MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº	:	11070.001741/2001-90
Recurso nº	:	128.578
Acórdão nº	:	303-31.917
Sessão de	:	16 de março de 2005
Recorrente(s)	:	VALDIR P. PERIPOLLI & CIA. LTDA.
Recorrida	:	DRJ/SANTA MARIA/RS

SIMPLES EXCLUSÃO: AGÊNCIAS LOTÉRICAS – Até a promulgação da Lei nº 10.684/03, a semelhança entre a atividade de agência lotérica e de representante comercial era de estabelecer-se caso a caso. O ato administrativo excludente da sistemática do SIMPLES tem, assim, valor construtivo e gera efeitos *ex nunc*.
RECURSO PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente

SÉRGIO DE CASTRO NEVES
Relator

Formalizado em:

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Nanci Gama, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa, Luis Carlos Maia Cerqueira (Suplente), Nilton Luiz Bartoli e Tarásio Campelo Borges. Ausente o Conselheiro Zenaldo Loibman. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

RELATÓRIO

Transcrevo e adoto o relatório da decisão ora recorrida, prolatada pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Santa Maria (RS), como a seguir:

"Trata-se da exclusão da interessada do Sistema Integrado de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples.

Em 01/08/2001 o Auditor-Fiscal da Receita Federal – AFRF Júlio Severino Bajerski representou ao Sr. Delegado da Delegacia da Receita Federal – DRF em Santo Ângelo, RS, propondo a exclusão da interessada do Simples, mediante expedição de Ato Declaratório (fls. 01 e 02). A motivação para a representação é que a empresa exerce como atividade econômica Agência Lotérica, percebendo receitas de comissões pelo exercício dessa atividade.

Assim, empresa foi excluída do Simples por exercer atividade econômica não permitida para esse Sistema, nos termos do disposto nos artigos 9°, inciso XIII, e arts. 12 ao 16 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, com a redação dada pela Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998 e pelo artigo 73 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24/08/2001, conforme Ato Declaratório Executivo DRF/SAO nº 16, de 16 de novembro de 2001. O mesmo Ato Declaratório observou que os efeitos da exclusão obedecem ao disposto no artigo 15, inciso II, da mesma Lei, com as alterações posteriores.

A contribuinte tomou ciência dessa exclusão, em 27/11/2001, como consta ao final do próprio Ato Declaratório (fl. 16). Apresentou sua manifestação de inconformidade em 11/12/2001 (fl. 19). Suas alegações são, em síntese, as seguintes:

1) a opção pelo Simples foi feita sem qualquer óbice por parte da Secretaria da Receita Federal;

2) o motivo do evento da exclusão seria que a atividade da impugnante não é permitida para o Simples;

3) apesar do disposto no artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80 e do entendimento da autoridade administrativa entende que os motivos da exclusão, especialmente o inciso XIII do artigo 9° são inconstitucionais;

4) o Ato Declaratório não se refere, expressamente, a qual dos dispositivos do artigo 9° a autoridade notificante entende

possível de incidência, eis que faz menção apenas genérica, o que dificulta a livre defesa e amplo contraditório;

5) a empresa tem atividades de casa lotérica; entende que o dispositivo constante no artigo 9º, inciso XIII, é claramente inconstitucional; nesse sentido refere-se ao artigo 179 da Constituição Federal - CF, o qual transcreve;

6) a Lei nº 9.317/96 que regulamentou esse artigo 179 da CF impôs restrições e vedações as quais não constam no dispositivo constitucional;

7) o artigo 9º, inciso XIII, também afronta a constituição ao impor tratamento desigual aos contribuintes; nesse sentido cita e transcreve o artigo 150 inciso II da CF;

8) o mesmo artigo 9º, inciso XIII, também fere o princípio constitucional da capacidade contributiva ao estabelecer distinção não derivativa das condições econômicas do contribuinte, mas simplesmente de sua profissão; cita o artigo 145 inciso III da CF,

9) a inconstitucionalidade desse artigo 9º inciso XIII ao não observar os dispositivos do artigo 5º, incisos I e XLI da CF;

10) em nenhum momento se explica a diferenciação discriminatória aplicada pelo inciso XIII do artigo 9º para as atividades exploradas pela empresa que estava sendo tributada de maneira uniforme e idêntica as demais atividades que não foram excluídas do Simples;

11) fez opção espontânea pelo Simples e esta foi recebida pela Receita Federal; a restrição ao Sistema é inconstitucional;

12) tem o direito de recolher seus tributos pelo Simples e mais, a isso está obrigado pelo disposto no artigo 23 da Instrução Normativa – IN SRF nº 21, de 10/03/1997, alterado pela IN SRF nº 73, de 15/09/1997;

13) optou pelo Simples, o que foi aceito pela Receita Federal; e pelas disposições do Ato Declaratório Normativo – ADN Cosit nº 30, de 24/12/1997, que transcreve, entende que o Ato Declaratório que a excluiu do Simples é ineficaz;

