



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS  
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

|                    |  |
|--------------------|--|
| <b>Processo nº</b> | 13706.001705/2004-81                         |
| <b>Recurso nº</b>  | 503.609 Voluntário                           |
| <b>Acórdão nº</b>  | <b>1803-00.795 – 3ª Turma Especial</b>       |
| <b>Sessão de</b>   | 27 de janeiro de 2011                        |
| <b>Matéria</b>     | SIMPLES - SOLICITAÇÃO DE INCLUSÃO RETROATIVA |
| <b>Recorrente</b>  | EXTERNATO SANTO ANTÔNIO LTDA.                |
| <b>Recorrida</b>   | FAZENDA NACIONAL                             |

**ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTO - SIMPLES**

Ano-calendário: 2001

SIMPLES FEDERAL. INCLUSÃO RETROATIVA.

Comprovada a baixa de autorização oficial para o exercício de atividade vedada constante do Contrato Social bem como inexistentes quaisquer provas do exercício desta nas dependências do estabelecimento escolar, é de ser deferida a inclusão retroativa no SIMPLES FEDERAL (Lei nº 9.317/96).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencido o Conselheiro Sérgio Rodrigues Mendes, relator, que anulava a decisão de primeira instância por cerceamento do direito de defesa. Designado o Conselheiro Walter Adolfo Maresch para redigir o voto vencedor.

*(assinado digitalmente)*

Selene Ferreira de Moraes - Presidente

*(assinado digitalmente)*

Sérgio Rodrigues Mendes - Relator

*(assinado digitalmente)*

Walter Adolfo Maresch - Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Selene Ferreira de Moraes, Benedicto Celso Benício Júnior, Walter Adolfo Maresch, Marcelo Fonseca Vicentini, Sérgio Rodrigues Mendes e Luciano Inocêncio dos Santos.

## Relatório

Por bem retratar os acontecimentos do presente processo, adoto o Relatório do acórdão recorrido (fls. 68):

Conforme Decisão de fl. 53v., com ciência do interessado em 21.06.2007 (fl. 54v.), a autoridade lançadora indeferiu a solicitação de inclusão no Simples retroativo a 01/01/2001, sob o fundamento de que “a empresa exerce as atividades de ensino médio de 1<sup>a</sup> a 3<sup>a</sup> série e cursos livres, que são vedadas à opção pelo Simples pelo art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96”.

Inconformada com o indeferimento, a interessada apresentou manifestação de inconformidade em 17.07.2007 (fls. 55/58), alegando, em síntese, que:

- é prática dos contadores e/ou advogados incluírem no objeto social diversas atividades que, apesar de não serem incompatíveis, podem não ter autorização para essas atividades;

- no caso da interessada, quem autoriza seu funcionamento são as Secretarias Municipal e Estadual de Educação e a Inspetoria Regional de Fiscalização e Licenciamento — IRFL;

- a Junta Comercial e o RCPJ não estão autorizados e nem preparados para deferir ou não objetivos sociais;

- a interessada obteve liminar para se enquadrar no Simples em 2000, sendo cassada a liminar e a segurança no mesmo ano;

- com o advento da Lei nº 10.034/2000, as escolas até a 8<sup>a</sup> série do Ensino Fundamental puderam se enquadrar no Simples para 2001 e, em consequência disso, a interessada desistiu do processo judicial e, em 27.12.2000, compareceu à CAC de Ipanema e solicitou seu enquadramento para aquele ano;

- um funcionário da CAC de Ipanema alegou que não poderia receber o pedido porque a interessada já estava enquadrada no Simples. Essa recusa fez com que a interessada fosse excluída do Simples e perdesse o prazo para enquadramento em 2001;

- desde 01.01.1998, não ministra mais o ensino médio, conforme documento anexado em fl. 59;

- assiste à interessada o seu enquadramento pela Lei 10.034/2000, com enquadramento retroativo a 01.01.2001.

