



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10880.009309/99-37
SESSÃO DE : 03 de dezembro de 2003
ACÓRDÃO Nº : 302-35.885
RECURSO Nº : 127.898
RECORRENTE : RECREAÇÃO INFANTIL VALE MÁGICO LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – SIMPLES EXCLUSÃO POR ATIVIDADE ECONÔMICA. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

As autoridades administrativas são incompetentes para decidir sobre inconstitucionalidade de leis, por ser competência exclusiva do Poder Judiciário, como determina a Constituição Federal de 1988. Ademais, o próprio Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes determina ser vedado àqueles Colegiados afastar a aplicação de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor, em virtude de inconstitucionalidade, salvo nos casos especificados.

PRELIMINAR REJEITADA.

ATIVIDADE ECONÔMICA - BERÇÁRIO, MATERNAL, JARDIM DE INFÂNCIA E PRÉ-PRIMÁRIO.

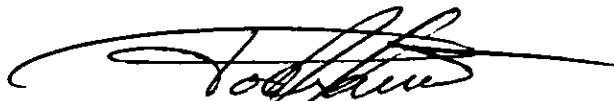
Podem permanecer no SIMPLES as empresas que prestem serviços de ensino nas áreas de berçário, maternal, jardim de infância e pré-primário que, até a edição da Lei nº 10.034/2000, não se encontravam definitivamente excluídas do sistema (art. 1º, § 3º, da IN/ SRF nº 115/2000).

RECURSO PROVIDO POR UNANIMIDADE

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar argüida pela recorrente e no mérito, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 03 de dezembro de 2003


PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES
Presidente em Exercício


ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO
Relatora

13 ABR 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: MARIA HELENA COTTA CARDOZO, PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR, WALBER JOSÉ DA SILVA, LUIS ANTONIO FLORA, SIMONE CRISTINA BISSOTO e LUIZ MAIDANA RICARDI (Suplente). Ausente o Conselheiro HENRIQUE PRADO MEGDA. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional PEDRO VALTER LEAL.

RECURSO N° : 127.898
ACÓRDÃO N° : 302-35.885
RECORRENTE : RECREAÇÃO INFANTIL VALE MÁGICO LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP
RELATOR(A) : ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO

RELATÓRIO

A empresa acima identificada recorre a este Conselho de Contribuintes, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/ SP.

DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

A interessada foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, sob a alegação de “Atividade Econômica não permitida para o Simples”, conforme Ato Declaratório nº 156.020, de 09 de janeiro de 1999 (fls. 23).

DA SOLICITAÇÃO DE REVISÃO DA EXCLUSÃO

Às fls. 01/11 consta petição da Interessada, por procurador legalmente constituído (instrumento à fl. 12), enviada à DRF em São Paulo/SP, manifestando o inconformismo da empresa em relação ao Ato de Exclusão e solicitando que, como impugnação, aquela petição fosse remetida à Delegacia da Receita Federal de Julgamento. Entretanto, conforme despacho à fl. 26, a DRJ-SP “entende que, preliminarmente, a apreciação da manifesta inconformidade deverá ser realizada através de SRS, para que seja assegurada ampla defesa à empresa interessada”, razão pela qual este procedimento foi seguido.

Assim, a Delegacia da Receita Federal em São Paulo analisou o requerimento da Interessada, bem como os documentos a ele juntados, concluindo ser o mesmo improcedente, uma vez que o objetivo social da empresa é a prestação de serviços particulares de ensino maternal, jardim de infância e pré-primário, sendo que o mesmo implica a prestação de serviço individual de professor, educador ou profissional assemelhado, legalmente habilitado ou não, o que é vedado pela legislação do SIMPLES.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Cientificada do resultado de seu pleito em 31/08/2001 (AR à fl. 29), a interessada apresentou, por seu Procurador, em 27/09/2001, tempestivamente, a petição de fl. 31, requerendo que as razões de inconformismo apresentadas

EMILIA

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.898
ACÓRDÃO N° : 302-35.885

anteriormente fossem encaminhadas à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo. Naquela peça de defesa, expôs as seguintes razões:


