



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

**Processo n°** 10830.003526/2003-83  
**Recurso n°** 336.959 Voluntário  
**Acórdão n°** 1103-00.361 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 11 de novembro de 2010  
**Matéria** EXCLUSÃO DO SIMPLES  
**Recorrente** JOÃO E MARCELLA ESCOLA DE EDUCAÇÃO E RECREAÇÃO INFANTIL LTDA.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**INTIMAÇÃO POR EDITAL. VALIDADE.**

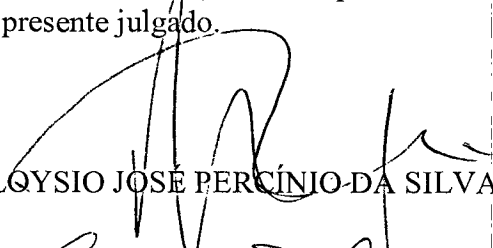
Comprovado que a intimação postal restou infrutífera em face do endereço fornecido pelo contribuinte se encontrar desatualizado, cabível a intimação por edital, nos termos do art. 23 do PAF.

SIMPLES. CRECHE E PRÉ-ESCOLA. POSSIBILIDADE A PARTIR DA LEI N. 10.034/2000.

Com o advento da Lei n.º 10.034/2000, as pessoas jurídicas dedicadas às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental foram excluídas das restrições impostas pelo art. 9º da Lei n.º 9.317/96, permitindo-se-lhes a opção pelo SIMPLES, norma que não pode retroagir, nos termos do art. 106 do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade, e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

  
ALQYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA - Presidente.

  
RELATOR ERIC CASTRO E SILVA - Relator

EDITADO EM: 04 ABR 2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Hugo Correia Sotero (Vice presidente em exercício da Presidência), Mário Sérgio Fernandes Barroso, Gervasio Nicolau Recketenvald, Marcos Shigueo Takata, Eric Moraes de Castro e Silva.



## Relatório

A Recorrente é empresa que se encontrava no regime simplificado de tributação desde de 06/05/1997. Contudo, ao pretender enviar a declaração anual simplificada do exercício de 2002 pela internet, restou a Contribuinte informada que havia sido excluída do SIMPLES, o que a fez ingressar com o presente “Pedido de Reinclusão” (fls. 01).

Ao analisar o presente “Pedido de Reinclusão”, a Autoridade Julgadora indicou que a Contribuinte se encontrava excluída do SIMPLES desde 01/03/1999, através do Ato Declaratório de Exclusão (ADE) n. 114.459, do qual a Recorrente teria sido intimada mediante publicação de Edital, afixado em 11/02/99 (fls. 80/81).

Como a Recorrente não se insurgiu contra a sua exclusão, da qual foi intimada via edital, a Autoridade Julgadora entendeu que o “Pedido de Reinclusão” seria, na realidade, uma intempestiva “Solicitação de Revisão da Exclusão do SIMPLES”, razão pela qual a indeferiu (fls. 83).

Inconformada, a Contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade (fls. 91/101), na qual alega, em preliminar, nulidade da intimação do ADE por Edital. A 5ª Turma da DRJ de Campinas, inicialmente, converteu o feito em diligência para determinar que se juntasse aos autos o ADE e o respectivo AR que teria sido devolvido pelos correios (fls. 108 – Resolução n. 999 de 05/06/06), documentação que foi juntada às fls. 111/112, abrindo-se vistas ao Contribuinte que, ingressou com nova Manifestação de Inconformidade (fls. 115/125).

Na nova Manifestação de Inconformidade, a Recorrente inicia afirmando que a DRJ de Campinas “*expediu a Resolução/Pedido de Diligência Instrução Processual DRJ/CPS n. 999/05, solicitando que a DRF/Campinas desse ciência do Ato Declaratório Executivo de exclusão do SIMPLES e do AR que teria sido devolvido pelos Correios à empresa ora impugnante, concedendo-lhe, ainda, novo prazo para aditamento da manifestação de inconformidade anteriormente apresentada*” (fls. 117)

Em seguida, dando por superada em seu favor a intimação do ADE por Edital, a Impugnante passou a aduzir que o ADE seria nulo, por não haver fundamentação expondo as razões pelas quais seria vedado à Contribuinte a adesão ao SIMPLES.

No mérito, sustenta que desde da edição da lei n. 10.684/2003 não restam dúvidas que as atividades de creche e pré-escola exercida pela Contribuinte são aceitas no SIMPLES e que tal lei teria natureza interpretativa, retroagindo, pois, à data da adesão da Contribuinte à sistemática simplificada.

