



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10830.007303/99-84
SESSÃO DE : 18 de junho de 2004
ACÓRDÃO Nº : 302-36.213
RECURSO Nº : 127.033
RECORRENTE : LUIZ CARLOS FERNANDES ROMERA – ME
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP

SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – SIMPLES EXCLUSÃO POR ATIVIDADE E NATUREZA JURÍDICA

Podem permanecer no Simples as creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental que, até a edição da Lei nº 10.034/2000, não se encontravam definitivamente excluídas do sistema (art. 1º, § 3º, da IN SRF nº 115/2000). Entretanto, somente podem optar pelo Simples as Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte, assim entendidas as pessoas jurídicas e as firmas mercantis individuais, registradas na Junta Comercial, e não apenas no Cartório de Títulos e Documentos.

INCONSTITUCIONALIDADE

A instância administrativa carece de competência para discutir a suposta inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, cabendo-lhe tão somente a sua aplicação.

NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Brasília-DF, em 18 de junho de 2004


HENRIQUE PRADO MEGDA
Presidente e Relator

07 OUT 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO, LUIS ANTONIO FLORA, MARIA HELENA COTTA CARDOZO, WALBER JOSÉ DA SILVA, SIMONE CRISTINA BISSOTO e LUIS ALBERTO PINHEIRO GOMES E ALCOFORADO (Suplente). Ausente o Conselheiro PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional PEDRO VALTER LEAL.

RECURSO Nº : 127.033
ACÓRDÃO Nº : 302-36.213
RECORRENTE : LUIZ CARLOS FERNANDES ROMERA – ME
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP
RELATOR(A) : HENRIQUE PRADO MEGDA

RELATÓRIO

A empresa acima identificada foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, através do Ato Declaratório nº 114.564, de 09/01/99, emitido pelo Sr. Delegado da Receita Federal em Campinas, sob o fundamento de que sua natureza jurídica e atividade econômica não permitem a opção pelo referido sistema tributário, de acordo com a Lei nº 9.841, de 05/10/99 e Lei nº 9.317, de 05/12/96.

O interessado apresentou Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão à opção pelo SIMPLES junto à Delegacia da Receita Federal emitente que, no despacho, se manifestou pela improcedência do pleito, argumentando que, “embora a atividade de cuidados maternos não seja impeditiva, a natureza jurídica o é. Portanto, não constando inscrição na Junta Comercial, cabe a exclusão.”

Em sua defesa, a empresa apresentou impugnação (fls. 14 a 16) alegando inconstitucionalidade e acrescentando que se uma empresa, pelo seu porte e rendimentos, faz jus a ser considerada como microempresa, não faz sentido cercear os benefícios do regime jurídico diferenciado pelo fato de ela desempenhar atividade de prestação de serviços, quer com quer sem registro na JUCESP.

Na decisão de Primeira Instância, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas, manteve a exclusão da empresa do SIMPLES através da Decisão DRJ/CPS nº 000003, de 03/01/01, assim ementada:

“Estabelecimento de ensino. Opção.

As pessoas jurídicas cuja atividade seja de ensino ou treinamento – tais como auto-escola, escola de dança, instrução de natação, ensino de idiomas estrangeiros, ensino pré-escolar e outras -, por assemelhar-se à de professor, estão vedadas de optar pelo SIMPLES.

Solicitação indeferida”.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.033
ACÓRDÃO Nº : 302-36.213

Como não há termo de anexação do Aviso de recebimento (AR) relativo à Intimação 10.830/SESAR/DRF/CPS/664/2001, DE 04/04/01, que dá ciência da Decisão e o protocolo do Recurso Voluntário ao Conselho de Contribuintes está datado de 09/05/01, aceita-se o recurso como tempestivo, aplicando-se o inciso II, artigo 112 do CTN, *verbis*:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

II – à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos.

No recurso supracitado, o interessado ratifica suas argumentações (fls. 27 a 29), que leio em sessão para melhor informação dos senhores Conselheiros.

É o relatório.



RECURSO Nº : 127.033
ACÓRDÃO Nº : 302-36.213

VOTO

O recurso é tempestivo, portanto merece ser conhecido.

Trata o presente processo, de exclusão do interessado acima identificado do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, em função da atividade por ele desenvolvida, bem como pela sua natureza jurídica.