2. A decisão da instância *a quo* foi assim ementada (fls. 67):

**ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTO — SIMPLES**

Ano-calendário: 2005

**SIMPLES. SOLICITAÇÃO INDEFERIDA. ATIVIDADE VEDADA.  
ENSINO MÉDIO.**

Não pode optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica cuja atividade compreenda a exploração do ramo de ensino médio.

Solicitação Indeferida.

3. Cientificada da referida decisão em 07/07/2009 (fls. 77), a tempo, em 31/07/2009, apresenta a interessada Recurso de fls. 78 a 83, instruído com os documentos de fls. 84 a 93, nele reiterando os argumentos anteriormente expostos e aduzindo mais os seguintes:

- a) que a decisão tomada pela DRJ sucumbiu da legitimidade necessária, uma vez que a Recorrente, laborando em sede judicial desde 1999, obteve decisão favorável em Acórdão em Mandado de Segurança junto ao TRF da 2ª Região, em 13/03/2007;
- b) que, como a esfera judicial se sobrepõe à administrativa na hierarquia processual, a decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento perde sua eficácia, até porque proferida após o provimento do Recurso Judicial em Mandado de Segurança, pela Quarta Turma Especializada do TRF da 2ª Região, por unanimidade;
- c) que as escolas, no Rio de Janeiro, têm seus Atos Constitutivos e Alterações arquivados no Registro Civil de Pessoas Jurídicas — RCPJ e, portanto, a relatora do acórdão recorrido não podia comprovar, naquele documento, um registro na JUCERJA, ficando, dessa forma, seu julgamento prejudicado;
- d) que suas alegações (da DRJ) de que não houve prova em contrário de que não exercia tal atividade (Ensino Médio), são de arrepiajar a Lei e o processo legal;
- e) que não foi apenas uma Alteração Social que a Recorrente juntou aos autos em sua defesa;
- f) que anexou cópias do processo, do protocolo da SEE, juntou cópia do D.O. da folha em que consta o deferimento da solicitação de extinção do Ensino Médio e, por último, o seu Alvará sem a atividade em questão, tudo com data de 1998, portanto bem antes de 2001, ano em que as escolas até o Ensino Fundamental puderam se habilitar no Simples;
- g) que, mais uma vez, o julgamento da ilustre relatora está prejudicado;
- h) que o inconformismo do contribuinte se prende, em primeiro plano, ao erro crasso cometido pelo CAC Ipanema, quando da edição da Lei 10.034/2000, para efetuar seu enquadramento no dia 27/12/2000; e
- i) que, em segundo plano, após comprovado o erro material do CAC Ipanema, a SRF, mudando o foco da exclusão, passou para atividade não permitida.

Em mesa para julgamento.

Assinado digitalmente em 17/02/2011 por SELENE FERREIRA DE MORAES, 28/01/2011 por SERGIO RODRIGUES M  
ENDES, 28/01/2011 por WALTER ADOLFO MARESCH

Autenticado digitalmente em 28/01/2011 por WALTER ADOLFO MARESCH

Emitido em 17/02/2011 pelo Ministério da Fazenda

## Voto Vencido

Conselheiro Sérgio Rodrigues Mendes, Relator

Atendidos os pressupostos formais e materiais, tomo conhecimento do Recurso.

4. Trata-se de solicitação de inclusão no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) retroativa a 01/01/2001 (fls. 16 a 18).

5. O Relatório do acórdão recorrido, ao se manifestar sobre a impugnação apresentada, assim discorreu (fls. 68) (grifou-se):

*Inconformada com o indeferimento, a interessada apresentou manifestação de inconformidade em 17.07.2007 (fls. 55/58), alegando, em síntese, que:*

[...];

*- desde 01.01.1998, não ministra mais o ensino médio, conforme documento anexado em fl. 59;*

6. A fundamentação básica do acórdão recorrido foi a seguinte (destacou-se) (fls. 70):

*Verifica-se na cópia do contrato social (fl. 05) a existência de atividade vedada ao Simples (ensino médio), que, salvo prova em contrário (não apresentada pela interessada), presume-se que ela exercia tal atividade.*

7. Sucedeu que o documento de fls. 59 (tela a seguir) não foi objeto de qualquer exame pelo Voto condutor do acórdão recorrido, que se limitou, como visto acima, apenas a analisar o contrato social da Recorrente:

**D.O.** Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro Poder Executivo Ano XXXIII - Nº 035 - Parte I Rio de Janeiro, sexta-feira - 16 de fevereiro de 2007 **15**

Processo nº E-03/202.650/2006 – EXTERNATO SANTO ANTONIO.  
Município do Rio de Janeiro. Encerramento do Ensino Médio, com validade a partir de janeiro de 1998. DEFIRO.