A decisão da DRJ ora recorrida asseverou ter sido válida a intimação por Edital do ADE, o que tornaria incabível qualquer pedido de revisão, por se tratar de matéria preclusa.

Em sucessivo, a decisão aqui recorrida entendeu que, por se tratar de Pedido de Reinclusão, o mesmo poderia ser deferido com efeitos retroativos a



partir de 01/01/01, data em que se permitiu a inclusão de creches e pré-escolas pela lei n. 10.034/2000.

Inconformado, vem o Contribuinte no seu Recurso Voluntário de fls. 141/158, reiterar que houve *“reconhecimento da tempestividade da defesa administrativa”*, argüindo que a *“DRJ/Campinas emitiu Resolução/Pedido de Diligência Instrução Processual n. 999, em 05/06q2006, reconhecendo a não juntada nos autos de cópia do Ato Declaratório Executivo que excluiu a Recorrente do Simples, bem como do AR, solicitando que a DRF/Campinas suprisse a nulidade”* (fls. 144).

Mesmo com o suposto “reconhecimento” da nulidade da intimação por Edital, a Recorrente ainda sustenta que comunicação editalícia seria nula pelos seguintes motivos: a) não restou comprovado que a intimação pessoal e a por correios haviam sido infrutíferas, que seriam pressupostos para a intimação por edital; b) a Administração possuía à época o número de telefone comercial e do fax da Recorrente; c) o Edital só continha o CNPJ da Recorrente.

Também em preliminar, aduz que o ADE seria nulo por falta de motivação, pois o mesmo não indicaria qual atividade exercida pela Recorrente estaria veda. No mérito, sustenta que a atividade de pré-escola e creche sempre foi passível de inclusão no simples, o que teria sido corroborado com a lei n. 10.034/2000, que teria caráter interpretativo e, portanto, retroagiria até opção da Recorrente pelo regime.

Junta jurisprudência e ao final requer que *“seja assegurada a manutenção, a partir de 1997 (ano de opção), ao Sistema de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, homologando-se os procedimentos já praticados* (fls. 158).

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Relator ERIC CASTRO E SILVA,

O recurso satisfaz os seus requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço e passo a apreciar os pontos controvertidos nele postos.

### 1 – Preliminar: da validade da intimação do ADE mediante edital.

O ponto central da presente controvérsia é definir se a intimação da Recorrente do Ato Declaratório de Exclusão do Simples (ADE) em 1999, que se deu mediante Edital, é válido ou não.

Nesse sentido, importa ressaltar que, diferentemente do que alega o Recorrente, em momento algum a DRJ reconheceu a nulidade da intimação por Edital. O que houve foi que a DRJ, ao inicialmente se debruçar sobre o processo, converteu o feito em diligência para que fosse acostado aos autos a cópia do ADE e do “aviso de recebimento” (AR) enviado ao contribuinte (vide Resolução/Pedido de Diligência n. 999/06 – fls. 109/110).

O ADE e o AR foram juntados às fls. 111/112, razão pela qual, pelo princípio do contraditório, abriu-se vistas para o contribuinte se manifestar sobre os documentos acostados. Em outras palavras, não “restou reconhecida a nulidade da anterior intimação presumida através de edital” (fls. 144), como alega o Recorrente.

Quanto a validade da intimação por edital, até a edição da lei n. 11.196/2005, a mesma era admitida quando restassem infrutíferas as intimações pessoal ou postal, nos termos do art. 23 do Decreto-Lei n. 70.235/72, abaixo transcrito:

*Art. 23. Far-se-á a intimação:*

*I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)*

*II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)*

*III - por edital, quando resultarem improficuos os méis referidos nos incisos I e II.*

No caso dos autos, com a juntada do ADE e do AR determinada pela DRJ (fls. 111/112), restou comprovado que a intimação pela via postal foi infrutífera em razão do endereço fornecido pelo contribuinte não mais corresponder ao seu domicílio fiscal.

Nos termos do art. 127 do CTN, cabe ao contribuinte eleger o seu domicílio fiscal. Se o fez e posteriormente o alterou, mas não comunicou ao Fisco, não cabe agora alegar equívoco da fiscalização, “a despeito de nas Declarações Simplificadas apresentadas ao Fisco constar o seu telefone comercial e fax” (fls. 147).

Em outras palavras, o ônus da atualização do domicílio fiscal é do contribuinte e não do Fisco. Assim, se a intimação postal foi endereçada ao endereço

fornecido pelo contribuinte, mas esta restou infrutífera, cabível a intimação editalícia, como ocorreu no caso dos autos.