Preliminarmente, o interessado argúi a inconstitucionalidade de sua exclusão do Simples, alegando que tal procedimento teria ferido os princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva (arts. 150, inciso II, e 145, § 1º, da Constituição Federal).

Diante de tal alegação, cabe esclarecer que a exclusão de que se trata foi efetuada com base em leis que se encontram em plena vigência, conforme será explicitado por ocasião da análise do mérito. Nesse passo, reitera-se a impossibilidade de o Poder Executivo manifestar-se sobre a suposta inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, vedação esta presente inclusive no Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes (art. 22-A, do Anexo II, aprovado pela Portaria MF nº 55/98, com a redação dada pela Portaria MF nº 103/2002), a seguir transcrito:

“Art. 22-A. No julgamento de recurso voluntário, de ofício ou especial, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da Resolução do Senado Federal que suspender a execução do ato;

II – objeto de decisão proferida em caso concreto, cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pela Presidência da República;

III – que embasem exigência de crédito tributário:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.033
ACÓRDÃO Nº : 302-36.213

- a) cuja constituição tenha sido dispensada por ato do Secretário da Receita Federal; ou
- b) objeto de determinação, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de desistência de ação de execução fiscal.”

Analisando-se o dispositivo legal retro, conclui-se que o caso que ora se examina não está incluído em qualquer das hipóteses de afastamento da aplicação da legislação, sob o argumento de inconstitucionalidade. Aliás, a respeito das restrições à opção pelo Simples, já houve o pronunciamento do próprio Superior Tribunal de Justiça, que assim se posicionou, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.643/DF, julgada em 05/12/2002 e publicada no DJ de 14/03/2003:

“ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. LEGITIMIDADE ATIVA. PESSOAS JURÍDICAS IMPEDIDAS DE OPTAR PELO REGIME. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Há pertinência temática entre os objetivos institucionais da requerente e o inciso XIII do artigo 9º da Lei 9317/96, uma vez que o pedido visa a defesa dos interesses de profissionais liberais, nada obstante a referência a pessoas jurídicas prestadoras de serviços. 2. Legitimidade ativa da Confederação. O Decreto de 27/05/54 reconhece-a como entidade sindical de grau superior, coordenadora dos interesses das profissões liberais em todo o território nacional. Precedente. 3. Por disposição constitucional (CF, artigo 179), as microempresas e as empresas de pequeno porte devem ser beneficiadas, nos termos da lei, pela “simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas” (CF, artigo 179). 4. Não há ofensa ao princípio da isonomia tributária se a lei, por motivos extrafiscais, imprime tratamento desigual a microempresas e empresas de pequeno porte de capacidade contributiva distinta, afastando do regime do SIMPLES aquelas cujos sócios têm condição de disputar o mercado de trabalho sem assistência do Estado. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (grifei)

Assim sendo, REJEITA-SE A PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE ARGÜIDA PELO INTERESSADO.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.033
ACÓRDÃO Nº : 302-36.213

No mérito, verifica-se que o interessado acima identificado foi excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, em função da atividade por ele desenvolvida, bem como pela sua natureza jurídica.

No que tange à atividade desenvolvida pelo interessado – educação pré-escolar e ensino fundamental – a jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes é a de permitir a sua permanência, quando a exclusão ainda não se tornou definitiva. Tal entendimento encontra-se firmado no voto que a seguir se transcreve, proferido em diversos julgados deste Colegiado:

“Sobre as atividades desenvolvidas pela interessada, a Lei nº 10.034, de 24/10/2000, citada no recurso, determinou, verbis:

‘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.’

Posteriormente, a Instrução Normativa SRF nº 115, de 27/12/2000, também juntada aos autos quando do recurso, estabeleceu:

“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.

.....

§ 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.”

Os dispositivos retro ensejam duas conclusões diretas, a saber:

a) a partir de 25/10/2000, todas as empresas do ramo de atividades especificadas no artigo 1º da Lei nº 10.034/2000, que ainda não tivessem optado pelo Simples, poderiam fazê-lo, desde que atendidos os demais requisitos legais;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.033
ACÓRDÃO Nº : 302-36.213

b) as empresas que exerciam as atividades especificadas no artigo 1º da Lei nº 10.034/2000, que até 25/10/2000 estavam proibidas de optar pelo Simples, porém mesmo assim efetuaram a opção e escaparam da vigilância da Secretaria da Receita Federal, não sendo excluídas de ofício, podem permanecer no Simples, desde que atendidos os demais requisitos legais.

