



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n°	10930.005840/2003-72
Recurso n°	135.351 Voluntário
Matéria	SIMPLES - EXCLUSÃO
Acórdão n°	303-34.492
Sessão de	04 de julho de 2007
Recorrente	EDITORA E JORNAL RETRATO LTDA. - ME
Recorrida	DRJ/CURITIBA/PR

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

Data do fato gerador: 07/08/2003

Ementa: Simples. Exclusão desmotivada. Edição e impressão de jornal. Atividade permitida.

Carece de legitimidade a exclusão de pessoa jurídica do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples) quando exclusivamente motivada no exercício da prestação de serviços profissionais de jornalista, publicitário ou assemelhados e o escopo da sociedade empresária é edição e impressão de jornal. A vedação imposta pelo inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317, de 1996, não alcança as microempresas nem as empresas de pequeno porte constituídas por empreendedores que agregam meios de produção para explorar atividades econômicas de forma organizada com o desiderato de gerar ou circular bens ou prestar quaisquer serviços. Ela é restrita aos casos de inexistência de atividade economicamente organizada caracterizada pela prestação de serviços profissionais como atividade exclusiva e levada a efeito diretamente pelos sócios da pessoa jurídica qualificados dentre as atividades indicadas no dispositivo legal citado.

Recurso voluntário provido.

Assi
Assi

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, pelo voto de qualidade, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do redator designado. Vencidos os Conselheiros Zenaldo Loibman, relator, Nilton Luiz Bartoli, Nanci Gama e Luis Marcelo Guerra de Castro, que davam provimento parcial para excluir a empresa do Simples somente a partir de 01/10/2003. Designado para redigir o voto o Conselheiro Tarásio Campelo Borges.


ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente


TARÁSIO CAMPELO BORGES

Redator Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Silvio Marcos Barcelos Fiúza e Marciel Eder Costa.



Relatório

Conforme Ato Declaratório Executivo (ADE) n.º 438.048, de 07.08.2003 (fl. 87), expedido pela DRF/Londrina, a exclusão declarada com efeitos a partir de 01.01.2002, ocorreu motivada na realização de atividade impedida ao SIMPLES, caracterizada como agência de notícias com suposta infração ao inciso XIII do art.9º da Lei 9.317/96.

Houve pedido de revisão via SRS dirigido à DRF competente e indeferido nos termos do despacho decisório de fls. 09-verso, porque o objeto social da empresa previsto no Contrato Social é de agência de notícias e locação de espaços publicitários, o que somente veio a ser alterado em 24.09.2003, conforme consta às fls.29, para apontar a atividade de edição e impressão de jornais.

Na manifestação de inconformidade, às fls.01/05, dirigida à DRJ/Curitiba, a interessada afirma ter cometido mero equívoco em apontar no contrato social a atividade de “agência de notícias”, que foi posteriormente alterada no Contrato Social para edição e impressão de jornais. Explica que faz a impressão e edição de jornal de pequena circulação que veicula acontecimentos e propagandas locais.

Argúi a nulidade do ADE, que o ato de exclusão expedido violou os princípios da moralidade pública, do contraditório e do devido processo legal porque não lhe foi dada a oportunidade para se defender previamente em prazo suficiente. Que a exclusão foi indevida, sem fundamento legal, ninguém foi verificar “in loco” a real atividade da empresa. Ademais, a requerente exerce atividade à qual é assegurada imunidade constitucional na alínea “d” do inciso VI do art. 150 da CF/88, sendo vedado aos entes federados instituir impostos sobre jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão. Pede o cancelamento do ADE e sua permanência no SIMPLES.