8. Há que se destacar, também, a possível necessidade de se analisar, em um novo julgamento, o documento de fls. 10 (com cópia de fls. 92), no qual se fundamenta parte das alegações da Recorrente (tela a seguir):

|   |                                |   |                 |
|---|--------------------------------|---|-----------------|
| CNPJ, CONSULTA, CNPJ (CONSULTA PELO CNPJ)   |                                | PAG.: 1 / 1   | USUARIO: BOMFIM |
| T34227WI  | DATA: 19/12/2000               | <del>DATA QUE A EMPRESA FOI SE HABILITAR NO SIMPLES</del> |                 |
| CNPJ : 33.646.118/0001-40   | CPF RESP.: 703.587.617-00      | QUALIF.: SOCIO GERENTE                                    | PREPOSTO:       |
| NOME EMPRESARIAL: EXTERNATO SANTO ANTONIO LTDA  |                                |   |                 |
| NOME FANTASIA:  |                                |   |                 |
| DT. CONSTIT/ABERTURA : 26/11/1969 (11/1969)   |                                | VALID. CARTAO : 30/06/2001 (07/1999)                      |                 |
| SIT. CAD. CNPJ : ATIVA NAO REGULAR  |                                |   |                 |
| DATA DA SITUACAO : 01/06/1998 (01/1999)   |                                |   |                 |
| <del>OPCAO SIMPLES - FCPJ EM: 01/01/1999 DATA QUE DISSEERAM JA ESTAR HABILITADA</del> |                                |   |                 |
| ENDERECO : AV N S COPACABANA 497  |                                |   |                 |
| BAIRRO : COPACABANA   | MUNICIPIO: 6001 RIO DE JANEIRO |   |                 |
| UF : RJ CEP : 22070-010   | TELEFONE :                     | FAX :   |                 |
| ORGAO : 0710700   | CAIXA POSTAL :                 |   |                 |
| CORREIO ELETRONICO :  |                                |   |                 |
| PF4 - DEMAIS INF. CADASTRAIS  | PF5 - MOVIMENTO                | PF10 - INFORM. FISCAIS                                    |                 |
| PF6 - QUADRO SOCIETARIO   |                                | PF11 - DECLARACOES IRPJ                                   |                 |
| PF9 - DADOS CADASTRAIS FILIAIS  |                                | PF12 - HISTORICO  |                 |
| PF3 - ENC. CONSULTA PF7 - VOLTA PAG PF8 - AVANCA PAG PAG DESEJADA:                    |                                |   |                 |

9. Ressalte-se, por fim, que a ação judicial a que se reporta a Recorrente tem por escopo a retroação dos efeitos da Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000, a 01/01/1999, enquanto aqui se discute o enquadramento da Recorrente nas disposições da referida Lei (existência ou não da atividade de ensino médio) a partir de 01/01/2001, não havendo, pois, concomitância entre as esferas administrativa e judicial, como abaixo se observa (grifou-se):

*AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.150.584 - RJ  
(2009/0143367-0)*

*RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES*

*AGRAVANTE : EXTERNATO SANTO ANTÔNIO LTDA -  
MICROEMPRESA*

*ADVOGADO : LUCIANA MENDES ASSUMPÇÃO E OUTRO(S)*

*AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL*

*PROCURADOR : PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA  
NACIONAL E OUTRO(S)*

