



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº : 10880.004603/99-15
Recurso nº : 128.553
Acórdão nº : 301-32.612
Sessão de : 22 de março de 2006
Recorrente : ESCOLA DE EDUCAÇÃO INFANTIL ALTO DE
PINHEIROS LTDA.
Recorrida : DRJ/SÃO PAULO/SP

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. Há que ser superada a nulidade da decisão administrativa proferida com preterição do direito de defesa quando, no mérito, se puder decidir em favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade.

SIMPLES. DESENQUADRAMENTO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADES DE CRECHES, PRÉ-ESCOLAS E ESTABELECIMENTOS DE ENSINO FUNDAMENTAL. A legislação vigente excetua da vedação à opção pelo SIMPLES as pessoas que se dediquem às atividades de creches, pré-escola e estabelecimentos de ensino fundamental.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente

IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES
Relatora

Formalizado em: **26 ABR 2006**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Luiz Roberto Domingo, Valmar Fonsêca de Menezes, Atalina Rodrigues Alves, Susy Gomes Hoffmann, Carlos Henrique Klaser Filho e Luis Carlos Maia Cerqueira (Suplente). Ausente o Conselheiro José Luiz Novo Rossari.

Processo nº : 10880.004603/99-15
Acórdão nº : 301-32.612

RELATÓRIO

Tratam os autos da exclusão da contribuinte acima identificada do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, efetuada mediante expedição do Ato Declaratório nº. 159.761 (fl.15), em decorrência de exercer atividade econômica não permitida a optar pelo SIMPLES.

A contribuinte apresentou manifestação de inconformidade à DRF de origem, que se pronunciou no sentido de manter a exclusão. Inconformada, apresentou impugnação (fls. 25/40), a qual foi apreciada pela DRJ/São Paulo, que decidiu pela manutenção da exclusão.

Em sede preliminar, referida decisão (fls.48/53) afastou a alegação de inconstitucionalidade da Lei nº. 9.317/96, por entender que não cabe à esfera administrativa apreciar alegações de inconstitucionalidade de atos legais ou administrativos.

No mérito, a decisão *a quo*, cuja ementa abaixo se transcreve, teve como fundamento os termos do inciso XIII do art. 9º da Lei nº. 9.317/96, o qual veda a opção pelo SIMPLES às pessoas jurídicas que, dentre outros, prestem serviços profissionais de professor ou assemelhados:

“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples

Ano-calendário: 1999

Ementa: SIMPLES

Não podem optar pelo SIMPLES as pessoas jurídicas cuja atividade não esteja contemplada pela legislação de regência, tal como é o caso de prestação de serviços de professor.

Solicitação Indeferida.”

Referida decisão afastou, ainda, alegada ofensa ao princípio da isonomia, suscitada pela recorrente, posto que qualquer pessoa jurídica que preste serviço profissional de professor ou assemelhado está sujeita à exclusão do SIMPLES.

Insurgindo-se contra o indeferimento do seu pedido, a contribuinte apresentou recurso voluntário a este Conselho de Contribuintes(fl. 58/71), onde aduz, em suma, que:

Processo nº : 10880.004603/99-15
Acórdão nº : 301-32.612

- a esfera administrativa tem o dever de apreciar discussões sobre constitucionalidade de leis;

- a Lei nº. 9.317/96 é inconstitucional, em razão do que dispõe o art. 179 da Constituição Federal, devendo a lei limitar-se à definição quantitativa do que sejam microempresa e empresa de pequeno porte, não encontrando respaldo, portanto, para fixar ou definir as atividades que estariam excluídas do benefício;

- a Lei nº. 9.317/96 fere frontalmente o princípio constitucional da isonomia, vez que pratica discriminação tributária em virtude da atividade exercida pela empresa; e que

- a atividade empresarial exercida pela prestadora de serviços educacionais é muito mais ampla que a desenvolvida pelo professor ou assemelhada, sendo, portanto, diferente desta, razão pela qual não se enquadraria no inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/96.

Requer, ao final, seja declarado insubsistente o ato de exclusão e mantida a sua opção pelo SIMPLES.

Vieram os autos a este Colegiado, quando, então, em 14 de abril de 2005, converteu-se o julgamento em diligência, para que fosse juntada aos autos a procuração devidamente assinada pela contribuinte, outorgando poderes para representação junto à Receita Federal, vez que o instrumento anteriormente juntado carecia daquela formalidade.

No cumprimento da diligência requerida, juntou a contribuinte a procuração assinada, bem como cópias autenticadas do contrato social da empresa e posterior alteração contratual. Na oportunidade, salientou ser o seu objetivo social somente o ensino pré-escolar.

Efetuada a diligência, retornam os autos a este Colegiado para prosseguimento do julgamento.

É o relatório.

Processo nº : 10880.004603/99-15
Acórdão nº : 301-32.612

VOTO

Conselheira Irene Souza da Trindade Torres, Relatora

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, razão porque dele conheço.