A DRJ/Curitiba, por sua 2ª Turma, por unanimidade, indeferiu a solicitação, resumidamente assentada nos seguintes argumentos (fls.36/38):

1. *Preliminarmente, a alegação de ofensa a princípios constitucionais não é discutível na instância administrativa, sendo competência reservada ao Poder Judiciário, que não é da alçada administrativa apreciar arguições de constitucionalidade da legislação aplicável. No entanto, deve ser dito que o prazo legal para apresentação da defesa do contribuinte é de trinta dias contados da data de ciência da análise da SRS, conforme estabelece o Decreto 70.235/72 (PAF), fielmente obedecido, não tendo havido nenhum prejuízo ao exercício da defesa do contribuinte.*

2. *A atividade econômica exercida pela interessada, de veiculação de propaganda e publicidade por meio de jornal, além de elaboração das matérias veiculadas neste veículo é expressamente vedada ao SIMPLES, conforme se vê nos incisos XII e XIII do art.9º da Lei 9.317/96. No inciso XII, há a vedação a pessoa jurídica que realize operações relativas a propaganda e publicidade (excluídos os veículos de comunicação), e no XIII, vedação às que realizem serviços profissionais de jornalista, publicitário ou assemelhados, cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.*



3. *A situação excludente perdura mesmo após a segunda alteração do contrato social, que a exclusão não está associada apenas à expressão agência de notícias, como pretende a impugnante. Ficou comprovado neste processo que a interessada desenvolve atividade impeditiva à opção pelo SIMPLES e por isso deve ser mantida a exclusão determinada pelo ADE de exclusão.*

4. *Sobre a alegação de ser sua atividade imune, cabe dizer que não faz sentido alegar que deve estar no SIMPLES porque o fruto do seu trabalho é constitucionalmente imune. Ao simples estão vedadas todas as empresas que preste serviço assemelhado ao de profissão cuja habilitação profissional é legalmente exigida e, no caso, de jornalista.*

Irresignada a interessada apresentou tempestivamente, em 25.04.2006 (a ciência da decisão recorrida se deu em 30.03.2006), seu recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes, reapresentando as alegações antes articuladas na impugnação e reforçando resumidamente as seguintes razões:

1. *A real atividade da ora recorrente é de impressão e edição de jornal de pequena circulação na cidade Cambe e região, com publicação mensal, com notícias locais e veiculação de propagandas locais, o que é completamente diferente de "agência de notícias", motivo apontado para a exclusão do SIMPLES no ADE DRF/Londrina nº 438.048, de 07.08.2003. As chamadas agências de notícias representam grandes empresas da área de comunicações, em âmbito nacional e até internacional.*

2. *O desenquadramento indevido acarreta a colocação da recorrente em regime normal de tributação, o que lhe traria grandes prejuízos. Ademais o ADE de exclusão está desprovido de motivação satisfatória, vale dizer, sem fundamento legal e afronta o p. da moralidade pública, esculpido no art.37 da CF/88.*

3. *A exclusão sumária, sem prévia verificação in loco, e sem proporcionar prévia defesa em processo administrativo infringe os princípios do contraditório e da ampla defesa, e por conseguinte, o devido processo legal.*

4. *Ademais, a requerente exerce atividade à qual é assegurada imunidade constitucional, sendo vedado aos entes da Federação instituir impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão.*

Pede a reforma da decisão recorrida e o cancelamento do ADE de exclusão.

É o Relatório.



Voto Vencido

Conselheiro ZENALDO LOIBMAN, Relator

Estão presentes os requisitos de admissibilidade do recurso e se trata de matéria da competência do Terceiro Conselho de Contribuintes.

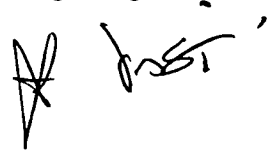
Há arguições preliminares ao mérito. Aponta a recorrente infração aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, porque foi expedido o ADE de exclusão sem que houvesse prévia constatação da real atividade *in loco*, e sem oferecer ao contribuinte oportunidade de defesa prévia à exclusão mediante competente processo administrativo.

