, *in verbis*:

Art.1º As pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental poderão optar pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

§ 1º A opção efetuada no ano-calendário de 2000 ou até o último dia útil do mês de janeiro de 2001, pelas pessoas jurídicas inscritas no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), submeterá a pessoa jurídica à sistemática do SIMPLES a partir do primeiro dia do ano-calendário de 2001.

§ 2º No caso de início de atividade, no ano-calendário de 2000, a partir de 25 de outubro de



Processo nº : 10580.007607/2002-61
Acórdão nº : 303-33.659

2000, a opção formalizada na Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica – FCPJ, submete a pessoa jurídica ao SIMPLES no próprio ano-calendário de 2000.

§ 3º Fica assegurada a permanência no sistema das pessoas jurídicas, mencionadas no caput, que tenham efetuado a opção pelo SIMPLES anteriormente a 25 de outubro de 2000 e não foram excluídas de ofício ou, se excluídas, os efeitos da exclusão ocorreriam após a edição da Lei nº 10.034, de 2000, desde que atendidos os demais requisitos legais.

16. Sobre a alegação de anti-isonomia, decorrente da deliberação do § 3º, do art. 1º, da IN SRF nº 115, de 2000, de convalidar a permanência no sistema das empresas ainda não excluídas do sistema, desprezando as empresas já excluídas definitivamente, não compete ao julgador de instância administrativa apreciar tal questão, por exercer atividade que o vincula aos atos tributários que expressam o entendimento da SRF sobre a matéria tributária.

17. Com relação ao pedido, observa-se que a atual legislação do Simples possibilita a inclusão no sistema com data retroativa. Mas, no que tange ao caso em exame, esse direito não se aplica a períodos anteriores ao ano-calendário de 2001, como pretende a requerente, em face de determinação expressa contida no art. 1º da Lei nº 10.034, de 2000, e do disposto no art. 1º, § 1º da IN SRF nº 115, de 2000. Corrobora este entendimento o seguinte acórdão do Conselho de Contribuintes, ementa abaixo:

ENSINO FUNDAMENTAL - A pessoa jurídica que tenha por objetivo ou exercício atividade que se destine ao cumprimento de ensino fundamental poderá optar pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, conforme disposto na Lei nº 10.034/2000, mantendo-se as inscrições anteriores na forma da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 115/2000. Recurso provido. 2º Conselho de Contribuintes/2ª Câmara/ACÓRDÃO 202-13373 em 18.10.2001. Publicado no DOU em: 19.04.2002.

JAS

Processo nº : 10580.007607/2002-61
Acórdão nº : 303-33.659

18. Neste sentido, concorda-se com a interpretação explanada no Parecer SACAT nº 513/2004 (fls. 81/84), que indeferiu o pedido de reingresso no Simples, com data retroativa a 02/03/1999, não havendo, destarte, motivação fática ou legal suficiente para revisá-lo.

19. Ante o exposto, VOTO pela procedência em parte do pleito de reinclusão da empresa requerente no Simples a partir do ano-calendário de 2001, nos termos do ADI nº 16, de 2002.

Ciente do inteiro teor do acórdão originário da DRJ Salvador (BA), recurso voluntário é interposto às folhas 238 a 247. Nessa petição, as razões iniciais são reiteradas noutras palavras.

A autoridade competente deu por encerrado o preparo do processo e encaminhou os autos para este Conselho de Contribuintes no despacho de folha 289.

Os autos foram distribuídos a este conselheiro em único volume, processado com 290 folhas.

É o relatório.



VOTO

Conselheiro Tarásio Campelo Borges Relator

Conheço o recurso voluntário interposto em 22 de março de 2005 porque tempestivo e desnecessária a garantia de instância: a matéria litigiosa é a manifestação de inconformidade contra o indeferimento do pedido de reinclusão no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples) cuja exclusão estava motivada no exercício de atividade vedada: serviços de creche².

O direito à opção pelo Simples por pessoas jurídicas que têm como atividade serviços de creche já foi reconhecido pelo acórdão recorrido, mas o reconhecimento do direito somente retroagiu até 1º de janeiro de 2001, com fundamento no ADI 16, de 2002.

Nada obstante, como o inciso I do artigo 1º da Lei 10.034, de 24 de outubro de 2000, introduzido pela Lei 10.684, de 30 de maio de 2003, excetuou as creches e as pré-escolas da suposta restrição imposta pelo inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996, essa norma jurídica tem repercussão pretérita por força do caráter interpretativo e da retroatividade prevista no artigo 106, I, do Código Tributário Nacional.

Entendo, por conseguinte, que deve retroagir a 2 de março de 1999 [³], o deferimento do pedido de reinclusão da ora recorrente no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples).

Com essas considerações, dou provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2006.


TARASIO CAMPELO BORGES - Relator

² Parecer DRF/SDR/Secat 513, de 2004, acostado às folhas 80 a 83 (ver primeiro e segundo parágrafos da segunda folha).

³ Primeiro dia subsequente à exclusão desmotivada.