



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10166.018393/99-55
SESSÃO DE : 18 de março de 2004
ACÓRDÃO Nº : 302-36.003
RECURSO Nº : 124.778
RECORRENTE : COLÉGIO SANTA TEREZINHA LTDA.
RECORRIDA : DRJ/BRASÍLIA/DF

NORMAS PROCESSUAIS - LEI Nº 9.317/96 – INCONSTITUCIONALIDADE

À autoridade administrativa não compete rejeitar a aplicação de lei sob a alegação de inconstitucionalidade da mesma, por se tratar de matéria de competência do Poder Judiciário, com atribuição determinada pelo artigo 102, I, "a", e III, "b", da Constituição Federal.

SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – SIMPLES. CRECHES, PRÉ-ESCOLAS E ESTABELECIMENTO DE ENSINO FUNDAMENTAL.

Podem permanecer no Simples as creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental 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).

ATIVIDADES DE PRIMEIRO E SEGUNDO GRAUS, ENSINO SUPLETIVO – FASES III E IV E CURSOS LIVRES.

Inaplicabilidade da interpretação benéfica do art. 1º, da Lei nº 10.134/2000 e § 3º, do art. 1º, da Instrução Normativa SRF nº 115, de 27 de dezembro de 2000. Exclusão.

NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Brasília-DF, em 18 de março de 2004


PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES
Presidente em Exercício


SIMONE CRISTINA BISSOTO
Relatora

21 MAR 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO, MARIA HELENA COTTA CARDOZO LUIS ANTONIO FLORA, PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR e WALBER JOSÉ DA SILVA. Ausente o Conselheiro HENRIQUE PRADO MEGDA. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional PEDRO VALTER LEAL.

RECURSO Nº : 124.778
ACÓRDÃO Nº : 302-36.003
RECORRENTE : COLÉGIO SANTA TEREZINHA LTDA.
RECORRIDA : DRJ/BRASÍLIA/DF
RELATOR(A) : SIMONE CRISTINA BISSOTO

RELATÓRIO

Primeiramente, cumpre destacar que este processo já foi objeto de julgamento pela Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, em sessão de 30 de agosto de 2001 (fls. 39/41), tendo sido relator o Conselheiro Luiz Roberto Domingo, pelo qual, por unanimidade de votos, decidiu-se converter o julgamento em diligência à repartição de origem, para que fosse intimada a Recorrente a apresentar cópia do Contrato Social e respectivas alterações, haja vista recentes alterações da legislação que regula a opção pelo SIMPLES dos estabelecimentos de ensino.

Os autos foram encaminhados a repartição de origem em 26 de novembro de 2001, por meio da Resolução nº 202/00/295, e retornaram àquele Conselho em 27 de maio de 2002, contendo os documentos de fls. 46 a 91.

Em 28 de maio de 2002, o Segundo Conselho encaminhou os autos a este Terceiro Conselho, por força do disposto no art. 5º da Portaria MF nº 103, de 23/04/02, sendo, então, distribuído ao Conselheiro Sidney Ferreira Batalha e, posteriormente, redistribuído a esta Conselheira, em 25 de fevereiro de 2003, conforme documento de fls. 93, última deste processo.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 30/36), o contribuinte insurgiu-se contra decisão proferida pela DRJ de Brasília, em 30 de junho de 2000, que manteve a sua exclusão da sistemática do SIMPLES, pelo exercício de atividade econômica não permitida: prestação de serviços profissionais de professor e assemelhados, conforme ATO DECLARATÓRIO nº 16.922/99, de 26/02/1999.

Pelas cópias do contrato social e respectivas alterações, juntadas às fls. 50/90 dos autos pelo contribuinte, em atenção ao pedido de diligências então formulado pela Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, verificamos que o objeto social do contribuinte tem o seguinte histórico:

- até 31 de maio de 1993, o exercício de atividade de educação pré-escolar, creche, maternal, jardim da infância;
- a partir de maio de 1993, educação pré-escolar, creche, maternal, jardim da infância e primeiro grau;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.778
ACÓRDÃO Nº : 302-36.003

- a partir de julho de 1995, educação pré-escolar, creche, maternal, jardim da infância, primeiro e segundo graus;
- a partir de julho de 1995, educação pré-escolar, creche, maternal, jardim da infância, primeiro e segundo graus, ensino supletivo – fases III e IV e Cursos livres;
- e, finalmente, a partir de 20 de dezembro de 2000, creche, educação infantil e ensino fundamental, conforme atesta a 12ª, alteração de contrato social (fls. 87/90).

O recurso voluntário apresentado pelo contribuinte fundamenta-se na inconstitucionalidade da vedação imposta pela Lei nº 9.317/96, em face do tratamento não isonômico em relação a outros optantes, descaracterizando a atividade assemelhada da escola ao do professor regulamentado, bem como a decisão singular contrapõe entendimento da Secretaria da Receita Federal, exarado no Parecer Normativo nº 15, de 21/09/83 (Lex, p. 1.404), que entendeu que *"sociedades exploradoras de estabelecimento de ensino, de hospital, etc, não devem ser consideradas sociedades de prestação de serviços de exercício de profissão regulamentada"*; e reprisa os demais fundamentos apresentados com sua impugnação.