Não assiste razão à recorrente. Deve ser compreendido que o ADE de exclusão é ato administrativo que determina a exclusão da empresa sob condição suspensiva, isto é, oferece ao atingido, antes que se efetive a exclusão, a oportunidade de apresentar contestação no prazo de 30 dias a contar da ciência do ADE. Podendo inicialmente ser apresentada à DRF competente uma solicitação de revisão do ato de exclusão (SRS) quando for o caso de poder demonstrar a eventual inadequação do ato administrativo, e a partir da ciência da decisão quanto à SRS cabe ao contribuinte o direito de contestar tanto o ADE quanto a decisão desfavorável da SRS diante da DRJ. Da decisão contrária ao seu interesse, parcial ou integralmente, ainda cabe recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes, como aconteceu neste caso. É importante registrar que todas essas oportunidades de contestação são previstas no Decreto 70.235/72 com suas alterações posteriores, como garantia de contraditório e ampla defesa, mediante apresentação dos argumentos de defesa instruídos por documentos, e eventualmente, quando for o caso, por perícias e diligências, assegurando ao contribuinte dessa forma precisamente o exercício daquelas garantias constitucionais fundamentais evocadas. Ademais, a exclusão não pode ser consumada enquanto tramitem os recursos administrativos previstos no devido processo administrativo fiscal. Afasto, pois essa preliminar.

Outra arguição é de infração ao princípio da moralidade administrativa esculpida no art.37 da CF/88, porque estaria ausente do ADE de exclusão uma satisfatória motivação legal. A motivação do ato declaratório de exclusão aponta enquadramento da atividade da empresa na hipótese de exclusão prevista no art.9º, XIII, da Lei 9.317/96, identificando atividades de agências de notícias.

Alega a recorrente que a motivação expressa no ADE é centrada em ser atividade de “agência de notícias”, o que está equivocado, isto foi descrição errônea do objeto social que constava na 1ª alteração do Contrato Social, corrigida pela 2ª alteração, registrada em 24.09.2003, para “edição e impressão de jornais”. Pelo que a motivação apresentada representa na verdade ausência de fundamento legal ao ADE de exclusão expedido.

Por outro lado, a decisão recorrida sustenta que a menção expressa no ADE ao enquadramento da hipótese de vedação prevista no inciso XIII do art.9º da Lei do SIMPLES, indica motivação fundada no exercício de serviço profissional de jornalista e publicitário, ou assemelhados. E que, portanto, sendo assumido pela interessada que sua real atividade é de edição e impressão de jornal de pequena circulação, com veiculação de notícias e propagandas locais, isto é serviço assemelhado a jornalista e publicitário e está vedado à opção pelo SIMPLES.



Nesta questão, entendo também assistir razão à decisão recorrida, o fundamento legal apontado no ADE é a norma estabelecida no inciso XIII do art.9º da lei 9.317/96, sendo que o ADE expedido em 07.08.2003 reproduziu a indicação da atividade identificada pela própria empresa no ato de cadastramento na SRF segundo o Código 9240-1/00- atividades de agências de notícias. Na verdade a vedação esculpida na norma indicada é mais abrangente, ou seja, veda o ingresso ao SIMPLES por pessoa jurídica que preste serviço profissional de jornalista, publicitário, ou assemelhados, e de qualquer profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

A argumentação da recorrente quanto ao mérito pode ser assim resumida. É uma empresa que edita e imprime um pequeno jornal municipal, de periodicidade mensal, no qual veicula notícias e propagandas locais. Além do mais, pretende que sua atividade é imune, que sobre o jornal e o papel utilizado no periódico não pode incidir nenhum imposto. Depois, em aparente contradição com o argumento da imunidade, afirma que a eventual manutenção de sua exclusão do SIMPLES a sujeitará ao regime normal de tributação e poderá lhe trazer grande prejuízo.

Diga-se que a imunidade constitucional é exclusivamente quanto a instituição de impostos sobre livros, **jornais, periódicos e papel destinado a sua impressão**. A isto faz jus a interessada independentemente do regime de tributação a que esteja submetida. Vale dizer quando esteja no SIMPLES ou esteja submetida ao regime geral de tributação, permanece válida a imunidade a que faz jus, devendo ficar atenta ao cumprimento e observância desse direito pelo fisco.