- 1) A matéria de que se trata é de ordem constitucional e legal, não podendo ser apreciada e decidida com base em dispositivos normativos infraconstitucionais e infralegais.
- 2) A Constituição Federal garante ao cidadão o direito de livre exercício de profissão bem como a constituição de empresas, sejam elas de qualquer porte.
- 3) Em seu art. 179, nossa Carta Maior garante, ademais, tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas em lei.
- 4) A Lei nº 9.317/96 veio regular tal situação, dando as hipóteses e a forma para o exercício de tal prerrogativa constitucional. Contudo, na parte que estabelece condições qualitativas e não apenas quantitativas para opção pelo regime diferenciado, exorbitou a disposição constitucional.
- 5) Assim, a mesma está eivada de inconstitucionalidades, principalmente no que se refere aos “critérios qualitativos e não quantitativos estabelecidos” e à “quebra de tratamento isonômico face ao princípio da igualdade tributária”.
- 6) Em momento algum o Constituinte delegou ao legislador comum o poder de fixação ou até mesmo de definição das atividades “excluídas” do benefício. Portanto, não poderia e nem pode o art. 9º da Lei nº 9.317/96 inserir no seu texto os incisos III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII. (Cita entendimento de Ives Gandra da Silva Martins, segundo o qual, basicamente, “dentro do princípio da razoabilidade, qualquer discriminação qualitativa macula o texto constitucional, se feita por lei ordinária, uma vez que, no que concerne à matéria tributária, a definição deveria ser veiculada por lei complementar” – fl. 05/07).
- 7) Quanto à quebra do tratamento isonômico face ao princípio da igualdade tributária, transcreve o art. 150 e inciso II da CF e manifestações de doutrinadores sobre a matéria, concluindo que a discriminação tributária em virtude da atividade exercida pela empresa é manifestamente inconstitucional.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.898
ACÓRDÃO Nº : 302-35.885

- 8) Além das “inconstitucionalidades” apontadas, destaca que há que se considerar que a atividade empresarial exercida pela prestadora de serviços educacionais é muito mais ampla que a desenvolvida pelo professor ou assemelhado, esta sim absurda e inconstitucionalmente “vedada” pela legislação ordinária.
- 9) Salaria, outrossim, que a atividade da escola não é assemelhada à de professor porque, para o exercício da primeira, é indispensável a contratação de professores, bem como de pessoal de limpeza e manutenção, bibliotecários, equipe técnico-administrativa, pedagogos, psicólogos, seguranças, entre outros. Ressalta que, para exercer sua atividade, a escola necessita um complexo de instalações, de insumos, de valores, às vezes mais expressivos que o custo da mão-de-obra do professor. Transcreve legislação pertinente à matéria, procurando demonstrar as diferenças entre a atividade escola e a do professor e comprovar, assim, que as escolas não estão abrigadas na vedação do art. 9º da Lei.
- 10) Transcreve emenda do acórdão 104-9.223, segundo o qual foi dado provimento a apelo semelhante ao aqui tratado, desde que preenchidos os requisitos do Estatuto da Microempresa - Lei nº 7.256/84.
- 11) Insiste em que as disposições contidas no art. 9º da Lei nº 9.317/96 são no sentido de vedar a possibilidade de que profissionais, no exercício de suas profissões, venham a criar uma pessoa jurídica para que as mesmas sejam exercidas, beneficiando-se do denominado “SIMPLES”.
- 12) Conclui que a Entidade Mantenedora Educacional não é uma sociedade de profissionais para o exercício da profissão de professor, mas uma sociedade entre empresários, sem exigência de qualificação profissional, livre para contratar profissionais devidamente qualificados e habilitados para o exercício de suas profissões.
- 13) Finaliza pugnando pelo provimento da Manifestação de Inconformidade/Impugnação apresentada, considerando a Interessada como regularmente inscrita no sistema Simples, tornando sem efeito o Ato Declaratório lavrado.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.898
ACÓRDÃO Nº : 302-35.885

- 8) Além das “inconstitucionalidades” apontadas, destaca que há que se considerar que a atividade empresarial exercida pela prestadora de serviços educacionais é muito mais ampla que a desenvolvida pelo professor ou assemelhado, esta sim absurda e inconstitucionalmente “vedada” pela legislação ordinária.
- 9) Salieta, outrossim, que a atividade da escola não é assemelhada à de professor porque, para o exercício da primeira, é indispensável a contratação de professores, bem como de pessoal de limpeza e manutenção, bibliotecários, equipe técnico-administrativa, pedagogos, psicólogos, seguranças, entre outros. Ressalta que, para exercer sua atividade, a escola necessita um complexo de instalações, de insumos, de valores, às vezes mais expressivos que o custo da mão-de-obra do professor. Transcreve legislação pertinente à matéria, procurando demonstrar as diferenças entre a atividade escola e a do professor e comprovar, assim, que as escolas não estão abrigadas na vedação do art. 9º da Lei.
- 10) Transcreve emenda do acórdão 104-9.223, segundo o qual foi dado provimento a apelo semelhante ao aqui tratado, desde que preenchidos os requisitos do Estatuto da Microempresa - Lei nº 7.256/84.
- 11) Insiste em que as disposições contidas no art. 9º da Lei nº 9.317/96 são no sentido de vedar a possibilidade de que profissionais, no exercício de suas profissões, venham a criar uma pessoa jurídica para que as mesmas sejam exercidas, beneficiando-se do denominado “SIMPLES”.
- 12) Conclui que a Entidade Mantenedora Educacional não é uma sociedade de profissionais para o exercício da profissão de professor, mas uma sociedade entre empresários, sem exigência de qualificação profissional, livre para contratar profissionais devidamente qualificados e habilitados para o exercício de suas profissões.
- 13) Finaliza pugnando pelo provimento da Manifestação de Inconformidade/Impugnação apresentada, considerando a Interessada como regularmente inscrita no sistema Simples, tornando sem efeito o Ato Declaratório lavrado.

