



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

Processo nº : 10845.001411/2001-23
Recurso nº : 127.818
Resolução nº : 303-01.028
Sessão de : 13 de abril de 2005
Embargante : União (Fazenda Nacional)
Embargada : Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACATADOS. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO 303-31.472.

Acolhidos os embargos de declaração interpostos para reconhecer a omissão e a contradição assinalada pela PFN, e anular o acórdão 303-31.472.

NECESSIDADE DE DILIGÊNCIA FISCAL.

A falta de suporte documental quanto à real atividade da empresa não permite que a administração tributária possa desconsiderar, pura e simplesmente, a alteração no Contrato Social que restringe o objeto social a atividades permitidas ao SIMPLES, ainda que tal alteração seja posterior à expedição do ato de exclusão. A jurisprudência administrativa demonstra que freqüentemente as atividades descritas no Contrato Social não correspondem às que são efetivamente exercidas.

ANULADO O ACÓRDÃO 303-31472 E RESOLVIDA A CONTRADIÇÃO PARA DETERMINAR A REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, acolher os embargos declaratórios ao acórdão nº 303-31.472, de 17/06/04, anular a decisão e converter o julgamento em diligência nos termos do voto do relator.

ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente

ZENALDO LOIBMAN

Relator

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

Processo nº : 10845.001411/2001-23
Resolução nº : 303-01.028

RELATÓRIO E VOTO

Apresentados embargos declaratórios por iniciativa da respeitável Procuradoria da Fazenda Nacional, nos termos previstos no art. 27, § 1º, do Regimento Interno, posto que verificou a ocorrência de omissão do acórdão embargado e contradição entre o voto condutor e a parte dispositiva do Acórdão, no âmbito do Processo Administrativo Fiscal nº 10845..001.411/2001-23.

O referido processo abriga o Recurso Voluntário nº 127.818, tendo por recorrente COLÉGIO PRIVILÉGIO LTDA, e por recorrida a 3ª Câmara do Terceiro Conselho. Submetidos os embargos à apreciação deste Conselheiro-relator e verificadas a contradição e omissão expostas, foi proposta a sua admissão pela Presidência da Câmara, que decidiu pelo acatamento e encaminhamento dos autos ao Plenário com o objetivo de nova apreciação.

O recurso voluntário referente a este processo, entrou em pauta na sessão de 17/06/2004, e foi relatado pelo ilustre Conselheiro, então Presidente desta Câmara, João Holanda Costa. O Acórdão decidiu por unanimidade dar provimento ao recurso voluntário com base no voto condutor de fls. 123/124.

Adoto o relatório de fls. 120/122 que aqui se considera transscrito.

A contradição apontada pela i.embargante reside em que às fls. 123 o eminentíssimo relator assentou que se sujeita à exclusão do SIMPLES a pessoa jurídica que presta serviço profissional de professor ou assemelhado **como ocorre com a interessada**, e, mais adiante, às fls. 124, finalizou dizendo que a empresa era, à época da expedição do Ato Declaratório de Exclusão, “*dedicada à atividade de academia de esportes, educação infantil, escola de 1º grau, comércio de artigos esportivos e escolares e, nestas condições, evidentemente, suas atividades, ao contrário do que entendeu o julgador de primeira instância, não eram enquadradas na vedação do inciso XIII, do art. 9º da Lei 9.317/96*”.

Há, pois, uma clara contradição entre a afirmação contida no voto condutor de que a interessada presta serviços profissionais de professor, o que deve levar à exclusão do SIMPLES e o acórdão, que decidiu, por dar provimento ao recurso, entendendo que as atividades exercidas não estão abrangidas na vedação legal.

Quanto à omissão flagrada. Destacou-se na decisão de primeira instância que apesar da Lei 10.034/2000 ter alterado as vedações para opção pelo SIMPLES, excetuando-se delas as creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, conforme se vê no Contrato Social vigente à época do ato de exclusão, a

Processo nº : 10845.001411/2001-23
Resolução nº : 303-01.028

recorrente dedicava-se à educação infantil e também ao comércio de artigos esportivos e escolares, assim como academia de esportes. Acentua a r. Embargante que tais atividades são, de acordo com a Lei, impeditivas da opção ao referido Sistema. Nisto se fundamentou o ato de exclusão, porém o acórdão bem como o voto condutor nada mencionou a respeito, nem sequer foi informada a razão que justificaria a não inclusão da empresa no rol vedativo.

Pede a PFN que sejam conhecidos e providos os embargos a fim de que sejam sanadas a omissão e contradição apontada.

É o relatório.

Aqui se reforça que por ocasião do julgamento deste processo em 17/06/2004 o plenário já confirmara o entendimento exarado pela instância *a quo* a respeito das argüições de constitucionalidade da Lei 9.317/96, no sentido de que são questões de competência exclusiva do Poder Judiciário.

Destarte, assentindo com os embargos que de fato houve no voto condutor do acórdão exarado a omissão e contradição exposta, centraremos nossa análise no mérito da lide, de forma a sanear os problemas apontados e submeter este voto a apreciação do plenário.

O documento de fls. 25/26 da DRF/IRF em Santos comunica ao contribuinte os motivos da sua exclusão do SIMPLES, conforme Ato Declaratório nº 405.759, de 02/10/2000 que foram:

1) Pendências da empresa e/ou sócios na PGFN conforme demonstrativo de fls. 26.