Não obstante, o § 3º, acima transcrito, abriga mais uma hipótese de manutenção no Simples, abrangendo as empresas que se encontravam na mesma situação das citadas no item “b”, porém não tiveram a mesma sorte que aquelas, e foram excluídas de ofício do Simples. Trata-se das empresas que:

“... se excluídas, os efeitos da exclusão ocorreriam após a edição da Lei nº 10.034, de 2000, desde que atendidos os demais requisitos legais.”

Resta perquirir sobre a abrangência do texto acima, o que requer a aplicação dos princípios de hermenêutica e, acima de tudo, da lógica e coerência, para que seja cumprida a finalidade da norma (aspecto teleológico).

Trata-se de delimitar o sentido da expressão ‘... os efeitos da exclusão ocorreriam após a edição da Lei nº 10.034, de 2000...’

Sobre os efeitos da exclusão do Simples, os artigos 14 e 15 da Lei nº 9.317/96, com as alterações da Lei nº 9.732/98, estatuíram, *verbis*:

‘Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

.....

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

.....

II - a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão, ainda que de ofício, em virtude de constatação de situação excludente prevista nos incisos III a XVIII do art. 9º;’

Claro está que o termo de início do efeito da exclusão, conforme o artigo 15, acima, diz respeito ao efeito imediato, conectado à exclusão definitiva. Isto porque a Lei nº 9.317/96, em sua redação original, não admitia discussão acerca das exclusões do Simples, operadas pela autoridade administrativa.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.033
ACÓRDÃO Nº : 302-36.213

Com o advento da Lei nº 9.732/98, que adicionou o § 3º ao art. 15 da Lei nº 9.317/96, foi assegurado ao contribuinte, nos casos de exclusão de ofício do Simples, o direito ao contraditório e à ampla defesa, conforme o rito do Decreto nº 70.235/72.

Assim, embora o art. 15 da Lei nº 9.317/96 continue determinando que a exclusão de ofício surte efeitos a partir do mês seguinte à sua ocorrência, fica implícito que a exclusão não é definitiva, nem os seus efeitos imediatos, posto que ao contribuinte é dado discutir o ato administrativo dentro do devido processo legal e, enquanto a discussão perdurar, os efeitos da exclusão não se operam na realidade fática.

Ressalte-se que a administração tributária, ao invés de optar pela aplicação do Decreto nº 70.235/72 às exclusões do Simples, poderia ter apenas possibilitado o questionamento por parte do contribuinte, sem contudo admitir a suspensão da exigibilidade dos seus efeitos, como está previsto no art. 151, inciso III, do CTN.

Retomando-se a questão da interpretação da parte final do § 3º, do art. 1º, da IN SRF nº 115/2000, cabe a indagação sobre o sentido da expressão ‘...os efeitos da exclusão ocorreriam após a edição da Lei nº 10.034, de 2000...’.

Nesse aspecto, é necessário que se faça a distinção entre os efeitos que se operam concretamente na realidade fática (gerados pela exclusão definitiva), e aqueles que, embora vigorando *in abstracto* desde o momento da exclusão, a sua exigibilidade permanece suspensa, por força de processo administrativo fiscal pendente de julgamento.

Uma interpretação precipitada poderia fazer supor que o texto da instrução normativa que aqui se analisa diz respeito aos dois tipos de efeitos. Nesse caso, as empresas excluídas antes de outubro de 2000, cujos efeitos da exclusão se encontrassem suspensos por força de impugnação, não poderiam permanecer no Simples.

Se fosse esta a intenção do legislador, a instrução normativa em tela estaria adotando uma postura incompatível com os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência e do devido processo legal, já que estaria presumindo ocorrido um efeito cuja própria causa se encontraria ainda *sub judice*. Por outro lado, a permissão para permanência no Simples seria tão restrita, que a norma teria simplesmente determinado:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.033
ACÓRDÃO Nº : 302-36.213

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 cuja exclusão de ofício tenha ocorrido de 1º a 24 de outubro de 2000, desde que atendidos os demais requisitos legais. Isto porque, tendo sido a Lei nº 10.034 editada em 25/10/2000, e levando-se em conta que os efeitos da exclusão (*in concreto e potenciais*) se operam no mês seguinte à ciência do respectivo Ato Declaratório, todas as exclusões anteriores a outubro de 2000, inclusive aquelas efetuadas em setembro de 2000, teriam seus efeitos ocorridos antes da edição da citada lei, portanto as respectivas empresas não poderiam permanecer no Simples.