DA NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO

A teor do relatado, versam os autos sobre a exclusão da contribuinte acima identificada da Sistemática do SIMPLES, por meio do Ato Declaratório nº. 159.761 (fl.15), em função de "*Exercer atividade econômica não permitida para o Simples.*"

Já é cediça a posição deste Colegiado de que referido documento, aduzindo tal motivação como fundamento para exclusão da reclamante do SIMPLES, é eivado de nulidade, vez que representa cerceamento do direito de defesa da contribuinte, **em função de não lhe haver sido dado pleno conhecimento das circunstâncias fáticas que a levaram à referida exclusão**, porquanto a autoridade administrativa não lhe haver explicitado, especificamente, os motivos ensejadores da exclusão em comento, mas tão-somente ter indicado, de forma ampla e genérica, o exercício de alguma atividade econômica não permitida para o Simples, sem que fosse indicado qual atividade seria. Em assim procedendo, contrariou a legislação de regência do Sistema Integrado de Pagamentos, mais precisamente o art. 15, §3º da Lei 9.317/96, transcrito a baixo:

"§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo."

Entretanto, tal nulidade há de ser superada, com fundamento no que dispõe o §3º do art. 59 do Decreto nº. 70.235/72, a seguir transcrito:

"Art. 59. (...)

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprimir-lhe a falta."

Processo nº : 10880.004603/99-15
Acórdão nº : 301-32.612

DA ATIVIDADE EXERCIDA PELA CONTRIBUINTE

Conforme consta do contrato social da empresa, o objeto da sociedade é o ensino nos cursos de maternal, jardim de infância, pré-primário e primário (fl. 85).

Assim, apreciando o mérito da questão posta em litígio, temos que a Lei nº 10.034/2000, em seu artigo 1º, determinou sejam excetuadas, da vedação do inciso XIII do art. 9º acima citado, as pessoas jurídicas que tenham atividades de creche, pré-escola e estabelecimento de ensino fundamental. No mesmo diapasão é a Instrução Normativa SRF n.º 34, de 30/03/2004, que assim dispõe:

Art. 20. Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

XII – 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.

(...)

§ 5º O disposto no inciso XII não se aplica às atividades de creche, pré-escola e estabelecimento de ensino fundamental.

(grifo não constante do original)

Desta forma, pelos dispositivos legais acima citados, a atividade exercida pela recorrente está excepcionada da vedação estabelecida no artigo 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, devendo, pois, ser mantida sua opção pelo SIMPLES.

Resta, ainda, estabelecer o alcance dos efeitos da lei no tempo, ou seja, estabelecer se o dispositivo da Lei nº. 10.034/200, que excepcionou a recorrente dos casos de vedação do SIMPLES, tem efeito retroativo.

Para deslindar tal questão, valho-me do Voto proferido pela eminente Conselheira ATALINA RODRIGUES ALVES, por ocasião do julgamento do Recurso nº. 125.097, que, pela similitude dos fatos, adoto como razões de decidir, transcrevendo-o adiante, em excertos:

Processo nº : 10880.004603/99-15
Acórdão nº : 301-32.612

“No mérito, a contribuinte foi excluída do SIMPLES pelo Ato Declaratório nº 143.277/99, (fl. 04), por “importação efetuada pela empresa, de bens para comercialização”.

Ao apreciar a impugnação apresentada pela interessada contra o ato declaratório, a DRJ/São Paulo-SP concluiu que a legislação em vigor à época da exclusão não amparava a pretensão da interessada e manteve a sua exclusão do SIMPLES.

De acordo com a decisão recorrida, a revogação do dispositivo legal que fundamentou a exclusão da contribuinte do SIMPLES, pelo inciso IV do art. 47 da Medida Provisória nº 1991-15/2000, não beneficiaria a interessada, por entender não ser cabível a sua aplicação retroativa, com base na parte final da alínea “b” do inciso II, do art. 106, do CTN.

No presente caso, há que se considerar que o ato declaratório de exclusão não era definitivo por ocasião da revogação do dispositivo legal que embasou o motivo da exclusão, seja o previsto no inciso XI ou no inciso XII, “a”, do art. 9º da Lei nº 9.317, de 1996, Ressalte-se que, tendo sido impugnado o ato declaratório na esfera administrativa, apenas com o trânsito em julgado da decisão administrativa que o declarar válido ele torna-se definitivo.

Ressalte-se, ainda, que sendo pressuposto do ato declaratório o motivo de fato que o autoriza, o qual deverá estar previsto em lei, revogada a norma jurídica que previa a hipótese de exclusão do SIMPLES, a ocorrência do fato deixa de ser causa ou motivo da exclusão por deixar a nova lei de tratá-lo como tal.

Sobre a aplicação da lei, assim dispõe o art. 106, do CTN, in verbis:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II- tratando-se de ato não definitivamente julgado:

quando deixe de defini-lo como infração;

quando deixe de trata-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;

quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática..” (destacou-se).

Processo nº : 10880.004603/99-15
Acórdão nº : 301-32.612

Assim, considerando que o ato declaratório de exclusão não era definitivo por ocasião da entrada em vigor da Medida Provisória nº 1991-15/2000, fica assegurada a permanência da recorrente no sistema, tendo em vista a norma vigente que lhe é mais benigna, uma vez que deixou de definir como atividade impeditiva de opção pelo SIMPLES a apontada no Ato Declaratório nº (...) "

(sublinhei)

Por todo o exposto, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO** para declarar insubsistente o ato de exclusão e manter a opção da contribuinte pelo SIMPLES. Deixo de apreciar a inconstitucionalidade alegada pela recorrente por entender que tal questão encontra-se prejudicada.

É como voto.

Sala das Sessões, em 22 de março de 2006


IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES - Relatora