2) Atividade econômica não permitida para o SIMPLES.

Informou também a prorrogação do prazo para apresentação de Solicitação de Revisão e Vedaçāo (ou Exclusão) da Opção pelo SIMPLES- SRS, até 31/01/2001.

A SRS apresentada em 20/12/2000, foi respondida em 25/07/2001, conforme consta às fls. 16-verso, concluindo que a Lei 10.034/2000 não excetuou academia de esporte da restrição de que trata o inciso XIII, do art. 9º, da Lei 9.317/96, e essa é uma das atividades da empresa conforme contrato social anexo, e ,portanto, manteve a decisão de exclusão do SIMPLES por este motivo.

A impugnação relatada às fls. 120 centrou-se exclusivamente na argüição de constitucionalidades supostamente cometidas pela Lei do SIMPLES, e pediu a anulação do ato declaratório de exclusão com manutenção da empresa no SIMPLES.

Processo nº : 10845.001411/2001-23
Resolução nº : 303-01.028

A decisão de primeira instância se fundamentou exclusivamente na descrição das atividades constante do Contrato Social para estabelecer que academia de esportes e o comércio de artigos esportivos e escolares são atividades impeditivas à opção pelo SIMPLES, mesmo após o advento da Lei 10.034/2000.

Embora tenha sido juntado pelo interessado às fls. 83/86, documento que registra a Alteração do Contrato Social, estabelecendo como objeto social apenas as atividades de "*Escola de educação infantil e ensino fundamental*", a decisão de primeira instância sob o argumento de que **tal alteração só ocorreu em 28/10/2002**, portanto, depois do ato de exclusão, os seus efeitos só afetariam os fatos posteriores à formalização da alteração no Contrato Social.

O recurso voluntário foi apresentado tempestivamente, em 25/03/2003, e tem o seu teor conforme se vê às fls. 100/113.

Além de reiterar suas argüições de constitucionalidade da lei de regência e seu inconformismo com a alegação de incompetência do foro administrativo pra tais questões nada mais acrescentou, mas continuou pedindo a anulação do ato de exclusão e manutenção da opção pelo SIMPLES.

O que realmente importa neste momento, em face dos embargos e da fundamentação da decisão da DRJ, é verificar se no caso concreto a empresa está ou não amparada pela Lei 10.034/2000, posto que na jurisprudência administrativa não se questiona a validade da norma expressa no art. 9º da Lei 9.317/96, mas também não a exceção trazida naquela lei de 2000.

Ocorre que a decisão da DRJ se baseou exclusivamente na descrição do objeto social constante do Contrato Social às fls. 40. Portanto do Contrato, com a versão registrada em 10.01.1997 na JUCESP constavam as atividades mencionadas na decisão *a quo* como impeditivas (fls. 63/67). No entanto em 28.10.2002 houve nova alteração, modificando-se o objeto social para ser "**ESCOLA DE EDUCAÇÃO INFANTIL E ENSINO FUNDAMENTAL**".

Como se sabe o processo administrativo fiscal se assenta em princípios, dentre os quais se afirma com importância ímpar o p.d.a verdade material.

O fato de o Contrato Social descrever inúmeras atividades, por si só, não caracteriza que tais atividades sejam efetivamente exercidas. De fato a experiência atesta que em grande número de vezes várias das atividades referidas apenas representam metas em potencial, nem sempre concretizadas.

É bem verdade que se determinada atividade dentre as efetivamente exercidas estiver listada entre as legalmente impeditivas à opção pelo SIMPLES, independentemente de ser ou não significativa do ponto de vista da receita da empresa

Processo nº : 10845.001411/2001-23
Resolução nº : 303-01.028

representa óbice concreto à permanência no Sistema. Mas é indispensável que fique caracterizado o exercício da atividade impedida.

No caso concreto não há nos autos nenhuma evidência de qualquer ordem e muito menos documental de que a atividade de academia de esportes ou de comércio de artigos esportivos e escolares de fato tenham sido exercidas. Poderia atestá-las uma superficial verificação fiscal nos livros contábeis aliada a uma simples visita ao estabelecimento.

Não faz sentido o descarte da alteração contratual produzida em outubro/2002, se ficar estabelecido que de fato é ela que retrata a situação real, ou seja, poderia ser o caso de que o objeto social antes descrito no Contrato Social abrangesse atividades não exercidas de fato na época do ato de exclusão.

Uma diligência fiscal poderia também identificar por outro lado que, pelo contrário, as informações coletadas com base em Livros Fiscais caracterizam a prática de atividades impedidas na época do ato de exclusão.

A falta de suporte documental quanto à real atividade da empresa na época da expedição do ato de exclusão não permite que a administração tributária possa desconsiderar, pura e simplesmente, a alteração no contrato social que restringe o objeto social a atividades permitidas ao SIMPLES.

Diante do exposto, proponho que sejam acatados os embargos interpostos pela r. PFN para que sejam corrigidas as falhas apontadas, se desfaça a contradição flagrada, pela anulação do acórdão 303-31.472, e para sanar a omissão apontada proponho, finalmente, que se converta o presente julgamento em diligência a ser realizada pela repartição de origem com o objetivo de identificar as atividades efetivamente exercidas pela recorrente à época em que foi expedido o ato de exclusão (outubro de 2000).

Sala das Sessões, em 13 de abril de 2005

ZENALDO LOIBMAN – Relator