A decisão da DRJ pretende que a exclusão deve ser mantida porque está vedada a atividade tanto pela hipótese prevista na alínea “d” do inciso XII do art.9º, quanto pelo inciso XIII do art.9º, da Lei nº 9.317/96. Entretanto, ao órgão julgador é vedado agir além de sua competência. O ADE de exclusão expedido pela DRF/Londrina fundamentou a exclusão apenas no inciso XIII do art.9º da Lei 9.317/96, e não se pode admitir que a DRJ acrescente nova fundamentação, o que caracterizaria cerceamento ao direito de defesa. Mas, não posso deixar de comentar que a alínea “d” do inciso XII da referida Lei não serve mesmo de fundamento ao presente caso. Que na norma especificada estão expressamente excetuadas da vedação as operações de propaganda e publicidade realizadas nos veículos de comunicação. Ademais, resta claro que a veiculação de propaganda não se confunde com a elaboração da propaganda. Portanto, também não é correto afirmar como fez a decisão recorrida que a exclusão da ora recorrente possa ser justificada pelo exercício de atividade assemelhada a de publicitário. Nada indica nestes autos que a interessada realize atividade de publicitário.

No entanto, a mim parece extenuante de dúvidas que a atividade de editar e imprimir um jornal mensal que veicula na cidade e redondezas notícias e propagandas locais é evidentemente assemelhada aos serviços de jornalista, o que traduz atividade vedada à opção pelo SIMPLES.

Entretanto, a base legal para se aplicarem os efeitos da exclusão deve ser buscada na Lei 9.317/96, art.15, II, com o texto que era vigente na época de conformação da situação excludente. O motivo exposto no ADE de exclusão foi a realização de atividade impedida desde 11.10.1999, que esta data foi apresentada como data da ocorrência no ADE de fls.30.

A administração tributária pretende com base na IN SRF 250/2002, e suposta base legal na Lei 9.317/96, c/ a redação dada pela MP 2.158-34, de 27.07.2001, que os efeitos da exclusão sejam aplicados a partir de 01.01.2002. Mas, a norma vigente à época da data de ocorrência da situação excludente, em 11.10.1999, era a do art.15, II, da Lei 9.317/96, c/ a redação dada pela Lei 9.732/98, com o que os efeitos da exclusão somente poderão ser aplicados a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão, em virtude da constatação de situação excludente prevista nos incisos III a XVIII do art.9º da Lei do Simples. No caso a exclusão foi baseada no inciso XIII.

Parece-me não haver dúvida de que o fato previsto no art.9º, XIII, da Lei do Simples, constitui infração às normas de enquadramento no regime simplificado, e, portanto, a norma legal que especifique a partir de que momento se deve dar a aplicação de efeitos da exclusão, inclusive os tributários, comportam a comparação entre os níveis de gravosidade que decorrem da norma vigente à época de ocorrência da situação excludente do SIMPLES com os que decorram de norma de edição posterior. A norma da MP 2.158-34, de 27.07.2001, por evidente, não é meramente interpretativa, e os termos do seu art.73, evocado expressamente no ADE de exclusão, determinariam a aplicação de efeitos da exclusão de forma diferente da que estava posta no art. 15, II, da Lei 9.713/96, c/ a redação dada pela Lei 9.732/98, que era a redação vigente em 11.10.1999. Lembra-se que neste caso, se houver qualquer interpretação será necessariamente acerca do art.9º, XIII, da Lei 9.317/96, e neste caso, está vedado pelo CTN, que por decorrência dessa interpretação fosse se configurar aplicação retroativa de penalidade pela infração ao art.9º, XIII. Neste ponto, afasto de imediato qualquer justificativa que pretenda dar preferência à aplicação do texto normativo do art.15, II, da Lei 9.317/96, c/ a redação dada pela MP 2.158-34/2001, em detrimento do texto vigente em 11.10.1999, data apontada como de ocorrência da situação excludente.

Sendo assim, os efeitos da exclusão do SIMPLES, declarada sob condição suspensiva, pelo ADE nº 438.048, de 07.08.2003, expedido pela DRF/Londrina, só poderão ser aplicados a partir do mês subsequente àquele em que se procedeu à exclusão, ainda que de ofício, em virtude de constatação de situação excludente prevista no inciso XIII do art.9º da Lei 9.317/96. Como a ciência pelo interessado ocorreu em setembro de 2003, conforme AR de fls.11-verso (veja-se que a apresentação da SRS considerada tempestiva pela administração se deu em 25.09.2003), os efeitos da exclusão devem ser aplicados somente a partir de 01.10.2003.