*EMENTA TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. REGIME TRIBUTÁRIO "SIMPLES". INSTITUIÇÕES DE ENSINO MÉDIO QUE SE DEDIQUEM EXCLUSIVAMENTE ÀS ATIVIDADES DE CRECHE, PRÉ-ESCOLAS E ENSINO FUNDAMENTAL. ARTIGO 9º, XIII, DA LEI 9.317/96. ARTIGO 1º DA LEI 10.034/2000. LEI 10.684/2003. EFEITOS RETROATIVOS. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA SUBMETIDA À SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RECURSOS REPETITIVOS.*

*1. É permitida a opção pelo regime tributário denominado "Simples" para os estabelecimentos de ensino médio que se dediquem exclusivamente às atividades de creche, pré-escolas e ensino fundamental, conforme disposições previstas nas Leis ns. 10.034/00 e 10.684/03. Entretanto, os efeitos da Lei n. 10.034/00 não podem retroagir, a despeito da possibilidade de adesão das instituições ao "Simples", uma vez que não se enquadram nas hipóteses elencadas pelo art. 106 do CTN.*

2. *Precedente representativo da controvérsia: REsp 1.021.263/SP (DJe 18/12/2009).*

3. *Na espécie, o mandado de segurança foi impetrado em 18/02/2000, época em que ainda não havia sido editada a Lei n. 10.034/00. Diante desse contexto, forçoso reconhecer a legalidade do ato administrativo que não permitiu à ora recorrida a opção pelo regime tributário.*

4. *Multa de 10 % (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, na forma do art. 557, §2º, do CPC.*

5. *Agravo regimental não-provido.*

#### ACÓRDÃO

*Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.*

*Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.*

*Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.*

*Brasília (DF), 05 de agosto de 2010.*

*([https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?ssSeq=989680&sReg=200901433670&sData=20100901&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?ssSeq=989680&sReg=200901433670&sData=20100901&formato=PDF))*

10. De conformidade com o art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 – Processo Administrativo Fiscal (PAF), são **nulos** os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. A presente situação se enquadra nessa última hipótese, já que se deixou de analisar documento relevante oferecido com a impugnação.

#### Conclusão

Em face do exposto, e considerando tudo o mais que dos autos consta, voto no sentido de ANULAR O ACÓRDÃO RECORRIDO, por cerceamento do direito de defesa, para que outro seja prolatado na boa e devida forma, atentando-se, ainda, para o contido no item 8 deste Acórdão.

É como voto.

*(assinado digitalmente)*

Sérgio Rodrigues Mendes

## Voto Vencedor

Conselheiro Walter Adolfo Maresch, Redator Designado

Não obstante o brilhantismo tradicional do ilustre conselheiro relator, seu voto não foi acompanhado pelos demais integrantes desta Turma de Julgamento.]

É que restou unificado o entendimento nos demais integrantes da Turma de Julgamento que a evidente nulidade aventada pelo ilustre conselheiro relator, pode e deve ser suprida desde que possa ser pronunciado o mérito em favor da recorrente.

Com efeito, o art. 59 do Decreto nº 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal federal, dispõe:

*Art. 59. São nulos:*

*I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;*

*II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.*

*§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.*

*§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.*

*§ 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 suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)grifamos*

Os elementos contidos no processo firmam a convicção de que a recorrente efetivamente no ano calendário 2001, não estava autorizada a ministrar o ensino médio em suas dependências, fato que obviamente afasta o óbice apontado pela Administração Tributária, para negar o enquadramento no SIMPLES FEDERAL (

Com efeito, conforme se observa da cópia do Diário Oficial do Rio de Janeiro (fl. 59) e documento de fl. 93 foi deferida a baixa retroativa ao ano escolar de 1998, para as atividades de ensino médio.

Considerando outrossim, inexistirem quaisquer outros elementos além do contrato social dando fundamentação ao ato da Administração Tributária para indeferir o pedido de inclusão retroativa a 01/01/2001, não havendo qualquer prova de que tenha ministrado aulas relativas ao ensino médio em suas dependências, deve ser atendido o pleito da recorrente.

Diante do exposto, voto para dar provimento ao recurso.

*(assinado digitalmente)*

Walter Adolfo Maresch