Por tais razões, voto por rejeitar a preliminar de nulidade suscitada pelo Recorrente.

## **2 – MÉRITO: POSSIBILIDADE DE CRECHES E PRÉ-ESCOLAS ADERIREM AO SIMPLES APÓS 2001.**

A atividade exercida pelo Recorrente, qual seja, creche e pré-escola, apenas passou ter permitida sua tributação pela sistemática simplificada após a edição da lei n. 10.034/2000.

A permissão incluída pela referida lei não pode retroagir para 1997, como pretende a Recorrente, haja vista que a lei n. 10.034/2000 não se enquadra nas restritas hipóteses do art. 106 do Código Tributário Nacional, que excepcionalmente permite a retroação dos efeitos da lei tributária.

Nesse sentido, peço vênica para transcrever e adotar como fundamento neste voto a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, que repele a pretensão aqui posta pelo Contribuinte, nos seguintes termos:

*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. RESTRIÇÃO. EXCEÇÃO PROMOVIDA PELA LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. RETROATIVIDADE INVIÁVEL. PRECEDENTES.*

*1. O art. 9º, XIII, da Lei 9.317/96, não permite que os estabelecimentos de ensino optem pelo SIMPLES, porquanto prestam serviços profissionais de professor. Com o advento da Lei 10.034/2000, afastou-se a restrição em relação às pessoas jurídicas que explorem exclusivamente a atividade de creche, pré-escola ou de ensino fundamental.*

*2. Contudo, a orientação prevalente nas Turmas de Direito Público deste Tribunal firmou-se no sentido de que o direito à opção pelo SIMPLES, com fundamento na legislação superveniente, somente pode ser exercido a partir da vigência de tal legislação.*

*3. Recurso especial provido.*

*(REsp 829059 / RJ RECURSO ESPECIAL 2006/0054214-0. Rel. Ministra DENISE ARRUDA. DJ 07/02/2008 p. 1)*

*TRIBUTÁRIO – SIMPLES – CRECHE E ESCOLA MATERNAL – ENQUADRAMENTO – ART. 1º DA LEI N. 10.034/2000 – LEI N. 10.684/2003 – SUPERVENIÊNCIA – IRRETROATIVIDADE – PRECEDENTES.*

*1. O artigo 1º da Lei n. 10.034/2000 excluiu da restrição imposta ao benefício fiscal de opção pelo SIMPLES os estabelecimentos de ensino que se dediquem exclusivamente às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental. Posteriormente, a Lei n. 10.684/2003 retirou da exclusão as creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, possibilitando sua adesão ao regime de tributação.*

2. A jurisprudência dominante nas Turmas que compõem a Seção de Direito Público deste Tribunal firmou-se no sentido de que o direito à opção pelo SIMPLES, com fundamento na legislação superveniente, somente pode ser exercido a partir da vigência de tal legislação.

3. O art. 106 do Código Tributário Nacional confirma este entendimento pois, se ele veda a retroatividade do gênero lei tributária, da qual a lei isentiva é espécie, para afastar o pagamento de tributo, conseqüentemente, impede também sua retroação para a não-realização do fato jurídico tributário, que antecedente lógico daquele.

*Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1043154 / SP. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2008/0065672-5. Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS. DJe 16/02/2009)*

*TRIBUTÁRIO. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. OPÇÃO. ART. 9º, INCISO XIII, DA LEI Nº 9.317/96. RESTRIÇÃO. ART. 1º DA LEI Nº 10.034/00. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.*

1. Com o advento da Lei nº 10.034/2000, as pessoas jurídicas dedicadas às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental foram excluídas das restrições impostas pelo art. 9º da Lei nº 9.317/96, permitindo-se-lhes a opção pelo SIMPLES.

2. O art. 106 do CTN, em seus incisos, estabelece quando a lei tributária será aplicada a atos ou fatos pretéritos. O caso dos autos não se enquadra nas hipóteses, de modo que descabido cogitar de retroação da Lei nº 10.034/00.

3. A pessoa jurídica que se dedica à creche, 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.

4. Recursos especiais providos.

*(REsp 721675 / ES. RECURSO ESPECIAL 2005/0017148-4. Rel. Ministro CASTRO MEIRA. DJ 19/09/2005 p. 297)*

Por todo o exposto, voto pelo não provimento do presente recurso, mantendo inalterada a decisão recorrida.

É como voto.

  
ERIC CASTRO E SILVA