É o relatório. 

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.778
ACÓRDÃO Nº : 302-36.003

VOTO

Trata-se, como já dito no Relatório, de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte acima identificado, em face de decisão proferida pela DRJ de Brasília, que manteve a exclusão do contribuinte e Recorrente da sistemática do SIMPLES, pelo exercício de atividade econômica não permitida: prestação de serviços profissionais de professor e assemelhados, conforme ATO DECLARATÓRIO de exclusão datado de 26 de fevereiro de 1999.

Em atendimento às diligências requisitadas pela E. 2ª. Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, em Sessão de 30 de agosto de 2001, o contribuinte fez a juntada, às fls. 50/90, de cópia do contrato social e suas alterações (12 ao todo), donde se extraem os seguintes objetos sociais:

- até 31 de maio de 1993, o exercício de atividade de educação pré-escolar, creche, maternal, jardim da infância;
- a partir de maio de 1993, educação pré-escolar, creche, maternal, jardim da infância e primeiro grau;
- a partir de julho de 1995, educação pré-escolar, creche, maternal, jardim da infância, primeiro e segundo graus;
- a partir de julho de 1995, educação pré-escolar, creche, maternal, jardim da infância, primeiro e segundo graus, ensino supletivo – fases III e IV e Cursos livres;
- e, finalmente, a partir de 20 de dezembro de 2000, creche, educação infantil e ensino fundamental, conforme atesta a 12ª. alteração de contrato social (fls. 87/90).

INCONSTITUCIONALIDADE.

No que tange às inconstitucionalidades suscitadas pela Recorrente, não cabe, na esfera administrativa, a discussão sobre a constitucionalidade do texto legal; é imperioso que se observe que, de fato, as instâncias administrativas de julgamento não possuem competência legal para se manifestar sobre a inconstitucionalidade das leis, atribuição esta reservada ao Poder Judiciário, conforme disposto nos incisos I, alínea “a”, e III, alínea “b”, ambos do artigo 102 da



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.778
ACÓRDÃO Nº : 302-36.003

Constituição Federal, onde estão configuradas as duas formas de controle de constitucionalidade das leis: o controle por via de ação ou concentrado e o controle por via de exceção ou difuso.

À Administração Pública cumpre não praticar qualquer ato baseado em lei declarada inconstitucional pela via de ação, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade proferida no controle abstrato acarreta a nulidade *ipso jure* da norma. Quando a declaração se dá pela via de exceção, apenas sujeita a Administração Pública ao caso examinado, salvo após suspensão da executividade pelo Senado Federal, ou, ainda, quando "*as decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional...*"¹, ocasião em que deverão ser **uniformemente** observadas pela Administração Pública Federal, direta e indireta.

A propósito da controvérsia empreendida pela contribuinte, citemos excerto do professor Hugo de Brito Machado (Temas de Direito Tributário, Vol. I, Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1994, p. 134):

"(...) Não pode a autoridade administrativa deixar de aplicar uma lei ante o argumento de ser ela inconstitucional. Se não cumpri-la sujeita-se à pena de responsabilidade, artigo 142, parágrafo único, do CTN. Há o inconformado de provocar o Judiciário, ou pedir a repetição do indébito, tratando-se de inconstitucionalidade já declarada."

Assim, tal fundamento do recorrente não pode ser acatado.

ATIVIDADE EMPRESARIAL - PROFESSOR OU ASSEMELHADO.

A DRJ de Brasília julgou a impugnação do Recorrente em 30 de junho de 2000, quando ainda não estava em vigor a Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000, que deu novo tratamento às pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental, permitindo-as de adesão ao SIMPLES.

Assim, entendeu o r. Julgador monocrático que a Interessada estaria impedida de optar pelo SIMPLES, pois que sua atividade é a prestação de serviços profissionais de professor ou assemelhados, cujo exercício depende de habilitação profissional legalmente exigida, nos termos do art. 9º da Lei nº 9.317/96, pelo que ratificou o Ato Declaratório de exclusão nº 16.922, de 26 de fevereiro de 1999.

¹ Art. 1º., caput, do Decreto n. 2.346/97

5



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.778
ACÓRDÃO Nº : 302-36.003

Ocorre que a Lei nº 10.034/2000, em seu artigo 1º, determina que ficam excetuadas da restrição de que trata a Lei nº 9.317/96, em seu artigo 9º, as pessoas que se dediquem às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental. Com a edição da Instrução Normativa nº 115, de 27 de dezembro de 2000, no § 3º de seu artigo 1º, a Secretaria da Receita Federal determinou o tratamento que deve ser dado ao caso, assegurando a permanência no sistema às empresas que exercem as atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, desde que já tivessem optado pelo SIMPLES, e, acaso excluídas, os efeitos da exclusão não tenham ocorrido até a edição da referida Lei, *in verbis*:

“Art. 1º. As pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental poderão optar pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

(...)