EMLA

RECURSO Nº : 127.898
ACÓRDÃO Nº : 302-35.885

DO ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Em 27 de fevereiro de 2002, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP manteve a exclusão da empresa do Simples, exarando o Acórdão DRJ/SPOI Nº 00.439 (fls. 37/41), assim ementado:

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

Ano-calendário: 1999

Ementa: SIMPLES - EXCLUSÃO.

Correta a exclusão da sistemática do SIMPLES, da instituição de ensino que presta serviços vinculados à atividade de professor em estabelecimento de ensino fundamental, creches e pré-escolas, em conformidade com a legislação vigente à época.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

As autoridades administrativas são incompetentes para decidir sobre inconstitucionalidade de leis, por ser competência exclusiva do Poder Judiciário.

Solicitação indeferida.”

DO RECURSO AO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Cientificada da decisão de primeira instância em 19 de março de 2003 (AR à fl. 43), a interessada apresentou, em 17 de abril do mesmo exercício, portanto tempestivamente, ainda por Procurador, o recurso de fls. 44/58, alegando, em síntese, que:

- 1) Preliminarmente, refutou o argumento da decisão recorrida de que não cabe à esfera administrativa a discussão sobre a constitucionalidade de texto legal, argumentando que o inciso LV do art. 5º da CF assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa. Destaca que este direito é amplo, não dando espaço a alegações referentes à separação de poderes e subordinação hierárquica. Transcreve entendimento de Marçal Justen Filho sobre a matéria (fls. 46/48). Reitera, assim, as razões de ordem constitucional apresentadas anteriormente.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.898
ACÓRDÃO N° : 302-35.885

- 2) Quanto às demais matérias (“inconstitucionalidades” da Lei nº 9.317/96, quebra do tratamento isonômico/princípio da igualdade tributária e não semelhança entre a atividade escola e a atividade do professor), transcreveu os argumentos constantes da defesa exordial.
- 3) Concluiu pugnando pela procedência do recurso interposto.

O processo foi distribuído a esta Conselheira, numerado até as fls. 63 (última), que trata do trâmite dos autos no âmbito deste Conselho.

É o relatório.



RECURSO N° : 127.898
ACÓRDÃO N° : 302-35.885

VOTO


O recurso é tempestivo, portanto merece ser conhecido.

Trata o presente processo, de exclusão de empresa, em 1999 (fl. 23), do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, com base no art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, tendo em vista a atividade econômica desenvolvida, qual seja, “prestação de serviços particulares de ensino maternal, jardim de infância e pré-primário, bem como a promoção e organização de festas, eventos culturais e recreativos, e a comercialização de material escolar, roupas e seus complementos”, segundo o Instrumento Particular de Contrato Social de fls. 14/18. Novo Instrumento Particular alterou o Contrato De Sociedade por Quotas de Responsabilidade inicial (fls. 19/22), sendo que, entre outras alterações, também o objetivo social foi alterado, incluindo-se a atividade de berçário e mantendo-se as demais.

A interessada, em sua defesa inicial, apreciada primeiramente pela DRF em São Paulo e, a seguir, pela DRJ também em São Paulo/SP apresentou argumentos: (a) procurando comprovar que a matéria de que se trata é de ordem constitucional e legal, não podendo ser apreciada e decidida com base em dispositivos normativos infraconstitucionais e infralegais, sendo que a CF garante ao cidadão o livre exercício de profissão e a constituição de empresas e, em seu art. 179, garante às microempresas e empresas de pequeno porte tratamento jurídico diferenciado; (b) indicando “inconstitucionalidades” da Lei nº 9.317/96, no que se refere ao estabelecimento de critérios qualitativos e não quantitativos para a definição de micro empresas e empresas de pequeno porte e à quebra do tratamento isonômico por meio de “vedações”, face ao princípio da igualdade tributária; (c) apontando que a atividade escola não pode ser equiparada à de professor e que os Sócios/ Mantenedores da prestadora de serviços educacionais não precisam possuir qualquer habilitação profissional, não podendo, portanto, serem considerados assemelhados a professores.