14) O disposto no artigo 15, II, da Lei nº 9.317/96, alterado pela Medida Provisória nº 2.158-35, não pode ser aplicado a fatos

pretéritos; nesse sentido lembra o princípio da segurança jurídica e o da irretroatividade das Leis;

15) assim, em relação às opções de ingresso no Simples e a maneira de exclusão, não pode entender ocorra retroatividade, vedada pelo ordenamento jurídico;

16) a forma de exclusão instituída pela MP nº 2.158-35 aplica-se tão-somente aos casos posteriores e a partir da publicação daquela MP; sobre a matéria sita o artigo 150 "caput", inciso III, e alínea "a" da CF;

17) a exclusão só é lícita nos moldes da legislação anterior, para fins de não prejudicar o direito adquirido do contribuinte, na forma do artigo 15 da Lei nº 9.317/96, então em vigor, ou seja, os efeitos da exclusão seriam "a partir do mês subseqüente àquele em que se proceder à exclusão, ainda que de ofício, ...";

Requer, em outros termos, a sua permanência como empresa optante pelo Simples.

A decisão *a quo* manteve o feito, após argumentar em preliminar que descabe o exame de constitucionalidade das leis na instância administrativa e que inexistiu cerceamento ao direito de defesa, tanto assim que a então impugnante apresentava defesa perfeitamente articulada e coerente com as razões do ato administrativo; no mérito, argüiu que a atividade de agência lotérica assemelha-se à de representante comercial.

Inconformado, o sujeito passivo recorre agora a este Conselho, insurgindo-se especificamente contra o que lhe parece constituir retroatividade do Ato Declaratório Executivo que deu origem ao litígio, eis que a exclusão do SIMPLES teve seus efeitos determinados à partir de 01/01/97.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Sérgio de Castro Neves, Relator

O recurso é tempestivo e apresenta os demais requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

Atenho-me a julgar o aspecto levantado no recurso, que diz respeito tão-somente ao momento a partir do qual se produzem os efeitos do Ato Declaratório Executivo que excluiu a recorrente do SIMPLES.

A Receita Federal — aí incluídas suas Delegacias de Julgamento — esposa sistematicamente a tese de que atos administrativos como o que ora se encontra sob exame não são realmente **constitutivos**, mas simplesmente **declaratórios** de uma situação jurídica que já se encontrava estabelecida. Cito, a propósito, o voto do douto Relator da decisão alvejada:

> **No presente caso, ao menos até a vigência da Lei nº. 10.684, de 30/05/2003, a empresa nunca teve estabelecido o direito de aderir ao SIMPLES porque a atividade econômica que desenvolve — casa lotérica — é assemelhada à de representante comercial ou corretor.**

Ora, eis aí, segundo me parece, o perfeito exemplo do grave defeito que pode estar viciando tal raciocínio. Trata-se de um silogismo contendo uma premissa que pode revelar-se falsa. Por que se dá como certo e indiscutível que a atividade de uma casa lotérica se *assemelha* à de representante comercial ou corretor? Enquanto vendedora de loterias do tipo "Mega Sena" ou "Quina", é indiscutível que a casa lotérica assume o papel de agente da Caixa Econômica Federal. Por outro lado, enquanto vendedora de bilhetes de loteria — Loteria Federal, loterias estaduais, "raspadinhas" — a atividade da empresa assemelha-se à de uma loja comercial comum, eis que adquire a sua "mercadoria" por sua conta e risco, precisando administrar corretamente seus estoques, já que paga por eles e assume o prejuízo dos encalhes, pois não os vende em consignação. A promulgação da Lei nº. 10.684/03 veio, a este respeito, incluir todas as agências lotéricas na possibilidade de opção pelo SIMPLES.

A semelhança entre sua atividade e a de representante comercial tem portanto forte conotação interpretativa e é, no mínimo, passível de discussão em cada caso concreto. Irrelevante, a propósito, é a citação que faz a decisão recorrida da "Questão 38" aparecida no Boletim Central nº. 55 (Informativo Interno da Secretaria da Receita Federal) sobre o SIMPLES, conhecido no jargão da casa como

"Perguntão", alçando tal documento — que não gratuitamente se denomina "Interno" — ao "status *de norma complementar por força do artigo 100 do CTN*".

Parece-me, portanto, que o Ato Declaratório Executivo do Sr. Delegado da Receita Federal de Santo Ângelo teve na verdade efeito claramente constitutivo, ao determinar, e tornar público, que aquela empresa em particular — a ora recorrente — exerce atividade econômica assemelhada à de representante comercial, ainda que tenha extraído sua convicção de uma generalização constante de um documento de circulação interna. O ato administrativo produz, dessa forma, efeitos *ex nunc*, situação que se reforça pelo fato de que a Secretaria da Receita Federal, por razões que não importa discutir, não havia, até aquele momento, rechaçado a adoção do SIMPLES pelo contribuinte.

Dou provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 16 de março de 2005.

SÉRGIO DE CASTRO NEVES - Relator