Pelo exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso, para que os efeitos da exclusão do SIMPLES se apliquem apenas a partir de 01.10.2003.

Sala das Sessões, em 04 de julho de 2007


ZENALDO LOIBMAN – Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Tarásio Campelo Borges - Redator

Conheço o recurso voluntário interposto às folhas , porque tempestivo e atendidos os demais pressupostos processuais.

Versa o litígio, conforme relatado, sobre a exclusão da ora recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples), com suposta infração ao inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996, quando exclusivamente motivada no exercício da prestação de serviços profissionais de jornalista, publicitário ou assemelhados e o escopo da sociedade empresária é edição e impressão de jornal.

Divirjo do voto proferido pelo eminente conselheiro-relator Zenaldo Loibman, porquanto entendo pertinente o alegado equívoco da Secretaria da Receita Federal na interpretação das vedações impostas pela lei que instituiu o Simples.

Faz-se mister, portanto, buscar a exegese da vedação imposta pelo inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996, sem olvidar de dois importantes preceitos constitucionais: a limitação ao poder de tributar, imposta pelo artigo 150, inciso II, que veda a instituição da desigualdade tributária; e o princípio geral da atividade econômica enunciado no artigo 179.

Para facilitar o raciocínio, trago à baila trechos das normas jurídicas mencionadas no parágrafo imediatamente precedente:

Lei 9.317, de 1996:

.....

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

.....

XIII - que preste serviços profissionais de [...], jornalista, publicitário, [...], ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;

.....

Constituição Federal:

.....



Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

.....

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

.....

Admitir que o inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317, de 1996, equipara todas as pessoas jurídicas que produzem textos jornalísticos ou publicitários aos serviços profissionais do jornalista ou do publicitário e veda àquelas a possibilidade de optar pelo Simples, é outorgar à lei ordinária hierarquia superior à Carta Magna, porquanto essa interpretação contradiz tanto o artigo 150, inciso II, quanto o artigo 179 supra transcritos.

Digo isso porque da leitura integrada que faço dos citados dispositivos constitucionais, entendo prescrito tratamento diferenciado tanto para as microempresas quanto para as empresas de pequeno porte, reservada à lei a definição de microempresa e de empresa de pequeno porte, visto que o próprio texto constitucional veda expressamente a possibilidade de instituição da desigualdade entre contribuintes de situação equivalente.

Logo, concluo que a vedação imposta pelo inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317, de 1996, não alcança as microempresas nem as empresas de pequeno porte constituídas por empreendedores que agregam meios de produção para explorar atividades econômicas de forma organizada com o desiderato de gerar ou circular bens ou prestar quaisquer serviços.

Por outro lado, entendo pertinente a vedação nos casos de inexistência de atividade economicamente organizada caracterizada pela prestação de serviços profissionais como atividade exclusiva e levada a efeito diretamente pelos sócios da pessoa jurídica qualificados dentre as atividades indicadas no inciso XIII do artigo 9º.

No caso concreto, a constituição da pessoa jurídica por empreendedores que agregam meios de produção para explorar determinada atividade econômica (edição e impressão de jornal) é fato não controvertido.

[Assinatura]

Outrossim, entendo igualmente descabida a exclusão da ora recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples) com fundamento no inciso XII do artigo 9º da Lei 9.317, de 1996.

Ao revés do que afirmaram os julgadores de primeira instância administrativa quando aditaram os fundamentos legais do ato declaratório de exclusão, a alínea “d” do inciso XII [¹] fortalece as razões da defesa, dado que ele exclui da vedação os veículos de comunicação, dos quais o jornal é um exemplo.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 4 de julho de 2007.


Tarásio Campelo Borges - Redator Designado

¹ Lei 9.317, de 1996, artigo 9º: Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica: [...] (XII) que realize operações relativas a: [...] (d) propaganda e publicidade, excluídos os veículos de comunicação; [...].