§ 3º. Fica assegurada a permanência no sistema de 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 nº 10.034, de 2000, desde que atendidos os requisitos legais.” (G.N.)

Nesse passo, a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 115/2000, como norma complementar à Lei nº 10.034/2000, *ex vi* do artigo 96, c/c o artigo 100, inciso I, ambos do Código Tributário Nacional, deve ser observada e aplica-se à espécie.

Ora, os dispositivos da Lei nº 10.034/2000 ensejam duas conclusões diretas, a saber:

a) a partir de 25/10/2000, todas as empresas do ramo de atividades especificadas no artigo 1º da Lei, 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 1º da Lei, que até 25/10/2000 não foram excluídas de ofício, podem permanecer no Simples, desde que atendidos os demais requisitos legais.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.778
ACÓRDÃO Nº : 302-36.003

Já o parágrafo 3º do artigo 1º da Instrução Normativa nº 115/2000, acima transcrito, abrigou mais uma hipótese de manutenção no Simples, abrangendo as empresas que se encontravam na mesma situação das citadas no item "b", acima, porém foram excluídas de ofício do Simples, mas 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-nos, então, delimitar o sentido da expressão "... os efeitos da exclusão ocorreriam após a edição da Lei nº 10.034, de 2000."

Pela leitura e interpretação sistemática dos artigos 14 e 15 da Lei nº 9.317/96, com as alterações da Lei nº 9.732/98, claro está que o termo de início do efeito da exclusão diz respeito ao efeito imediato, 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 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.

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.

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

7 

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.778
ACÓRDÃO Nº : 302-36.003

“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.

Nesse passo, entendo que é cabível a aplicação do § 3º, do art. 1º da Instrução Normativa SRF nº 115, de 27 de dezembro de 2000, ao presente caso, pois que a Recorrente efetuou sua opção pelo SIMPLES em data anterior a 25/10/2000, e interpôs a sua impugnação em 02 de setembro de 1999, pela qual instaurou o contraditório e obteve a suspensão da exigibilidade, como está previsto no art. 151, inciso III, do CTN.

Concluindo, a empresa em tela pode, em princípio, 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 seja 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).

Em assim sendo, importa-nos saber, nos presentes autos, se a Recorrente exercia, quando de sua exclusão, em 26 de fevereiro de 1999, **exclusivamente** atividades de creches, pré-escolas e ensino fundamental (ensino maternal e infantil), ou se de fato exercia atividades de ensino de primeiro e segundo graus, o que perpetuaria a sua exclusão.

Verifica-se, pelos documentos de fls. 50/86, até 31 de maio de 1993, o exercício de atividade de educação pré-escolar, creche, maternal, jardim da infância. A partir de maio de 1993, agregaram-se as atividades de educação de primeiro e segundo graus. Na data da exclusão, ou seja, em 26 de fevereiro de 1999, a Recorrente exercia a atividade de educação pré-escolar, creche, maternal, jardim da infância, primeiro e segundo graus, ensino supletivo – fases III e IV e Cursos livres. Somente a partir de 20 de dezembro de 2000, conforme documentos de fls. 87/90, e já na vigência da nova Lei, é que passou a Contribuinte a exercer, novamente, apenas as atividades de creche, educação infantil e ensino fundamental, conforme atesta a **12ª, alteração de contrato social**.

Tal constatação faz com que a Recorrente deixe de atender a todos os requisitos necessários para a sua manutenção na sistemática do SIMPLES, conforme o beneplácito do art. 1º da Lei nº, 10.034/2000 e § 3º, do art. 1º, da Instrução Normativa SRF nº 115, de 27 de dezembro de 2000.

8 

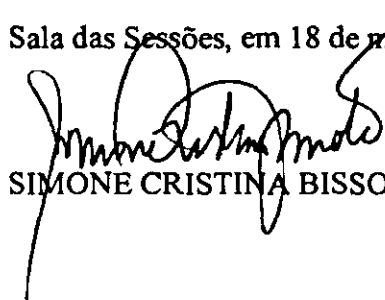
MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.778
ACÓRDÃO Nº : 302-36.003

CONCLUSÃO

Por tudo o quanto se expôs, apesar do quadro normativo surgido com a Lei no 10.034/2000 e a IN SRF no 115/2000, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário, mantendo a decisão recorrida, que excluiu a Recorrente do Sistema Simplificado de Tributação – SIMPLES.

Sala das Sessões, em 18 de março de 2004



SIMONE CRISTINA BISSOTO - Relatora

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

Recurso n.º: 124.778
Processo n.º: 10166.018393/99-55

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 302-36.003.

Brasília- DF, 07/07/04

MF 3.º Conselho de Contribuintes

Henrique Prado Alegda
Presidente da 2.ª Câmara

Ciente em:

21/5/2004

Leandro Felipe Buarque
PROCURADOR DA FAZ. NACIONAL