Destarte, analisando-se a redação da parte final do § 3º, do art. 1º, da IN SRF 115/2000, em face da possibilidade de aplicação do rito do processo administrativo fiscal às exclusões do Simples, a conclusão é de que o verbo “ocorrer” não se refere à ocorrência em potencial, suspensa a sua execução pelo devido processo legal, mas sim à ocorrência de fato, assim entendida aquela que opera transformações na realidade fática.

Tal interpretação vai ao encontro da finalidade da norma que é, em última análise, a prática da justiça, já que equipara as empresas optantes pelo Simples excluídas de ofício, àquelas que, estando na mesma situação, não foram alvo da autoridade fiscal.

Concluindo, a empresa em tela pode ser mantida no Simples, já que, tendo sido excluída de ofício do sistema, e estando o processo de impugnação ainda pendente de julgamento, os efeitos concretos da exclusão, caso o resultado lhe fosse desfavorável, só se operariam no mundo fático após a edição da Lei nº 10.034/2000 (embora retroagindo à época da exclusão).

Vale lembrar que a IN SRF nº 115/2000 foi revogada pela IN SRF nº 34/2000, porém sem interrupção de sua força normativa (art. 42).”

Assim, a atividade desenvolvida pelo interessado não constituiria óbice para a sua permanência no Simples. Entretanto, este não foi o único motivo da exclusão.

Quanto à segunda motivação da exclusão – natureza jurídica – esta não pode ser ultrapassada, tendo em vista as razões a seguir expostas.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.033
ACÓRDÃO Nº : 302-36.213

A autoridade julgadora de primeira instância bem explicitou que o interessado fora enquadrado no código 401-4, que designa pessoa física equiparada a pessoa jurídica, não constituindo assim uma firma mercantil, o que é confirmado inclusive no recurso voluntário. Naquela peça de defesa o interessado ainda confirma não possuir registro na Junta Comercial, mas sim no Cartório de Títulos e Documentos.

A Lei nº 9.317/96, que instituiu o Simples, assim estabeleceu:

“Art. 1º Esta Lei regula, em conformidade com o art. 179 da Constituição, o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte, relativo aos impostos e às contribuições que menciona.”

A Lei nº 9.841/99¹, por sua vez, assim define as microempresas e empresas de pequeno porte:

“Art. 2º Para os efeitos desta Lei, ressalvado o disposto no art. 3º, considera-se:

I – microempresa, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que tiver receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 244.000,00 (...);

II – empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que, não enquadrada como microempresa, tiver receita bruta anual superior a R\$ 244.000,00 (...) e igual ou inferior a R\$ 1.200.000,00 (...).”

Destarte, como bem concluiu a decisão singular, “se não constituída como firma mercantil individual, a contribuinte não cumpre os requisitos, quanto à natureza jurídica, de empresa que pudesse optar pelo Simples.”

Relativamente à SRS – Solicitação de Revisão da Vedação/Exclusão à Opção Pelo Simples de fls. 31/32, considerada procedente, esta diz respeito ao Ato Declaratório de Exclusão nº 348.973 – estranho ao presente processo – emitido em 2000 tendo como motivação apenas a atividade exercida pelo interessado. Ao que tudo indica, o citado Ato Declaratório originou-se de nova inscrição levada a cabo pelo recorrente, após regularização de sua natureza jurídica, uma vez que seria impossível efetuar-se a exclusão de empresa que já se encontrava excluída do Sistema.

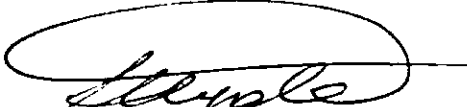
¹ Esta Lei revogou a Lei nº 8.864/94, que anteriormente tratava da matéria.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.033
ACÓRDÃO Nº : 302-36.213

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, ressaltado o direito de o contribuinte formalizar nova opção pelo Simples, após regularização de sua natureza jurídica, fato este que, ao que parece, já ocorreu, tendo em vista as razões expostas no parágrafo anterior, corroboradas pelos documentos de fls. 30 a 33.

Sala das Sessões, em 18 de junho de 2004



HENRIQUE PRADO MEGDA - Relator