Por ocasião do recurso, a requerente trouxe a este Conselho de Contribuintes a mesma peça apresentada quando de suas manifestações de inconformidade, no que se refere ao mérito do litígio, acrescentando apenas argumentos novos com referência à não apreciação, pelas autoridades administrativas, de arguição de inconstitucionalidade de textos legais.

Quanto às “inconstitucionalidades” da Lei nº 9.317/96, transcrevo excerto do voto proferido pela D. Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, com referência ao Recurso nº 125.096, Acórdão nº 302-35.553, julgado na Sessão de 13/05/2003.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.898
ACÓRDÃO Nº : 302-35.885

"Esclareça-se, de plano, que a discussão sobre a suposta inconstitucionalidade de leis ou atos normativos está reservada ao Poder Judiciário, conforme disposição da própria Constituição Federal, em seu art. 102, inciso I, alínea "a", que trata do controle concentrado de constitucionalidade, sem prejuízo do controle difuso, que pode ser exercido por qualquer juiz.

Nesse passo, convém trazer à colação o art. 5º da Portaria MF nº 103/2002, que inseriu o art. 22-A no Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes (Portaria MF nº 55/98 - Anexo II):

"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 pelo Presidente da República;

III - que embasem a exigência de crédito tributário:

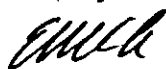
a) cuja constituição tenha sido dispensada por ato do Secretário da Receita Federal; ou

b) objeto de determinação, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de desistência de ação de execução fiscal."

No caso em questão, não constam dos autos elementos que logrem atender a qualquer das hipóteses acima, portanto os atos legais que sustentaram a exclusão em tela, até o momento, gozam de presunção de constitucionalidade, descartando-se qualquer possibilidade de negar-se-lhes vigência."

Assim, rejeita-se a preliminar de inconstitucionalidade argüida pela

Recorrente.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.898
ACÓRDÃO N° : 302-35.885

No mérito, a empresa foi excluída do Simples em razão da atividade econômica desenvolvida, não permitida para o Simples, à época.

Quanto à esta matéria (prestação de serviços de ensino nas áreas de berçário, maternal, jardim de infância e pré-primário), adoto o entendimento também exposto pela D. Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo no julgamento do Recurso n° 125.117, transcrevendo excerto do voto ali proferido:

"... a Lei n° 10.034, de 24/10/2000, trazida à colação por ocasião do recurso, determinou, verbis:

"Art. 1° Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9° da Lei n° 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 n° 115, de 27/12/2000, estabeleceu:

"Art.1° 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."

.....
§ 3° 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 n° 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 1° da Lei n° 10.034/2000, que ainda não tivessem optado pelo Simples, poderiam fazê-lo, desde que atendidos os demais requisitos legais;

b) as empresas que exerciam as atividades especificadas no artigo 1° da Lei n° 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

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.898
ACÓRDÃO Nº : 302-35.885

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.

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

GUILLA

RECURSO Nº : 127.898
ACÓRDÃO Nº : 302-35.885

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, posto 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:

Fica assegurada a permanência no sistema das pessoas jurídicas, mencionadas no caput, que tenham efetuado a opção pelo SIMPLES

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.898
ACÓRDÃO N° : 302-35.885

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, com aquelas 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 em 1999, 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. 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)."

O entendimento acima esposado não merece qualquer retoque, face à solidez dos argumentos apresentados e do raciocínio lógico que o fundamentou.

Assim, no mesmo diapasão, adotando o voto acima transcrito, DOU PROVIMENTO AO RECURSO.

Sala das Sessões, em 03 de dezembro de 2003



ELIZABETH EMILIO DE MORAES CHIERREGATTO - Relatora



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
SEGUNDA CÂMARA**

Recurso n.º : 127.898

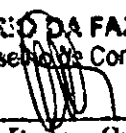
Processo n.º : 10880.009309/99-37

TERMO DE INTIMAÇÃO

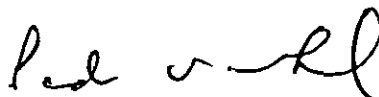
Em cumprimento ao disposto no parágrafo 2º do artigo 44 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, fica o Sr. Procurador Representante da Fazenda Nacional junto à 2ª Câmara, intimado a tomar ciência do Acórdão n.º 302-35.885.

Brasília- DF, 06/04/2004

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
MF - 3º Conselho de Contribuintes**


**Otacilio Dantas Cartaxo
Presidente do 3º Conselho**

Ciente em: 13/04/2004, deixando
de recorrer à CSRF.



**Pedro Valter Leal
Procurador da Fazenda Nacional
OAB/CE 5688**